

Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP)

Quinzième session
Genève, 20 – 24 avril 2015

ÉLÉMENTS DE FLEXIBILITÉ RELATIFS AUX BREVETS DANS LE CADRE JURIDIQUE MULTILATÉRAL ET LEUR MISE EN ŒUVRE LÉGISLATIVE AUX NIVEAUX NATIONAL ET RÉGIONAL – QUATRIÈME PARTIE

établi par le Secrétariat

1. Dans le cadre des délibérations sur la recommandation n° 14 du Plan d'action pour le développement, le Comité du développement et de la propriété intellectuelle, à sa treizième session, a demandé au Secrétariat d'établir un document concernant deux nouveaux éléments de flexibilité relatifs aux brevets, à savoir :
 - a) la possibilité d'appliquer ou non des sanctions pénales dans le cadre du respect des droits de brevet (article 61 de l'Accord sur les ADPIC); et
 - b) les mesures en matière de sécurité pouvant aboutir à une limitation des droits de brevet ("Exceptions concernant la sécurité") (article 73 de l'Accord sur les ADPIC).
2. Le présent document traite de la demande précitée.
3. Le CDIP est invité à prendre note du contenu du présent document et de ses annexes.

TABLE DES MATIÈRES

I. RÉSUMÉ.....	3
II. POSSIBILITÉ D'APPLIQUER OU NON DES SANCTIONS PÉNALES DANS LE CADRE DU RESPECT DES DROITS DE BREVET	4
A. INTRODUCTION.....	4
B. Le cadre juridique international	4
C. MISE EN ŒUVRE AU NIVEAU NATIONAL	7
a) Le comportement	7
b) Sanctions	9
c) Circonstances aggravantes.....	10
III. MESURES EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ POUVANT ABOUTIR À UNE LIMITATION DES DROITS DE BREVET (EXCEPTIONS CONCERNANT LA SÉCURITÉ).....	11
A. Introduction	11
B. Le cadre juridique international	11
C. MISE EN ŒUVRE AU NIVEAU NATIONAL	13
a) Mesures de sécurité relatives à l'examen des demandes de brevet.....	13
b) Mesures liées aux exclusions de brevetabilité et autres mesures visant les inventions relatives à l'énergie atomique.....	16

I. RÉSUMÉ

4. À la treizième session du CDIP tenue du 19 au 23 mai 2014, le Comité a examiné le document CDIP/10/11 concernant les travaux futurs sur les éléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral. Il est convenu qu'un document consistant en une compilation de données sans que soit formulée aucune recommandation serait établi pour examen lors d'une future session du CDIP sur deux nouveaux éléments de flexibilité, à savoir la possibilité d'appliquer ou non des sanctions pénales dans le cadre de l'application des droits de brevet (article 61 de l'Accord sur les ADPIC) et les mesures en matière de sécurité pouvant aboutir à une limitation des droits de brevet ("Exceptions concernant la sécurité" – article 73 de l'Accord sur les ADPIC).

5. La méthode suivie aux fins de l'élaboration de ce document est la même que celle adoptée par le Comité concernant ses travaux antérieurs sur les éléments de flexibilité relative aux brevets, à savoir CDIP/5/4 Rev., CDIP/7/3 Rev. et CDIP/13/10 Rev. Le présent document traite d'un nombre non exhaustif d'éléments de flexibilité dans le domaine des brevets en décrivant le développement conceptuel de chacun. Il comprend deux annexes, à savoir des tableaux catégorisant les divers aspects des éléments de flexibilité étudiés ainsi que les dispositions législatives s'y rapportant dans un certain nombre de pays.

6. Le présent document se compose de deux parties :

a) la première partie est consacrée à la possibilité d'appliquer ou non des sanctions pénales dans le cadre de l'application des droits de brevet. Après une brève introduction, le document fait référence au cadre juridique international, puis il indique s'il existe des dispositions normatives prévoyant des sanctions pénales au niveau national. Enfin, cette première partie comporte une classification des principales caractéristiques des textes juridiques en vigueur relatifs à ces sanctions pénales;

b) la seconde partie illustre les différentes mesures mises en œuvre au niveau national dans le domaine de la sécurité au titre des "exceptions concernant la sécurité".

II. POSSIBILITÉ D'APPLIQUER OU NON DES SANCTIONS PÉNALES DANS LE CADRE DU RESPECT DES DROITS DE BREVET

A. INTRODUCTION

7. Pour être efficaces, les systèmes de propriété intellectuelle du monde entier prévoient des voies de recours et des sanctions en cas d'atteinte aux droits du titulaire d'un brevet, qui peuvent être globalement classées en trois groupes : les recours civils, les recours administratifs et les sanctions pénales. Ces dernières, qui font l'objet du présent document, sont la conséquence de la violation du droit pénal, en vertu duquel certains actes constituent des crimes.

8. Le fait de protéger certaines catégories de droits de propriété intellectuelle par des sanctions pénales est une tradition déjà bien établie. Ainsi, en 1897, les États-Unis d'Amérique avaient ajouté des sanctions pénales à la loi sur le droit d'auteur de 1790, qui ne s'appliquait qu'à un nombre restreint d'atteintes causées "délibérément" et "dans un but lucratif". En matière de brevets, certaines juridictions¹ se sont intéressées aux sanctions pénales, et un certain nombre de pays² les ont mises en place. Toutefois, certains universitaires³ et représentants du secteur privé⁴ ont souligné les problèmes qui pouvaient surgir lorsque des droits de brevets donnaient lieu à des sanctions pénales.

B. LE CADRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

9. En ce qui concerne le cadre juridique international, l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "[l]es Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". À cet égard, le Groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) constitué dans l'affaire *Chine – Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362/R) ("*Chine – Droits de propriété intellectuelle*")⁵ a souligné que l'emploi du mot "prévoiront" dans l'article 61 crée une obligation pour les Membres de l'OMC; néanmoins, le

¹ Parmi les éléments les plus caractéristiques de la proposition de directive en matière de sanctions pénales établie par la Commission européenne, citons notamment la mise en place au niveau national d'une sanction pénale en cas d'atteinte à un brevet. Il convient aussi de noter qu'au cours de l'examen de cette proposition en première lecture (avril 2007), le Parlement a repris ces dispositions.

² Notamment les pays suivants : Algérie, Angola, Antigua-et-Barbuda, Argentine, Arménie, Bahamas, Barbade, Bélarus, Belgique, Belize, Bhoutan, Botswana, Brésil, Bulgarie, Cabo Verde, Cambodge, Colombie, Comores, Croatie, Cuba, Fédération de Russie, Mexique, Philippines, Suède, Suisse et Thaïlande. On trouvera de plus amples détails dans l'annexe I au présent document, qui contient des indications sur les dispositions législatives nationales et régionales.

³ Irina Manta a par exemple souligné que d'une part, des dispositions prévoyant des sanctions pénales en cas d'atteinte à un brevet présupposeraient vraisemblablement une intention délictueuse de la part du contrevenant, et que d'autre part il serait difficile de fixer le seuil au-delà duquel l'intention délictueuse serait avérée. À la différence d'autres domaines de la propriété intellectuelle, un seuil trop élevé entraînerait la poursuite d'un nombre plus faible de contrevenants, et les avantages des sanctions pénales en seraient considérablement réduits. Inversement, un seuil trop bas risquerait de dissuader les personnes craignant des sanctions pénales d'innover. "*The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement*", Harvard Journal of Law & Technology, vol. 24, numéro 2, 2011, pages 495 à 498.

⁴ Dans son commentaire sur la directive européenne, Tim Frain, directeur de la propriété intellectuelle chez Nokia, a rappelé que les cadres supérieurs qui décident d'employer une technologie particulière prennent des risques au regard de la validité d'un brevet accordé. Ils décident d'agir une fois qu'il est devenu possible de contester le brevet; toutefois, la situation serait différente s'ils engageaient leur responsabilité pénale. Citation de Paul Meller, "*Prison over Patents? Proposed EU Law Unites Foes*", New York Times, 9 décembre 2005. L'Association européenne des médicaments génériques (EGA) a exprimé un avis semblable dans une note d'information finale sur la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle (mai 2006).

⁵ *Chine – Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* – Rapport du Groupe spécial (WT/DS362/R) (26 janvier 2009) ("*Chine – Droits de propriété intellectuelle*").

Groupe spécial a également noté que cet article “ne contient pas moins de quatre limitations à l’obligation qu’[il] énonce”. Ces limitations sont les suivantes : l’obligation s’applique aux marques de fabrique ou de commerce et au droit d’auteur et non à l’ensemble des droits de propriété intellectuelle couverts par l’Accord sur les ADPIC; elle s’applique aux actes de contrefaçon et de piratage plutôt qu’à tous les actes portant atteinte aux marques de fabrique ou de commerce et au droit d’auteur; elle s’applique lorsque les actes de contrefaçon et de piratage sont “délibérés”; et lorsque ces actes sont “commis à une échelle commerciale”. S’agissant de la première limitation, le Groupe spécial a clairement établi que les sanctions pénales ne sont pas obligatoires lorsque les droits de propriété intellectuelle concernés ne sont ni des marques de fabrique ou de commerce ni un droit d’auteur.

10. La quatrième phrase de l’article 61 implique qu’il n’existe pas d’obligation au niveau multilatéral d’imposer des sanctions pénales lorsque la violation ne concerne pas une marque de fabrique ou de commerce ou un droit d’auteur. La première clause de cette quatrième phrase est en fait de nature facultative : “[l]es Membres pourront prévoir des procédures pénales et des peines applicables aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle”, contrairement à la nature obligatoire de la première phrase. À cet égard, le Groupe spécial sur l’affaire *Chine – Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* a indiqué que “[l]a quatrième phrase de l’article 61 donne aux Membres la possibilité de criminaliser d’autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu’ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale. Mais en dépit de la gravité potentielle de ces violations, l’article 61 ne crée aucune obligation de les criminaliser (...)”⁶.

11. Étant donné que les brevets sont exclus de cette disposition, les Membres de l’OMC n’ont aucune obligation internationale de prévoir des sanctions pénales en cas d’atteinte à des droits de brevet. À cet égard, l’article 61 précise que “[l]es Membres pourront prévoir des procédures pénales et des peines applicables aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu’ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale”. Prévoir des sanctions pénales peut être un moyen efficace de dissuasion contre des activités commerciales fondées sur une violation de droits de propriété intellectuelle; de fait, il a été observé que “la crainte de s’exposer à une procédure pénale peut souvent être assez importante pour dissuader une entreprise de mener des activités que le titulaire peut considérer comme lui portant préjudice”⁷.

12. En matière de droits de brevet, la démarche adoptée à l’égard des sanctions pénales est différente de celle qui vise le droit d’auteur et les marques de fabrique ou de commerce. Plusieurs explications peuvent être avancées à cet égard. On a fait valoir par exemple que les contrevenants à une marque de fabrique ou de commerce ou à un droit d’auteur “causent plus de tort et/ou devraient encourir, à des fins dissuasives, une punition plus sévère que les personnes portant atteinte à un brevet”. D’autres soulignent que si le secteur privé est favorable à une plus forte protection d’autres catégories de propriété intellectuelle (notamment le droit d’auteur), les différents secteurs économiques ont des avis divergents sur le niveau adéquat de protection des brevets⁸.

13. S’agissant de l’application de sanctions pénales en cas d’atteinte à un brevet, certains font valoir que “la criminalisation pourrait inciter les personnes contrevenant délibérément à un brevet à cesser leurs activités illicites (ou à ne pas les exercer du tout); les titulaires de brevets subiraient alors moins de pertes”⁹. D’autres soulignent que contrairement aux procédures civiles, les procédures pénales sont entamées par l’État et pourraient donc être

⁶ WT/DS362/R, 26 janvier 2009, paragraphe 7.518.

⁷ “Resource Book on TRIPS and Development”, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, 2005, page 621.

⁸ Irina D. Manta, voir plus haut la note de bas de page n° 3, page 472.

⁹ Irina D. Manta, voir plus haut la note de bas de page n° 3, page 493.

moins coûteuses pour les titulaires de brevets¹⁰; de fait, les procédures civiles en matière de brevets peuvent être coûteuses et certains titulaires de droits n'ont pas les moyens d'y recourir¹¹.

14. Les partisans d'une procédure civile de lutte contre les atteintes à un brevet ont souligné la spécificité des droits de brevet, et notamment la portée et la validité de ces droits. À cet égard, le *Chartered Institute of Patent Agents* (CIPA) a observé, dans son commentaire sur le projet de directive de l'Union européenne relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, que les sanctions pénales ne conviennent pas forcément au domaine des brevets : "bien que les brevets fassent l'objet d'un examen complet, il est fréquent dans une procédure en violation de brevet (donc après l'octroi du brevet) que la portée de la protection du brevet ou le fait que le brevet protège un produit ou un processus particulier soient contestés. La validité du brevet sera aussi remise en cause, et dans de nombreux cas ces arguments se renforceront mutuellement, le concurrent faisant valoir que ses activités ne relèvent pas du champ d'application valable du brevet. Si des sanctions pénales sont appliquées en cas d'atteinte à un brevet, les incertitudes entourant la portée de la protection et la validité du brevet risquent d'être extrêmement dissuasives pour les concurrents, qui n'oseront même pas envisager de mener des activités susceptibles de relever du champ d'application d'un brevet"¹². Au demeurant, certains universitaires¹³ ont fait valoir qu'une dissuasion trop forte dans le domaine des brevets pourrait se révéler très coûteuse pour la société, car la crainte de sanctions pénales pourrait ralentir le développement de nouvelles technologies, notamment dans des secteurs présentant un intérêt public notable, comme par exemple la santé publique.

15. Différents arguments politiques ont été avancés pour ne pas criminaliser les atteintes aux brevets. À cet égard, M. Louis Harms, juge d'appel à la Cour suprême d'Afrique du Sud, a rédigé un document qui a été présenté à la quatrième session du Comité consultatif de l'OMPI sur l'application des droits¹⁴. Dans ce document, M. Harms fait valoir les arguments suivants : en règle générale, les juridictions pénales ne possèdent pas les compétences requises pour examiner des questions relatives aux brevets; un brevet peut englober un grand nombre d'"inventions"; l'annulation du brevet est le moyen de défense le plus répandu dans les actions en contrefaçon; le produit du titulaire du brevet peut ne pas être fabriqué conformément aux spécifications du brevet; le produit du contrefacteur peut ne pas être une copie du produit commercialisé du titulaire du brevet; il est pratiquement impossible pour les agents des services de police et de douane de déterminer si tel produit est une contrefaçon; les procédures judiciaires en matière de brevets sont onéreuses; et un pourcentage important de brevets sont annulés pendant les procédures judiciaires les concernant.

¹⁰ Harold A. Borland, "The Affirmative Duty to Exercise Due Care in Willful Patent Infringement Cases : We Still Want It", *Houston Business and Tax Law Journal*, 2005, page 197.

¹¹ Selon un rapport récemment établi par l'Association américaine de la propriété intellectuelle (AIPLA), aux États-Unis d'Amérique, les coûts moyens de règlement d'un litige en matière de brevets sont les suivants : pour un litige dont le montant pourrait être inférieur à un million de dollars É.-U., le coût moyen est de 750 000 dollars É.-U. Si l'on estime que le montant "en jeu" se situe entre un million et 25 millions de dollars É.-U., le coût total de règlement du litige peut atteindre 2,8 millions de dollars É.-U. Enfin, pour un litige représentant plus de 25 millions de dollars É.-U., le coût de la procédure judiciaire peut atteindre cinq millions de dollars É.-U. L'ampleur de ces coûts a dissuadé nombre de petites et moyennes entreprises d'intenter un procès après une atteinte à leurs brevets (AIPLA, *2013 Report of the Economic Survey*). Toutefois, ces coûts peuvent différer considérablement d'un pays à l'autre, et l'étude de l'AIPLA porte exclusivement sur la situation aux États-Unis d'Amérique, où les coûts à engager pour faire respecter un brevet sont les plus élevés.

¹² Chartered Institute of Patent Agents, "Preliminary Comments on the proposed Directive on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights and the Council Framework Decision on measures to strengthen the criminal law framework to combat intellectual property offences", page 4.

¹³ Irina D. Manta, "The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 24, Numéro 2, 2011, page 499.

¹⁴ WIPO/ACE/4/3, page 15.

16. L'expérience montre qu'un certain nombre de juridictions¹⁵ ont appliqué des sanctions pénales au niveau national pour faire respecter les droits de brevet. À l'exception de l'Accord de Bangui portant création de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle, aucun exemple n'existe au niveau régional puisque le débat a été arrêté au sein de l'Union européenne¹⁶. On ne trouve d'ailleurs pas non plus d'exemple au niveau international, étant donné que l'Accord commercial anticontrefaçon (ACTA), qui est le traité adopté le plus récemment en matière de respect des droits, ne prévoit pas de sanctions pénales en cas d'atteinte à un brevet.

C. MISE EN ŒUVRE AU NIVEAU NATIONAL

17. Si un certain nombre de pays ont décidé de ne pas prévoir de sanctions pénales en cas d'atteinte à un brevet¹⁸, d'autres ont pris une décision différente. Ce dernier groupe de pays a des manières très diverses d'établir des sanctions pénales à ce titre. Ainsi, selon une étude¹⁹, en Europe, où il n'existe pas de norme régionale en la matière, seuls six États membres n'ont pas instauré de sanctions pénales en cas d'atteinte à un brevet. Le Japon, pour sa part, a mis en place des sanctions pénales à ce titre lorsqu'il a promulgué sa loi sur les brevets en 1959. Cette loi a été révisée en 2006 pour accroître l'effet dissuasif sur les violations : la peine de prison a été aggravée, passant de cinq à 10 ans au maximum, et l'amende est passée de cinq à 10 millions de yens. Un certain nombre de pays en développement situés dans différentes régions du monde ont aussi criminalisé les atteintes aux brevets²⁰. Malgré d'importantes différences entre les législations sur les brevets comme entre les droits pénaux, il existe un certain nombre d'éléments communs qui méritent d'être mis en lumière.

a) Le comportement

18. Sur le plan pratique, le comportement criminel consiste à commettre un acte par lequel l'invention est exploitée sans le consentement du titulaire du brevet²¹. Certains États membres définissent ce comportement de manière plus détaillée²².

¹⁵ Voir plus haut la note de bas de page 2.

¹⁶ Selon un auteur qui commentait la directive de l'Union européenne relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle (directive appelée IPRED2, car il s'agit d'une seconde version destinée à compléter la première directive sur le respect des droits régissant les sanctions civiles en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle), "l'un des amendements du Parlement les plus appréciés excluait les brevets du champ d'application de la directive". Lisa Peets, *Criminal Sanctions Remain Complex*, Copyright World Issue n° 173, page 14.

¹⁷ Une étude menée à la demande de la Commission européenne par un consortium de consultants provenant de différents pays européens a mis en évidence les différences entre les législations des États membres de l'Union européenne concernant les sanctions pénales en matière de propriété intellectuelle. Selon cette étude, en raison des problèmes qui découlent de crimes transnationaux, "il est indispensable d'harmoniser les droits pénaux des États membres de l'Union européenne". S'agissant des brevets, cette étude souligne que seuls six États membres ne prévoient pas de sanctions pénales en la matière; toutefois, malgré cette situation, la criminalisation des atteintes aux brevets ne fait pas partie des mesures proposées. *Study on a possible modified proposal on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights*, JLS/2009/A1/FWC/023.

¹⁸ Notamment les pays suivants : Afrique du Sud, Australie, Bolivie, Canada, Chili, Chine, Estonie, États-Unis d'Amérique, Géorgie, Honduras, Malaisie, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni et Singapour. On trouvera de plus amples détails dans l'annexe I au présent document, qui contient des indications sur les dispositions législatives nationales et régionales.

¹⁹ Voir plus haut la note de bas de page 17.

²⁰ Sur les 159 pays dont la législation a été analysée dans la présente étude, 99 ont instauré des sanctions pénales dans le domaine des brevets.

²¹ Dans sa loi sur les brevets, l'Argentine emploie les expressions "*defraudación de los derechos del inventor*" (escroquerie aux droits de l'inventeur) et "*delito de falsificación*" (délit de contrefaçon). En Belgique, l'article 8 paragraphe 1^{er} de la loi relative à la répression de la contrefaçon et de la piraterie de droits de propriété intellectuelle du 15 mai 2007 contient la définition suivante : "porte atteinte avec une intention méchante ou frauduleuse aux droits du titulaire (...) d'un brevet d'invention".

19. Une référence expresse à l'élément psychologique d'intention dans le crime ou le délit est presque toujours présente²³, car le caractère intentionnel de l'atteinte constitue le fondement de l'application de la sanction pénale. De fait, si l'acte a été accompli sans intention de porter atteinte au droit de brevet, seul un recours civil peut en principe être envisagé. Les législateurs nationaux ont adopté différentes expressions à cet égard : "quiconque agit *en connaissance de cause*"²⁴, "quiconque commet un acte *illicite en toute connaissance de cause*"²⁵, "une intention méchante ou frauduleuse"²⁶, "quiconque agit *de manière intentionnelle ou délibérée*"²⁷, "quiconque utilise *de manière frauduleuse*"²⁸, "ceux qui ont sciemment recelé (...)"²⁹, "atteinte ou violation *délibérée*"³⁰, "quiconque porte atteinte *de manière intentionnelle*"³¹, "les atteintes portées *sciemment* (...)"³², "quiconque agit *en connaissance de cause et de manière intentionnelle*"³³, "atteinte *intentionnelle*"³⁴, "porte atteinte *délibérément*"³⁵.

20. Il est à noter que la législation de certains pays en matière de brevets fait référence non seulement au caractère intentionnel du comportement, c'est-à-dire que l'acte doit avoir été commis en connaissance de cause et/ou dans le souhait que le comportement débouche sur un résultat particulier (faute intentionnelle), mais aussi à un *comportement gravement négligent*, ce

[Footnote continued from previous page]

²² Au Brésil, par exemple, l'article 184 de la loi sur les brevets stipule qu'il y a atteinte à un brevet d'invention ou un brevet de modèle d'utilité lorsque "quiconque : I. exporte, vend, expose ou offre à la vente, détient, recèle ou reçoit en vue de l'utiliser à des fins commerciales un produit fabriqué en violation d'un brevet d'invention ou d'un brevet de modèle d'utilité ou obtenu par un moyen ou procédé breveté; ou II. importe un produit objet d'un brevet d'invention ou d'un brevet de modèle d'utilité ou obtenu par un moyen ou procédé breveté dans le pays, aux fins visées au point précédent, qui n'a pas été mis sur le marché extérieur directement par le titulaire du brevet ou avec son consentement". Une définition semblable du comportement (par l'établissement d'une liste des actes susceptibles de porter atteinte aux droits de brevet) a été adoptée par l'Angola, la Croatie, l'Égypte, l'Équateur, le Guatemala et le Nicaragua.

²³ Par exemple les pays suivants : Andorre, Antigua-et-Barbuda, Barbade, Belize, Bhoutan, Botswana, Cambodge, Colombie, Danemark, Finlande, France, Guinée équatoriale, Kenya, Maroc, Norvège, République-Unie de Tanzanie et Saint-Kitts-et-Névis. On trouvera de plus amples détails dans l'annexe I au présent document, qui contient des indications sur les dispositions législatives nationales et régionales.

²⁴ Antigua-et-Barbuda, Bhoutan, Cambodge, Ghana, Libéria, Samoa, Sierra Leone. Voir l'annexe I au présent document.

²⁵ Bahreïn, article 41 de la loi n° 1 de 2004 sur les brevets et les modèles d'utilité, modifiée en dernier lieu par la loi n° 14 de 2006.

²⁶ Belgique, article 8 paragraphe 1^{er} de la loi relative à la répression de la contrefaçon et de la piraterie de droits de propriété intellectuelle du 15 mai 2007, mise à jour en dernier lieu le 25 février 2011.

²⁷ Par exemple le Belize, article 63 1) de la loi sur les brevets – Chap. 253 du 21 juin 2000, modifiée en dernier lieu par la loi n° 40 de 2005; le Botswana, article 134 6) de la loi sur la propriété industrielle (loi n° 8 de 2010); Saint-Kitts-et-Nevis, article 62 1) de la loi sur les brevets (Chap. 18.25) du 31 décembre 2002.

²⁸ Colombie, article 306 du Code pénal modifié en dernier lieu le 22 juin 2006.

²⁹ Voir par exemple les Comores, article 41 de la loi sur les brevets du 05 juillet 1844.

³⁰ Voir par exemple la République démocratique du Congo, article 88 de la loi n° 82-001 du 7 janvier 1982 sur la propriété industrielle; Djibouti, article 200 de la loi n° 50/AN/09/6^e L sur la protection de la propriété industrielle du 21 juin 2009; l'Indonésie, article 130 de la loi sur les brevets n° 14 du 1^{er} août 2001; le Maroc, article 213 de la loi n° 97-17 sur la protection de la propriété industrielle du 15 février 2000, modifiée en dernier lieu par la loi n° 31-05; et les Pays-Bas, article 79 de la loi sur les brevets du 15 décembre 1994 (version applicable au 3 juin 2009).

³¹ Voir par exemple la Guinée équatoriale, article 534 du Code pénal du 3 avril 1980; la Finlande, article 57 de la loi sur les brevets n° 550 du 15 décembre 1967, modifiée en dernier lieu par la loi n° 101/2013; l'Islande, article 57 de la loi sur les brevets n° 17/1991, modifiée en dernier lieu par la loi n° 126/2011; la Norvège, article 57 de la loi sur les brevets n° 9 du 15 décembre 1967, modifiée en dernier lieu par la loi n° 8 du 1^{er} juillet 2010; les Seychelles, article 119 de la loi sur la propriété industrielle n° 7 de 2014; la Suisse, article 81 de la loi sur les brevets du 25 juin 1954, dans la version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012; et la République-Unie de Tanzanie, article 70, chap. 217 de la loi sur l'enregistrement des brevets de 1995.

³² France, article L615-14 du Code de la propriété intellectuelle (version consolidée au 1^{er} janvier 2014).

³³ Iran (République islamique d'), article 61 1) de la loi sur l'enregistrement des brevets, des dessins et modèles industriels et des marques du 29 octobre 2007.

³⁴ Voir par exemple le Kenya, article 109 de la loi sur la propriété industrielle du 27 juillet 2001; le Soudan du Sud, article 50 de la loi sur les brevets n° 58 de 1971; et le Soudan, article 50 de la loi sur les brevets n° 58 de 1971.

³⁵ Espagne, article 534 du Code pénal.

qui étend la portée de l'application de la sanction pénale à certains comportements qui ne visaient pas délibérément à porter atteinte aux droits de brevet³⁶. Le *comportement gravement négligent* est prévu par exemple dans la législation sur les brevets de Samoa et de la Suède, tandis qu'au Danemark, si l'infraction a été commise par suite d'une *grave négligence*, seules des sanctions pécuniaires peuvent être appliquées (toutefois, l'intention de commettre l'infraction constitue une circonstance aggravante permettant d'appliquer une peine de réclusion).

21. Il convient de mentionner que l'élément psychologique, et en particulier l'intention de porter atteinte au brevet, a aussi une importance dans les pays qui n'offrent que des voies de recours civiles et ne prévoient pas de sanctions pénales. Ainsi, aux États-Unis d'Amérique, toute atteinte délibérée à un brevet donne lieu à des réparations "pour préjudice moral", tandis qu'en Belgique, la mauvaise foi du contrevenant est prise en compte pour déterminer les réparations civiles³⁷. Enfin, au Royaume-Uni, les dommages à verser seront réduits si la faute n'était pas intentionnelle³⁸.

22. Dans certains pays, le fait de commettre l'infraction à une échelle commerciale constitue un élément du crime³⁹, tandis que dans d'autres pays, il constitue une circonstance aggravante.

b) Sanctions

23. Les sanctions prévues en cas d'atteinte à un brevet sont généralement de nature pécuniaire (amendes), ou ce sont des peines privatives de liberté (réclusion). Elles peuvent être combinées⁴⁰, mutuellement exclusives (c'est-à-dire que l'application de l'une exclut celle de

³⁶ Voir par exemple le Danemark, article 57 de la loi consolidée sur les brevets n° 108 du 24 janvier 2012; le Rwanda, article 261 de la loi n° 31/2009 du 26 octobre 2009 sur la protection de la propriété intellectuelle; et la Suède, article 57 de la loi sur les brevets (1967 :837) modifiée en dernier lieu le 1^{er} juillet 2011.

³⁷ Voir l'article 52 de la loi sur les brevets de la Belgique, qui prévoit des réparations civiles plus élevées en cas de mauvaise foi :

"[...] § 4. Sans préjudice du § 6, la partie lésée a droit à la réparation de tout préjudice qu'elle subit du fait de la contrefaçon. § 5. Lorsque l'étendue du préjudice ne peut être déterminée d'aucune autre manière, le juge peut de manière raisonnable et équitable fixer un montant forfaitaire, à titre de dommages et intérêts. Le juge peut, à titre de dommages et intérêts, ordonner la délivrance à la partie demanderesse des biens contrefaisants, ainsi que, dans les cas appropriés, des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication de ces biens, et qui sont encore en possession du défendeur. Si la valeur de ces biens, matériaux et instruments dépasse l'étendue du dommage réel, le juge fixe la soulte à payer par le demandeur. En cas de mauvaise foi, le juge peut, à titre de dommages et intérêts, ordonner la cession de tout ou partie du bénéfice réalisé à la suite de l'atteinte, ainsi qu'en reddition de compte à cet égard. Seuls les frais directement liés aux activités de contrefaçon concernées sont portés en déduction pour déterminer le bénéfice à céder. § 6. En cas de mauvaise foi, le juge peut prononcer au profit du demandeur la confiscation des biens contrefaisants, ainsi que, dans les cas appropriés, des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication de ces biens, et qui sont encore en possession du défendeur. Si les biens, matériaux et instruments ne sont plus en possession du défendeur, le juge peut allouer une somme égale au prix reçu pour les biens, matériaux et instruments cédés. La confiscation ainsi prononcée absorbe, à concurrence de la valeur de la confiscation, les dommages et intérêts. "

³⁸ On trouvera de plus amples renseignements sur les prescriptions en matière d'intention dans l'article suivant : Harold A. Borland, "The Affirmative Duty to Exercise Due Care in Willful Patent Infringement Cases : We Still Want It", Houston Business and Tax Law Journal, 2005.

³⁹ Nicaragua, article 132 a) de la loi n° 354 du 21 novembre 2000 sur les brevets, les modèles d'utilité et les dessins et modèles industriels, modifiée en dernier lieu par la loi n° 634 du 13 septembre 2007; et Seychelles, article 118 1) de la loi sur la propriété industrielle n° 7 de 2014.

⁴⁰ Voir par exemple l'Angola, article 68 de la loi sur la propriété industrielle n° 3/92 du 28 février 1992; l'Argentine, article 75 de la loi sur les brevets et les modèles d'utilité; et la France, article L615-14 du Code de la propriété intellectuelle.

l'autre)⁴¹, ou l'amende peut constituer la sanction de base tandis que la réclusion n'est prononcée qu'en cas de circonstances aggravantes⁴².

24. Le montant des amendes diffère considérablement d'un pays à l'autre. Il peut aller de la somme relativement modeste de 100 euros⁴³ jusqu'à 100 000 euros, voire 300 000 euros⁴⁴. Il arrive que le montant de la sanction soit calculé au regard du salaire mensuel minimum autorisé dans le pays du contrevenant présumé⁴⁵. S'agissant de la réclusion, sa durée est très variable : elle peut aller de six mois à trois ans⁴⁶, mais aussi de cinq à 12 ans⁴⁷. D'autres sanctions sont possibles, notamment la publication de la décision⁴⁸, la destruction des biens faisant l'objet de l'infraction⁴⁹, le retrait de ces biens du marché ou le travail forcé⁵⁰.

c) Circonstances aggravantes

25. Les circonstances susceptibles d'accroître l'importance de la sanction sont notamment les suivantes : l'infraction a été commise en ligne par le biais d'un réseau de communication public; elle concernait des produits dangereux pour la santé ou la sécurité humaine ou animale⁵¹; le récidivisme⁵²; l'infraction est intervenue à une échelle commerciale⁵³; elle a entraîné un gain matériel (pour le contrevenant) ou un préjudice (pour le titulaire du droit)⁵⁴; ou le contrevenant a un statut particulier⁵⁵.

⁴¹ Par exemple, Antigua-et-Barbuda, l'Arménie, le Brésil, Cuba, la République tchèque et la Roumanie ont fait ce choix. Voir l'annexe I au présent document.

⁴² Ainsi, en Égypte, la sanction de base est pécuniaire, mais en cas de récidive le contrevenant encourt une peine de réclusion pouvant atteindre deux ans. Voir l'annexe I au présent document.

⁴³ Belgique, article 8, paragraphe 1 de la loi relative à la répression de la contrefaçon et de la piraterie de droits de propriété intellectuelle du 15 mai 2007, modifiée en dernier lieu le 25 février 2011.

⁴⁴ France, article L615-14 du Code de la propriété intellectuelle (version consolidée au 1^{er} janvier 2014).

⁴⁵ La Colombie et la Fédération de Russie appliquent par exemple cette méthode de calcul du montant de l'amende. Voir l'annexe I au présent document.

⁴⁶ Ainsi, à Antigua-et-Barbuda et en France, la peine maximale est de trois ans; en Argentine, à Madagascar, aux Philippines et en Uruguay, la réclusion peut aller de six mois à trois ans; en Arménie et en Suède, la peine maximale est de deux ans; à Cuba et en Roumanie, la peine va de six mois à deux ans; en Suisse et au Swaziland, la réclusion peut aller jusqu'à une année. Voir l'annexe I au présent document.

⁴⁷ Au Belize, la réclusion va de cinq à 12 ans. Voir l'annexe I au présent document.

⁴⁸ Allemagne, article 142 de la loi sur les brevets, modifiée le 31 juillet 2009.

⁴⁹ La France et l'Indonésie, par exemple, prévoient ce type de sanctions. Voir l'annexe I au présent document.

⁵⁰ Fédération de Russie, article 147 du Code pénal n° 63-FZ du 13 juin 1996, modifié en dernier lieu le 1^{er} mars 2012.

⁵¹ En France, par exemple, si l'infraction a été commise en ligne par le biais d'un réseau de communication public, ou si elle concerne des produits dangereux pour la santé ou la sécurité humaine ou animale, les sanctions sont accrues et peuvent atteindre cinq ans de réclusion (au lieu de trois) et 500 000 euros (au lieu de 300 000 euros). Voir l'annexe I au présent document.

⁵² En France, par exemple, les sanctions sont doublées dans cette situation. Voir l'annexe I au présent document.

⁵³ En Allemagne, par exemple, la durée de réclusion est allongée dans ce cas pour atteindre cinq ans. Voir l'annexe I au présent document.

⁵⁴ En Serbie, par exemple, "si l'infraction mentionnée au paragraphe 1^{er} entraîne un gain matériel ou un préjudice d'un montant supérieur à un million de dinars, le contrevenant encourt une peine de réclusion d'un à huit ans". Voir l'annexe I au présent document.

⁵⁵ Il peut s'agir par exemple du fait que l'infraction a été commise par un groupe criminel organisé ou que la personne concernée était employée par le titulaire du brevet ou le preneur de licence.

III. MESURES EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ POUVANT ABOUTIR À UNE LIMITATION DES DROITS DE BREVET (EXCEPTIONS CONCERNANT LA SÉCURITÉ)

A. INTRODUCTION

26. La notion de souveraineté nationale est au cœur du droit international. Il est dit parfois que chaque État est souverain sur un pied d'égalité⁵⁶ et constitue l'autorité suprême dans les limites de son territoire. En un sens, cette notion indique qu'un État assume ses fonctions de manière indépendante vis-à-vis des autres États⁵⁷. Néanmoins, en raison de la mondialisation et de la progression de l'intégration économique, la réglementation internationale s'est développée à cet égard⁵⁸.

27. Le lien entre commerce international et sécurité nationale a été institué dès 1947 avec l'apparition de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)⁵⁹. On trouve aussi fréquemment des dispositions concernant la sécurité nationale dans les accords bilatéraux⁶⁰, régionaux⁶¹ et internationaux⁶².

B. LE CADRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

28. Les accords multilatéraux en matière de brevets accordent une importance particulière à la nécessité de préserver la liberté nécessaire aux États contractants pour que ceux-ci puissent prendre les mesures jugées pertinentes pour protéger leurs intérêts dans le domaine de la sécurité nationale. Des dispositions sont prévues à cet égard dans certains traités administrés par l'OMPI, notamment le Traité de coopération en matière de brevets (PCT), le Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets (Traité de Budapest) ou encore le Traité sur le droit des brevets (PLT), ainsi que dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC).

29. En ce qui concerne le PCT, l'article 27.8) dispose que rien dans le traité ne peut limiter la liberté d'un État contractant d'appliquer "les mesures qu'il considère nécessaires en matière de défense nationale". En outre, la règle 22.1 a) du règlement d'exécution du PCT reconnaît que, en vertu des dispositions relatives à la défense nationale, l'office récepteur peut être empêché de transmettre l'exemplaire original de la demande internationale au Bureau international. Ainsi, le PCT prévoit un élément de flexibilité essentiel qui permet aux parties contractantes de prévoir dans leur législation nationale sur les brevets des dispositions visant à protéger la sécurité nationale, par exemple en permettant à l'office des brevets agissant en qualité d'office

⁵⁶ Royal C. Gardner, "Respecting Sovereignty", *Fordham Environmental Law Review*, vol. 8, n° 1, art. 7 (2011), page 133.

⁵⁷ Voir l'affaire *Island of Palmas* (U.S. v. Neth), *Hague Ct. Rep.* 2d (Scott) 83, 92.

⁵⁸ Voir par exemple David Held, "The Changing Structure of International Law : Sovereignty Transformed? "; in : Held, David and McGrew, Anthony, (eds.), "The Global Transformations Reader : an Introduction to the Globalization Debate. Polity Press", 2003, Cambridge, Royaume-Uni, page 163.

⁵⁹ Article XXI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et article XIV *bis* de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS).

⁶⁰ Voir à cet égard l'Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la Turquie, destiné à faciliter, à des fins de défense, l'échange de droits découlant de brevets et l'échange d'informations techniques, signé à Ankara le 18 mai 1956, ou l'Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Japon destiné à faciliter, à des fins de défense, l'échange de droits découlant de brevets et l'échange d'informations techniques, signé à Tokyo le 22 mars 1956.

⁶¹ Accord sur la préservation mutuelle des secrets inter-États dans le domaine de la protection juridique des inventions, signé entre l'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Bélarus, la Fédération de Russie, la Géorgie, le Kazakhstan, le Kirghizistan, l'Ouzbékistan, la République de Moldova, le Tadjikistan et l'Ukraine.

⁶² Voir dans ce contexte l'Accord de l'OTAN pour la sauvegarde mutuelle du secret des inventions intéressant la défense (version de 1974).

récepteur pour une demande internationale d'empêcher la transmission de l'exemplaire original tant que l'autorisation n'a pas été donnée par l'autorité nationale compétente⁶³.

30. En ce qui concerne les autres traités administrés par l'OMPI, la situation est la suivante : d'une part, l'article 5 du Traité de Budapest prévoit des restrictions à l'exportation à partir du territoire ou à l'importation sur le territoire d'un État contractant de micro-organismes qui sont déposés ou destinés à être déposés en vertu du Traité, en considération de la sécurité nationale, dans certaines circonstances⁶⁴. D'autre part, cependant, le Traité sur le droit des brevets (PLT) prévoit des "exceptions concernant la sécurité" dans son article 4, qui est libellé de la manière suivante : "Aucune disposition du présent traité ou de son règlement d'exécution ne limite la liberté qu'ont les Parties contractantes de prendre toutes mesures qu'elles jugent nécessaires aux fins de la préservation d'intérêts essentiels en matière de sécurité".

31. Enfin, l'article 73 de l'Accord sur les ADPIC prévoit une exception générale pour les questions jugées essentielles aux intérêts en matière de sécurité nationale⁶⁵. Il définit trois motifs justifiant ce type d'exceptions : une limite à l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait contraire aux intérêts essentiels de la sécurité nationale; l'adoption de mesures jugées nécessaires à la protection des intérêts essentiels de la sécurité; et l'adoption de mesures en application des engagements pris par un État membre au titre de la Charte des Nations Unies en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

32. S'agissant de ce qui peut être considéré comme des "intérêts essentiels de la sécurité", certains auteurs estiment qu'il incombe à chaque État membre de l'OMC de le définir⁶⁶. Il semble donc que cette question ne relève pas du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends; en effet, l'OMC n'a pas qualité pour déterminer si la raison invoquée par l'État membre pour adopter une mesure de sécurité au titre de l'article 73 permet effectivement de protéger des "intérêts essentiels de la sécurité". L'OMC n'est généralement pas perçue comme un forum permettant de traiter de ce type de différends⁶⁷, contrairement au GATT de 1947⁶⁸.

⁶³ Étant donné que le PCT ne contient pas de disposition prévoyant la suspension des procédures pendant la phase internationale pour des raisons de sécurité nationale, la demande internationale est considérée comme retirée si le Bureau international ne reçoit pas l'exemplaire original dans le délai prescrit (voir l'article 12.3) et la règle 22.3)).

⁶⁴ Le caractère exceptionnel de cette disposition est souligné par le libellé suivant : "lorsque la restriction est nécessaire en considération de la sécurité nationale".

⁶⁵ "Article 73. Exceptions concernant la sécurité. Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée : a) comme imposant à un Membre l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité; b) ou comme empêchant un Membre de prendre toutes mesures qu'il estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité : i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication; ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées; iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale; c) ou comme empêchant un Membre de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales".

⁶⁶ "Resource Book on TRIPS and Development", UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, 2005, p.804. Voir aussi Kiyoun Sohn et Taek Dong Yeo, "Does the International Trade Help to Enhance National Security?", disponible à l'adresse suivante : https://faculty.washington.edu/karyiu/confer/sea05/papers/sohn_yeo.pdf.

⁶⁷ Depuis la création de l'OMC, aucun groupe spécial n'a établi de rapport sur des questions de sécurité nationale.

⁶⁸ Quatre affaires seulement ont atteint le niveau du règlement officiel des différends. Voir le "Resource Book on TRIPS and Development", UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, 2005, page 806.

C. MISE EN ŒUVRE AU NIVEAU NATIONAL

33. En vertu de l'article 73 de l'Accord sur les ADPIC, les États membres ont la possibilité d'instaurer dans leur législation nationale des "exceptions concernant la sécurité". En ce qui concerne plus particulièrement la législation sur les brevets, ces mesures ont pris différents aspects : il s'agit d'une part de mesures de sécurité relatives à l'examen des demandes de brevet, et d'autre part des mesures concernant l'exclusion de la brevetabilité et d'autres mesures visant les inventions liées à l'énergie atomique.

a) Mesures de sécurité relatives à l'examen des demandes de brevet

34. Dans un certain nombre de pays, la législation nationale prévoit la possibilité de déclarer "secrète" une demande de brevet⁶⁹. En général, cela signifie que ni la demande de brevet ni le document de brevet final ne sont publiés.

35. Dans certains pays, la législation en matière de brevets offre à l'office des brevets la possibilité de garder des informations secrètes si elles ont trait à la sécurité nationale⁷⁰, tandis que dans d'autres pays, l'office des brevets transmet la demande de brevet à l'autorité compétente pour que celle-ci vérifie si l'invention touche à la défense ou la sécurité nationales. L'autorité chargée de déterminer le caractère "secret" de l'invention peut varier selon le pays. Ainsi, en Égypte⁷¹, ce peut être le ministère de la Défense, le ministère de la Production militaire, le ministère de l'Intérieur ou le ministère de la Santé, selon le domaine concerné. Dans le cas de l'Albanie, des Pays-Bas et de la Nouvelle-Zélande, l'autorité compétente pour classer l'invention en tant que "secret d'État" est le ministère de la Défense. Au Royaume-Uni, c'est le Secrétariat d'État qui est chargé de déterminer si la publication de la demande ou la publication ou communication de l'information concernée serait préjudiciable à la sécurité nationale ou à la sécurité publique.

36. Compte tenu du fait que les États membres ont la possibilité de définir ce qui constitue leurs "intérêts essentiels de la sécurité" et les mesures qui peuvent être adoptées pour protéger ces intérêts, les législations et les pratiques en la matière sont très diverses. Certains éléments communs peuvent néanmoins être regroupés dans les catégories suivantes : l'indication du fait que les inventions doivent rester secrètes; l'exigence de retarder la publication des demandes de brevet concernées ou d'y renoncer; la compensation en cas d'exploitation de l'invention par l'État ou de cession de l'invention à celui-ci; et les restrictions sur le dépôt de brevet de l'invention secrète dans d'autres pays.

⁶⁹ La terminologie peut toutefois varier : ainsi, la loi sur la propriété industrielle de l'ex-République de Macédoine et celle du Viet Nam emploient respectivement les termes "invention confidentielle" et "brevet confidentiel".

⁷⁰ L'article 15 de la loi sur les brevets n° 2 de 2003 du Vanuatu dispose que "si l'unité d'enregistrement estime qu'une demande (...) contient une information susceptible d'être préjudiciable à a) la défense du Vanuatu, ou b) la sécurité publique, elle peut interdire ou restreindre la publication de cette information".

⁷¹ En Égypte, l'article 17 de la loi n° 82 de 2002 dispose que "l'office des brevets adressera au ministère de la Défense, au ministère de la Production militaire, au ministère de l'Intérieur ou au ministère de la Santé, selon le cas, plusieurs exemplaires des demandes de brevet concernant la défense, la production militaire ou la sécurité publique, ou des demandes de brevet présentant un intérêt en termes de défense, de sécurité ou de santé, ainsi que les annexes jointes à ces demandes, dans les 10 jours suivant la date à laquelle il a achevé son examen". Cet article prévoit en outre qu'"après l'annonce de l'acceptation de la demande de brevet, le ministère compétent, selon le cas, peut s'opposer à l'octroi du brevet si le ministre estime que la demande concerne la défense, la production militaire ou la sécurité publique, ou qu'elle présente un intérêt dans l'un de ces domaines".

i) *Indication des inventions devant rester secrètes*

37. Les types d'inventions⁷² devant rester secrètes peuvent différer d'un pays à l'autre. Dans certains pays, les inventions secrètes sont celles qui concernent la défense nationale⁷³, qui touchent aux intérêts de la sécurité de l'État⁷⁴ ou qui sont liées à des objectifs de défense⁷⁵. Ainsi, la loi sur les brevets de la Pologne donne une définition particulière des inventions concernant la défense nationale et la sécurité de l'État⁷⁶, tandis que d'autres pays font référence aux inventions concernant la sécurité publique⁷⁷ ou dont la divulgation pourrait porter préjudice à la sécurité nationale⁷⁸, ou encore aux inventions préjudiciables à la fois à la défense nationale et à la sécurité ou la sûreté publiques (c'est notamment le cas du Luxembourg, du Monténégro et du Kenya), ou aux inventions préjudiciables aux intérêts ou à la sécurité de la nation (Malaisie).

38. Dans la même veine, la législation de certains pays fait référence aux inventions liées à l'armement. Ainsi, la législation du Bangladesh et celle du Canada mentionnent les inventions concernant l'amélioration des instruments ou des munitions de guerre. De même, la loi sur les brevets du Danemark fait référence aux "inventions liées aux matériels de guerre et aux procédés de fabrication de ces matériels".

39. Un certain nombre de pays ont instauré un ensemble de dispositions plus élaborées en matière d'inventions secrètes : ainsi, l'article 24 de la loi sur les brevets de la Bulgarie dispose que "les inventions secrètes sont des inventions contenant des informations confidentielles qui constituent un secret d'État au sens de l'article 25 de la loi sur la protection des informations confidentielles". Ce dernier texte stipule que "toute information figurant dans la liste n° 1 constitue un secret d'État, et tout accès non autorisé à cette information peut être contraire ou préjudiciable aux intérêts de la République de Bulgarie en matière de sécurité nationale, de défense, de politique extérieure ou de protection de l'ordre constitutionnel". La liste n° 1 en question est longue et contient des indications détaillées sur ce qui peut être considéré comme une invention secrète⁷⁹. D'autres pays ont adopté une démarche plus générale : ainsi, la loi sur

⁷² De plus, en Russie, une distinction est établie entre les inventions secrètes pour lesquelles une demande de brevet a été déposée et les inventions secrètes pour lesquelles une demande de modèle d'utilité ou de dessin ou modèle industriel a été déposée. De fait, la législation russe sur les brevets reconnaît uniquement la possibilité d'obtenir un brevet secret, mais pas celle d'obtenir un modèle d'utilité ou un dessin ou modèle industriel secret. Néanmoins, l'article 1390 5) du chapitre 72 du Code civil russe prévoit que "si au cours de l'examen d'une demande de modèle d'utilité, l'autorité fédérale compétente en matière de propriété intellectuelle constate que les informations contenues dans ladite demande constituent un secret d'État, les documents de la demande seront classés secrets en application de la procédure prévue dans la législation sur les secrets officiels. Dans ce cas, le déposant sera informé du fait qu'il peut retirer sa demande de modèle d'utilité ou la transformer en demande d'invention secrète".

⁷³ Le Brésil et la Chine font notamment partie de ce groupe.

⁷⁴ Voir par exemple la Lettonie, article 11 de la loi sur les brevets du 15 février 2007.

⁷⁵ Voir par exemple l'Inde, article 35 de la loi sur les brevets de 1970, modifiée en dernier lieu par la loi n° 15 de 2005.

⁷⁶ Article 56 de la loi sur la propriété industrielle du 30 juin 2000, modifiée en dernier lieu par la loi du 29 juin 2007 :

"1. Toute invention émanant d'un ressortissant polonais peut être considérée comme une invention secrète, dès lors qu'elle concerne la défense nationale ou la sécurité de l'État. 2. Les inventions suivantes concernent en particulier la défense nationale : de nouvelles catégories d'armes ou d'équipements militaires et de nouvelles méthodes de combat. 3. Les inventions suivantes concernent en particulier la sécurité de l'État : les moyens techniques employés par les services civils qui sont autorisés à mener des actions et des opérations de reconnaissance, ainsi que les nouvelles catégories d'équipement et de matériel et les méthodes permettant auxdits services de les utiliser".

⁷⁷ Voir notamment le Brunéi Darussalam, le Royaume-Uni et Singapour.

⁷⁸ Voir par exemple les États-Unis d'Amérique, article 181 de la loi sur les brevets, 35 U.S.C. (version consolidée de la loi sur les brevets de mai 2014).

⁷⁹ La liste n° 1 jointe en annexe à l'article 25 est longue et énumère les "catégories d'informations classées secret d'État" (plus de 64 éléments regroupés en trois catégories : I. Les informations concernant la défense nationale; II. Les informations concernant la politique extérieure et la sécurité intérieure du pays; et III. Les informations concernant la sécurité économique du pays).

la propriété industrielle de la République démocratique du Congo précise que “les inventions et les découvertes présentant un intérêt particulier pour la nation peuvent être déclarées secrètes. Elles peuvent avoir trait à n’importe quel domaine, et en particulier à la défense et la sécurité nationales”.

ii) *Exigence de retarder la publication des demandes de brevet précitées ou d’y renoncer*

40. Dans certaines juridictions⁸⁰, si l’office des brevets estime qu’une invention concerne la défense ou la sécurité nationales, l’autorité compétente détermine si la publication de la demande de brevet risque de porter préjudice aux intérêts de l’État en la matière. Dans certains cas, la publication est interdite *a priori*⁸¹. Le délai pendant lequel une invention doit rester secrète diffère considérablement selon la législation analysée. Ainsi, la législation des États-Unis d’Amérique prévoit qu’ “[i]l ne peut être ordonné qu’une invention soit tenue secrète et la publication d’une demande ou la délivrance d’un brevet ne peut être suspendue pour une période supérieure à un an. Le commissaire aux brevets renouvelle l’ordre à la fin de cette période ou de toute période de renouvellement, pour d’autres périodes d’un an chacune, si le chef du département ou de l’agence qui a provoqué l’ordre de secret lui notifie qu’il a été formellement constaté que l’intérêt national continue d’exiger cette mesure”⁸².

iii) *Compensation versée au déposant du brevet en cas de cession à l’État*

41. Dans un certain nombre de pays, lorsqu’une invention doit rester secrète, elle doit être cédée à l’État⁸³. La loi sur les brevets de la Norvège dispose que “[l]orsque l’état de guerre, un danger de guerre ou une situation de crise liée à ces circonstances le justifie, le roi peut décréter que le droit à une invention est cédé au gouvernement ou à un tiers qu’il désigne. ”

42. En cas de cession à l’État de l’invention et de ses droits afférents, une compensation est versée au déposant. La législation de certains pays restreint davantage que dans d’autres pays la notion de compensation en précisant qu’elle doit être raisonnable⁸⁴, équitable⁸⁵, ou établie au regard de la valeur de marché de l’invention⁸⁶. Aux Pays-Bas, la loi dispose que l’État doit accorder une compensation pour tout préjudice subi par le déposant du brevet d’une invention secrète du fait de l’application des dispositions concernant ce type d’inventions. De même, la loi sur les brevets des États-Unis d’Amérique fait référence à une demande de “réparation du préjudice causé par l’ordre de secret et/ou par l’utilisation de l’invention par le Gouvernement”⁸⁷, tandis que d’autres États emploient le terme “indemnisation”⁸⁸.

43. Dans certaines juridictions, l’exploitation d’une invention secrète est limitée au sens où le titulaire du brevet doit informer l’organisme public compétent, avant d’exploiter ou de céder

⁸⁰ Voir notamment l’Australie, la Belgique, le Brésil, Cuba et les États-Unis d’Amérique.

⁸¹ Voir par exemple le Vanuatu, article 15 de la loi sur les brevets n° 2 de 2003.

⁸² Article 181 de la loi sur les brevets des États-Unis d’Amérique, 35 U.S.C. (version consolidée de la loi sur les brevets de mai 2014).

⁸³ Voir par exemple l’Afrique du Sud, article 78 de la loi sur les brevets n° 57 de 1978, modifiée en dernier lieu par la loi n° 20 de 2005.

⁸⁴ Voir la République de Corée, article 41 de la loi sur les brevets n° 950 du 31 décembre 1961, modifiée en dernier lieu par la loi n° 11690 de 2013.

⁸⁵ Voir par exemple l’Arabie saoudite, article 49 2) du règlement d’application de la loi sur les brevets, les schémas de configuration des circuits intégrés, les obtentions végétales et les dessins et modèles industriels du 26 décembre 2004.

⁸⁶ Article 59 2) de la loi sur la propriété industrielle de la Pologne du 30 juin 2000, modifiée en dernier lieu par la loi du 29 juin 2007.

⁸⁷ Loi sur les brevets des États-Unis d’Amérique, 35 U.S.C. 183 (version consolidée de la loi sur les brevets de mai 2014).

⁸⁸ Voir par exemple le Brésil, l’Italie et la France. Dans cette dernière, le montant de l’indemnité est établi par le Tribunal de Grande Instance. Voir l’annexe I au présent document.

l'invention, pour obtenir son autorisation⁸⁹. De même, la loi sur les brevets de la Bulgarie prévoit que "le Conseil des ministres détermine qui peut exploiter un brevet secret ou en disposer"⁹⁰.

iv) Restrictions sur le dépôt de brevet de l'invention secrète dans d'autres pays

44. Étant donné que les inventions secrètes sont soumises à une procédure différente pour des raisons de défense ou de sécurité nationales, l'État surveille les activités de ses ressortissants et de ses résidents en matière de brevets, non seulement sur son territoire mais aussi à l'étranger. C'est pourquoi, dans certaines juridictions, les résidents ne peuvent déposer de demande de brevet à l'étranger sans l'autorisation expresse ou tacite de l'autorité nationale. Celle-ci dispose généralement d'un certain délai pour examiner la demande de brevet avant de délivrer l'autorisation de déposer la demande à l'étranger. Dans certains États membres, la législation en matière de brevets dispose que toute violation de cette règle constitue une infraction donnant lieu à des sanctions pénales et/ou civiles⁹¹. Dans les pays qui délivrent des brevets secrets, le titulaire du droit ne peut déposer de demande à l'étranger⁹² ou doit en demander l'autorisation⁹³.

b) Mesures liées aux exclusions de brevetabilité et autres mesures visant les inventions relatives à l'énergie atomique

45. Dans un certain nombre de pays, les brevets concernant des inventions qui doivent rester secrètes ne sont pas accordés⁹⁴. Ainsi, selon la loi sur les brevets de la Nouvelle-Zélande, si le commissaire aux brevets estime que l'invention relève de l'une des catégories intéressant la défense nationale en vertu d'une notification lui ayant été adressée par le ministre de la Défense, le brevet ne peut être accordé⁹⁵. Dans la Fédération de Russie, les inventions secrètes peuvent être protégées par un brevet, mais pas par un modèle d'utilité⁹⁶. Enfin, il convient de mentionner que la législation de Madagascar en matière de brevets interdit de breveter certaines catégories d'inventions lorsque les intérêts vitaux de l'État l'exigent, et en particulier pour des raisons de défense nationale.

46. En ce qui concerne les innovations liées à l'énergie atomique⁹⁷, un certain nombre de pays comme l'Inde et Sri Lanka ont adopté une législation particulière interdisant de breveter ces inventions. L'article 20 i) de la loi sur l'énergie atomique de 1962 de l'Inde, en particulier,

⁸⁹ Voir par exemple le Brésil, article 75 de la loi sur la propriété industrielle n° 9.279 du 14 mai 1996, modifiée en dernier lieu par la loi n° 10.196 du 14 février 2001.

⁹⁰ Voir l'article 24 8) de la loi sur l'enregistrement des brevets et des modèles d'utilité n° 27/2 de 1993 de la Bulgarie, modifiée en dernier lieu le 20 juillet 2007.

⁹¹ Voir notamment Singapour, les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni.

⁹² Voir par exemple le Brésil, article 75 de la loi sur la propriété industrielle n° 9.279 du 14 mai 1996, modifiée en dernier lieu par la loi n° 10.196 du 14 février 2001; la Bulgarie, article 25 de la loi sur l'enregistrement des brevets et des modèles d'utilité n° 27/2 de 1993, modifiée en dernier lieu le 20 juillet 2007; Cuba, article 88 du Décret-loi n° 290 du 20 novembre 2011 sur les inventions et les dessins et modèles industriels.

⁹³ Voir par exemple l'Albanie, article 31 de la loi sur la propriété industrielle n° 9977 du 7 juillet 2008; le Danemark, article 70 de la version consolidée de la loi sur les brevets n° 8 du 24 janvier 2012; l'Inde, article 39 de la loi sur les brevets de 1970, modifiée en dernier lieu par la loi n° 15 de 2005; le Kenya, article 28 de la loi sur la propriété industrielle du 27 juillet 2001; et le Pakistan, article 26 de l'Ordonnance sur les brevets n° LXI de 2000.

⁹⁴ Malaisie, Maroc, Nouvelle-Zélande et Pologne.

⁹⁵ Article 132 de la loi sur les brevets n° 68 de 2013 de la Nouvelle-Zélande.

⁹⁶ Voir l'article 1349 3) du chapitre 72 du Code civil de la Fédération de Russie.

⁹⁷ Certaines législations sur cette question font aussi référence à l'énergie nucléaire. La différence tient au fait que si l'énergie atomique concerne l'atome dans son intégralité, l'énergie nucléaire ne concerne que son noyau. "L'atome est la plus petite unité de matière identifiable. Il se compose d'un noyau, qui contient un ou plusieurs protons, et d'un ou de plusieurs électrons en orbite sur des couches externes. Le mot "nucléaire" dans l'expression "bombe nucléaire" signifie "dont le fonctionnement repose sur un ou plusieurs noyaux d'atome ou est lié à ceux-ci". Voir <http://dictionary.reference.com/help/faq/language/d39.html>.

dispose qu'“à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, aucun brevet ne sera accordé pour des inventions qui, de l'avis du gouvernement central, favorisent ou concernent la production, le contrôle, l'exploitation ou la destruction de l'énergie atomique, ou la prospection, l'exploitation et l'extraction minières, la production, le traitement physique et chimique, la fabrication, l'enrichissement, le conditionnement ou l'utilisation de toute substance prescrite, notamment des substances radioactives, ou qui permettent de garantir la sûreté de l'exploitation de l'énergie atomique”. De même, la loi sur la propriété intellectuelle de Sri Lanka prévoit qu'une invention utile à l'exploitation de matériaux nucléaires spéciaux ou de l'énergie atomique dans une arme atomique ne peut être brevetée⁹⁸.

47. Aux États-Unis d'Amérique, l'article 151 de la législation réglementant le nucléaire dispose que “a) Aucun brevet ne pourra être accordé pour toute invention ou découverte permettant uniquement d'exploiter un matériau nucléaire spécial ou de l'énergie atomique dans une arme atomique”, et “b) Aucun brevet déjà accordé ne pourra conférer de droit à l'égard de toute invention ou découverte dans la mesure où cette invention ou découverte permet d'exploiter un matériau nucléaire spécial ou de l'énergie atomique dans une arme atomique”. En outre, cette disposition établit que “[q]uiconque a fait ou fera une invention ou une découverte permettant de produire ou d'exploiter un matériau nucléaire spécial ou de l'énergie nucléaire doit remettre à la Commission un rapport contenant une description complète de son invention ou de sa découverte, sauf si celle-ci est déjà décrite dans une demande de brevet déposée auprès du sous-secrétaire au commerce chargé des questions de propriété intellectuelle et directeur de l'Office des brevets et des marques des États-Unis (...)”.

48. De même, la législation en matière de brevets du Canada prévoit que “[t]oute demande de brevet visant une invention qui, de l'avis du commissaire aux brevets, est liée à la production, l'application ou l'utilisation de l'énergie nucléaire doit (...) être communiquée par celui-ci à la Commission canadienne de sûreté nucléaire⁹⁹”.

[Les annexes suivent en anglais]

⁹⁸ Article 62 3) e) de la loi sur la propriété intellectuelle n° 36 de 2003.

⁹⁹ Article 22 de la loi sur les brevets (R.S.C., 1985, c. P-4), modifiée en dernier lieu le 21 septembre 2006.