

# OMPI



SCP/13/3.

ORIGINAL : anglais

DATE : 4 février 2009

F

**ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**  
GENÈVE

## **COMITÉ PERMANENT DU DROIT DES BREVETS**

**Treizième session**  
**Genève, 23 - 27 mars 2009**

**EXCLUSIONS DE LA BREVETABILITE ET EXCEPTIONS  
ET LIMITATIONS RELATIVES AUX DROITS\***

*Document établi par le Secrétariat*

---

\* Les observations formulées par les membres et les observateurs du SCP concernant ce document sont disponibles à l'adresse : [http://www.wipo.int/meetings/fr/doc\\_details.jsp?doc\\_id=153917](http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=153917)

## Table des matières

RESUME.....	2
I. INTRODUCTION .....	6
II. EXCLUSIONS DE LA BREVETABILITE.....	6
a) Exclusions de la brevetabilité et objets non considérés comme des inventions .....	6
b) Objectifs généraux des exclusions.....	8
c) Rôle des exclusions.....	9
d) Règles internationales existantes .....	10
i) Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (Convention de Paris) .....	10
ii) Traité de coopération en matière de brevets (PCT).....	11
iii) Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) .....	11
e) Lois nationales et régionales.....	12
i) Ordre public et bonnes mœurs.....	13
ii) Méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des êtres humains ou des animaux.....	13
iii) Inventions portant sur des végétaux et des animaux .....	14
iv) Inventions ayant une incidence sur la sécurité nationale.....	19
III. EXCEPTIONS ET LIMITATIONS RELATIVES AUX DROITS DE BREVET.....	19
a) Objectifs généraux des exceptions et limitations.....	19
b) Rôle des exceptions et limitations .....	20
c) Règles internationales existantes .....	20
i) Convention de Paris.....	20
ii) Convention relative à l'aviation civile internationale (Convention de Chicago).....	21
iii) Accord sur les ADPIC .....	22
d) Législations nationales et régionales .....	26
i) Actes accomplis à titre privé à des fins non commerciales et actes accomplis à des fins d'enseignement.....	27
ii) Actes accomplis à des fins d'expérimentation et de recherche scientifique.....	28
iii) Préparation de médicaments prescrits .....	32
iv) Poursuite d'une utilisation antérieure .....	32
v) Certaines utilisations à bord de navires, aéronefs et véhicules terrestres étrangers qui pénètrent temporairement ou accidentellement sur le territoire national .....	35
vi) Actes accomplis pour obtenir une approbation réglementaire .....	36
vii) Privilège de l'agriculteur et exception en faveur de l'obteneur .....	37
viii) Licences obligatoires et utilisation par les pouvoirs publics .....	38

## RESUME

1. Conformément à la décision prise par le Comité permanent du droit des brevets (SCP) à sa douzième session tenue à Genève du 23 au 27 juin 2008, le Secrétariat a établi la présente étude préliminaire sur les exclusions de la brevetabilité et les exceptions et limitations relatives aux droits. Ce document traite ces deux questions sous les perspectives suivantes : i) objectifs généraux et rôle; ii) cadre juridique international; et iii) dispositions de législation nationale et régionale.

### *Exclusions de la brevetabilité*

2. Le système des brevets vise à promouvoir l'innovation et à renforcer les avantages sociaux qui en découlent. Pour atteindre cet objectif, les législations relatives aux brevets fixent différentes conditions à l'obtention d'un brevet. Premièrement, un brevet peut être délivré pour des "inventions", mais non pour des œuvres littéraires ou musicales, par exemple. Bien que la définition d'une "invention" diffère d'un pays à l'autre, de nombreuses législations nationales prévoient que les découvertes, les idées abstraites et les créations non techniques, notamment, ne constituent pas des "inventions" au sens du droit des brevets. Deuxièmement, seules les inventions satisfaisant aux trois critères de brevetabilité, à savoir la nouveauté, l'activité inventive (non-évidence) et la possibilité d'application industrielle (utilité), peuvent bénéficier de la protection par brevet, afin que seules les inventions qui contribuent au progrès technique soient récompensées. Toutefois, même celles-ci ne participent pas nécessairement à l'objectif ultime du système des brevets, à savoir servir l'intérêt général. C'est pourquoi, du point de vue des pouvoirs publics, elles peuvent être exclues de la brevetabilité, même si elles représentent un progrès scientifique ou technique important.

3. Bien que les grands objectifs d'intérêt public soient largement partagés, les moyens concrets à mettre en œuvre pour les réaliser varient souvent d'un pays à l'autre. Les considérations de politique générale peuvent être influencées par la situation socioéconomique et les priorités nationales, et vice versa. Le patrimoine historique, culturel et religieux peut jouer un rôle important dans les considérations éthiques et morales. En conséquence, les considérations de politique générale sont rarement statiques : elles évoluent au fil du temps, en fonction des besoins et des réalités des différents pays.

4. Le fait d'exclure de la brevetabilité certaines catégories d'objets ne peut ni empêcher les inventeurs d'inventer dans ce domaine, ni interdire l'exploitation commerciale de ces inventions. En fait, en l'absence de brevet, nul n'est tenu d'obtenir le consentement de l'inventeur pour utiliser l'invention. Certains considèrent que la régulation des activités commerciales pour des motifs d'ordre éthique, sanitaire ou environnemental, par exemple, devrait relever d'autres branches du droit que la législation relative aux brevets. D'autres, en revanche, font observer que le système des brevets ne fonctionne pas en vase clos et que l'État ne devrait pas octroyer de droits exclusifs sur des inventions qui sont manifestement contraires à l'intérêt général et qui ne méritent donc pas la rentabilité économique que confère la protection par brevet.

5. En ce qui concerne le cadre juridique international, la Convention de Paris et le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) ne traitent pas des exclusions de la brevetabilité, bien que l'article 4<sup>quater</sup> de la Convention de Paris et les règles 39 et 67 du règlement d'exécution

du PCT abordent certaines questions connexes. L'Accord sur les ADPIC, dans son article 27.2 et 27.3, énumère certaines catégories d'objets que les membres de l'OMC peuvent exclure de la brevetabilité. En outre, l'article 73 reconnaît aux membres la faculté de prendre certaines mesures qu'ils jugent nécessaires pour protéger les intérêts essentiels de leur sécurité.

6. Aux niveaux national et régional, les exclusions de la brevetabilité prévues par la législation varient de manière importante. Néanmoins, certaines catégories d'objets sont exclues de la brevetabilité dans de nombreux pays (voir l'annexe II du document SCP/12/3 Rev.2), notamment :

- les inventions dont l'exploitation est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs;
- les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes et des animaux;
- les variétés végétales et races animales;
- les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes;
- les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux;
- les inventions ayant une incidence sur la sécurité nationale.

7. Le présent document dresse un tableau récapitulatif de la portée de chaque exclusion en vertu des législations nationales et régionales et aborde certaines questions examinées en rapport avec les différentes catégories d'objets.

8. La portée exacte des exclusions prévues par les législations nationales et régionales requiert toutefois une analyse approfondie, étant donné que l'interprétation des dispositions législatives peut varier. En outre, les exclusions prévues par les législations nationales et régionales à elles seules ne donnent pas une vue complète de ce qui peut et ne peut pas être breveté au niveau national ou régional. Ainsi, même s'il n'existe pas de dispositions excluant expressément certaines catégories d'objets de la brevetabilité, une invention relevant de ces catégories pourra ne pas être brevetée dans la mesure où elle pourra être considérée comme dépourvue de nouveauté, d'activité inventive ou de possibilité d'application industrielle.

#### *Exceptions et limitations relatives aux droits*

9. Par principe, l'octroi de droits de brevet exclusifs est considéré comme une incitation à l'investissement en faveur de l'innovation et de la production de savoirs. Pour remédier aux facteurs d'inefficacité que peut occasionner une position dominante associée à ces droits exclusifs, le système des brevets prévoit un certain nombre de mécanismes, tels que les critères de brevetabilité ou les exigences de divulgation. Néanmoins, l'octroi de droits exclusifs complets dans tous les cas de figure peut ne pas nécessairement répondre à l'objectif de promotion de l'innovation au service de l'intérêt général. C'est pourquoi, dans la quasi-totalité des législations en matière de brevets, la portée des droits exclusifs opposables est soigneusement déterminée au regard des intérêts des autres parties qui peuvent être empêchées d'utiliser l'invention brevetée pendant une durée limitée.

10. D'une manière générale, il existe deux types d'exceptions et de limitations permettant aux États de concilier les intérêts des différentes parties prenantes. Il s'agit premièrement des dispositions de législation nationale et de traités internationaux qui excluent, ou qui permettent d'exclure, certaines utilisations des actes pouvant donner lieu à une procédure pour

atteinte au brevet. Le deuxième type d'exceptions et de limitations est caractérisé par le fait que le titulaire du brevet ne peut empêcher les tiers d'utiliser l'invention brevetée mais qu'il a droit à une rémunération en contrepartie de cette utilisation. En d'autres termes, bien que les possibilités d'obtenir une ordonnance d'interdiction soient considérablement limitées, un droit à rémunération pour l'utilisation de l'invention est préservé. Les licences obligatoires (ou non volontaires) sont souvent utilisées pour mettre en œuvre ce type de limitations.

11. Comme dans le cas des exclusions de la brevetabilité, il pourrait sembler à première vue que la limitation de la portée des droits opposables aboutisse à une réduction des incitations poussant les inventeurs à investir dans des activités novatrices. Bien entendu, c'est aux pouvoirs publics qu'il appartient de déterminer si, dans certaines circonstances, il serait préférable d'autoriser des tiers à utiliser la technologie brevetée plutôt que de laisser le titulaire du brevet exercer seul le droit exclusif pour mieux promouvoir l'innovation au service de l'intérêt général. Toutefois, l'assurance que l'utilisation de l'invention brevetée par des tiers ne portera pas juridiquement atteinte au brevet ne signifie pas nécessairement que ceux-ci peuvent l'exploiter immédiatement, étant donné qu'un savoir-faire secret peut être nécessaire pour exploiter l'invention de manière optimale et commercialement rentable.

12. En ce qui concerne les traités internationaux, l'article 5.A de la Convention de Paris contient certaines règles relatives aux licences obligatoires. En outre, certaines limitations des droits exclusifs visant à préserver l'intérêt public en garantissant la liberté du transport sont prévues à l'article 5ter de cette Convention. De même, l'article 27 de la Convention de Chicago étend les exceptions aux droits de brevet à la navigation aérienne internationale.

13. Les articles 30 et 31 de l'Accord sur les ADPIC définissent les exceptions et limitations relatives aux droits pouvant être prévues par les membres de l'OMC. Conformément à l'article 30, un membre peut prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers. L'affaire *Canada-protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (DS114) donne des indications sur l'interprétation de l'article 30. L'article 31 prévoit qu'un membre peut, dans les conditions prescrites, autoriser des tiers ou les pouvoirs publics à procéder à d'autres utilisations que celles autorisées en vertu de l'article 30 sans le consentement du titulaire. La Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée par la Conférence ministérielle de l'OMC à sa quatrième session tenue à Doha le 14 novembre 2001 donne des précisions sur l'application de l'article 31. Par ailleurs, la décision du Conseil général du 30 août 2003, relative à la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, autorise les membres de l'OMC à "déroger" à la limitation des exportations en vertu de licences obligatoires à l'intention des membres qui sont des pays parmi les moins avancés ou qui ont des capacités de fabrication insuffisantes ou inexistantes dans le secteur pharmaceutique pour le produit breveté en question. Suite à la décision du Conseil général du 6 décembre 2005 relative à l'amendement de l'Accord sur les ADPIC, un amendement de cet accord remplacera la décision du Conseil général en date du 30 août 2003 lorsqu'il aura été accepté par les deux tiers des membres. L'article 73 de l'Accord sur les ADPIC reconnaissant la faculté des membres de protéger leurs intérêts essentiels en matière de sécurité est également à prendre en considération à cet égard.

14. Aux niveaux national et régional, les exceptions et limitations relatives aux droits peuvent varier considérablement. Il existe toutefois des points de convergence. Certaines exceptions et limitations sont prévues dans de nombreux pays (voir l'annexe II du document SCP/12/3 Rev.2), notamment :

- actes accomplis à titre privé à des fins non commerciales;
- actes accomplis à des fins d'enseignement;
- actes accomplis à des fins d'expérimentation ou de recherche scientifique;
- préparation de médicaments prescrits par des médecins;
- poursuite d'une utilisation antérieure;
- certaines utilisations à bord de navires, aéronefs et véhicules terrestres étrangers qui pénètrent temporairement ou accidentellement sur le territoire national;
- actes accomplis pour obtenir l'approbation réglementaire de produits pharmaceutiques;
- actes accomplis par les agriculteurs pour leur usage personnel et pour la mise au point de nouvelles variétés.

15. Par ailleurs, de nombreuses législations nationales ou régionales prévoient différents cas dans lesquels des licences obligatoires et l'utilisation par les pouvoirs publics d'inventions brevetées sans le consentement du titulaire du brevet peuvent être autorisées. Le présent document fait le point sur la portée des diverses exceptions prévues dans les législations nationales et régionales et traite un certain nombre de questions en rapport avec chaque catégorie d'objets.

16. En ce qui concerne l'épuisement des droits, certaines législations contiennent une disposition expresse, alors que d'autres n'en contiennent aucune, la jurisprudence déterminant les conditions d'épuisement du droit de brevet. L'épuisement des droits ne constitue peut-être pas une exception ou une limitation au sens strict du terme étant donné que, si les exceptions et limitations imposent des "restrictions" limitées à l'opposabilité des droits pour certaines catégories d'utilisations de l'invention brevetée, l'épuisement des droits se rapporte expressément à la "non-existence" des droits de brevet (ou, en d'autres termes, de la portée de ces droits) à l'égard du produit qui a été légitimement mis sur le marché. Cela étant, l'épuisement des droits peut être envisagé comme une forme d'exception et de limitation au sens large, dans la mesure où il définit les actes admissibles pouvant être accomplis par des tiers sans risque de porter atteinte aux droits. L'article 6 de l'Accord sur les ADPIC stipule que, aux fins du règlement des différends dans le cadre de cet instrument, aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4.

## I. INTRODUCTION

17. À sa douzième session tenue à Genève du 23 au 27 juin 2008, le Comité permanent du droit des brevets (SCP) a prié le Secrétariat de l'OMPI d'établir pour sa prochaine session des études préliminaires sur les quatre questions ci-après :

- diffusion de l'information en matière de brevets (notamment la question d'une base de données des rapports de recherche et d'examen);
- exceptions relatives à l'objet brevetable et limitations des droits, notamment l'exception en faveur de la recherche et les licences obligatoires;
- brevets et normes techniques;
- secret professionnel des avocats.

18. Ces quatre questions n'étaient pas à considérer comme prioritaires par rapport aux autres questions figurant dans la liste dressée par le SCP à sa douzième session et contenues dans l'annexe du document SCP/12/4 Rev. (voir le paragraphe 8.c) du document SCP/12/4 Rev.).

19. En conséquence, le Secrétariat a établi la présente étude préliminaire sur la question des exclusions de la brevetabilité et des exceptions et limitations relatives aux droits<sup>1</sup> pour la treizième session du SCP qui se tiendra du 23 au 27 mars 2009.

20. Cette étude préliminaire aborde deux thèmes distincts : les exclusions de la brevetabilité, d'une part, et les exceptions et limitations relatives aux droits de brevet, d'autre part. Chacune de ces questions est abordée du point de vue i) des objectifs généraux et du rôle des exceptions et limitations, ii) des dispositions prévues par le cadre juridique international, et iii) des dispositions de législation nationale et régionale. En ce qui concerne les dispositions de législation nationale et régionale, on se reportera à l'annexe II du document SCP/12/3 Rev.2, qui contient un résumé des exclusions de la brevetabilité et des exceptions et limitations relatives aux droits de brevet qui existent actuellement.

21. À la douzième session du SCP, il a été précisé que la méthode du travail du comité, consistant à examiner un certain nombre de questions, notamment au moyen d'études préliminaires, avait pour objectif l'établissement d'un programme de travail pour le SCP (voir le paragraphe 123 du document SCP/12/5 Prov.). Dans ce contexte, la présente étude préliminaire vise à faire le point sur le cadre juridique actuel sans tirer de conclusions.

## II. EXCLUSIONS DE LA BREVETABILITE

### a) Exclusions de la brevetabilité et objets non considérés comme des inventions

22. En ce qui concerne les exclusions de la brevetabilité, il peut être nécessaire de préciser la portée de la présente étude préliminaire compte tenu des approches différentes suivies dans les législations nationales et régionales en matière de brevets. D'une manière générale, ces approches peuvent être groupées en deux catégories.

---

<sup>1</sup> Les termes "exclusions de la brevetabilité" et "exceptions et limitations relatives aux droits" sont utilisés dans le présent document dans le sens qu'ils revêtent couramment au niveau international (voir, par exemple, le document SCP/12/3 Rev.2 et les articles 27 et 30 de l'Accord sur les ADPIC).

23. La première méthode consiste tout d'abord à définir le terme "invention", c'est-à-dire les objets pouvant bénéficier de la protection par brevet, et ensuite à déterminer les catégories d'objets non brevetables. Dans certains systèmes juridiques, la loi fournit des indications positives et explicites sur la définition du terme "invention". Par exemple, aux termes de l'article 2.1) de la loi des brevets du Japon, une "invention" s'entend d'une création hautement perfectionnée découlant d'idées techniques mettant en œuvre une loi de la nature. Dans d'autres systèmes, la loi définit le terme "invention" de manière implicite en dressant une liste non exhaustive d'objets qui ne sont pas considérés comme des inventions. Ainsi, la Convention sur le brevet européen ne donne pas de définition expresse du terme "invention", mais son article 52.2) énumère les catégories suivantes d'objets qui, en particulier, ne peuvent être considérés comme des inventions brevetables :

- découvertes, théories scientifiques et méthodes mathématiques;
- créations esthétiques;
- plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur;
- présentations d'informations.

24. L'article 52.3) précise que les éléments ou activités énumérés ci-dessus ne sont exclus de la brevetabilité que dans la mesure où la demande de brevet européen ou le brevet européen ne concerne que l'un de ces éléments, considéré en tant que tel.

25. Quelle que soit la manière de définir le terme "invention" dans la législation nationale ou régionale, la notion d'"invention", c'est-à-dire l'objet brevetable, est fixée dans la loi, de même que les exceptions à ces objets brevetables.

26. La deuxième méthode consiste à énumérer tous les types d'objets qui ne sont pas brevetables. En d'autres termes, tant i) les objets qui ne sont pas considérés comme des inventions (par exemple, les œuvres littéraires ou artistiques, les théories scientifiques et les idées abstraites) que ii) les objets qui sont considérés comme des inventions, mais sont exclus de la brevetabilité (par exemple, les inventions dont l'exploitation est contraire aux bonnes mœurs) sont désignés dans la législation applicable comme "objets non brevetables" sans qu'il soit fait de distinction entre les points i) et ii)<sup>2</sup>.

27. Étant donné que le SCP avait demandé au Bureau international d'établir une étude préliminaire sur les exclusions de la brevetabilité, celle-ci porte par principe sur les objets qui peuvent généralement être considérés comme des objets brevetables (ou inventions) mais qui sont exclus de la protection par brevet.

28. Il convient également de noter qu'une disposition de la loi applicable en matière de brevets prévoyant des exclusions de la brevetabilité ne suffit pas à donner une vue exhaustive de ce qui peut ou ne peut pas être breveté et de la mesure dans laquelle les brevets délivrés

---

<sup>2</sup> Dans certaines législations nationales, outre les objets visés aux points i) et ii), certaines catégories d'objets qui ne sauraient être nouveaux ni impliquer une activité inventive (par exemple, la juxtaposition d'inventions connues, ou l'agrégation ou la duplication de propriétés connues de composants connus) figurent également dans la liste des objets non brevetables.



sont ou non opposables. Par exemple, même s'il n'existe pas de disposition excluant expressément certaines inventions de la brevetabilité, un brevet ne pourrait être octroyé pour ces inventions dans la mesure où elles pourraient être considérées comme dénuées de nouveauté, d'activité inventive ou de possibilité d'application industrielle. En outre, même si un brevet était délivré, son titulaire risquerait de se trouver dans l'impossibilité de l'appliquer concrètement, la législation nationale pouvant prévoir que certains actes accomplis par des tiers ne constituent pas des atteintes au brevet.

b) Objectifs généraux des exclusions

29. Le système des brevets vise à promouvoir l'innovation et à renforcer les avantages sociaux qui en découlent. Pour atteindre cet objectif, les législations en matière de brevets n'autorisent pas la délivrance de brevets sur toutes les créations de l'esprit et imposent différentes conditions pour l'obtention d'un brevet. Premièrement, les brevets peuvent être délivrés pour des "inventions", mais non, par exemple, pour des œuvres littéraires et musicales, qui sont protégées par le droit d'auteur. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, bien que la définition du terme "invention" diffère d'un pays à l'autre, de nombreuses législations nationales considèrent notamment que les découvertes, les idées abstraites et les créations non techniques ne constituent pas des "inventions" au sens du droit des brevets. Deuxièmement, parmi ces inventions, seules celles qui satisfont aux trois critères de brevetabilité, à savoir nouveauté, activité inventive (non-évidence) et possibilité d'application industrielle (utilité), peuvent prétendre à la protection par brevet, de sorte que seules les inventions qui contribuent au progrès technique sont récompensées.

30. Toutefois, même les inventions qui contribuent au progrès technique ne participent pas toujours à l'objectif ultime du système des brevets, qui est de servir l'intérêt général. C'est pourquoi, du point de vue des pouvoirs publics, elles peuvent être exclues de la brevetabilité même si elles représentent un progrès scientifique ou technique important.

31. D'une manière générale, le choix des objets exclus de la brevetabilité est déterminé en fonction de deux considérations étroitement liées : la nécessité éventuelle de décourager l'innovation dans certains domaines et le risque d'interdire l'accès des tiers à la technologie brevetée. Ces deux aspects sont étroitement liés car, d'une part, il ne saurait être question d'accès à l'innovation s'il n'y a pas d'innovation et, d'autre part, si l'accès à la technologie brevetée est excessivement complexe, l'innovation ne pourra être encouragée efficacement.

32. Si le service de l'intérêt général et le développement industriel et économique sont des objectifs de politique générale partagés par tous les pays, les moyens concrets d'y parvenir et le cadre juridique mis en place à cet effet varient d'un pays à l'autre. Les considérations de politique générale sont influencées par la situation socioéconomique et les priorités nationales. En outre, le patrimoine historique, culturel et religieux peut jouer un rôle important dans les considérations éthiques et morales. En conséquence, les considérations de politique générale ne sont jamais statiques mais évoluent au fil du temps en fonction des besoins et des réalités des pays.

33. Par définition, le système des brevets évolue avec le progrès technique qui enrichit en permanence nos vies de nouvelles créations. Il est donc constamment confronté à la question de savoir s'il peut s'adapter aux nouvelles technologies, et de quelle manière. Certaines de ces questions relèvent de l'interprétation des législations existantes, s'agissant par exemple de savoir si telle ou telle création technique relève de la définition des "inventions" figurant dans la législation applicable en matière de brevets. Cela étant, l'une des questions fondamentales

du point de vue des pouvoirs publics consiste à déterminer si, pour servir l'intérêt général, ces nouveaux objets doivent ou non être couverts par la protection par brevet. Ou convient-il de les protéger par un autre mécanisme? Un nouveau mécanisme juridique est-il nécessaire? Le droit des brevets doit-il être adapté et révisé pour tenir compte de cette nouvelle technologie? Bien entendu, il n'existe pas de réponse unique et simple à ces questions.

c) Rôle des exclusions

34. On considère généralement que le système des brevets vise à promouvoir l'innovation en encourageant l'investissement dans des activités d'innovation avec la perspective d'une rentabilité économique découlant de l'octroi d'un droit d'exclusivité limité. Selon cette représentation, l'exclusion de certaines catégories d'objets de la protection par brevet pourrait réduire les incitations poussant les inventeurs à investir dans ces domaines<sup>3</sup>.

35. Étant donné que le droit conféré par un brevet est un droit exclusif négatif, c'est-à-dire le droit d'empêcher les tiers d'utiliser l'invention brevetée sans le consentement du titulaire du brevet, par opposition à un droit d'utilisation positif, le système des brevets ne peut ni empêcher les inventeurs d'innover dans le domaine couvert par les exclusions de la protection par brevet, ni interdire l'utilisation et l'exploitation commerciale de ces inventions. En fait, en l'absence de brevet, tout un chacun peut fabriquer et vendre des inventions exclues de la brevetabilité sans être tenu d'obtenir le consentement de quiconque. Une autre conséquence possible de l'absence de protection par brevet est que les inventeurs peuvent être encouragés à maintenir la confidentialité de leurs inventions.

36. Si le système des brevets vise à servir l'intérêt général par la promotion de l'innovation, il existe d'autres branches du droit qui régissent les transactions commerciales de biens et de services en fonction de motifs éthiques, sanitaires, sécuritaires et environnementaux, comme les réglementations relatives à la commercialisation des produits pharmaceutiques ou les normes de sécurité relatives aux appareils électroniques, aux véhicules automobiles et aux avions. En conséquence, l'un des arguments avancés à cet égard est que le système des brevets doit se concentrer sur la création et la promotion d'innovations et prévoir le moins d'exceptions possible à la brevetabilité. Selon ce raisonnement, la régulation des activités commerciales en fonction de préoccupations éthiques, sanitaires et environnementales, par exemple, doit relever d'autres branches du droit. Par ailleurs, l'office des brevets ne serait pas l'instance appropriée pour soulever des questions morales et y répondre et devrait plutôt se concentrer sur les aspects techniques des inventions, c'est-à-dire leur contribution à l'état de la science et de la technique.

37. D'autres, en revanche, font observer que le système des brevets ne fonctionne pas en vase clos et que les droits de brevet octroyés par l'État (ou en son nom), même s'il s'agit de droits d'exclusivité négatifs, sont considérés comme des incitations à l'innovation technique, avec l'attente d'un retour sur l'investissement consenti. Par conséquent, l'État (l'office des brevets) ne devrait pas faire preuve de tolérance à l'égard d'inventions qui sont manifestement contraires à l'intérêt général et ne devrait pas octroyer de droits exclusifs sur des inventions qui ne méritent pas de rentabilité économique.

---

<sup>3</sup> Il convient de noter que le système des brevets n'est qu'un mécanisme d'incitation parmi d'autres pour stimuler l'innovation. Il existe d'autres mécanismes, tels que les subventions et les incitations fiscales.

d) Règles internationales existantes

38. Compte tenu du caractère territorial des droits de brevet, les brevets délivrés et appliqués dans chaque pays (ou région) sont régis par la législation nationale (ou régionale) en la matière. Par conséquent, la liste des objets pouvant ou non prétendre à une protection par brevet dépend dans une large mesure des politiques menées par les pouvoirs publics compte tenu de la situation économique, sociale et culturelle d'un pays à une époque donnée.

39. Au niveau international, certains traités abordent, directement ou indirectement, les questions relatives aux exclusions de la brevetabilité. D'une manière générale, les normes internationales renforcent la sécurité juridique et la transparence au niveau international. Qu'il établisse une norme minimale ou maximale, ou qu'il contienne des dispositions obligatoires ou facultatives, tout traité international donne des indications quant au cadre juridique national des États membres auxquels il est applicable.

i) Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle  
(Convention de Paris)

40. La Convention de Paris ne traite pas des questions relatives aux exclusions de la brevetabilité. Toutefois, en ce qui concerne les objets brevetables et les exclusions, l'article 4<sup>quater</sup> de la Convention de Paris prévoit que les États contractants ne peuvent refuser de délivrer un brevet ni invalider un brevet délivré au motif que la vente du produit breveté ou d'un produit obtenu par un procédé breveté est soumise à des restrictions ou limitations résultant de la législation nationale.

41. Il peut arriver qu'une invention donne lieu à la fabrication d'un produit non conforme aux exigences de sécurité, de sûreté ou de qualité définies par la législation applicable. Dans d'autres cas, la fabrication ou la vente d'inventions peuvent être restreintes parce que l'État a octroyé une concession exclusive à un organisme donné (par exemple, un organisme public). Un commentateur suggère qu'il serait toutefois injuste de refuser de délivrer un brevet ou d'invalider des brevets délivrés sur ces inventions, étant donné que, dans le premier cas de figure, les lois régissant les normes de sécurité, de sûreté ou de qualité peuvent être modifiées dans le temps et que, dans le second, une licence contractuelle ou obligatoire peut être obtenue du titulaire du brevet<sup>4</sup>.

42. L'article 4<sup>quater</sup> couvre les cas dans lesquels la vente d'un produit est soumise à des restrictions ou limitations découlant de la législation nationale, et ne traite pas des cas dans lesquels la vente d'un produit est interdite. Alors que le refus de délivrer un brevet ou l'invalidation d'un brevet délivré peuvent être possibles en vertu de la législation applicable si l'invention concernée est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ce ne saurait être le cas uniquement parce que l'exploitation de l'invention est interdite ou restreinte par la législation ou la réglementation<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> G.H.C. Bodenhausen, "Guide d'application de la Convention de Paris pour la propriété industrielle", Publication de l'OMPI n° 611.

<sup>5</sup> Id.

ii) Traité de coopération en matière de brevets (PCT)

43. Le PCT ne régit pas les conditions matérielles de la brevetabilité, notamment en ce qui concerne la question de savoir ce qui constitue des objets brevetables pendant la phase nationale ou la question des exceptions de la brevetabilité. Toutefois, dans le cadre de la recherche internationale et de l'examen préliminaire international selon le PCT, une administration chargée de la recherche internationale ou de l'examen préliminaire international peut décider de ne pas effectuer de recherche, ou de ne pas effectuer d'examen préliminaire international, à l'égard de certaines catégories d'objets. Aucune administration chargée de la recherche internationale n'est tenue d'effectuer une recherche sur une demande internationale, et aucune administration chargée de l'examen préliminaire international n'est tenue d'effectuer un examen préliminaire international à l'égard d'une demande internationale si, et dans la mesure où, elle porte sur l'un des objets suivants :

- théories scientifiques et mathématiques;
- variétés végétales, races animales, procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que procédés microbiologiques et produits obtenus par ces procédés;
- plans, principes ou méthodes en vue de faire des affaires, de réaliser des actions purement intellectuelles ou de jouer;
- méthodes de traitement du corps humain ou animal par la chirurgie ou la thérapie, ainsi que méthodes diagnostiques;
- simples présentations d'informations;
- programmes d'ordinateurs dans la mesure où l'administration chargée de la recherche internationale (ou l'administration chargée de l'examen préliminaire international) n'est pas outillée pour procéder à la recherche sur l'état de la technique (ou à l'examen préliminaire international) au sujet de tels programmes<sup>6</sup>.

44. Si les administrations chargées de la recherche internationale et de l'examen préliminaire international ont pour but d'établir des rapports de recherche internationale et des rapports préliminaires internationaux sur la brevetabilité aussi détaillés que possible, compte tenu des différentes législations appliquées par ces administrations concernant l'objet brevetable, toutes ne sont pas aussi bien équipées pour traiter toutes les catégories d'objets. En conséquence, le PCT autorise les administrations internationales à ne pas effectuer de recherche internationale ou d'examen préliminaire international à l'égard de certaines catégories d'objets.

iii) Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)

45. L'article 27.2 et 3 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que les membres de l'OMC peuvent exclure de la brevetabilité certaines inventions, telles que :

- les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation (article 27.2 de l'Accord sur les ADPIC);

---

<sup>6</sup> Règles 39 et 67 du règlement d'exécution du PCT.

- les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux (article 27.3.a) de l'Accord sur les ADPIC);
- les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoient la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens (article 27.3.b) de l'Accord sur les ADPIC).

46. Conformément à l'article 27.3.b) de l'Accord sur les ADPIC, cette disposition est réexaminée par le Conseil des ADPIC depuis décembre 1998. La Déclaration ministérielle de Doha de novembre 2001<sup>7</sup> traite de la question du réexamen de l'article 27.3.b) et de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC en vertu de l'article 71.1, en invitant à l'ouverture de négociations sur les questions de mise en œuvre en suspens. La Déclaration ministérielle de Doha donne au Conseil des ADPIC le mandat d'examiner notamment le lien entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore et les autres faits nouveaux pertinents relevés par les membres conformément à l'article 71.1. Dans la réalisation de ces travaux, le Conseil des ADPIC doit être guidé par les objectifs et principes énoncés aux articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC et tenir pleinement compte de la dimension développement.

47. En outre, dans son article 73, l'Accord sur les ADPIC reconnaît la faculté des membres de l'OMC de prendre certaines mesures qu'ils estiment nécessaires à la protection des intérêts essentiels de leur sécurité. Par ailleurs, en vertu de l'article 2.1 de cet accord, les membres de l'OMC doivent se conformer à l'article 4<sup>quater</sup> de la Convention de Paris concernant la brevetabilité des inventions en cas de restriction de vente imposée par une législation nationale.

e) Lois nationales et régionales

48. Compte tenu des différentes manières d'appréhender les objets brevetables, les législations nationales et régionales varient. Toutefois, on peut constater un certain niveau de convergence, au niveau législatif du moins. Certaines catégories d'objets sont exclues de la brevetabilité dans de nombreux pays<sup>8</sup>, notamment :

- objets contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs;
- méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales de traitement des êtres humains et des animaux;
- variétés végétales et races animales;
- végétaux et animaux autres que les micro-organismes;
- procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux;
- inventions ayant une incidence sur la sécurité nationale.

La portée exacte des exclusions prévues aux niveaux national et régional requiert toutefois une analyse approfondie. La jurisprudence diverge et les exigences applicables aux

---

<sup>7</sup> [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm).

<sup>8</sup> Voir l'annexe II du document SCP/12/3 Rev.2.

questions connexes, telles que la définition du terme “invention” dans la loi sur les brevets, influent sur l’interprétation de ces exclusions dans les différentes législations.

i) Ordre public et bonnes mœurs

49. Un certain nombre de pays excluent de la brevetabilité les inventions dont l’exploitation commerciale encouragerait des comportements choquants et immoraux et porterait atteinte à l’ordre social. Ainsi qu’il est indiqué ci-dessus, bien que le fait d’exclure ces inventions de la brevetabilité n’entraîne pas directement l’interdiction de leur fabrication et de leur utilisation, de nombreux pays excluent ces inventions de la brevetabilité afin que leur exploitation, si elle est contraire à l’intérêt général, ne soit pas encouragée par le système des brevets. Il apparaît que certaines législations nationales utilisent le terme “ordre public” en anglais alors que d’autres utilisent le terme “public order”. Dans le présent document, ces deux termes sont considérés comme ayant la même signification.

50. Certaines législations nationales prévoient expressément que les inventions qui causent un préjudice grave à la santé ou à la vie des êtres humains ou des animaux, ou qui sont nuisibles à la préservation des végétaux ou à la protection de l’environnement, sont exclues de la brevetabilité. De manière plus large, ces inventions peuvent aussi être considérées comme contraires à l’ordre public et aux bonnes mœurs dans les ressorts juridiques qui ne prévoient pas une protection spécifique.

51. Le progrès technique soulève parfois de nouvelles préoccupations concernant l’ordre public et les bonnes mœurs. Les applications des innovations biotechnologiques dans des domaines tels que la santé et l’agriculture ont ouvert de nouvelles perspectives et des espoirs de solutions nouvelles. Cela étant, le progrès des techniques génétiques suscite des préoccupations morales dans divers domaines, concernant par exemple les manipulations de l’identité génétique, l’utilisation d’embryons humains et le clonage humain. En conséquence, la “bioéthique” peut influencer l’interprétation de la clause relative à l’ordre public et aux bonnes mœurs dans certains pays. La législation peut prévoir expressément que le corps humain, à tous ses stades de développement, est exclu de la brevetabilité et que les procédés de clonage des êtres humains, la modification de l’identité génétique germinale des êtres humains, l’utilisation d’embryons humains à des fins industrielles ou commerciales et les procédés de modification de l’identité génétique des animaux qui sont susceptibles de leur causer des souffrances sans avantage médical substantiel, ainsi que les animaux résultant de ces procédés, ne sont pas brevetables étant donné que l’exploitation commerciale de ces inventions est contraire à l’ordre public et aux bonnes mœurs. Si l’on peut présumer qu’une partie ou la totalité de ces inventions sont considérées comme immorales dans la plupart des pays, d’autres pays appliquent la disposition générale relative à l’ordre public et aux bonnes mœurs pour tenir compte de ces préoccupations particulières.

52. Ce qui est contraire à l’ordre public et aux bonnes mœurs dépend de l’époque et du lieu. Dans certains cas, la question de l’ordre public et des bonnes mœurs peut être envisagée de manière différente par des ressortissants du même pays, en fonction de leur âge, de leur éducation, de leurs convictions personnelles, etc. Ainsi, le terme “ordre public ou bonnes mœurs” est-il interprété au cas par cas, en fonction des valeurs sociales fondamentales dans un contexte donné.

ii) Méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des êtres humains ou des animaux

53. De nombreux pays excluent de la brevetabilité les inventions portant sur des méthodes diagnostiques, chirurgicales ou thérapeutiques pour le traitement des êtres humains ou des animaux. Cette exclusion se fonde sur des considérations d'ordre humanitaire et de santé publique : les nouvelles techniques dans le domaine des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales doivent être diffusées aussi largement que possible parmi le corps médical et vétérinaire sans craindre d'éventuelles atteintes aux brevets. Ainsi, un médecin peut-il appliquer la méthode de traitement qu'il estime être la mieux adaptée à un patient, et celui-ci peut bénéficier de l'évolution de ces méthodes de traitement. Certaines législations indiquent expressément que cette exclusion ne s'applique à aucun appareil ou produit (appareillage médical, produits médicaux et substances médicinales) pouvant être utilisé aux fins de diagnostic, de chirurgie ou de thérapie.

54. Il convient de noter que, dans certains pays, les inventions concernant des méthodes diagnostiques, chirurgicales ou thérapeutiques pour le traitement des êtres humains ou des animaux ne sont pas brevetables car elles ne sont pas considérées comme des inventions satisfaisant au critère d'application industrielle.

55. Le terme "méthodes diagnostiques" donne lieu à interprétation. Selon une jurisprudence, le diagnostic consiste à i) examiner le patient et recueillir des données; ii) comparer ces données avec les valeurs normales; iii) constater un écart significatif par rapport à la norme; et iv) attribuer cet écart à un tableau clinique donné. Pour tomber sous le coup de l'exclusion de brevetabilité, la revendication doit comprendre des étapes de méthode relatives à toutes ces phases<sup>9</sup>. Toutefois, dans un autre ressort juridique, i) les méthodes de mesure de l'état du corps humain à des fins médicales pour dépister les maladies ou examiner l'état de santé ou ii) les méthodes préparatoires de diagnostic (par exemple, une méthode de disposition des électrodes pour la prise d'un électrocardiogramme) sont considérées comme des méthodes diagnostiques tombant sous le coup de l'exclusion<sup>10</sup>.

56. Certaines législations stipulent que les inventions concernant des méthodes diagnostiques, chirurgicales ou thérapeutiques pour le traitement des êtres humains ou des animaux sont exclues de la brevetabilité dès lors qu'elles sont pratiquées sur le corps humain ou celui d'un animal. La Chambre de recours de l'OEB a estimé que, à l'exception de la dernière phase du diagnostic qui est un processus de décision intellectuel accompli par le médecin, toutes les phases constitutives du diagnostic doivent être appliquées au corps humain ou animal<sup>11</sup>.

57. Aux États-Unis d'Amérique, alors que les procédés médicaux ou chirurgicaux sont brevetables, aucun recours ne peut être formé en cas d'atteinte à de tels brevets par un médecin dans l'exercice de ses fonctions.

iii) Inventions portant sur des végétaux et des animaux

58. Étant donné que l'Accord sur les ADPIC prévoit une certaine marge de manœuvre, les exclusions de la brevetabilité concernant des inventions relatives à des végétaux et à des animaux varient considérablement selon les législations. Dans certains pays, il n'existe aucune disposition excluant cette catégorie d'inventions de la brevetabilité. D'autres pays

---

<sup>9</sup> Grande Chambre de recours de l'OEB, G 1/04, JO 5/2006.

<sup>10</sup> Directives d'examen du JPO, section II, chapitre 1, 2.1.

<sup>11</sup> Grande Chambre de recours de l'OEB, G 1/04, JO 5/2006.

excluent en partie ou en totalité les inventions relatives aux végétaux et aux animaux, telles que les variétés végétales et les races animales, les végétaux et les animaux en général (autres que les micro-organismes) et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux (autres que les procédés non biologiques ou microbiologiques), mais ces inventions ne sont pas toujours exclues dans tous les pays. En 2001, l'OMPI a établi un questionnaire détaillé sur les pratiques des États membres de l'OMPI relatives à la protection des inventions biotechnologiques en vertu du système des brevets et du système de protection des obtentions végétales, qui contenait de nombreuses questions relatives aux exclusions des inventions biotechnologiques de la brevetabilité. Les informations reçues des États membres en réponse à ce questionnaire figurent dans le document WIPO/GRTKF/IC/1/6.

#### *Variétés végétales et races animales*

59. De nombreux pays protègent les variétés végétales en vertu d'un système *sui generis* visant à promouvoir la création de nouvelles variétés<sup>12</sup>. En conséquence, un certain nombre de ces pays excluent les variétés végétales de la protection par brevet. La raison d'être de cette exclusion (qui a certainement été établie en même temps que le système *sui generis*) est que les variétés végétales sont adéquatement et suffisamment protégées par le système *sui generis*, qui prévoit des critères, des droits et limitations spécifiques différents de ceux établis par le système des brevets. Il est largement admis qu'un tel système *sui generis* permet d'inciter les obtenteurs à mettre au point de nouvelles variétés tout en tenant compte des intérêts des tiers. Pour autant, un certain nombre de pays protègent les variétés végétales à la fois par le système des brevets et par un système *sui generis*. Ils estiment que, dès lors que la variété végétale satisfait aux exigences du droit des brevets, ce qui est de plus en plus le cas avec l'avènement des techniques de génie génétique, il n'y a aucune raison d'empêcher les obtenteurs de faire protéger leurs nouvelles variétés par le système des brevets.

60. Le développement de la biotechnologie, et notamment du génie génétique, a permis de concevoir et, par la suite, de créer de nouvelles variétés sans utiliser les techniques traditionnelles telles que le croisement et la sélection. Si les techniques éprouvées de croisement et de sélection ne peuvent sans doute prétendre à la protection par brevet, les nouvelles variétés végétales obtenues par génie génétique renforcent la probabilité de conformité avec les critères de nouveauté et d'activité inventive (et, dans certains systèmes, de caractère technique). C'est pourquoi certains estiment que, dans ces cas, les possibilités de récompense offerte par le système des brevets devraient également être accessibles aux obtenteurs.

61. En ce qui concerne les races animales, si aucun mécanisme de protection *sui generis* n'a été établi, certains pays les excluent de la brevetabilité. Traditionnellement, la sélection animale s'effectue sur la base des caractères souhaités, et les techniques utilisées sont soit connues, soit protégées au moyen de secrets d'affaires. Toutefois, le développement des techniques transgéniques et du clonage peut avoir une incidence sur "l'ingénierie" de la sélection animale. En ce qui concerne les inventions relatives à des techniques de sélection, la protection par brevet peut être demandée, par exemple, pour une méthode de génotypage visant à favoriser la création d'animaux dotés des caractères voulus, y compris les outils de marquage génétique nécessaires à cette sélection, le procédé d'obtention de ces animaux à l'aide de la méthode susmentionnée ou l'animal en tant que tel. S'il n'existe guère

---

<sup>12</sup> Conformément à l'article 27.3.b) de l'Accord sur les ADPIC, les membres de l'OMC prévoient la protection des variétés végétales par des brevets ou par un système *sui generis* efficace.



d'exemples de brevets délivrés sur des races ou des animaux destinés à la production alimentaire, il a été rapporté que la brevetabilité animale était un sujet de controverse émergent dans le secteur des animaux d'élevage<sup>13</sup>. Parallèlement, certains estiment que la délivrance de brevets dans ce domaine favorise le développement scientifique en fournissant des incitations à la R-D et à l'investissement<sup>14</sup>.

62. Certains pays excluent les variétés végétales et les races animales, mais non les végétaux et les animaux en tant que tels. Dans ces pays, il convient de distinguer les "variétés végétales et races animales" non brevetables, d'une part, et les "végétaux et animaux" brevetables, d'autre part. En Europe, la distinction est fondée sur le principe selon lequel les inventions portant sur des végétaux ne sont pas exclues de la brevetabilité dès lors que leur faisabilité technique n'est pas limitée à une variété végétale déterminée<sup>15</sup>. Un ensemble végétal caractérisé par un gène déterminé (et non par l'intégralité de son génome) n'est pas soumis à la protection des obtentions et, de ce fait, n'est pas exclu de la brevetabilité, même lorsqu'il englobe des obtentions végétales<sup>16</sup>.

#### *Végétaux et animaux autres que les micro-organismes*

63. Certains pays excluent de la brevetabilité non seulement les variétés végétales et les races animales, mais également les végétaux et les animaux (autres que les micro-organismes) dans leur intégralité. Toutefois, le libellé des dispositions de législation nationale correspondantes témoignent de certaines différences de perspective et de variations dans la portée de l'exclusion. Ces dispositions peuvent être libellées de la manière suivante : "végétaux et animaux à l'exception des micro-organismes"; "végétaux et animaux ou parties de végétaux et d'animaux autres que les micro-organismes, mais comprenant les semences, les variétés et les espèces"; "matières et substances vivantes existant à l'état naturel"; "matériel biologique et génétique existant à l'état naturel ou obtenu par reproduction"; "matériel biologique à l'état naturel"; "être vivants, ou parties d'êtres vivants, autres que les micro-organismes transgéniques"; "être vivants à l'état naturel ou parties d'êtres vivants et matériel biologique, y compris le génome ou le germoplasme de tout être vivant à l'état naturel, se trouvant dans la nature ou isolé de la nature".

64. Une analyse complète de l'interprétation de différentes dispositions nationales dépasserait le cadre de la présente étude préliminaire; toutefois, il convient de noter que la portée exacte des exclusions relatives aux végétaux et aux animaux prévues dans la législation nationale suppose une connaissance approfondie des autres dispositions de la législation nationale pertinente. Par exemple, même s'il n'existe pas de disposition excluant expressément de la brevetabilité les végétaux et les animaux ou le matériel biologique à l'état naturel, ceux-ci peuvent ne pas être brevetables dans la mesure où ils peuvent être considérés comme des découvertes ou ne pas satisfaire pas au critère de nouveauté. Dans d'autres cas,

---

<sup>13</sup> L'état des ressources zoogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans le monde, pages 312 à 315, Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, FAO, 2008.

<sup>14</sup> Id.

<sup>15</sup> Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, article 4.2; règle 27 du règlement d'exécution de la Convention sur la délivrance de brevets européens.

<sup>16</sup> Considérant 31 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

ces organismes vivants peuvent être considérés comme non brevetables pour des raisons éthiques ou morales.

65. De même, les parties de végétaux et d'animaux, telles que les cellules, les lignées cellulaires, les gènes et les génomes, sont-elles expressément exclues de la brevetabilité dans certains pays, alors que, dans d'autres, elles sont assimilées à un type particulier de substance chimique dès lors qu'elles sont purifiées et isolées de leur environnement naturel. Dans ce dernier cas, la brevetabilité de ces inventions dépend des autres critères de brevetabilité, tels que la nouveauté, l'activité inventive (non-évidence), la possibilité d'application industrielle (utilité) et l'obligation de divulgation. Il en découle que la portée exacte de la protection des inventions portant sur des animaux et des végétaux est déterminée par les différents critères de brevetabilité et que les seules exclusions de brevetabilité ne donnent pas une vue complète de la protection de ces inventions par brevet.

66. Certains estiment en outre que la brevetabilité des formes du vivant devrait être interdite sans condition car elle est immorale en soi. D'autres considèrent que cette brevetabilité est préjudiciable du point de vue de la santé publique, des restrictions sur les travaux de recherche, de la limitation de la concurrence, comme dans le cas des technologies de restriction de l'utilisation des ressources génétiques (GURT), des droits de l'homme, de la sécurité agricole, du biopiratage, des savoirs traditionnels et des droits des agriculteurs<sup>17</sup>. Toutefois, d'autres estiment qu'il n'est pas nécessaire d'exclure systématiquement ces inventions de la brevetabilité pour empêcher leur exploitation, étant donné que l'exploitation de ces inventions peut être réglementée au moyen d'autres instruments législatifs nationaux que ceux relatifs aux brevets, notamment les lois relatives à la protection de l'environnement, de la santé publique ou du bien-être des animaux<sup>18</sup>.

67. En ce qui concerne les brevets portant sur du matériel génétique, des préoccupations ont été exprimées au sujet de leur conformité avec la Convention sur la diversité biologique (CDB). Il est avancé que la brevetabilité du matériel génétique limite l'accès à celui-ci et peut contrevenir aux droits souverains des pays sur leurs ressources génétiques<sup>19</sup>. Au Conseil des APDIC, des préoccupations ont été exprimées en ce qui concerne les critères de brevetabilité au sujet de l'octroi de brevets sur du matériel génétique à l'état naturel ou du matériel génétique qui a été simplement isolé de la nature sans autres modifications<sup>20</sup>. Il a été indiqué que l'octroi de brevets de trop large portée pouvait entraver l'accès aux ressources génétiques et leur utilisation d'une manière contraire aux dispositions de la CDB et restreindre la recherche par des tiers<sup>21</sup>. Toutefois, d'autres considèrent que l'octroi de brevets sur des inventions utilisant des ressources génétiques ne compromet pas l'observation des dispositions de la CDB relatives aux droits souverains des pays sur l'accès aux ressources génétiques situées sur leur territoire et au consentement préalable en connaissance de cause comme condition de cet accès. Ils font observer que la titularité d'un brevet sur du matériel génétique isolé ou modifié ne vaut pas propriété du matériel génétique lui-même ni de confère de droits patrimoniaux sur l'origine du prélèvement de ce matériel, étant donné qu'un brevet portant sur un gène isolé, identifié et modifié confère à son titulaire uniquement le droit

---

<sup>17</sup> Document IP/C/W/369 de l'OMC.

<sup>18</sup> Id.

<sup>19</sup> Document IP/C/W/368/Rev.1 de l'OMC.

<sup>20</sup> Id.

<sup>21</sup> Id.

d'empêcher les tiers de produire, de fabriquer et d'utiliser le gène modifié sans son autorisation<sup>22</sup>.

68. En ce qui concerne l'utilisation, la valorisation, la conservation et la gestion des ressources zoogénétiques, il est largement admis qu'il convient d'assurer une meilleure cohérence entre les divers objectifs de politique générale, tels que le développement économique, la protection de l'environnement, la santé animale, la sécurité alimentaire, la protection des consommateurs, les droits de propriété intellectuelle, les incitations à l'innovation, la conservation des ressources génétiques, l'accès à ces ressources et le partage équitable des avantages qui découlent de leur utilisation, compte tenu des caractéristiques des ressources zoogénétiques, qui appellent des solutions spécifiques<sup>23</sup>.

69. S'agissant des incidences de la protection par brevet des formes du vivant sur le transfert et la diffusion de la technologie, certains estiment que cette protection peut renchérir le coût de la technologie dans ce domaine en raison du droit exclusif du titulaire d'empêcher les tiers d'utiliser la technologie protégée. D'autres, en revanche, estiment que la protection par brevet renforce la confiance des investisseurs et stimule l'investissement dans ce domaine, et que les technologies aux mains du secteur privé peuvent être transférées plus efficacement par les mécanismes du marché, telles que la concession de licences, s'il existe une protection appropriée de la propriété intellectuelle.

*Procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés microbiologiques*

70. Certains pays excluent de la brevetabilité les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux et d'animaux autres que les procédés microbiologiques. Si la portée exacte des expressions "procédés essentiellement biologiques" et "procédés microbiologiques" doit être déterminée en fonction de la législation nationale applicable, il est généralement admis que cette disposition exclut de la brevetabilité les procédés biologiques naturels, tout en laissant la possibilité de breveter, par exemple, les procédés de manipulation génétique. La règle 26.5) du règlement d'exécution de la Convention sur le brevet européen (CBE) définit un procédé essentiellement biologique comme un procédé consistant intégralement en des phénomènes naturels tels que le croisement ou la sélection. Toutefois, un recours est en instance devant la Grande Chambre de recours de l'OEB concernant l'interprétation du terme "procédé essentiellement biologique" (G2/07)<sup>24</sup>. Les questions soumises à la Chambre de recours sont les suivantes :

"1. Un procédé non microbiologique d'obtention de plantes consistant en diverses étapes de croisement et de sélection tombe-t-il sous le coup de l'exclusion prévue à l'article 53.b) de la CBE uniquement si ses étapes sont conformes et correspondent à des phénomènes pouvant se produire de façon naturelle, sans intervention humaine?

"2. Si la réponse à la question 1 est négative, un procédé non microbiologique d'obtention de végétaux consistant en différentes étapes de croisement et de sélection échappe-t-il à l'exclusion prévue à l'article 53.b) de la CBE uniquement parce que ce

---

<sup>22</sup> Id.

<sup>23</sup> Plan d'action mondial pour les ressources zoogénétiques, adopté par la Conférence technique internationale sur les ressources zoogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, FAO, 3 – 7 septembre 2007 [<http://www.fao.org/docrep/010/a1404e/a1404e00.htm>].

<sup>24</sup> <http://www.epo.org/patents/appeals/eba-decisions/referrals/pending.html>.

procédé comporte, dans l'une des étapes de croisement et de sélection, une caractéristique technique additionnelle?

“3. Si la réponse à la question 2 est négative, quels sont les critères permettant de distinguer les procédés non microbiologiques d'obtention de végétaux exclus de la brevetabilité en vertu de l'article 53.b) de la CBE de ceux qui n'en sont pas exclus? En particulier, la nature de l'invention revendiquée joue-t-elle un rôle ou la caractéristique technique additionnelle constitue-t-elle un apport important à l'invention revendiquée?”

iv) Inventions ayant une incidence sur la sécurité nationale

71. Dans certains pays, les inventions ayant une incidence sur la sécurité nationale ou, plus précisément, les inventions concernant des procédés et des produits nucléaires sont exclues de la brevetabilité.

### III. EXCEPTIONS ET LIMITATIONS RELATIVES AUX DROITS DE BREVET

#### a) Objectifs généraux des exceptions et limitations

72. Par principe, les brevets confèrent pendant une durée limitée des droits exclusifs permettant d'empêcher les tiers de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer une invention brevetée sans le consentement du titulaire. L'octroi de ces droits est censé constituer une incitation à l'investissement dans les activités novatrices et la production de savoir. Pour remédier aux déséquilibres potentiels des rapports de force sur le marché créés par ces droits exclusifs, le système des brevets prévoit un certain nombre de mécanismes. Par exemple, toutes les créations ne peuvent prétendre à un brevet : pour être brevetable, une invention doit se rapporter à un objet brevetable, être nouvelle, impliquer une activité inventive (être non évidente) et être susceptible d'application industrielle (être utile). En outre, l'invention doit être décrite d'une manière suffisamment claire et complète pour être exécutée par un homme du métier et, dans certains ressorts juridiques, cette description doit préciser la meilleure manière d'exécuter l'invention. Ces renseignements concernant les inventions brevetées (et, dans de nombreux pays, ceux qui figurent dans les demandes de brevet) sont accessibles au public grâce à la publication des brevets (et, dans de nombreux cas, des demandes de brevet). Les droits conférés par le brevet doivent être soigneusement délimités compte tenu des intérêts des tiers, notamment les concurrents et le grand public.

73. De nombreux États considèrent que l'octroi de droits exclusifs complets dans tous les cas de figure ne répond pas toujours à l'objectif ultime de promotion de l'innovation au service de l'intérêt général. C'est pourquoi, la portée des droits exclusifs opposables est soigneusement délimitée dans les législations de brevet nationales afin de concilier comme il convient les intérêts légitimes des titulaires de droits et ceux des tiers.

74. D'une manière générale, il existe deux types d'exceptions et de limitations permettant aux États de concilier au mieux les intérêts des différentes parties prenantes : premièrement, des dispositions qui excluent, ou permettent d'exclure, certaines utilisations des actes pouvant donner lieu à des procédures pour atteinte au brevet figurent dans les législations nationales et dans des traités internationaux. De cette manière, les titulaires de brevets ne peuvent faire valoir leurs droits à l'encontre de certains actes accomplis par des tiers qui seraient normalement considérés comme portant atteinte aux brevets. En d'autres termes, les tiers sont libres d'accomplir ces actes limités sans avoir à craindre des procédures pour atteinte aux

brevets à leur rencontre. Le raisonnement à la base de ce principe veut que l'intérêt public justifie, dans certains cas, de refuser l'application des droits exclusifs conférés aux titulaires de brevets.

75. Le deuxième type d'exceptions et de limitations se rapporte aux situations dans lesquelles les titulaires de brevets ne peuvent empêcher les tiers d'utiliser l'invention brevetée mais ont droit à une rémunération pour cette utilisation. En d'autres termes, bien que la possibilité d'obtenir une ordonnance d'interdiction soit considérablement limitée, un droit à rémunération existe. Les licences obligatoires (ou non volontaires) sont l'un des mécanismes utilisés pour mettre en œuvre ce type de limitations.

b) Rôle des exceptions et limitations

76. Comme dans le cas des exclusions de la brevetabilité, il semblerait à première vue que la limitation de la portée des droits opposables puisse entraîner une réduction des incitations poussant les inventeurs à investir dans des activités novatrices. Il appartient aux pouvoirs publics de déterminer si, et dans quelles circonstances, il est préférable d'autoriser tout un chacun à utiliser la technologie brevetée ou de permettre au titulaire du brevet d'exercer ses droits exclusifs afin de promouvoir l'innovation au service de l'intérêt général. Toutefois, l'assurance que les utilisations des tiers ne porteront pas juridiquement atteinte aux droits du titulaire de brevet ne signifie pas nécessairement que ces tiers peuvent exploiter immédiatement l'invention brevetée. Si le système des brevets exige la divulgation des inventions brevetées d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse exécuter l'invention revendiquée, un important savoir-faire est souvent nécessaire pour parvenir à une exploitation optimale de l'invention.

c) Règles internationales existantes

77. Là encore, les exceptions et limitations relatives aux droits exclusifs sont régies par les législations nationales (voire régionales) en fonction des orientations de politique générale nationales ou régionales et compte tenu des intérêts légitimes des titulaires de brevets et des tiers. Au niveau international, certains traités abordent les questions des exceptions et limitations relatives aux droits.

i) Convention de Paris

78. L'article 5.A de la Convention de Paris prévoit certaines règles concernant les licences obligatoires de brevet et de modèle d'utilité. L'article 5.A.2) reconnaît à chaque État membre la faculté de prendre des mesures législatives prévoyant la concession de licences obligatoires pour prévenir les abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet, par exemple en cas de défaut d'exploitation. Les États membres sont libres de définir les expressions "abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet" ou "défaut d'exploitation"<sup>25</sup>. On peut citer comme autres exemples d'abus le refus d'octroyer une licence à des conditions raisonnables, le défaut d'approvisionnement du produit breveté en quantités suffisantes sur le marché national ou le fait d'exiger un prix excessif pour ce produit<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Actes de la conférence réunie à Londres, 1934, p.174.

<sup>26</sup> Actes de la conférence réunie à La Haye, 1925, p.434.

79. L'article 5.A.4) prescrit la procédure applicable pour l'obtention de licences obligatoires. Les licences obligatoires pour cause de défaut ou d'insuffisance d'exploitation ne peuvent être octroyées avant l'expiration d'un délai de quatre années à compter de la date de dépôt de la demande ou de trois années à compter de la délivrance du brevet, le délai qui expire le plus tard étant appliqué. Ce délai tient compte du temps nécessaire pour permettre au titulaire du brevet d'organiser l'exploitation de son invention, par lui-même ou par un preneur de licence. L'autorité compétente du pays concerné refuse la licence obligatoire si le titulaire du brevet justifie son inaction par des excuses légitimes. La licence obligatoire est non exclusive et ne peut être transmise qu'avec la partie de l'entreprise ou du fonds de commerce exploitant cette licence. Cette exigence vise à éviter que le bénéficiaire de la licence obligatoire n'acquière une position plus forte que ne le nécessite l'objet de la licence obligatoire, à savoir assurer une exploitation suffisante de l'invention brevetée<sup>27</sup>.

80. Il convient de noter que l'article 5.A ne traite que des licences obligatoires ayant pour objet de prévenir les abus d'un titulaire de brevet. Les États membres ont la faculté de prévoir des mesures analogues ou différentes en vertu de la législation applicable.

81. L'article 5ter de la Convention de Paris prévoit également certaines limitations des droits exclusifs dans l'intérêt du public, à savoir pour préserver la liberté de transport. Il a pour effet, en principe, que si des navires ou des engins de locomotion aérienne ou terrestre visitent temporairement des pays étrangers, leurs propriétaires ne sont pas tenus d'obtenir des licences relatives aux brevets en vigueur dans ces pays pour éviter de porter atteinte à de tels brevets<sup>28</sup>. En vertu de cette disposition, les États membres ne considèrent pas les actes suivants comme portant atteinte aux droits du titulaire du brevet :

- l'emploi, à bord des navires des autres pays de l'Union, des moyens faisant l'objet de son brevet dans le corps du navire, dans les machines, agrès, appareils et autres accessoires, lorsque ces navires pénétreront temporairement ou accidentellement dans les eaux du pays, sous réserve que ces moyens y soient employés exclusivement pour les besoins du navire;
  - l'emploi des moyens faisant l'objet du brevet dans la construction ou le fonctionnement des engins de locomotion aérienne ou terrestre des autres pays de l'Union ou des accessoires de ces engins, lorsque ceux-ci pénétreront temporairement ou accidentellement dans ce pays.
- ii) Convention relative à l'aviation civile internationale (Convention de Chicago)

82. La Convention relative à l'aviation civile internationale (Convention de Chicago) a été conclue en 1944 afin que l'aviation civile internationale puisse se développer d'une manière sûre et ordonnée et que les services internationaux de transport aérien puissent être établis sur la base de l'égalité des chances et exploités d'une manière saine et économique. Cette convention compte 190 États parties.

83. L'article 27 de la Convention de Chicago étend les exceptions aux droits de brevet à la navigation aérienne internationale afin que l'entrée autorisée d'un aéronef sur un territoire

---

<sup>27</sup> G.H.C. Bodenhausen, "Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle", Publication de l'OMPI n° 611.

<sup>28</sup> Id.

ne donne pas lieu à sa saisie pour cause d'atteinte aux brevets. Cette disposition stipule que, lorsqu'un aéronef d'un État contractant est employé à la navigation aérienne internationale, l'entrée autorisée sur le territoire d'un autre État contractant ou le transit autorisé à travers le territoire dudit État, avec ou sans atterrissage, ne donne lieu ni à saisie ou rétention de l'aéronef, ni à réclamation à l'encontre de son propriétaire ou exploitant, ni à toute autre intervention de la part ou au nom de cet État ou de toute personne qui s'y trouve, du fait que la construction, le mécanisme, les pièces, les accessoires ou l'exploitation de l'aéronef porteraient atteinte aux droits afférents à tout brevet, dessin ou modèle dûment délivré ou déposé dans l'État sur le territoire duquel a pénétré l'aéronef. Une exception similaire aux droits de brevet s'applique également à l'entreposage des pièces et du matériel de rechange pour les aéronefs, ainsi qu'au droit d'utiliser et de monter ces pièces et matériel lors de la réparation d'un aéronef d'un État contractant sur le territoire d'un autre État contractant, étant entendu qu'aucune pièce ni aucun matériel brevetés ainsi entreposés ne peut être vendu ou cédé à l'intérieur de l'État contractant sur le territoire duquel a pénétré l'aéronef.

iii) Accord sur les ADPIC

84. Alors que l'article 28 de l'Accord sur les ADPIC énonce les droits exclusifs conférés par un brevet à son titulaire, les articles 30 et 31 définissent certaines exceptions et limitations relatives aux droits exclusifs que les membres de l'OMC peuvent prévoir dans leurs législations nationales. Étant donné que les articles 30 et 31 sont des dispositions facultatives ("pourront"), les membres ont la faculté, mais non l'obligation, de prévoir ces exceptions et limitations.

85. L'article 30 permet aux membres de prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet, ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers. Comme le triple critère prévu à l'article 9.2) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Convention de Berne), l'article 30 établit trois conditions, à savoir i) que les exceptions aux droits exclusifs soient "limitées"; ii) que les exceptions ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet; et iii) que les exceptions ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers. Dans le cadre de l'affaire *Canada-Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (DS114)<sup>29</sup>, le Groupe spécial de règlement des différends a donné des indications sur l'interprétation des trois conditions susmentionnées établies à l'article 30.

---

<sup>29</sup> Le différend portait sur la disposition concernant l'exception dite "pour l'examen réglementaire" et la disposition concernant l'exception dite "pour le stockage" prévues par la loi du Canada sur les brevets, qui autorisaient, dans certains cas, les fabricants de médicaments génériques à ne pas tenir compte des droits attachés aux brevets. En ce qui concerne la conformité à l'article 30, le Groupe spécial a estimé que, bien que la disposition concernant l'exception dite "pour le stockage" soit contraire aux dispositions prévues à l'article 30, car elle ne constituait pas une exception "limitée" aux droits, la disposition concernant l'exception dite "pour l'examen réglementaire" se justifiait au sens de l'article 30, car elle répondait à tous les critères énoncés dans cet article.

[[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds114\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds114_f.htm)].

86. Tout d'abord, de l'avis du Groupe spécial, les trois conditions s'appliquent de manière cumulative et "la portée exacte du pouvoir conféré par l'article 30 dépendra du sens spécifique donné aux conditions qui y sont énoncées". Lorsque l'on examine le libellé de ces conditions, "il faut à l'évidence tenir compte à la fois des objectifs et des limitations énoncés aux articles 7 et 8.1 ainsi que de ceux figurant dans d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui indiquent son objet et ses buts".

87. Ensuite, le Groupe spécial a considéré que le caractère "limité" devrait être "mesuré en déterminant jusqu'à quel point les droits exclusifs du titulaire du brevet ont été réduits".

88. En ce qui concerne l'expression "exploitation normale du brevet", le Groupe spécial a estimé qu'elle désignait l'"activité commerciale dans le cadre de laquelle les titulaires de brevets utilisent leurs droits de brevet exclusifs pour extraire la valeur économique de leurs brevets". Le terme "normal", quant à lui, pourrait être compris comme désignant soit "une conclusion empirique au sujet de ce qui est courant dans une communauté donnée", soit "un critère normatif de qualification". Plus loin, le rapport du Groupe spécial indique que, bien que les modes spécifiques d'exploitation des brevets ne soient naturellement pas statiques, "la protection de toutes les pratiques normales d'exploitation est un élément essentiel de la politique à la base de toutes les législations relatives aux brevets". En l'espèce, le Groupe spécial a conclu que "la période additionnelle d'exclusivité commerciale *de facto* créée par l'utilisation des droits de brevet pour empêcher les présentations en vue d'obtenir l'autorisation réglementaire ne devrait pas être considérée comme "normale". La période additionnelle d'exclusivité commerciale n'était pas une "conséquence naturelle ou normale de l'exercice des droits de brevet", mais plutôt une "conséquence non prévue de l'application conjointe des législations relatives aux brevets et des législations réglementaires relatives aux produits" qui se traduisait par une telle période additionnelle d'exclusivité commerciale *de facto*.

89. En ce qui concerne le troisième critère, le Groupe spécial a conclu que l'expression "intérêts légitimes" devait être "définie de la façon dont elle est souvent utilisée dans le discours juridique – comme une allégation normative prévoyant la protection d'intérêts qui sont "justifiables" en ce sens qu'ils sont étayés par des politiques générales publiques pertinentes ou d'autres normes sociales". En l'espèce, le Groupe spécial a estimé que l'"intérêt allégué aux noms des titulaires de brevets dont la période effective d'exclusivité commerciale avait été réduite par des retards survenant dans l'obtention de l'approbation de commercialisation n'était ni impérieux ni largement reconnu au point de pouvoir être considéré comme un "intérêt légitime" au sens de l'article 30".

90. L'article 31 de l'Accord sur les ADPIC prévoit qu'un membre peut, dans les conditions stipulées, autoriser d'autres utilisations que celles qui sont prévues à l'article 30 sans le consentement du titulaire du droit. Ces autres utilisations consistent généralement en des licences obligatoires et en des utilisations par les pouvoirs publics sans le consentement du titulaire. Les conditions fixées à l'article 31 sont les suivantes :

- a) l'autorisation de cette utilisation sera examinée sur la base des circonstances qui lui sont propres;
- b) une telle utilisation pourra n'être permise que si, avant cette utilisation, le candidat utilisateur s'est efforcé d'obtenir l'autorisation du détenteur du droit, suivant des conditions et modalités commerciales raisonnables, et que si ses efforts n'ont pas abouti dans un délai raisonnable. Un membre pourra déroger à cette prescription dans des



situations d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence ou en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales. Dans des situations d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence, le détenteur du droit en sera néanmoins avisé aussitôt qu'il sera raisonnablement possible. En cas d'utilisation publique à des fins non commerciales, lorsque les pouvoirs publics ou l'entreprise contractante, sans faire de recherche de brevet, savent ou ont des raisons démontrables de savoir qu'un brevet valide est ou sera utilisé par les pouvoirs publics ou pour leur compte, le détenteur du droit en sera avisé dans les moindres délais;

- c) la portée et la durée d'une telle utilisation seront limitées aux fins auxquelles celle-ci a été autorisée, et dans le cas de la technologie des semi-conducteurs ladite utilisation sera uniquement destinée à des fins publiques non commerciales ou à remédier à une pratique dont il a été déterminé, à l'issue d'une procédure judiciaire ou administrative, qu'elle est anticoncurrentielle;
- d) une telle utilisation sera non exclusive;
- e) une telle utilisation sera incessible, sauf avec la partie de l'entreprise ou du fonds de commerce qui en a la jouissance;
- f) toute utilisation de ce genre sera autorisée principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur du membre qui a autorisé cette utilisation;
- g) l'autorisation d'une telle utilisation sera susceptible d'être rapportée, sous réserve que les intérêts légitimes des personnes ainsi autorisées soient protégés de façon adéquate, si et lorsque les circonstances y ayant conduit cessent d'exister et ne se reproduiront vraisemblablement pas. L'autorité compétente sera habilitée à réexaminer, sur demande motivée, si ces circonstances continuent d'exister;
- h) le détenteur du droit recevra une rémunération adéquate selon le cas d'espèce, compte tenu de la valeur économique de l'autorisation;
- i) la validité juridique de toute décision concernant l'autorisation d'une telle utilisation pourra faire l'objet d'une révision judiciaire ou autre révision indépendante par une autorité supérieure distincte de ce membre;
- j) toute décision concernant la rémunération prévue en rapport avec une telle utilisation pourra faire l'objet d'une révision judiciaire ou autre révision indépendante par une autorité supérieure distincte de ce membre;
- k) les membres ne sont pas tenus d'appliquer les conditions énoncées aux alinéas b) et f) dans les cas où une telle utilisation est permise pour remédier à une pratique jugée anticoncurrentielle à l'issue d'une procédure judiciaire ou administrative. La nécessité de corriger les pratiques anticoncurrentielles peut être prise en compte dans la détermination de la rémunération dans de tels cas. Les autorités compétentes seront habilitées à refuser de rapporter l'autorisation si et lorsque les circonstances ayant conduit à cette autorisation risquent de se reproduire;
- l) dans les cas où une telle utilisation est autorisée pour permettre l'exploitation d'un brevet (le "second brevet") qui ne peut pas être exploité sans porter atteinte à un autre

brevet (le “premier brevet”), les conditions additionnelles suivantes seront d’application :

i) l’invention revendiquée dans le second brevet supposera un progrès technique important, d’un intérêt économique considérable, par rapport à l’invention revendiquée dans le premier brevet;

ii) le titulaire du premier brevet aura droit à une licence réciproque à des conditions raisonnables pour utiliser l’invention revendiquée dans le second brevet; et

iii) l’utilisation autorisée en rapport avec le premier brevet sera incessible sauf si le second brevet est également cédé.

91. En ce qui concerne le droit d’accorder des licences obligatoires et ce qui constitue une “situation d’urgence nationale ou d’autres circonstances d’extrême urgence”, la Déclaration sur l’Accord sur les ADPIC et la santé publique<sup>30</sup>, adoptée lors de la quatrième session de la Conférence ministérielle de l’OMC, tenue à Doha le 14 novembre 2001, donne des indications sur l’interprétation et l’application de l’article 31. Selon le paragraphe 4 de la déclaration, les membres conviennent que l’Accord sur les ADPIC n’empêche pas et ne devrait pas empêcher les membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. En conséquence, tout en réitérant leur attachement à l’Accord sur les ADPIC, les membres ont affirmé que ledit accord peut et devrait être interprété et mis en œuvre d’une manière qui appuie le droit des membres de l’OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l’accès de tous aux médicaments. À ce sujet, les membres ont réaffirmé le droit des membres de l’OMC de recourir pleinement aux dispositions de l’Accord sur les ADPIC, qui ménagent une flexibilité à cet effet. Le paragraphe 5 de la déclaration stipule que, compte tenu du paragraphe 4 ci-dessus, tout en maintenant leurs engagements dans le cadre de l’Accord sur les ADPIC, les membres reconnaissent que ces flexibilités incluent ce qui suit : a) dans l’application des règles coutumières d’interprétation du droit international public, chaque disposition de l’Accord sur les ADPIC sera lue à la lumière de l’objet et du but de l’Accord tels qu’ils sont exprimés, en particulier, dans ses objectifs et principes; b) chaque membre a le droit d’accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées; et c) chaque membre a le droit de déterminer ce qui constitue une situation d’urgence nationale ou d’autres circonstances d’extrême urgence, étant entendu que les crises dans le domaine de la santé publique, y compris celles qui sont liées au VIH/SIDA, à la tuberculose, au paludisme et à d’autres épidémies, peuvent représenter une situation d’urgence nationale ou d’autres circonstances d’extrême urgence.

92. Par ailleurs, reconnaissant que les membres de l’OMC ayant des capacités de fabrication insuffisantes ou n’en disposant pas dans le secteur pharmaceutique pourraient avoir des difficultés à recourir de manière effective aux licences obligatoires, et pour donner suite au paragraphe 6 de la déclaration, les membres de l’OMC ont décidé, en 2003, d’accorder des “dérogations” supprimant les limitations à l’exportation de produits fabriqués en vertu de licences obligatoires vers les pays moins avancés membres et les autres membres ayant des capacités de fabrication insuffisantes ou n’en disposant pas dans le secteur pharmaceutique

---

<sup>30</sup> [http://www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/min01\\_f/mindecl\\_trips\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm).

pour les produits brevetés en question<sup>31</sup>. Suite à la Décision du Conseil général du 6 décembre 2005 concernant l'amendement sur l'Accord sur les ADPIC<sup>32</sup>, un autre amendement de l'Accord sur les ADPIC remplacera la Décision du Conseil général du 30 août 2003 dès lors qu'il aura été accepté par deux tiers des membres de l'OMC.

93. En ce qui concerne l'épuisement des droits, l'article 6 de l'Accord sur les ADPIC stipule que, aux fins du règlement des différends dans le cadre de cet accord, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4, aucune disposition de l'Accord sur les ADPIC ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. La Déclaration ministérielle de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique a précisé que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui se rapportent à l'épuisement des droits de propriété intellectuelle avaient pour effet de laisser à chaque membre la liberté d'établir son propre régime en ce qui concerne cet épuisement sans contestation, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4 relatives à la clause de la nation la plus favorisée et au traitement national.

94. Par ailleurs, l'Accord sur les ADPIC, à l'article 73, reconnaît la liberté des membres de prendre des mesures qu'ils estimeront nécessaires à la protection des intérêts essentiels de leur sécurité. De plus, conformément à l'article 2.1 de l'Accord sur les ADPIC, les membres de l'OMC se conformeront aux articles 5.A et 5ter de la Convention de Paris concernant les limitations des droits de brevet.

d) Législations nationales et régionales

95. Les droits exclusifs conférés par un brevet et les exceptions et limitations relatives à ces droits sont deux versants d'un même système dont l'objectif est de concilier les intérêts légitimes des titulaires de brevets et, ceux des tiers, en vue de promouvoir l'innovation, de diffuser les connaissances techniques et d'encourager le transfert de technologie. Les conditions socioéconomiques et les priorités d'un pays ayant une influence sur les considérations de politique générale présidant à l'ajustement des différents intérêts en jeu, on ne s'étonnera pas de constater que les différentes lois contiennent des dispositions variées relatives aux exceptions et aux limitations. Cependant, ces instruments présentent certains points communs et de nombreuses législations nationales prévoient que le titulaire d'un brevet ne peut faire valoir ses droits lorsque les actes suivants sont accomplis par des tiers<sup>33</sup> :

- actes accomplis à titre privé à des fins non commerciales;
- actes accomplis à des fins d'enseignement;
- actes accomplis à des fins d'expérimentation ou de recherche scientifique;
- préparation de médicaments prescrits par des médecins;
- poursuite d'une utilisation antérieure;
- certaines utilisations à bord de navires, aéronefs et véhicules terrestres étrangers qui pénètrent temporairement ou accidentellement sur le territoire national;

---

<sup>31</sup> Décision du Conseil général du 30 août 2003 concernant la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique [[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/trips\\_f/implem\\_para6\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/implem_para6_f.htm)].

<sup>32</sup> Décision du Conseil général du 6 décembre 2005 concernant l'amendement de l'Accord sur les ADPIC [[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/trips\\_f/wtl641\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/wtl641_f.htm)].

<sup>33</sup> Voir l'annexe II du document SCP/12/3 Rev.2.

- actes accomplis pour obtenir l’approbation réglementaire de produits pharmaceutiques;
- actes accomplis par les agriculteurs pour leur usage personnel et pour la mise au point de nouvelles variétés.

96. Par ailleurs, de nombreuses législations nationales ou régionales prévoient différents cas dans lesquels des licences obligatoires et l’utilisation par les pouvoirs publics d’inventions brevetées sans le consentement du titulaire du brevet peuvent être autorisées.

97. En ce qui concerne l’épuisement des droits, certaines législations contiennent une disposition expresse, alors que d’autres n’en contiennent aucune, la jurisprudence déterminant les conditions d’épuisement du droit de brevet. L’épuisement des droits ne constitue peut-être pas une exception ou une limitation au sens strict du terme étant donné que, si les exceptions et limitations imposent des “restrictions” limitées à l’opposabilité des droits pour certaines catégories d’utilisations de l’invention brevetée, l’épuisement des droits se rapporte expressément à la “non-existence” des droits de brevet (ou, en d’autres termes, de la portée de ces droits) à l’égard du produit qui a été légitimement mis sur le marché. Cela étant, l’épuisement des droits peut être envisagé comme une forme d’exception et de limitation au sens large, dans la mesure où il définit les actes admissibles pouvant être accomplis par des tiers sans risque de porter atteinte aux droits.

98. On trouve également dans les législations nationales, bien que moins fréquemment, d’autres exceptions et limitations. Celles-ci comprennent notamment :

- les exceptions limitées aux droits conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l’exploitation du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers;
- l’utilisation ou la vente de produits obtenus auprès d’une source légitime, mais fabriqués ou vendus sans l’autorisation du titulaire du brevet;
- l’utilisation non répétée de matériel biologique, autre que des végétaux, pour obtenir un nouveau matériel viable;
- le matériel biologique obtenu par reproduction ou multiplication du matériel mis sur le marché par le titulaire du brevet à cette fin, autre qu’à des fins de reproduction ou de multiplication;
- l’utilisation d’un élément essentiel de l’invention par une personne qui ignorait qu’il était destiné à la mise en œuvre de l’invention;
- les actes accomplis par toute personne pouvant démontrer qu’elle ignorait l’existence du brevet;
- les produits existant dans le pays avant la date de dépôt (date de priorité);
- le recours par un médecin à des protocoles médicaux ou chirurgicaux brevetés.

99. Les paragraphes ci-après donnent une vue plus détaillée de certaines des exceptions et limitations fréquemment rencontrées dans les législations nationales ou régionales :

- i) Actes accomplis à titre privé à des fins non commerciales et actes accomplis à des fins d’enseignement

100. Il est courant de ne pas étendre les droits exclusifs conférés par le brevet à des actes accomplis par des tiers uniquement à titre privé ou à des fins non commerciales. Dans certains pays, les droits conférés par un brevet se limitent à interdire toute utilisation

commerciale ou industrielle de l'invention brevetée par des tiers autorisés. Dans d'autres, ils s'appliquent à tous les types d'activités susceptibles d'être exercées par des tiers non autorisés, mais une exception est expressément prévue de sorte que les droits conférés par un brevet ne s'étendent pas aux actes accomplis à titre privé ou à des fins non commerciales.

101. De même, certains pays excluent les actes accomplis à des fins d'enseignement du champ d'application des droits de brevet afin que les enseignants puissent utiliser les inventions brevetées dans un but pédagogique sans risquer de porter atteinte aux droits.

ii) Actes accomplis à des fins d'expérimentation et de recherche scientifique

102. Un certain nombre de pays prévoient une exception en faveur de la recherche dans leur législation ou, pour les pays de common law, dans leur jurisprudence. D'une manière générale, cette exception permet aux chercheurs d'étudier les effets déclarés des inventions brevetées et d'apporter des améliorations à celles-ci sans risque de porter atteinte aux droits. Cette contribution à un environnement propice à la recherche est censée favoriser le développement de nouvelles technologies, ce qui constitue précisément l'un des objectifs du système des brevets. Selon les partisans de l'exception en faveur de la recherche, la recherche étant essentiellement de nature cumulative, le fait de négocier et de conclure par anticipation de multiples contrats de licence peut engendrer des coûts de transaction élevés. Par ailleurs, comme il est impossible de prévoir dans quelle direction la recherche sera couronnée de succès, plus les savoirs existants seront accessibles, plus grandes seront les chances de réussite<sup>34</sup>.

103. Dans l'affaire *Canada- Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (DS114)<sup>35</sup>, le Groupe spécial de règlement des différends a fait référence à l'exception en faveur de la recherche dans le cadre de sa décision concernant l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC :

“Nous pouvons prendre comme exemple une des exceptions relevant de l'article 30 les plus largement utilisées dans les législations nationales relatives aux brevets – l'exception en vertu de laquelle l'utilisation du produit breveté à des fins d'expérimentation scientifique, pendant la durée du brevet et sans le consentement du titulaire, n'est pas une contrefaçon. On avance souvent l'argument selon lequel cette exception est fondée sur l'idée qu'un but essentiel de la politique générale publique sous-tendant les législations en matière de brevets est de faciliter la diffusion et le perfectionnement des connaissances techniques et qu'autoriser le titulaire du brevet à empêcher l'utilisation à des fins expérimentales pendant la durée du brevet compromettrait en partie le but de la prescription voulant que la nature de l'invention soit divulguée au public. Or, toujours selon cet argument, dans le cadre de la politique qui sous-tend les législations en matière de brevets, tant la société que les scientifiques ont un 'intérêt légitime' à utiliser la divulgation du brevet pour favoriser le progrès de la science et de la technologie. Le Groupe spécial ne tire aucune conclusion quant à savoir si une exception nationale de ce genre est correcte au regard de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC, mais il adopte le sens général donné à l'expression 'intérêts légitimes' dans une analyse juridique de ce type.”

<sup>34</sup> “Research use of patented knowledge : a review”, document de travail de la STI 2006/2, OCDE.

<sup>35</sup> [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds114\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds114_f.htm).

104. Dans certains cas, le titulaire d'un brevet aura plus de chances de trouver des preneurs de licences si les tiers peuvent étudier l'effet de l'invention brevetée avant sa commercialisation ou travailler à des améliorations de l'invention brevetée dont l'exploitation commerciale serait soumise au consentement du titulaire du brevet.

105. Bien que les objectifs de politique générale des exceptions en faveur des actes accomplis à des fins d'expérimentation ou de recherche prévues dans les législations nationales correspondent plus ou moins à la description faite ci-dessus, le libellé de ces dispositions et leur interprétation peut varier d'un pays à l'autre. Plus précisément, des expressions du type "actes accomplis à *des fins* d'expérimentation ou de recherche scientifique" ou "actes accomplis à des fins d'expérimentation *portant sur* l'objet de l'invention" (sans italiques dans l'original) laissent une certaine place à l'interprétation quant à la portée exacte de ces dispositions. Par conséquent, la portée de l'exception peut varier d'un ressort juridique à l'autre.

106. Dans certains pays, les dispositions concernant l'exception relative à l'utilisation à des fins d'expérimentation stipulent expressément que celle-ci s'applique aux expériences réalisées sans aucune visée commerciale ou sans but lucratif. Dans d'autres pays, ces mêmes dispositions indiquent expressément que l'exception relative aux utilisations expérimentales s'applique également aux actes accomplis en vue d'une exploitation commerciale future. Dans d'autres pays encore, le droit écrit ne traite pas cette question et il appartient aux tribunaux de déterminer de l'étendue de cette exception.

107. Une autre question concerne la portée du terme "expérience". Des expériences peuvent être réalisées pour de nombreuses raisons, notamment pour vérifier le fonctionnement d'une invention brevetée, pour déterminer la validité de revendications, pour étudier les effets ou de nouvelles applications de l'invention brevetée ou pour explorer les possibilités de développement futur. Les paragraphes ci-après donnent des exemples de différentes interprétations du terme "expérience".

108. Au Royaume-Uni, seules les expériences qui génèrent des informations véritablement nouvelles sont couvertes par l'exception, comme les essais réalisés pour mettre en évidence un effet inconnu ou pour tester une hypothèse, ou même pour déterminer si quelque chose qui fonctionne dans certaines conditions fonctionnera également dans d'autres conditions. L'exception ne s'applique pas aux expériences dont le but est de vérifier la validité d'un savoir existant (pour démontrer à un tiers qu'un produit remplit bien sa fonction, par exemple), de sorte que les essais cliniques réalisés pour obtenir une autorisation de commercialisation ne constituent pas des actes accomplis à des fins d'expérimentation<sup>36</sup>. Dans les pays qui retiennent cette interprétation, il peut être nécessaire d'adopter une disposition distincte afin d'exclure des actes portant atteinte aux droits de brevet les actes accomplis pour obtenir une autorisation réglementaire (voir le point vi) ci-dessous).

109. En Allemagne, deux affaires, *Essais cliniques I*<sup>37</sup> et *Essais cliniques II*<sup>38</sup>, ont permis d'éclaircir la situation en ce qui concerne l'exception relative aux actes accomplis à des fins

---

<sup>36</sup> "The Patent Research Exception : a Consultation", Office de la propriété intellectuelle du Royaume-Uni; affaires *Monsanto c. Stauffer* et *Micro-Chemicals Ltd c. Smith Kline and French Inter-America Ltd*.

<sup>37</sup> R.P.C.623 [1997].

<sup>38</sup> R.P.C.423 [1998].

d'expérimentation dans ce pays. Dans l'affaire *Essais cliniques I*, la Cour suprême a conclu que les actes autorisés au titre de l'exception en faveur de l'usage expérimental devaient avoir pour objectif de tester les possibilités d'utilisation de l'objet breveté et d'étudier les possibilités de développement futur. Il est indifférent que "les expériences visent uniquement à vérifier la validité des revendications de brevet ou à obtenir de nouveaux résultats, ou qu'elles visent des objectifs plus larges, notamment pour répondre à des intérêts commerciaux". L'utilisation expérimentale peut avoir pour but de "découvrir les effets d'une substance ou de nouvelles applications de celle-ci ignorées jusqu'alors". La Cour suprême a déclaré que, par principe, l'exception en faveur de l'usage expérimental s'applique à tous les actes expérimentaux dès lors qu'ils servent à obtenir des informations nouvelles, de sorte que les actes accomplis pour étayer une demande de commercialisation peuvent être couverts par cette exception. Dans l'affaire *Essais cliniques II*, la Cour a également conclu qu'un acte accompli "en vue d'éliminer des incertitudes existantes concernant l'objet de l'invention brevetée ou de révéler de nouvelles informations concernant cet objet" constitue un usage expérimental couvert par l'exception, pour autant que l'acte accompli à des fins de recherche se rapporte à l'objet de l'invention brevetée, et que les essais cliniques réalisés dans le même but soient couverts par l'exception en faveur de l'usage expérimental. La Cour a également donné des exemples d'actes qui ne sont pas considérés comme des "expériences" relevant de cette exception, notamment : la recherche sans rapport aucun avec la théorie technologique; la validation d'hypothèses commerciales; les expériences réalisées à une échelle telle qu'elle ne saurait être justifiée par des fins de recherche; et les recherches réalisées non pas en vue d'obtenir des avancées technologiques, mais plutôt dans un but concurrentiel.

110. Vue sous un angle légèrement différent, cette question soulève des interrogations quant au rôle de l'invention brevetée en ce qui concerne l'expérience. Il apparaît d'une manière générale que l'exception en faveur de la recherche s'applique aux recherches réalisées *sur* une invention brevetée, s'agissant par exemple des travaux réalisés sur l'invention brevetée en vue d'en étudier de nouveaux effets ou d'y apporter des améliorations. Cela étant, il arrive que des recherches soient réalisées *avec* l'invention brevetée ou *au moyen* de celle-ci. Ainsi, une invention brevetée peut être utilisée sur une autre invention à des fins de recherche en vue d'en apprendre d'avantage sur cette autre invention, par exemple.

111. La question de savoir si l'exception en faveur de l'usage expérimental couvre ce dernier cas a été traitée dans une certaine mesure à l'occasion de recherches impliquant l'utilisation d'informations génétiques dans le cadre desquelles des brevets ont été délivrés sur des séquences d'ADN<sup>39</sup>. Il a été observé que, dans le domaine de la recherche génétique en particulier, les brevets délivrés pour des résultats de recherches effectuées en amont, tels que méthodes ACP et EST (ce qu'il est convenu d'appeler "outils de recherche"), pouvaient constituer un frein à l'innovation en aval, car l'utilisation de ces outils de recherche pouvait être essentielle au développement des innovations en aval (telles que les applications pharmaceutiques) et que, très souvent, il était impossible de créer une invention sans avoir recours aux outils de recherche brevetés. Dans ce cas, les chercheurs en aval effectuent des recherches non pas *sur* les outils de recherche brevetés, mais *avec* les outils de recherche brevetés. Du point de vue des pouvoirs publics, il conviendrait tout d'abord de trouver un équilibre satisfaisant entre ce qui pourrait inciter les innovateurs à mettre au point des outils de recherche innovants et les chercheurs à utiliser ces outils de recherche et ensuite de concilier les droits légitimes des chercheurs en amont (y compris ceux des titulaires de droits de brevet exclusifs) et l'accès aux résultats des recherches en amont en vue de promouvoir la

---

<sup>39</sup> Council on Bioethics Nuffield, "The ethics of Patenting DNA", juillet 2002.

poursuite de la recherche. Il semblerait que de nombreux pays n'appliquent pas cette exception en faveur de la recherche aux recherches réalisées *avec* l'invention brevetée, bien que la Belgique ait récemment modifié sa loi sur les brevets afin d'étendre l'exception aux "actes accomplis à des fins scientifiques sur et/ou avec l'objet de l'invention brevetée"<sup>40</sup>.

112. Dans le contexte de la recherche pharmaceutique et biomédicale, une autre question a été soulevée, concernant la mesure dans laquelle les essais cliniques peuvent être considérés comme expérimentaux, étant donné que les activités thérapeutiques et la recherche de nouvelles connaissances génétiques vont souvent de pair<sup>41</sup>.

113. Aux États-Unis d'Amérique, il n'existe aucune disposition écrite prévoyant une exception en faveur de la recherche, mais la jurisprudence établit une exception "extrêmement limitée"<sup>42</sup> en ce qui concerne les actes accomplis à des fins d'expérimentation. En 1813, la Cour suprême a déclaré qu'il n'aurait jamais été dans l'intention du législateur de réprimer quelqu'un qui aurait construit une machine uniquement pour expérimenter une théorie ou pour démontrer que cette machine pouvait produire les effets décrits<sup>43</sup>. Dans une autre affaire également jugée en 1813, la Cour suprême a fait la distinction entre un acte accompli dans un but lucratif et un acte accompli uniquement pour expérimenter une théorie ou démontrer la véracité et l'exactitude d'une revendication<sup>44</sup>. Par conséquent, les actes accomplis dans le but d'utiliser une invention dans un but lucratif ou à des fins commerciales ne sont pas considérés comme couverts par cette exception jurisprudentielle. Dans l'affaire *Madey c. Duke*, la question était de savoir si les recherches réalisées dans les universités privées tombaient dans le champ d'application de l'exception<sup>45</sup>. La Cour a conclu que, dès lors que l'acte avait été accompli dans le cadre de l'activité professionnelle légitime du contrevenant présumé et non pas uniquement à des fins de divertissement, pour satisfaire une curiosité désintéressée ou dans un but purement théorique, l'acte n'entrait pas dans le champ extrêmement étroit et strictement limité de l'exception reconnue en faveur de l'usage expérimental<sup>46</sup>. La Cour n'a pas appliqué l'exception en faveur de l'usage expérimental aux activités menées par la Duke University, car ces recherches allaient de toute évidence dans le sens des objectifs commerciaux légitimes de l'institution, notamment ceux d'instruire et d'éclairer les étudiants et les enseignants participant à ces projets.

---

<sup>40</sup> Article 28.1 b) de la loi de la Belgique sur les brevets d'invention du 28 mars 1984 telle que modifiée par la loi du 28 avril 2005.

<sup>41</sup> Patenting and the Research Exemption [[http://www.ipr-helpdesk.org/documents/BP-Patenting-and-the-Research-Exemptio\\_0000003268\\_00.xml.html](http://www.ipr-helpdesk.org/documents/BP-Patenting-and-the-Research-Exemptio_0000003268_00.xml.html)].

<sup>42</sup> Roche Prods., Inc *c.* Bolar Pharm. Co., 773 F.2d 858, 863 (Fed. Cir.1984).

<sup>43</sup> Whittemore *c.* Cutter, 29 Fed Cas. 1120 (C.C.D. Mass. 1813).

<sup>44</sup> Sawin *c.* Guild, 21 F. Cas. 554 (C.C.D. Mass. 1813).

<sup>45</sup> Les universités d'État et leurs employés dans l'exercice de leur fonction jouissent, en vertu du onzième amendement, d'une immunité contre toute action en contrefaçon de brevet. Voir la présentation de M. Sean O'Conner dans le cadre des "Colloques sur certaines questions relatives aux brevets. L'exception en faveur de la recherche". [[http://www.wipo.int/meetings/fr/2006/patent\\_colloquia/10/](http://www.wipo.int/meetings/fr/2006/patent_colloquia/10/)].

<sup>46</sup> Affaire *Madey c. Duke University*, 307 F.3d. 1351 (Fed. Cir. 2002).



114. L'OCDE a organisé en 2006 une conférence sur l'effet des politiques nationales en ce qui concerne les exceptions relatives à l'utilisation d'inventions brevetées dans la recherche<sup>47</sup>. Le rapport de synthèse a conclu que

- à l'heure actuelle, rien ne permet d'affirmer qu'il existe un problème général d'accès aux inventions brevetées à des fins de recherche, les préoccupations soulevées étant généralement liées à des secteurs précis de la recherche (tels que les sciences de la vie) et à certains pays (tels que les États-Unis d'Amérique);
- cela étant, les préoccupations concernant les utilisations aux fins de la recherche pourraient s'étendre à d'autres secteurs de la recherche (tels que celui des nanotechnologies) et à d'autres pays, au vu de la tendance actuelle qui s'oriente de plus en plus vers la recherche multidisciplinaire;
- un système de brevets équilibré devrait faciliter les inventions cumulatives, bien que la limite puisse s'avérer difficile à établir, en particulier en ce qui concerne les outils de recherche brevetés;
- d'autres mécanismes destinés à faciliter l'accès aux inventions utilisées à des fins de recherche sont également disponibles; et
- des études supplémentaires sont nécessaires pour, d'une part, mieux appréhender les nouvelles questions qui se posent concernant l'accès aux inventions brevetées pour la recherche et, d'autre part, recenser les pratiques recommandées pour promouvoir cet accès dans les différents secteurs et pays concernés.

iii) Préparation de médicaments prescrits

115. Dans un certain nombre de pays, la préparation de médicaments pour un patient, conformément à une ordonnance rédigée par un médecin ou un dentiste, et les médicaments ainsi préparés ne portent pas atteinte aux droits de brevet. Cette exception vise à s'assurer que les brevets n'empêcheront pas les patients d'accéder librement aux médicaments prescrits par un médecin. Dans certains pays, cette disposition prévoit expressément que l'exception se limite aux préparations extemporanées en pharmacie, alors que, dans d'autres, la législation ne fait aucune mention des personnes autorisées à préparer un médicament prescrit ni du lieu où doit être effectuée cette préparation.

iv) Poursuite d'une utilisation antérieure

116. De nombreux pays autorisent un tiers à poursuivre l'utilisation d'une invention brevetée si, de bonne foi et avant la date de dépôt (ou la date de priorité), il utilisait l'invention aux fins de ses activités industrielles ou commerciales ou faisait des préparatifs effectifs et sérieux à cette fin. Dans certaines situations, un brevet peut être délivré même si l'invention brevetée a été utilisée par un tiers avant le dépôt de la demande. Par exemple, si le tiers utilisait secrètement l'invention aux fins de ses activités industrielles ou commerciales avant la date de dépôt (date de priorité), cette utilisation ne serait pas considérée comme faisant partie de l'état de la technique et, par conséquent, un brevet serait délivré. Dans d'autres situations, même si l'utilisateur antérieur exploitait l'invention publiquement aux fins de ses activités industrielles ou commerciales, cette antériorité peut échapper à l'examineur et un brevet peut être délivré. Dans ce cas, en théorie, il est possible de prononcer la révocation du brevet mais,

---

<sup>47</sup> Conférence de l'OCDE sur l'utilisation d'inventions brevetées dans la recherche, Madrid, 18 et 19 mai 2006  
[[http://www.oecd.org/document/39/0,3343,en\\_2649\\_34797\\_36807591\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/39/0,3343,en_2649_34797_36807591_1_1_1_1,00.html)].

dans la pratique, l'utilisateur antérieur peut rencontrer des difficultés financières ou autres qui l'empêchent de contester la validité du brevet. Dans ces deux situations, le titulaire du brevet (qui est non pas l'inventeur initial, mais le premier déposant) ne peut exercer ses droits de brevet qu'en autorisant l'utilisateur antérieur à poursuivre l'utilisation de l'invention brevetée dans le cadre de ses activités. Il serait excessif d'obliger l'utilisateur antérieur à renoncer à poursuivre l'utilisation de l'invention pour la simple raison qu'il n'a pas déposé de demande de brevet, compte tenu des investissements importants qu'il pourrait avoir consentis pour exploiter l'invention.

117. Dans de nombreux pays, la poursuite d'une utilisation antérieure aux conditions prévues par le droit applicable est exclue des actes constituant une atteinte au brevet. Dans d'autres, tels que le Japon et la République de Corée, la législation permet à l'utilisateur antérieur de poursuivre l'utilisation de l'invention brevetée aux fins de ses activités industrielles ou commerciales après obtention d'une licence légale non exclusive.

118. Afin de concilier les intérêts légitimes du titulaire du brevet et ceux de l'utilisateur antérieur, les dispositions contenues dans les législations nationales prévoient un certain nombre de conditions auxquelles l'exception en faveur de l'utilisateur antérieur peut être appliquée. La première question soulevée est la suivante : qui sont les utilisateurs antérieurs pouvant bénéficier de cette exception? Dans de nombreuses législations nationales, l'utilisateur antérieur doit, de bonne foi, utiliser l'invention aux fins de ses activités industrielles ou commerciales ou avoir fait des préparatifs sérieux à cette fin. En Allemagne, un tribunal a jugé qu'une personne qui a obtenu du véritable inventeur une invention dans un but unique et précis ne peut bénéficier de cette exception, car celle-ci est prévue par la loi dans un esprit d'équité<sup>48</sup>. La législation japonaise contient quant à elle une disposition expresse selon laquelle est considérée comme utilisateur antérieur toute personne ayant créé elle-même l'invention sans connaissance du contenu de l'invention revendiquée dans une demande de brevet, ou qui, sans connaissance du contenu de l'invention revendiquée dans une demande de brevet, a pris connaissance de l'invention par une autre personne qui a créé l'invention. Ainsi, la législation japonaise tient compte de la façon dont l'utilisateur antérieur a pris connaissance de l'invention concernée pour déterminer le droit de l'utilisateur antérieur de bénéficier de cette exception.

119. Une deuxième question concerne la définition de l'"utilisation" couverte par l'exception. Au Royaume-Uni, par exemple, la loi sur les brevets précise que l'exception relative à l'utilisation antérieure s'applique aux actes qui constitueraient une atteinte au brevet si celui-ci était opposable. L'étendue de l'utilisation requise à la date du dépôt (ou à la date de priorité) a été examinée par un certain nombre de tribunaux nationaux. Dans une affaire, par exemple, un tiers n'avait utilisé un procédé qu'une seule fois et uniquement pour la fabrication d'une quantité limitée de produits, sans renouveler l'opération. Celui-ci n'a pu prétendre à l'exception en faveur de l'utilisateur antérieur<sup>49</sup>. Le fait de passer une commande pour ce produit, d'exposer ce dernier dans une foire internationale et de présenter des spécimens à des clients ne donne aucun droit de bénéficier de l'exception en faveur de

---

<sup>48</sup> Reichsgericht allemand, 15 décembre 1928 (Prop. Ind., 1931, p.146), cité dans Ladas "Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection".

<sup>49</sup> Cour suprême autrichienne, 1<sup>er</sup> juin 1932 (pro. Ind., 1034, p.220), cité dans Ladas "Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection".

l'utilisateur antérieur<sup>50</sup>. Dans une autre affaire, le tribunal a déclaré que l'utilisateur antérieur aurait dû reconnaître, lorsqu'il a commencé à utiliser l'invention, qu'il obtenait un effet technique précis à l'aide d'un moyen technique donné<sup>51</sup>. Il a également été affirmé que l'exception en faveur de l'utilisateur antérieur n'était pas applicable en cas de cessation de la fabrication du produit<sup>52</sup>, mais qu'un défaut d'utilisation prolongé ne pouvait à lui seul entraîner la perte du bénéfice de l'exception en faveur de l'utilisateur antérieur<sup>53</sup>.

120. En ce qui concerne l'"utilisation" de l'invention, il conviendrait de noter que, en France, le code de la propriété industrielle stipule que "toute personne qui, de bonne foi, à la date de dépôt ou de priorité d'un brevet, était, sur le territoire où le présent livre est applicable, en possession de l'invention objet du brevet a le droit, à titre personnel, d'exploiter l'invention malgré l'existence du brevet." À première vue, cette disposition exige non pas d'"utiliser" l'invention ou de "faire des préparatifs effectifs à cette fin", mais d'être en "possession" de celle-ci pour pouvoir bénéficier de l'exception. Le choix du terme "possession" plutôt que du terme "utilisation" semble être régi par le souci de concilier les intérêts du titulaire du brevet et ceux du ou des inventeurs antérieurs qui choisissent, plutôt que de déposer des demandes de brevet, de préserver la confidentialité de l'invention. Par conséquent, il semblerait que la délivrance d'un brevet à un inventeur ultérieur ne saurait priver de leurs droits les inventeurs antérieurs qui possèdent déjà secrètement l'invention à la date de dépôt (date de priorité). Les objectifs déclarés de cette exception sont les suivants : préserver les droits acquis des tiers et, plus précisément, l'utilisation de l'invention avant la date de dépôt; protéger le ou les inventeurs antérieurs; et limiter les droits attachés aux brevets lorsque l'exploitation antérieure du brevet ne devait rien au titulaire du brevet<sup>54</sup>. En ce qui concerne l'interprétation du terme "possession", il est exigé de l'inventeur qu'il ait pleinement connaissance de la technologie brevetée<sup>55</sup>.

121. Troisièmement, la portée de l'exception en faveur de l'utilisateur antérieur se limite à la "poursuite" de l'utilisation de l'invention concernée aux fins des activités industrielles ou commerciales de l'utilisateur antérieur ou de son entreprise. Aussi, il est généralement entendu que l'exception s'étend uniquement aux actes accomplis par l'utilisateur antérieur ou faisant l'objet de préparatifs à cette fin à la date de dépôt (ou à la date de priorité). La loi sur les brevets du Japon contient une disposition expresse selon laquelle l'exception en faveur de l'utilisateur antérieur s'applique uniquement dans la mesure où l'invention est utilisée et aux fins de cette utilisation.

122. Quatrièmement, certaines lois nationales stipulent expressément que le droit de poursuivre l'utilisation de l'invention est un droit privé octroyé à l'utilisateur antérieur. Au Royaume-Uni et en France, par exemple, la loi prévoit que le droit de l'utilisateur antérieur ne

---

<sup>50</sup> Cour suprême du Danemark, 26 mars 1923 (prop. Ind., 1937, p.114), cité dans Ladas "Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection".

<sup>51</sup> Cour suprême allemande, 30 avril 1964 (GRUR, 1964, p.446), cité dans Ladas "Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection".

<sup>52</sup> Tribunal de commerce de Vienne, Prop. Ind. (1938), p.234.

<sup>53</sup> Cour suprême Allemande, 7 janvier 1965 (GRUR, 1965, p.411), cité dans Ladas "Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection".

<sup>54</sup> Marc Savatier "L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique".

<sup>55</sup> Jean Foyer et Michel Vivant "Le droit des brevets"; Johanna Schmidt-Szalewski et Jean-Luc Pierre "Droit de la propriété industrielle".

peut être transmis qu'avec le fonds de commerce, l'entreprise ou la partie de l'entreprise auquel il est attaché.

123. Aux États-Unis d'Amérique, la défense des premiers inventeurs dans les actions en contrefaçon se limite à l'utilisation de brevets concernant les méthodes d'exercice ou de conduite des affaires. Pour pouvoir bénéficier de cette exception, l'utilisateur antérieur doit, en agissant de bonne foi, avoir mis en œuvre l'objet en question au moins un an avant la date de dépôt (ou la date de priorité) et utilisé commercialement cet objet avant cette date. D'autres conditions sont semblables aux exceptions en faveur de l'utilisateur antérieur en vigueur dans d'autres pays. Un utilisateur antérieur ne peut bénéficier de l'exception prévue si l'objet sur lequel la défense est fondée émane du titulaire du brevet ou de personnes en rapport avec ce dernier. L'exception est seulement opposable en ce qui concerne l'objet particulier revendiqué dans le brevet à l'égard duquel l'utilisateur antérieur peut invoquer l'exception, à la réserve que cette défense s'étend également aux variations de quantité ou d'étendue de l'utilisation de l'objet revendiqué. Un utilisateur antérieur qui a abandonné l'utilisation commerciale d'un objet ne peut pas se fonder sur des activités antérieures à la date de cet abandon pour établir une défense à l'égard d'actions entreprises postérieurement à cet abandon. L'exception dont le bénéfice est accordé à l'utilisateur antérieur est d'ordre personnel et, par conséquent, ne peut pas être concédée en licences, cédée ou transférée à une autre personne, si ce n'est en tant qu'élément secondaire et accessoire de la cession ou du transfert, effectués de bonne foi et pour des motifs autres, de l'ensemble de l'entreprise ou de l'activité commerciale à laquelle se rapporte la défense.

124. Au Japon, lorsqu'un brevet annulé a été rétabli par une procédure judiciaire ou lorsqu'une décision de la chambre de recours de refuser de donner suite à une demande de brevet est annulée par un tribunal, il existe une disposition similaire pour les utilisateurs antérieurs agissant de bonne foi, selon laquelle toute partie qui, de bonne foi, a utilisé l'invention brevetée aux fins de ses activités industrielles ou commerciales ou fait des préparatifs sérieux à cette fin après l'invalidation ou le refus d'un brevet, mais avant que celui-ci soit rétabli ou délivré, peut poursuivre l'utilisation de l'invention brevetée, mais uniquement dans la mesure et aux fins de l'utilisation antérieure.

- v) Certaines utilisations à bord de navires, aéronefs et véhicules terrestres étrangers qui pénètrent temporairement ou accidentellement sur le territoire national

125. Selon la Convention de Paris, les États membres ne doivent pas considérer comme une atteinte aux droits conférés par un brevet l'utilisation de moyens à bord de navires, pour les besoins de ceux-ci, ou de moyens et d'accessoires à bord d'aéronefs et de véhicules terrestres, qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans les eaux ou sur le territoire du pays. Par ailleurs, selon la Convention de Chicago, l'entrée autorisée d'aéronefs employés à la navigation aérienne internationale sur le territoire ne donne pas lieu à la saisie de l'aéronef, et les droits attachés au brevet ne s'étendent pas à l'entreposage des pièces et du matériel de rechange pour les aéronefs ni au droit d'utiliser et de monter ces pièces et matériel lors de la réparation d'un aéronef d'un État contractant sur le territoire d'un autre État contractant. Étant donné qu'une grande majorité de pays est partie à ces conventions, ces exceptions apparaissent souvent dans les législations nationales en matière de brevets. Elles visent à favoriser le bon fonctionnement des transports internationaux.

126. En plus des moyens utilisés à bord de navires, d'aéronefs et de véhicules terrestres qui pénètrent temporairement ou accidentellement sur leur territoire, certains pays prévoient des exceptions similaires pour les aéronefs et les satellites, qui peuvent être amenés à traverser

temporairement l'espace aérien de pays étrangers lors de leur lancement ou de leur retour sur Terre.

vi) Actes accomplis pour obtenir une approbation réglementaire

127. De nombreux pays prévoient une exception en ce qui concerne l'utilisation de produits brevetés (en particulier, des produits pharmaceutiques) pour obtenir l'autorisation réglementaire de commercialisation du produit. Cette exception est communément appelée "exception Bolar" en raison de l'affaire *Roche Products c. Bolar Pharmaceuticals*<sup>56</sup> jugée par la Cour d'appel pour le circuit fédéral des États-Unis d'Amérique en 1984. La Cour a statué que l'exception en faveur de la recherche qui s'appliquait aux États-Unis d'Amérique ne couvrait pas les actes accomplis par l'entreprise Bolar en ce qui concerne les essais d'équivalence pour obtenir l'approbation réglementaire du médicament générique avant l'expiration du brevet détenu par Roche. Les législateurs ont estimé qu'il était malvenu d'empêcher les fabricants de génériques de faire des préparatifs en vue d'obtenir l'approbation réglementaire pour leurs médicaments, ce qui retarderait considérablement la commercialisation et prolongerait ainsi la période de protection réelle du brevet au-delà de sa durée de validité. En conséquence, une exception expresse a été introduite dans la loi sur les brevets, qui prévoit que les actes accomplis exclusivement à des fins dont on peut raisonnablement penser qu'elles sont liées à l'élaboration et à la présentation d'informations en application d'une loi fédérale qui réglemente la fabrication, l'utilisation ou la vente de médicaments ou de produits biologiques à usage vétérinaire, autres que ceux fabriqués principalement selon certaines techniques de manipulation génétique, ne constituent pas des actes portant atteinte au brevet.

128. Comme indiqué précédemment, dans certains pays, l'exception en faveur de l'usage expérimental englobe généralement les actes accomplis par des tiers pour obtenir une approbation réglementaire. Dans certains pays, c'est la jurisprudence qui confirme cette interprétation<sup>57</sup>, alors que, dans d'autres<sup>58</sup>, des dispositions relatives à l'usage expérimental stipulent expressément qu'elles s'appliquent aux actes accomplis pour obtenir l'approbation réglementaire.

129. La portée des exceptions du type Bolar varie cependant d'une législation nationale à l'autre. Premièrement, dans certains pays, l'exception couvre l'approbation réglementaire de n'importe quel produit, alors que dans d'autres, elle est limitée aux produits pharmaceutiques et médicaux. Aux États-Unis d'Amérique, l'exception s'applique aux médicaments et aux produits biologiques à usage vétérinaire, mais non aux produits fabriqués principalement à l'aide de certaines techniques de manipulation génétique. La Cour suprême des États-Unis d'Amérique a statué que l'exception Bolar s'appliquait également à toutes les catégories de produits régis par la FDA, tels que matériel médical, additifs alimentaires et colorants artificiels<sup>59</sup>.

130. Deuxièmement, en ce qui concerne les produits pharmaceutiques, tous les types d'autorisations de commercialisation sont couverts dans certains pays, alors que, dans d'autres, seules certaines d'entre elles, telles que les procédures accélérées (l'autorisation de

---

<sup>56</sup> Affaire *Roche Products c. Bolar Pharmaceuticals*, 733 F.2d. 858 (Fed. Cir. 1984).

<sup>57</sup> Arrêt de la Cour suprême du Japon, affaire n° 1998 (ju) 153 (16 avril 1999).

<sup>58</sup> En Espagne et en Italie, par exemple.

<sup>59</sup> Affaire *Eli Lilly & Co. c. Medtronic, Inc.*, 496 U.S.661 (1990).

commercialisation de génériques renvoyant aux données présentées pour obtenir l'autorisation de commercialisation du médicament précédent déjà enregistré), le sont.

131. Troisièmement, dans certains pays, l'approbation réglementaire doit être demandée dans le pays où les actes ont été accomplis pour pouvoir bénéficier de l'exception, alors que, dans d'autres, toute activité accomplie pour obtenir l'approbation réglementaire dans quelque pays que ce soit est couverte par cette exception.

132. Quatrièmement, les expressions telles que “actes accomplis *pour* obtenir l'approbation réglementaire”, “actes accomplis *uniquement à des fins raisonnablement liées* à l'approbation réglementaire” ou “actes accomplis exclusivement *pour* obtenir l'approbation réglementaire” qui figurent dans les législations nationales laissent une certaine place à l'interprétation. Dans l'affaire *Merck c. Integra*<sup>60</sup>, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a confirmé que l'exception Bolar s'appliquait à toute utilisation d'inventions brevetées raisonnablement liée à l'élaboration et à la présentation d'informations à la FDA, y compris les études précliniques portant sur des composés brevetés pouvant être présentées à la FDA, les études portant sur une évaluation des risques et des avantages liés à un essai clinique proposé, des tests d'innocuité qui ne répondent pas nécessairement à la réglementation de la FDA, ainsi que les études portant sur une évaluation des effets pharmacologiques, toxicologiques, pharmacocinétiques et biologiques d'un médicament sur des animaux. La Cour suprême a statué que l'exception Bolar n'excluait pas systématiquement les expériences portant sur les médicaments ne faisant finalement pas l'objet d'une présentation à la FDA ni l'utilisation de composés brevetés dans des expériences ne faisant finalement pas l'objet d'une présentation à la FDA.

vii) Privilège de l'agriculteur et exception en faveur de l'obteneur

133. En ce qui concerne les inventions portant sur du matériel biologique, celles-ci se caractérisent notamment par le fait que certaines d'entre elles sont autoreproductibles. Ici, la question qui se pose est de savoir si la protection par brevet couvre le matériel ultérieur résultant de la reproduction ou de la multiplication. Certains pays estiment que les titulaires de brevets relatifs à ce type de matériel autoreproductible devraient bénéficier du même niveau de protection que les titulaires de brevets relatifs à des produits qui ne sont pas autoreproductibles.

134. Par exemple, la directive européenne 98/44 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, dont les dispositions s'appliquent à tous États membres de l'Union européenne, stipule que la protection conférée par un brevet à un produit contenant une information génétique ou consistant en une information génétique s'étend, en général, à toute matière dans laquelle le produit est incorporé et dans laquelle l'information génétique est contenue et exerce sa fonction. En ce qui concerne la portée de la protection conférée par un brevet sur le matériel de reproduction ou de multiplication obtenu à partir d'un matériel biologique breveté, la directive précise que la protection conférée par un brevet relatif à une matière biologique dotée, du fait de l'invention, de propriétés déterminées s'étend à toute matière biologique obtenue à partir de cette matière biologique par reproduction ou multiplication sous forme identique ou différenciée et dotée de ces mêmes propriétés. De la même manière, lorsqu'un brevet est délivré sur un procédé permettant de produire une matière biologique dotée, du fait de l'invention, de propriétés déterminées, la protection

---

<sup>60</sup> Affaire *Merck KGaA c. Integra Lifesciences I, Ltd.*, 125 S. Ct. 2372, N° 03-1237 (2005).

conférée par ce brevet de procédé s'étend à toute matière biologique obtenue à partir de la matière biologique par reproduction ou multiplication sous forme identique ou différenciée et dotée de ces mêmes propriétés.

135. Cette directive européenne prévoit toutefois une dérogation aux droits des titulaires de brevets qui s'étendent au matériel obtenu par reproduction ou multiplication si le matériel de reproduction incorporant l'invention protégée est vendu à un agriculteur à des fins d'exploitation agricole par le titulaire du brevet ou avec son consentement. Plus précisément, la directive stipule que la vente ou une autre forme de commercialisation de matériel de reproduction végétal par le titulaire du brevet ou avec son consentement à un agriculteur à des fins d'exploitation agricole implique pour celui-ci l'autorisation d'utiliser le produit de sa récolte pour reproduction ou multiplication par lui-même sur sa propre exploitation, l'étendue et les modalités de cette dérogation correspondant à celles prévues par la législation sur la protection des obtentions végétales applicable. Cette exception établit dans les législations de brevet nationales un mécanisme semblable au privilège de l'agriculteur prévu dans le système de protection des obtentions végétales.

136. Par ailleurs, en ce qui concerne le matériel animal reproductible, une disposition similaire a été incluse dans la directive européenne afin d'autoriser les agriculteurs à utiliser le bétail protégé par un brevet à un usage agricole. La vente ou une autre forme de commercialisation d'animaux d'élevage ou autre matériel de reproduction animal par le titulaire du brevet ou avec son consentement à un agriculteur implique pour celui-ci l'autorisation d'utiliser le bétail protégé à un usage agricole. Cette autorisation inclut la mise à disposition de l'animal (ou autre matériel) pour la poursuite de son activité agricole, mais non la vente dans le cadre ou le but d'une activité de reproduction commerciale.

137. De plus, certains pays prévoient dans leur législation en matière de brevets une disposition expresse selon laquelle les droits attachés aux brevets ne s'étendent pas aux actes accomplis en vue de créer ou de découvrir et de développer d'autres variétés végétales. Ces dispositions répondent en particulier aux préoccupations des obtenteurs souhaitant mener des activités à des fins expérimentales et de sélection variétale sans craindre de porter atteinte au brevet. Dans les pays qui appliquent une large exception en faveur de la recherche, les actes accomplis en rapport avec la création et le développement d'une nouvelle variété peuvent être couverts par cette exception.

#### viii) Licences obligatoires et utilisation par les pouvoirs publics

##### *Remarques générales*

138. De nombreux pays prévoient dans leur législation nationale des dispositions qui permettent aux pouvoirs publics ou à des tiers, dans certaines circonstances et à certaines conditions, d'utiliser une invention brevetée sans le consentement du titulaire. Ces dispositions diffèrent des autres exceptions dans la mesure où, bien que les possibilités d'obtenir une ordonnance d'interdiction soient très limitées, le droit de rémunération pour cette utilisation est maintenu. En général, ces dispositions visent à prévenir les abus liés au caractère exclusif des droits de brevet. Elles servent également à s'assurer que le système des brevets contribue à la promotion de l'innovation dans un environnement concurrentiel ainsi qu'au transfert et à la diffusion de la technologie, conformément aux objectifs du système et à l'intérêt général. Elles sont également utiles aux gouvernements pour garantir la sécurité nationale et intervenir en cas de situation d'urgence nationale. Pour atteindre ces objectifs, les

législations nationales énoncent divers critères et motifs pour la délivrance de licences obligatoires, qui tiennent compte des intérêts des différentes parties prenantes, à savoir ceux du titulaire, des tiers et du grand public.

139. Par exemple, l'article 83 de la loi sur les brevets de l'Inde énumère, en son chapitre XVI, les principes généraux qui régissent l'octroi de licences obligatoires et d'autres actions. Cet article stipule que, dans l'exercice des pouvoirs conférés par le chapitre XVI, il faut tenir compte des considérations qui suivent :

- a) les brevets sont délivrés afin d'encourager les inventions et d'assurer que ces dernières seront exploitées en Inde sur une échelle commerciale et dans toute la mesure raisonnablement pratique, sans retard injustifié;
- b) les brevets ne sont pas délivrés uniquement afin de permettre à leur titulaire de bénéficier d'un monopole sur l'importation de l'objet breveté;
- c) la protection et le respect des droits de brevet devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations;
- d) les brevets délivrés ne devraient pas être contraires à la protection de la santé publique et de la nutrition et devraient servir à promouvoir l'intérêt public en particulier dans des secteurs d'une importance vitale pour le développement socioéconomique et technologique de l'Inde;
- e) les brevets délivrés n'empêchent en aucun cas le gouvernement central d'adopter des mesures pour protéger la santé publique;
- f) le titulaire du brevet ou toute personne ayant obtenu la titularité de ce brevet ou une créance sur celui-ci de la part du titulaire ne doit pas abuser de ses droits de brevet ni recourir à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie; et
- g) les brevets sont délivrés de sorte que les objets brevetés soient mis à la disposition du public à des prix relativement raisonnables.

140. D'aucuns considèrent que l'existence d'une disposition réglementaire relative aux licences obligatoires est importante en soi, *pour assurer une application loyale des droits de brevet*, notamment en encourageant les licences volontaires ou en stimulant la concurrence<sup>61</sup>. Un autre auteur adopte toutefois un point de vue plus nuancé en affirmant qu'il est impossible de déterminer dans quelle mesure la menace d'appliquer une licence obligatoire renforce le pouvoir de négociation des preneurs de licences volontaires potentiels<sup>62</sup>. Selon un autre auteur, si le savoir-faire qui n'a pas été divulgué dans le brevet se révèle nécessaire pour

---

<sup>61</sup> Jayashree Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, 2001, p.328.

<sup>62</sup> W. R. Cornish, *Intellectual property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, quatrième édition, p.295 et 296.



l'exploitation de l'invention brevetée, il convient de s'assurer la collaboration du titulaire, ce qui ne peut se faire que par la conclusion de licences volontaires ou par ingénierie inverse. Par conséquent, selon ce même auteur, les licences obligatoires sont pleinement efficaces lorsque la technologie est déjà connue et que seul l'accès à celle-ci est nécessaire<sup>63</sup>. L'efficacité des licences obligatoires peut par conséquent dépendre de divers facteurs, tels que les caractéristiques de la technologie concernée, les capacités technologiques des preneurs de licences potentiels, les particularités du marché national, telles que sa taille, ainsi que de facteurs géographiques, commerciaux, juridiques et autres. Un autre auteur<sup>64</sup> affirme que, si l'on ne doit pas a priori considérer que les licences obligatoires dissuadent nécessairement ou automatiquement tel ou tel investissement dans la recherche-développement, les utilisations censément avantageuses des licences obligatoires (par exemple, en cas de situation d'urgence ou pour supprimer des goulots d'étranglement dans l'approvisionnement en technologies) ont des coûts sociaux intrinsèques. Cet auteur propose ainsi que les décideurs considèrent les licences obligatoires comme un moyen parmi beaucoup d'autres de favoriser la cohérence et l'efficacité des systèmes d'innovation nationaux.

141. Les membres de l'OMC doivent se conformer aux conditions prévues à l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC et sont liés par la décision du Conseil général du 30 août 2003 concernant la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (ci-après dénommée "décision relative au paragraphe 6"). C'est pourquoi, les législations nationales contiennent souvent des dispositions reprenant l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC. Par ailleurs, certaines législations nationales prévoient des dispositions expressément consacrées à la mise en œuvre de la décision relative au paragraphe 6. Par conséquent, les conditions décrites aux paragraphes 90 à 92 ci-dessus se rencontrent dans de nombreuses législations nationales.

142. Comme le confirme la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, chaque membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées. De fait, les législations nationales prévoient différents motifs pour lesquels des licences obligatoires peuvent être octroyées. Les motifs suivants notamment sont fréquemment prévus dans les législations nationales : le défaut ou l'insuffisance d'exploitation de l'invention brevetée; les pratiques anticoncurrentielles et la concurrence déloyale; l'intérêt public, y compris la santé publique, la sécurité nationale, les situations d'urgence nationale et d'autres circonstances d'extrême urgence; le défaut d'obtention d'une licence volontaire à des conditions et dans un délai raisonnables; et les brevets dépendants et autres titres de protection des inventions. Les paragraphes ci-après fournissent une brève description de chacun de ces motifs, assortie d'exemples tirés des législations nationales. Étant donné que les conditions qui régissent l'octroi de licences obligatoires en vertu des législations nationales ont été dans une large mesure harmonisées par l'Accord sur les ADPIC, la description qui suit se limite aux motifs pour lesquels des licences peuvent être accordées.

---

<sup>63</sup> Jayashree Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, 2001, p.328.

<sup>64</sup> Jerome Reichman, Catherine Hasenzahl "Non-voluntary licensing of patented inventions", UNCTAD-ICTSD Capacity Building Project on IPRs, Issue Paper No. 5.

*Motifs*

[Défaut ou insuffisance d'exploitation]

143. Dans de nombreux pays, en cas de défaut ou d'insuffisance d'exploitation d'un brevet par le titulaire, une licence obligatoire peut être délivrée, pour autant que toutes les autres conditions soient remplies. Selon l'article 5.4) de la Convention de Paris, une licence obligatoire ne peut pas être demandée pour ce motif avant l'expiration d'un délai de trois années à compter de la délivrance du brevet ou de quatre années à compter du dépôt de la demande de brevet, le délai qui expire le plus tard devant être appliqué. Ce délai peut être nécessaire au titulaire du brevet pour préparer l'exploitation de l'invention, par lui-même ou par des preneurs de licences, dans le pays concerné, étant donné qu'une exploitation immédiate dans tous les pays dans lesquels le brevet a été délivré est généralement impossible<sup>65</sup>. Cet article établit également une clause de sauvegarde pour le titulaire du brevet, qui prévoit généralement que, si ce dernier peut justifier son inaction par des excuses légitimes, une demande de licence obligatoire peut être refusée, comme le prévoit l'Accord sur les ADPIC. Étant donné que l'objectif d'une licence obligatoire est de remédier à un défaut ou à une insuffisance d'exploitation, la personne qui demande la licence obligatoire devrait normalement démontrer qu'elle est en mesure de produire l'objet breveté et d'approvisionner le marché.

144. Certaines lois nationales stipulent simplement que, en cas de défaut ou d'insuffisance d'exploitation de l'invention par le titulaire du brevet sans justification légitime, un tiers peut demander une licence obligatoire. Dans certains pays, la législation prévoit des dispositions détaillées précisant les circonstances dans lesquelles une licence obligatoire peut être accordée. Ces précisions portent sur les types d'activités du titulaire du brevet qui sont assimilées à une exploitation, s'agissant notamment de savoir si l'importation de l'invention brevetée dans le pays constitue ou non une exploitation, et les situations dans lesquelles l'exploitation du brevet par le titulaire est jugée "insuffisante". Les paragraphes suivants donnent des exemples de dispositions nationales.

145. *Argentine* : Si une invention brevetée n'est pas exploitée ou n'est pas suffisamment exploitée, si aucun préparatif sérieux n'a été fait en vue d'exploiter l'invention objet du brevet ou si l'exploitation de cette invention a été interrompue pendant plus d'une année, toute personne peut demander une licence obligatoire, sauf si le défaut d'exploitation de l'invention est dû à un cas de force majeure.

146. Sont considérées comme cas de force majeure les difficultés concrètes d'ordre technique et juridique, telles que les retards dans l'obtention de l'enregistrement ou de l'approbation de commercialisation auprès des autorités compétentes, qui sont indépendantes de la volonté du titulaire du brevet et rendent impossible l'exploitation du brevet. Toutefois, le manque de moyens financiers et la non-viabilité économique de l'exploitation du brevet ne constituent pas en soi des exceptions valables.

147. L'exploitation est considérée comme suffisante si la diffusion et la commercialisation de l'invention répondent aux besoins du marché intérieur du pays à des conditions commerciales raisonnables.

---

<sup>65</sup> G. H. C. Bodenhausen, Guide d'application de la Convention de Paris, p.72.

148. *Brésil* : Une licence obligatoire peut être délivrée au motif d'un défaut d'exploitation du produit breveté au Brésil pour défaut de fabrication ou fabrication incomplète du produit, ou également d'une utilisation incomplète du procédé breveté, sauf lorsque ce défaut d'exploitation est dû à la non-viabilité économique de l'exploitation du brevet, auquel cas l'importation est autorisée. Par ailleurs, une licence obligatoire peut être accordée si la commercialisation de l'invention brevetée ne satisfait pas aux besoins du marché.

149. *Costa Rica* : Le titulaire du brevet doit exploiter le brevet au Costa Rica de façon continue et régulière, de sorte que le marché soit approvisionné de manière suffisante et à des conditions raisonnables. Sont notamment réputées constituer une exploitation la production locale et l'importation de produits légitimes. Si cette obligation n'est pas remplie, une licence obligatoire peut être demandée.

150. *France* : Toute personne de droit public ou privé peut obtenir une licence obligatoire si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes, le propriétaire du brevet ou son ayant cause :

- a) n'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un État membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen;
- b) n'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français.

151. Il en est de même lorsque l'exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans. Pour l'application de cette disposition, l'importation de produits objets de brevets fabriqués dans un État partie à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce est considérée comme une exploitation de ce brevet.

152. *Inde* : Toute personne peut faire une demande de licence obligatoire pour les motifs suivants : l'invention brevetée n'a pas satisfait aux besoins raisonnables du public; l'invention brevetée n'est pas disponible au public à un prix abordable, et raisonnable; ou l'invention brevetée n'est pas exploitée en Inde.

153. On considère que les besoins raisonnables du public n'ont pas été satisfaits si :

- a) en raison du refus du titulaire du brevet d'accorder une ou des licences à des conditions raisonnables,
  - i) un commerce existant ou une industrie existante, ou leur développement, ou l'établissement d'un commerce nouveau ou d'une industrie nouvelle en Inde, ou le commerce ou l'industrie de toute personne ou de tout groupe de personnes, commerçant ou produisant en Inde, subissent un préjudice; ou
  - ii) la production en Inde ne répond pas à la demande de l'objet breveté dans une mesure adéquate ou à des conditions raisonnables; ou
  - iii) un marché pour l'exportation de l'objet fabriqué en Inde n'est pas fourni ni développé; ou
  - iv) l'établissement ou le développement d'activités commerciales en Inde subit un préjudice; ou

- b) en raison des conditions imposées par le titulaire du brevet à l'octroi de licences sur le brevet ou à l'achat, à la location ou à l'utilisation de l'objet ou procédé breveté, la fabrication, l'utilisation ou la vente de produits non protégés par le brevet ou l'établissement ou le développement de tout commerce ou de toute industrie en Inde subit un préjudice; ou
- c) le titulaire du brevet impose une condition à l'octroi de licences prévoyant une clause de rétrocession exclusive, une disposition contre la contestation de la validité du brevet ou des licences de conditionnement coercitives; ou
- d) l'invention brevetée n'est pas exploitée en Inde sur une échelle commerciale dans une mesure adéquate, ou n'est pas exploitée dans toute la mesure raisonnablement pratique; ou
- e) l'exploitation en Inde de l'invention brevetée sur une échelle commerciale est empêchée ou entravée par l'importation de l'objet breveté par
  - i) le titulaire du brevet ou ses ayants droit; ou
  - ii) des personnes lui ayant acheté l'objet, directement ou indirectement; ou
  - iii) d'autres personnes contre lesquelles le titulaire du brevet n'engage pas ou n'a pas engagé d'action en contrefaçon.

154. *Suisse* : L'insuffisance d'exploitation d'une invention en Suisse constitue un motif suffisant pour demander l'octroi d'une licence obligatoire. L'importation est considérée comme exploitation du brevet en Suisse.

155. *Thaïlande* : Toute personne peut présenter une demande de licence obligatoire, dès lors que, au moment du dépôt de la demande, le titulaire du brevet a manqué, de manière injustifiée, d'exercer ses droits légitimes de la manière suivante :

- a) le produit breveté n'a pas été produit ou le procédé breveté n'a pas été appliqué dans le pays, sans aucune raison légitime; ou
- b) aucun produit fabriqué en vertu du brevet n'est vendu dans un marché intérieur, ou le produit est vendu, mais à un prix excessif, ou ne répond pas à la demande du public, sans aucune raison légitime.

156. *Royaume-Uni* : En ce qui concerne les brevets délivrés à des nationaux ou à des résidents de membres de l'OMC, les motifs suivants s'appliquent :

- a) il n'est pas satisfait à la demande d'un produit breveté au Royaume-Uni à des conditions raisonnables;
- b) le refus du propriétaire du brevet d'accorder une licence a pour conséquence qu'il est injustement porté préjudice à l'établissement ou au développement d'activités commerciales ou industrielles au Royaume-Uni;
- c) les conditions imposées par le propriétaire du brevet à la concession d'une licence volontaire ont pour conséquence qu'il est injustement porté préjudice à la fabrication, à l'utilisation ou au droit de disposer d'objets non protégés par le

brevet, ou à l'établissement ou au développement d'activités commerciales ou industrielles au Royaume-Uni.

157. En ce qui concerne les brevets délivrés à des non-nationaux ou à des non-résidents de membres de l'OMC, une licence obligatoire peut être accordée à des conditions moins strictes, notamment lorsque la demande portant sur un produit breveté au Royaume-Uni est satisfaite en grande partie par l'importation auprès d'un État qui n'est pas membre de l'OMC.

[Autres abus]

158. Certaines législations nationales prévoient la possibilité de délivrer une licence obligatoire pour prévenir les abus qui pourraient résulter de l'exercice des droits exclusifs conférés par le brevet, pour des motifs autres que le défaut ou l'insuffisance d'exploitation. Les pratiques anticoncurrentielles de titulaires de brevets, qui abusent de leur position dominante résultant de l'exclusivité du droit exclusif conférée par le brevet, en sont un exemple. Au Brésil, par exemple, la législation contient une disposition qui couvre l'exercice abusif des droits de brevet en général.

159. *Brésil* : Une licence obligatoire peut être délivrée si le titulaire du brevet exerce son droit de manière abusive, ou s'il abuse de sa position dominante dans l'exploitation du brevet, abus démontré suite à une décision administrative ou juridique. Lorsqu'une licence obligatoire est accordée pour cause d'abus de position dominante, le bénéficiaire de la licence obligatoire ayant proposé de fabriquer l'objet sur place peut importer l'objet de la licence obligatoire dans un délai ne dépassant pas une année à compter de la délivrance de la licence, sous réserve qu'il ait été mis sur le marché directement par le titulaire du brevet ou avec son consentement. Dans le cas d'une importation de l'objet, un tiers peut également importer ce produit, sous réserve qu'il ait été mis sur le marché par le titulaire du brevet ou avec son consentement.

[Mesures correctives contre les pratiques anticoncurrentielles]

160. Certains pays prévoient dans leur législation en matière de brevets des dispositions spécifiques selon lesquelles une licence obligatoire peut être délivrée pour remédier à des pratiques anticoncurrentielles auxquelles se livre le titulaire du brevet.

161. *Argentine* : Les autorités compétentes en matière de lutte contre la concurrence déloyale peuvent délivrer une licence obligatoire si elles découvrent que le titulaire du brevet se livre à des pratiques anticoncurrentielles. Sont notamment considérées comme pratiques anticoncurrentielles au titre de la législation en matière de brevets : la fixation de prix excessifs pour les produits brevetés par rapport aux prix moyens du marché, ou de prix qui portent atteinte aux produits brevetés, en particulier lorsqu'il existe d'autres offres d'approvisionnement du marché à des prix notablement inférieurs à ceux offerts par le titulaire du brevet pour le même produit; le refus d'approvisionner le marché local à des conditions commerciales raisonnables; le fait d'entraver les activités commerciales ou de production; et tout autre acte considéré comme punissable par les lois anticoncurrentielles en Argentine.

162. *Chili* : Une licence obligatoire peut être délivrée lorsque le titulaire du brevet s'est livré à une conduite ou à des pratiques qui vont à l'encontre de la libre concurrence, en rapport direct avec l'utilisation ou l'exploitation du brevet, selon la décision définitive du tribunal de la concurrence.

163. Dans certains pays, les mesures correctives sont régies par le droit de la concurrence, en vertu duquel l'organisme compétent peut accorder des licences obligatoires s'il estime qu'elles permettent de remédier à une pratique anticoncurrentielle. Par exemple, dans l'affaire *Rambus*, la Commission fédérale du commerce des États-Unis d'Amérique a estimé que l'entreprise Rambus avait acquis un monopole sur la base d'une conduite trompeuse et exclusive dans le cadre de sa participation au processus de normalisation et a exigé de cette entreprise qu'elle concède des licences sur sa technologie brevetée en plafonnant les redevances.

[Impossibilité d'obtenir une licence volontaire]

164. Dans certains pays, si un contrat de licence volontaire ne peut être conclu à des conditions et dans un délai raisonnables entre les parties, une licence obligatoire peut être accordée.

165. *Argentine* : Si un tiers a tenté à plusieurs reprises, mais sans succès, d'obtenir une licence volontaire à des conditions raisonnables, une licence obligatoire peut être accordée au terme d'une période de 150 jours à compter de la date à laquelle la demande de licence volontaire a été présentée.

166. *Chine* : Lorsqu'une entité ayant qualité pour exploiter l'invention ou le modèle d'utilité a demandé au titulaire d'un brevet d'invention ou de modèle d'utilité l'autorisation d'exploiter son brevet à des conditions raisonnables et qu'elle n'a pas obtenu satisfaction dans un délai raisonnable, le Département de l'administration des brevets du Conseil des affaires d'État peut, sur demande de cette entité, accorder une licence obligatoire d'exploitation du brevet d'invention ou du modèle d'utilité.

[Intérêt public]

167. De nombreux pays autorisent l'octroi de licences obligatoires dans l'intérêt du public. Cette notion comprend notamment les situations d'urgence nationale et les circonstances d'extrême urgence, la sécurité nationale et la santé publique. Dans certains pays, la législation envisage des situations plus précises, telles que les licences obligatoires sur un brevet concernant des méthodes de diagnostic ou un outil ou un accessoire de recherche biotechnologique. La portée exacte des motifs relatifs aux considérations d'intérêt public varie d'un pays à l'autre, ce qui illustre la diversité des considérations de politique générale entre les pays. Les paragraphes suivants donnent des exemples de différents motifs liés aux considérations d'intérêt public :

168. *Argentine* : Santé publique ou sécurité nationale.

169. *Brésil* : En cas de situation d'urgence nationale ou pour cause d'utilité publique, attestée par une décision du pouvoir exécutif fédéral, une licence obligatoire non exclusive d'exploitation du brevet peut être délivrée d'office, à titre temporaire, sous réserve que le titulaire du brevet ou le preneur de licence ne réponde pas à ces besoins. Dans le contexte d'une licence obligatoire délivrée d'office pour une utilisation publique non commerciale en cas de situation d'urgence nationale ou pour cause d'utilité publique, on entend par situation d'urgence nationale une situation de danger imminent pour le public, même si elle ne concerne qu'une partie du territoire national. Sont considérés comme s'inscrivant dans l'intérêt public les faits concernant, notamment, la santé publique, la nutrition, la protection de

l'environnement, ainsi que les questions revêtant une importance primordiale dans le développement technique ou social et économique du Brésil.

170. *Chili* : Une licence obligatoire peut être délivrée si elle se justifie par des motifs de santé publique, de sécurité nationale, d'utilisation publique non commerciale, d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence.

171. *Chine* : En cas d'urgence nationale ou de situations extraordinaires, ou si l'intérêt public l'exige, le Département de l'administration des brevets du Conseil des affaires d'État peut accorder une licence obligatoire d'exploitation du brevet d'invention ou du modèle d'utilité.

172. *France* : Si l'intérêt de la santé publique l'exige, le ministre chargé de la propriété intellectuelle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé, soumettre au régime de la licence d'office tout brevet délivré pour :

- a) un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic in vitro, un produit thérapeutique annexe;
- b) leur procédé d'obtention, un produit nécessaire à leur obtention ou un procédé de fabrication d'un tel produit;
- c) une méthode de diagnostic ex vivo.

173. Les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office que lorsque i) ces produits, ou des produits issus de ces procédés, ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés, ou lorsque ii) le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anticoncurrentielles à la suite d'une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive. Du jour de la publication de l'arrêté qui soumet le brevet au régime de la licence d'office, toute personne qualifiée peut demander au ministre chargé de la propriété intellectuelle l'octroi d'une licence d'exploitation. Cette licence est accordée par arrêté dudit ministre à des conditions déterminées, notamment quant à sa durée et son champ d'application, mais à l'exclusion des redevances auxquelles elle donne lieu.

174. *Inde* : Situation d'urgence nationale et circonstances d'extrême urgence.

175. *Japon* : Si l'exploitation d'une invention brevetée revêt une nécessité particulière pour l'intérêt public, une licence obligatoire peut être délivrée.

176. *Mexique* : Pour des motifs d'urgence ou de sécurité nationale, dans les cas où la production, la fourniture ou la distribution de biens et de services essentiels pour la population est empêchée, entravée ou rendue plus onéreuse.

177. *Suisse* : Lorsque l'intérêt public l'exige, celui auquel le titulaire du brevet a refusé, sans raisons suffisantes, d'accorder la licence requise peut demander au juge l'octroi d'une licence pour utiliser l'invention.

178. Quiconque entend utiliser une invention biotechnologique brevetée comme instrument ou comme accessoire de recherche a droit à une licence non exclusive.

179. Par ailleurs, dans le cas d'une invention portant sur un produit ou un procédé de diagnostic dans le domaine humain, une licence non exclusive est octroyée pour remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle à l'issue d'une procédure judiciaire ou administrative.

[Brevets dépendants]

180. De nombreux pays prévoient la possibilité de demander une licence obligatoire lorsque l'exploitation d'un brevet (second brevet) ne peut se faire sans porter atteinte à un autre brevet (premier brevet). Les conditions qui doivent être remplies au titre de l'Accord sur les ADPIC sont les suivantes : l'invention revendiquée dans le second brevet supposera un progrès technique important, d'un intérêt économique considérable, par rapport à l'invention revendiquée dans le premier brevet; le titulaire du premier brevet aura droit à une licence réciproque à des conditions raisonnables pour utiliser l'invention revendiquée dans le second brevet; et l'utilisation autorisée en rapport avec le premier brevet sera incessible sauf si le second brevet est également cédé.

181. Cette licence obligatoire se justifie par le fait que le système des brevets est censé promouvoir et non entraver l'exploitation d'une nouvelle technologie, c'est-à-dire l'invention revendiquée dans le second brevet, même si l'intérêt légitime du titulaire du premier brevet doit être respecté. D'une manière générale, le public doit pouvoir bénéficier des avantages que procure la nouvelle technologie moyennant l'exploitation du second brevet.

182. Dans les pays prévoyant d'autres titres de propriété intellectuelle pour protéger les inventions, tels que les modèles d'utilité, un conflit entre les droits exclusifs du titulaire du brevet et ceux du bénéficiaire d'un autre titre peut se produire. C'est pourquoi, certains pays prévoient qu'une licence obligatoire peut être délivrée si le brevet ne peut être exploité sans porter atteinte à un autre titre de propriété intellectuelle ou inversement. Au même titre que pour les brevets dépendants, le titulaire de l'autre titre de propriété intellectuelle a droit à une licence réciproque à des conditions raisonnables pour utiliser l'invention revendiquée dans le brevet, ou inversement.

183. En outre, en ce qui concerne le génie génétique, un titulaire de brevet peut ne pas être en mesure d'exploiter son invention sans recourir à une nouvelle variété protégée par un certificat d'obtention végétale. Afin de garantir l'accès à cette variété, certains pays prévoient la possibilité de délivrer une licence obligatoire si le titulaire du brevet ne peut exploiter son invention, à condition qu'elle représente un progrès technique important, d'un intérêt économique considérable, sans porter atteinte au droit antérieur sur la variété. Lorsqu'une telle licence obligatoire est délivrée, le titulaire du droit attaché à la variété a droit à une licence réciproque à des conditions raisonnables pour utiliser l'invention brevetée. De même, si un obtenteur ne peut faire valoir son droit attaché à une variété sans porter atteinte à un brevet, une licence obligatoire peut lui être accordée.

184. On trouve, dans un pays au moins, une disposition expresse selon laquelle, lorsqu'une licence obligatoire a été délivrée mais que le bénéficiaire de cette licence n'a pas pu exploiter l'invention brevetée sans porter atteinte à un autre brevet, ce dernier peut demander l'octroi d'une licence sur cet autre brevet, sous réserve que l'invention du demandeur implique un progrès technique important, d'un intérêt économique considérable par rapport à l'invention faisant l'objet de la demande de licence.



*Utilisation par les pouvoirs publics*

185. De plus, un certain nombre de pays prévoient dans leur législation nationale une disposition expresse qui permet au gouvernement ou à un tiers autorisé par le gouvernement d'utiliser l'invention brevetée dans certaines circonstances, sans le consentement du titulaire du brevet. Dans certains pays, cette utilisation par les pouvoirs publics est autorisée si l'intérêt public l'exige, notamment pour des questions de sécurité nationale, de nutrition, de santé ou de développement d'autres secteurs vitaux de l'économie nationale, ou si l'utilisation par les pouvoirs publics permet de mettre fin à une pratique anticoncurrentielle à laquelle se livre le titulaire du brevet ou le bénéficiaire de la licence. De même que pour les motifs régissant l'octroi de licences obligatoires, les motifs pour l'utilisation par les pouvoirs publics sont plus stricts dans certains ressorts juridiques et plus souples dans d'autres.

186. En France, par exemple, l'État peut obtenir d'office, à tout moment, pour les besoins de la défense nationale, une licence pour l'exploitation d'une invention objet d'une demande de brevet ou d'un brevet, que cette exploitation soit faite par lui-même ou pour son compte.

187. Au Royaume-Uni, pour les services de la Couronne, un gouvernement peut :

- fabriquer, utiliser, importer ou détenir le produit, ou le vendre ou l'offrir en vente lorsqu'un tel acte découle de sa fabrication, son usage, son importation ou sa détention ou y est accessoire; ou
- en tout état de cause, le vendre ou l'offrir en vente à des fins de défense nationale ou pour la production ou la fourniture de produits pharmaceutiques ou médicaux déterminés, autrement que par la vente, au Royaume-Uni, à l'égard d'une invention brevetée sans le consentement du propriétaire du brevet.

188. L'usage pour les services de la Couronne comprend :

- la fourniture de tout objet aux fins de la défense d'un pays étranger;
- la production ou la fourniture de produits pharmaceutiques ou médicaux spécifiés; et
- la prestation de services en relation avec la production ou l'usage de l'énergie atomique ou la recherche portant sur des objets s'y rapportant que le ministre estime nécessaires ou opportuns.

189. Aux États-Unis d'Amérique, un tiers qui utilise une invention brevetée dans le cadre d'un contrat public jouit d'une immunité contre les poursuites en contrefaçon de brevet. À cet égard, l'article 1498.a) du titre 28 du Code des États-Unis d'Amérique stipule ce qui suit :

“Dès lors qu'une invention décrite dans un brevet ou couverte par un brevet des États-Unis est utilisée ou fabriquée par les États-Unis ou pour les États-Unis, sans le consentement du titulaire du brevet ou un droit légitime d'utiliser ou de fabriquer ce produit, le titulaire du brevet peut intenter une action devant la Cour des requêtes contre l'État Fédéral pour obtenir une rémunération raisonnable et entière au titre de cette utilisation.”

190. Cette disposition codifie les moyens de défense des parties à un litige privé. Par conséquent, lorsqu'une infraction est découverte dans l'exécution d'un contrat public, le recours du titulaire du brevet se limite à l'obtention d'une rémunération raisonnable

moyennant l'introduction d'une action contre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique devant la Cour des requêtes contre l'État Fédéral.

*Licence de droit*

191. Dans de nombreux pays, le titulaire d'un brevet peut demander que soit inscrite au registre des brevets une mention relative à la disponibilité d'une licence de droit. Lorsqu'une telle inscription est effectuée et que cet acte est officiellement publié, toute personne peut, en tout temps, obtenir la concession d'une licence sur le brevet aux conditions fixées par les parties. En retour, le titulaire du brevet bénéficie souvent d'une réduction des taxes de renouvellement.

192. Au Royaume-Uni, par exemple, au lieu de demander l'octroi d'une licence obligatoire, un tiers peut demander que soit inscrite au registre des brevets une mention relative à la disponibilité de licences de droit portant sur le brevet. Si le contrôleur estime que les exigences, qui sont identiques aux conditions et aux motifs stipulés pour l'octroi d'une licence obligatoire, sont satisfaites, il peut effectuer cette inscription.

[Fin du document]