

OMPI



SCP/12/3 Rev.2

ORIGINAL : anglais

DATE : 3 février 2009

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

F

COMITÉ PERMANENT DU DROIT DES BREVETS

Douzième session
Genève, 23 - 27 juin 2008

RAPPORT SUR LE SYSTÈME INTERNATIONAL DES BREVETS

établi par le Secrétariat

RAPPEL

À sa douzième session tenue du 23 au 27 juin 2008 à Genève, le Comité permanent du droit des brevets est convenu que le document SCP/12/3 [Rapport sur le système international des brevets] resterait ouvert à la discussion à la prochaine session du SCP et que des observations écrites à son sujet pourraient être communiquées jusqu'à la fin octobre 2008 au Secrétariat de l'OMPI, qui en incorporerait la teneur dans des notes de bas de page ou en annexe à ce document. En conséquence de quoi, la circulaire C.7646 invitant les membres et les observateurs du SCP à faire part de leurs observations au sujet du document SCP/12/3 a été envoyée à ceux-ci. Ainsi que le lui a demandé le comité, le Secrétariat a élaboré le présent document pour la treizième session du SCP, qui se tiendra du 23 au 27 mars 2009*. Les observations ont été incorporées de la façon suivante, conformément à la décision du SCP :

- i) l'annexe II contient des renseignements actualisés relatifs aux lois nationales, et
- ii) l'annexe III contient des observations sur le texte du document SCP/12/3. L'annexe I a été mise à jour afin d'indiquer les dernières adhésions aux traités. Il n'a pas été apporté de modifications au texte du document SCP/12/3, si ce n'est en vue de corriger des erreurs évidentes telles que des fautes d'orthographe et des erreurs typographiques.

* La numérotation de certains paragraphes des versions anglaise et espagnole ayant dû être rectifiée, le document SCP/12/3 Rev. a été distribué en anglais et en espagnol à la dernière session du SCP. Par conséquent, le présent document porte la cote SCP/12/3 Rev.2 pour les trois versions linguistiques.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	2
I. Introduction.....	6
II. LES PRINCIPES ÉCONOMIQUES APPLICABLES AUX BREVETS ET LES DIVERS INTÉRÊTS ET BESOINS DANS LE CADRE DU SYSTÈME INTERNATIONAL DES BREVETS.....	7
a) Principes économiques applicables au système des brevets	8
i) Mesures d'incitation à l'innovation	8
ii) Divulgence du savoir dans le domaine public.....	11
iii) Transfert de technologie, commercialisation et diffusion du savoir.....	11
b) Utilisation du système des brevets	14
i) Activité en matière de brevets dans le monde	14
ii) Activité en matière de brevets et recherche-développement	17
iii) Demandes de brevet déposées par des non-résidents et investissements étrangers directs	18
iv) Demandes internationales déposées selon le Traité de coopération en matière de brevets (PCT)	19
v) Nécessité de poursuivre la recherche.....	22
III. LA DIVULGATION DES TECHNIQUES PAR L'INTERMÉDIAIRE DU SYSTÈME DES BREVETS	22
a) Généralités.....	22
b) Le rôle de l'information en matière de brevets dans le monde des affaires.....	24
c) Le rôle de l'information en matière de brevets dans la politique industrielle.....	25
d) Mise en place de bases de données relatives aux brevets – Accès à l'information en matière de brevets	26
e) Littérature non-brevet.....	27
f) Politiques de diffusion de l'information en matière de brevets.....	27
g) Questions d'actualité concernant l'information en matière de brevets	28
i) Information sur la couverture des données relatives aux brevets et sur le statut juridique de ces derniers.....	28
ii) La diversité linguistique de l'état de la technique	28
iii) Rôle des secteurs public et privé.....	30
iv) Utilisation efficace de l'information en matière de brevets.....	30
IV. DIFFUSION DES TECHNIQUES ET SYSTÈME DES BREVETS	30
a) Concession de licences et transfert de technologie	30
i) Transfert de technologie	31
ii) Pratiques anticoncurrentielles en matière de concession de licences de brevet.....	33
iii) Regroupement de brevets.....	34
b) Normes	35
i) La nécessité des normes.....	35
ii) Le lien entre les brevets et les normes	35
iii) Principales questions à l'examen	36

iv)	Normes ouvertes	38
c)	Projets de recherche en collaboration.....	39
i)	Source ouverte	39
ii)	Le projet de traité sur la recherche-développement dans le domaine médical.....	40
iii)	Collaboration secteur public-secteur privé	41
V.	LE CADRE MULTILATÉRAL ACTUEL	43
a)	Instruments internationaux en vigueur	43
b)	Principes cadres.....	43
i)	Convention de Paris	43
ii)	Accord sur les ADPIC	44
c)	Normes de droit matériel et flexibilités.....	45
i)	Convention de Paris	45
ii)	Accord sur les ADPIC	45
d)	Formalités.....	46
i)	Traité de coopération en matière de brevets (PCT)	46
ii)	Traité sur le droit des brevets (PLT).....	47
e)	Coopération administrative	47
i)	Classification internationale des brevets (CIB)	47
ii)	Le Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets	48
f)	Système international de dépôt et de traitement.....	49
i)	Le Traité de coopération en matière de brevets (PCT).....	49
g)	Discussions récentes sur l'harmonisation du droit matériel des brevets; pays en développement	52
VI.	SYSTÈMES DE BREVETS ET FORMES DE COOPÉRATION EXISTANTES	54
a)	La demande	55
b)	Recherche et examen.....	57
c)	Opposition	61
e)	État de la technique	65
f)	Nouveauté.....	66
g)	Activité inventive	66
h)	Délai de grâce	67
i)	Divulgence suffisante	69
j)	Objet et exclusions	69
k)	Exceptions et limitations des droits.....	71
l)	Qualité	73
i)	Objectifs de la gestion de la qualité	73
ii)	Importance de la gestion de la qualité au niveau international.....	73
iii)	Mécanismes existants destinés à garantir la qualité.....	74
m)	Enjeux dans le domaine des techniques émergentes	75
VII.	Structures d'appui pour le système des brevets	76
a)	Les conseils en brevets	77
b)	Privilège de la profession	78
c)	Création d'un marché	79
VIII.	Menaces pesant sur l'efficacité des brevets en tant que facteurs d'incitation à l'innovation.....	81
a)	Les poursuites judiciaires	82

b)	L'accumulation de brevets	84
IX.	L'incitation À l'innovation dans le cadre des objectifs de la politique des pouvoirs publics.....	86
a)	La santé.....	89
b)	Diversité biologique et savoirs traditionnels	90
c)	L'éthique	91
X.	PRÉOCCUPATIONS RELATIVES AU DÉVELOPPEMENT	94

ANNEXES

Annexe I	Résumé des traités dans le domaine des brevets
Annexe II	Quelques aspects des lois nationales ou régionales sur les brevets
Annexe III	Observations relatives au rapport sur le système international des brevets reçues des membres et des observateurs du SCP

TABLEAUX ET FIGURES

Tableau 1	Ventilation des dépôts selon le PCT par type d'utilisateur, 2006	20
Tableau 2	Nombre de demandes internationales de brevet selon le PCT, par langue de dépôt.....	29
Figure 1	Évolution des dépôts de demandes de brevet dans le monde : 1985-2005.....	14
Figure 2	Dépôts de demandes par office des brevets : 2005.....	15
Figure 3	Demandes déposées par des résidents et des non-résidents, par office des brevets : 2005.....	16
Figure 4	Dépôts de demandes de brevet par office des brevets et pays d'origine	17
Figure 5	Demandes de brevet déposées par des résidents et recherche-développement financée par les entreprises : 2005	18
Figure 6	Entrées d'investissements étrangers directs et demandes de brevet déposées par des non-résidents : moyenne pour la période 2000-2005	19
Figure 7	Évaluation des demandes internationales de brevet déposées selon le PCT : 1985-2007	20
Figure 8	Différents types d'utilisateurs du système du PCT : 2006	21
Figure 9	Nombre de demandes de brevet déposées dans le monde	23
Figure 10	Brevets en vigueur	24
Figure 11	Nombre de demandes de brevet en instance, par office des brevets	63

RÉSUMÉ

1. Conformément à la décision de la trente-quatrième Assemblée générale de l'OMPI tenue en septembre et octobre 2007, dans laquelle l'Assemblée a demandé qu'un rapport sur le système international des brevets soit présenté au Comité permanent du droit des brevets (SCP), le présent document est soumis par le Secrétariat en tant que document de travail en vue de la douzième session du SCP, qui se tiendra du 23 au 27 juin 2008. Il fait le point sur l'état actuel du système international des brevets et s'emploie à couvrir les différents besoins et intérêts de l'ensemble des États membres. Le rapport traite de trois grandes questions : les chapitres II à IV abordent les principes économiques applicables au système des brevets et son rôle dans les domaines de l'innovation et de la diffusion des techniques. Les chapitres V à VIII se penchent sur les aspects juridiques et organisationnels du système des brevets, et les chapitres IX et X examinent plus particulièrement les questions de politique générale et les questions de développement.

Les principes économiques applicables aux brevets et les divers intérêts et besoins dans le cadre du système international des brevets (chapitre II)

2. Le rôle fondamental du système des brevets du point de vue d'un économiste est de remédier à la défaillance du marché et de rétablir les mesures d'incitation à l'investissement dans la création de savoirs. Le système des brevets est destiné à corriger les défaillances du marché et la déficience de l'offre d'activités innovantes en accordant aux innovateurs des droits exclusifs pour empêcher autrui d'exploiter leurs inventions sans le consentement des titulaires de brevets. Pour remédier aux facteurs d'inefficacité que peut occasionner une position dominante sur le marché associée aux droits exclusifs, le système des brevets prévoit, entre autres mécanismes incorporés dans le système, la publicité de l'objet breveté. La divulgation des détails techniques concernant l'invention par le système des brevets élargit les stocks de connaissances techniques et crée une concurrence entre innovateurs. Le système des brevets a pour troisième fonction d'encourager le transfert de technologie en créant des droits de propriété négociables pour améliorer l'efficacité de la circulation des connaissances.

3. L'insuffisance des données empiriques sur le rôle du système des brevets s'agissant d'encourager la recherche-développement et le transfert de technologie ne permet pas de tirer de conclusion définitive au sujet de l'efficacité du système des brevets pour le développement économique. Néanmoins, depuis le milieu des années 90, la demande de brevet augmente à un rythme rapide dans la majorité des pays dans le cadre tant des systèmes nationaux que du système mondial du PCT. On a également enregistré une augmentation de la part des demandes déposées par des non-résidents, ce qui témoigne d'une montée en puissance de l'internationalisation. Les pays font un usage très différent du système des brevets. Depuis quelques années, toutefois, le nombre de demandes de brevet émanant des pays émergents augmente rapidement.

La divulgation des techniques par l'intermédiaire du système des brevets (chapitre III)

4. Les informations techniques dérivées de l'information en matière de brevets remplissent un certain nombre de fonctions et répondent aux besoins de divers groupes d'utilisateurs. Elles sont largement utilisées dans le monde des affaires pour formuler les activités de recherche-développement des entreprises, analyser l'évolution des techniques et de la concurrence et faciliter la concession de licences et les transactions technologiques. De plus, l'information en matière de brevets peut être utilisée par les décideurs en tant qu'instrument de politique industrielle, s'agissant en particulier de suivre la situation nationale en matière de

technologie, et en tant que contribution à la politique de recherche-développement. Depuis quelques années, l'information en matière de brevets est de plus en plus souvent consultable gratuitement sur l'Internet. Le développement de l'activité industrielle à travers le monde grossit sans cesse le nombre des documents de brevet publiés dans des langues non européennes. Les informations techniques dérivées de l'information en matière de brevets sont facilement consultables sur l'Internet, mais les informations concernant le statut juridique des brevets délivrés sont plus difficiles à obtenir par l'intermédiaire d'un service en ligne.

La diffusion des techniques et le système des brevets (chapitre IV)

5. Le transfert de technologie peut se faire selon des modes divers, tels que les publications, les accords de coopération sur la recherche-développement, les accords de coentreprise ou les investissements étrangers directs. Dans bien des cas, les accords de licence de brevet et de savoir-faire (secret commercial) contribuent largement au succès du transfert de technologie. Ce chapitre traite de la dimension internationale du transfert de technologie en parallèle avec le développement des échanges transnationaux et de la mondialisation. Le transfert de technologie comporte un autre aspect, à savoir le transfert des résultats de la recherche fondamentale des établissements de recherche aux entreprises capables de transformer les résultats de la recherche en produits tangibles à mettre sur le marché.

6. Dans la perspective de la politique de la concurrence, d'une façon générale, la diffusion des techniques par l'intermédiaire d'accords de licence favorise la concurrence sur le marché. Toutefois, dans les cas où une disposition d'un accord de licence est incompatible avec les pratiques anticoncurrentielles, l'accord est généralement considéré comme nul et non avenu. Les autorités chargées de la concurrence de nombre de pays publient des directives qui précisent les pratiques en matière de concession de licences qui sont considérées comme limitant ou faussant la concurrence. On signalera également, en rapport avec le droit de la concurrence et le droit des brevets, la question des incidences des accords de regroupement de brevets sur la concurrence.

7. Les normes techniques jouent un rôle important pour l'interopérabilité des différentes composantes technologiques et pour la diffusion des techniques. Un certain nombre de questions ont été soulevées en ce qui concerne la nécessité de concilier les intérêts des titulaires de brevets, dont les inventions sont indispensables à l'application des normes, des autres producteurs qui ont besoin d'accéder aux inventions brevetées et du public, qui recherche des produits interopérables très divers.

8. Dans le contexte de l'augmentation des coûts de la recherche-développement, s'agissant en particulier des technologies complexes et souvent nouvelles, différentes initiatives ont vu le jour dans un passé récent à l'appui de la recherche en collaboration, initiatives qui sont susceptibles d'attirer un large éventail de chercheurs et d'investisseurs. Le présent rapport récapitule certains de ces projets de recherche en collaboration, à savoir les logiciels libres, un projet de traité relatif à la recherche-développement dans le domaine médical et la collaboration entre les secteurs privé et public.

Le cadre multilatéral actuel (chapitre V)

9. À l'heure actuelle, dans le domaine des brevets, cinq traités multilatéraux, à savoir la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (Convention de Paris), le Traité de coopération en matière de brevets (PCT), l'Arrangement de Strasbourg concernant

la classification internationale des brevets (Arrangement de Strasbourg), le Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets (Traité de Budapest) et le Traité sur le droit des brevets (PLT) sont administrés par l'OMPI, et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), qui est une annexe de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), est administré par l'OMC. L'objet, le champ d'application et les buts de ces traités sont très variables, puisqu'ils vont de principes généraux à une norme internationale de classification des brevets. Le chapitre V décrit succinctement le cadre juridique international actuel de cinq points de vue différents : les principes cadres, les normes de droit matériel et les flexibilités, les formalités, la coopération administrative et un système international de dépôt et de traitement des demandes. Par ailleurs, on fait le point des récentes discussions concernant l'harmonisation du droit matériel des brevets, c'est-à-dire celles qui portent sur le projet de traité sur le droit matériel des brevets.

Les systèmes de brevets et les formes de coopération existantes (chapitre VI)

10. Un certain nombre de traités internationaux ont rapproché les cadres juridiques nationaux, mais il subsiste des différences dans l'architecture des systèmes de brevets nationaux et régionaux, lesquels servent des intérêts et répondent à des besoins nationaux différents. Le chapitre VI examine certains éléments essentiels du système de brevets en indiquant comment ces éléments sont mis en œuvre dans les systèmes de brevets nationaux. Par ailleurs, il décrit les formes existantes de coopération directe et indirecte entre États membres.

11. La première série d'éléments a trait à la procédure de demande de brevet engagée devant un office national ou régional des brevets. Elle commence avec le dépôt d'une demande de brevet, le traitement de la demande par l'office (qui peut comporter la recherche sur l'état de la technique et l'examen de fond concernant la brevetabilité) et la décision concernant la délivrance ou le refus de délivrance d'un brevet. Dans certains pays, il est possible d'engager une procédure d'opposition administrative devant l'office des brevets. La seconde série d'éléments concerne les conditions de fond découlant du droit des brevets. Le présent rapport met en évidence des questions telles que l'état de la technique, la nouveauté, l'activité inventive, le délai de grâce, la divulgation suffisante, l'objet et les exclusions de la brevetabilité, et les exceptions et limitations aux droits attachés aux brevets. L'évolution des techniques a conduit à une révision permanente des législations en matière de brevets, mais les brevets relevant des domaines des biotechnologies et des technologies de l'information, en particulier, suscitent certaines préoccupations. C'est pourquoi ce chapitre s'intéresse aux enjeux dans le domaine des techniques émergentes. Il aborde également une question de gestion qui est importante pour le système de brevets fonctionnel, à savoir la gestion de la qualité des brevets.

Structures d'appui pour le système des brevets (chapitre VII)

12. On considère généralement nécessaire de replacer le système des brevets dans le contexte des politiques et stratégies économiques et de développement nationales afin de lui permettre réellement de servir d'instrument du développement technologique et de la croissance économique. Le droit des brevets fournit le cadre juridique, mais il faut prévoir un certain nombre d'autres éléments, tels que la valorisation des ressources humaines, l'éducation et une administration efficace, et des systèmes judiciaires. En tant que spécialistes, les conseils en brevets (agents de brevets) remplissent une fonction importante au

titre des “freins et contrepoids” du système national de brevets. Toutefois, leurs qualifications et fonctions diffèrent d’un pays à l’autre. En particulier, les différences constatées en ce qui concerne la reconnaissance d’un privilège de la profession s’agissant des communications entre un conseil en brevets et ses clients suscitent des préoccupations au niveau international.

13. Afin de favoriser le transfert de technologie appuyé par le système des brevets, un certain nombre d’États membres ont pris des dispositions pour créer un marché du transfert de technologie et appuyer le financement et le transfert de technologie. Le chapitre VII décrit certaines de ces initiatives.

Menaces pesant sur l’efficacité des brevets en tant que facteurs d’incitation à l’innovation (chapitre VIII)

14. Le chapitre VIII aborde deux questions, à savoir les poursuites judiciaires et l’accumulation de brevets, du point de vue de leurs incidences sur le fonctionnement du système de brevets. En ce qui concerne les poursuites judiciaires, l’accessibilité des procédures judiciaires, la sécurité juridique et les jugements rapides jouent un rôle important pour le bon fonctionnement du système des brevets. Cela prend d’autant plus d’importance que la dimension internationale des poursuites judiciaires ne cesse de s’affirmer. Par ailleurs, face à la complexité croissante de la technologie et à l’apparition de modèles d’entreprise fondés sur les brevets, on s’est posé la question de savoir si le niveau d’équilibre existant actuellement entre les droits de brevet exclusifs et l’obligation de divulguer l’invention est une mesure d’incitation efficace à même de stimuler l’innovation future. Certaines stratégies d’entreprise, telles que celles qui reposent sur les chasseurs de brevets, et les phénomènes d’accumulation des brevets dans certains domaines de la technologie, sont souvent considérés comme contribuant à une augmentation injustifiée des coûts de transaction et, partant, comme des obstacles au bon fonctionnement du système des brevets et à la poursuite de l’innovation et de la recherche.

L’incitation à l’innovation dans le cadre des objectifs de la politique des pouvoirs publics (chapitre IX)

15. En tant qu’instrument de politique générale, le système des brevets a été créé pour conférer des droits exclusifs qui mobiliseraient suffisamment l’intérêt privé pour créer des biens publics, c’est-à-dire produire de nouvelles techniques en vue de les mettre au service du public. Cela étant, dans les domaines où l’intérêt général revêt le plus d’importance, comme dans le cas des techniques relatives aux sciences de la vie qui pourvoient aux besoins humains fondamentaux, les mesures d’incitation axées sur le marché mises en place par le système des brevets sont considérées comme n’étant pas toujours efficaces. Ce chapitre analyse l’impact du système des brevets sur l’innovation dans le contexte de la politique des pouvoirs publics dans trois domaines distincts, à savoir les effets du système des brevets sur la santé publique; la synergie et le soutien mutuel entre le système des brevets et la préservation de la nature, l’utilisation durable des ressources biologiques et les savoirs traditionnels et le partage équitable des avantages découlant de cette utilisation; et les préoccupations éthiques se rapportant, en particulier, à la recherche dans le domaine des sciences de la vie.

Questions de développement (chapitre X)

16. Les chapitres précédents traitent de bien des questions qui ont un rapport avec la dimension du développement, mais le chapitre X examine plus particulièrement certaines des principales questions soulevées par les États membres devant différentes instances. Le

développement est l'un des enjeux les plus pressants auxquels la communauté internationale soit confrontée aujourd'hui. Dans le cadre du plan d'action de l'OMPI pour le développement, un Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP) a tenu sa première session en mars 2008. L'existence d'un décalage au niveau de la capacité d'innovation non seulement entre les pays développés et les pays en développement, mais aussi entre pays en développement a conduit à se poser la question de savoir si et dans quelle mesure le système international des brevets est capable de soutenir les efforts de développement déployés au niveau national. Cette interrogation porte sur les coûts à supporter pour utiliser le système international des brevets et en tirer des avantages, pour bénéficier pleinement du mécanisme de divulgation prévu par le système des brevets et accéder à l'information en matière de brevets, et pour adapter le système national des brevets de façon qu'il satisfasse aux objectifs de la politique nationale tout en permettant au pays considéré de s'acquitter de ses obligations internationales et en facilitant l'acquisition de technologies au niveau international.

I. INTRODUCTION

17. À sa trente-quatrième session tenue en septembre-octobre 2006, l'Assemblée générale de l'OMPI a demandé à son président de tenir des consultations informelles en vue d'examiner un programme de travail pour le SCP et de lui présenter des recommandations à ce sujet en septembre-octobre 2007. Les consultations organisées par le président de l'Assemblée n'ont pas permis de surmonter toutes les divergences sur le contenu d'un programme de travail pour le SCP, mais elles ont néanmoins débouché sur la recommandation ci-après, que le président a présentée à l'Assemblée générale de l'OMPI en septembre-octobre 2007.

18. La recommandation indiquait que le Secrétariat de l'OMPI devrait élaborer un rapport sur les questions relatives au système international des brevets qui couvrirait les différents besoins et intérêts de l'ensemble des États membres. Ce rapport constituerait un document de travail de la session suivante du SCP. Le rapport ferait le point sur l'état actuel du système international des brevets, évoquerait le processus relatif au plan d'action de l'OMPI pour le développement, mais ne contiendrait aucune conclusion. Le rapport serait mis à la disposition de tous les membres et observateurs du SCP avant la fin du mois de mars 2008. En septembre-octobre 2007, l'Assemblée générale de l'OMPI a adopté à l'unanimité la recommandation du président de l'Assemblée générale.

19. En conséquence, le présent rapport est présenté par le Secrétariat en tant que document de travail de la douzième session du SCP, qui se tiendra du 23 au 27 juin 2008. Comme l'a prescrit l'Assemblée générale de l'OMPI, il reprend pour l'essentiel l'avant-projet de trame adopté par l'Assemblée générale de l'OMPI en septembre-octobre 2007. L'ordre des chapitres a toutefois été révisé afin d'améliorer la structure du rapport en articulant celui-ci autour de trois grandes questions : les chapitres II à IV abordent les principes économiques applicables au système des brevets et son rôle dans les domaines de la divulgation et de la diffusion des techniques; les chapitres V à VIII se penchent sur les aspects juridiques et organisationnels du système des brevets, et les chapitres IX et X examinent plus particulièrement les questions de politique générale et les questions de développement. Un très grand nombre de questions relatives au système international des brevets ont un rapport avec le développement et bon nombre d'entre elles sont abordées dans les différents chapitres du présent document. Toutefois, le chapitre X passe plus spécifiquement en revue certaines

des principales questions soulevées par les États membres dans différentes instances, dont l'OMPI. La question des coûts associés au système international des brevets se rapportant à un certain nombre d'aspects du système des brevets, cette question est traitée dans le cadre de l'examen des divers thèmes de discussion abordés dans le présent document.

20. Comme son titre l'indique, le rapport couvre ce qu'il est convenu d'appeler les "aspects internationaux" du système des brevets. Toutefois, le contenu du rapport n'est pas limité aux instruments internationaux ou aux normes internationales. Il s'emploie à traiter les différentes questions relatives au système des brevets qui ont été débattues au niveau international ou qui semblent justifier un débat et un examen internationaux. Afin de conserver des proportions raisonnables au corps du rapport, des informations supplémentaires ont été insérées dans les annexes.

21. Sauf indication contraire, les statistiques incluses dans le présent document proviennent de la base de données statistiques de l'OMPI, qui est alimentée par des données que les offices des brevets fournissent à l'OMPI dans le cadre d'enquêtes annuelles. Chaque année, l'OMPI demande aux offices nationaux des brevets de lui fournir des statistiques, notamment sur le nombre de demandes de brevet déposées et de brevets délivrés et opposables aux tiers, ventilées selon le pays d'origine, la date et un certain nombre d'autres critères. La source des autres statistiques et des indicateurs utilisés aux fins du présent rapport est indiquée dans les parties correspondantes du document lui-même.

II. LES PRINCIPES ÉCONOMIQUES APPLICABLES AUX BREVETS ET LES DIVERS INTÉRÊTS ET BESOINS DANS LE CADRE DU SYSTÈME INTERNATIONAL DES BREVETS

22. Depuis deux décennies, les droits de propriété intellectuelle sont une préoccupation politique majeure. Le système des brevets a connu des changements importants dans le monde entier et l'on considère en général que la tendance mondiale est au renforcement et à l'harmonisation du système des brevets.

23. Le passage progressif à une économie fondée sur le savoir¹ a vu les actifs incorporels (tels que les secrets commerciaux, les brevets et les marques) devenir des ressources importantes pour les entreprises, lesquelles considèrent communément ces actifs comme une question stratégique.

24. Les pays développés comme les pays en développement investissent des sommes considérables dans les activités créatrices de savoirs. Par exemple, les données disponibles les plus récentes concernant les dépenses consacrées à la recherche-développement par les pays qui sont membres de l'Organisation de coopération et développement économiques (OCDE) montrent que ces dépenses s'élèvent à quelque 772 milliards de dollars. Les

¹ Par exemple, ces dernières années, les dépenses consacrées aux actifs incorporels ont augmenté à un rythme supérieur aux dépenses consacrées aux actifs physiques dans les pays membres de l'OCDE. Dans la région du ressort de l'OCDE, les investissements dans les actifs incorporels représentent environ 10% du PIB. D'après des estimations récentes concernant les États-Unis d'Amérique, les investissements dans les actifs de propriété intellectuelle réalisés par les entreprises américaines dans les années 90 se sont élevés à environ 800 milliards de dollars É.-U., ce qui équivaut à peu près aux montants investis dans les actifs physiques.

dépenses de recherche-développement de la Chine ont atteint 115 milliards de dollars, ce qui a hissé ce pays à la troisième place pour le niveau de dépenses de recherche-développement². Les données relatives aux brevets permettent de dresser un bilan analogue des activités innovantes à travers le monde et ces chiffres font apparaître l'importance croissante des actifs fondés sur le savoir pour l'économie contemporaine.

25. Les changements apportés au système des brevets et le développement considérable de l'activité en matière de brevets ont conduit à soumettre les systèmes internationaux des brevets à un examen attentif. Le débat s'est concentré sur trois grandes questions : le fonctionnement du système des brevets³, l'efficacité des brevets en tant qu'instrument de politique générale au service de la promotion du développement économique et l'utilisation du système des brevets par les pays développés et les pays en développement. Le présent chapitre se penche sur ces deux dernières questions.

26. La première section traite des fondements économiques du système des brevets. On notera que le débat concernant les principes économiques applicables aux brevets n'est pas nouveau : voilà plus de 100 ans que les économistes en discutent. Ce chapitre a pour objectif non de présenter une analyse critique détaillée des aspects économiques du système des brevets, mais d'exposer succinctement la principale théorie qui sous-tend ce système.

27. La seconde section présente des données statistiques sur l'utilisation du système des brevets aux niveaux national et international. On y trouvera un aperçu de l'activité en matière de brevets menée aux niveaux national et international par les pays développés et les pays en développement.

a) Principes économiques applicables au système des brevets

i) Mesures d'incitation à l'innovation

28. Les économistes classent la technologie et le savoir parmi les biens publics. Ces derniers s'entendent des biens "ne prêtant pas à rivalité" (ils peuvent être utilisés simultanément par un grand nombre de personnes) et "ne prêtant pas à exclusion" (il est impossible d'empêcher les gens d'y avoir librement accès). Les biens publics faussent la dynamique coûts-avantages normale qui régleme la production et l'utilisation efficaces des biens sur un marché concurrentiel et peuvent donner lieu à une déficience de l'offre (cas de la radio publique, par exemple) ou à une surutilisation (routes, ressources halieutiques, par exemple). C'est ce que l'on appelle la défaillance du marché.

² Les dépenses de recherche-développement des pays en développement ont augmenté à un rythme plus rapide que celles des principaux pays développés. Celles de la Chine ont augmenté de 18% par an depuis 2000 et celles de l'Afrique du Sud d'environ 8,5% par an depuis 1997 (dans les pays membres de l'OCDE, elles ont augmenté de 2,2% depuis 2001). Les pays non membres de l'OCDE représentent une part croissante des dépenses mondiales de recherche-développement.

³ Il a beaucoup été question de l'impact de l'augmentation du nombre des demandes de brevet sur les offices des brevets. L'alourdissement de leur charge de travail a conduit à s'interroger sur la capacité de ces offices de traiter rapidement les demandes et de garantir un bon niveau de qualité.

29. Le rôle fondamental du système des brevets du point de vue d'un économiste est de remédier à la défaillance du marché et de rétablir les mesures d'incitation à l'investissement dans la création de savoirs. En l'absence d'un système de brevets, les marchés concurrentiels ne pourraient pas fournir aux innovateurs des incitations suffisantes en vue de leur faire réaliser des investissements coûteux et risqués dans l'innovation à cause du problème de la défaillance du marché (Arrow, 1962)⁴.

30. Dans le cas des droits de propriété intellectuelle, le fait que le savoir soit un bien public implique qu'une fois qu'une invention a été créée, elle peut être librement utilisée par autrui sans coût supplémentaire. En d'autres termes, l'inventeur, qui doit investir pour créer une nouvelle invention, ne peut pas profiter pleinement de l'invention en la vendant sur le marché et, de ce fait, l'incitation à inventer est diminuée. Les contrefacteurs peuvent copier ou imiter l'invention et la vendre à un prix plus bas que l'inventeur originel car ils n'ont pas à supporter le coût de mise au point. Cela est de nature à réduire les rendements prévus par l'inventeur originel et, en principe, à une déficience de l'offre de nouvelles inventions.

31. Le système des brevets est destiné à corriger la défaillance du marché susceptible d'entraîner une déficience de l'offre d'activités innovantes en accordant aux innovateurs des droits exclusifs pour empêcher autrui d'exploiter leurs inventions et en leur permettant, ce faisant, de bénéficier des rendements prévus pour leur innovation. Les brevets confèrent à leur titulaire un droit exclusif pour une période limitée, ce qui peut renforcer pour celui-ci l'incitation à innover. Toutefois, lorsque le droit exclusif permet aux entreprises d'acquérir une position de monopole, il peut fausser le marché. Un monopole aboutit ordinairement à une perte d'efficacité sur un marché car les prix sont élevés et l'offre de produits finals est insuffisante. Dans le cas des brevets, les facteurs d'inefficacité potentiels liés au monopole sont les prix élevés des produits finis et l'offre insuffisante de ces produits, mais non de l'activité inventive. La situation de monopole signifie que les avantages sociaux globaux peuvent ne pas être maximisés⁵. Cette perte d'efficacité par rapport à un marché concurrentiel s'appelle une perte sèche d'efficacité statique.

32. Pour remédier aux facteurs d'inefficacité que peut occasionner une position de monopole associée aux droits exclusifs, le système des brevets prévoit, entre autres mécanismes intégrés, la publicité du savoir, ce qui permet à la société, le moment venu, de profiter pleinement de l'activité inventive. La fonction de divulgation du système des brevets est examinée dans la section suivante.

33. Pour résumer, le système des brevets suppose un compromis entre des mesures d'incitation qui permettent à des agents privés d'investir dans des activités innovantes, d'une part, et les facteurs d'inefficacité potentiels d'une situation de monopole de courte durée. Une protection excessivement faible du travail des inventeurs peut entraîner un sous-investissement dans les activités innovantes, tandis qu'une protection inconsidérément forte des brevets peut se traduire par des distorsions monopolistiques déraisonnables. L'enjeu

⁴ Arrow, K. "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions." In *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*. Sous la direction de R. R. Nelson. Princeton, NJ: Princeton University Press.

⁵ Il n'y a pas maximisation du bien-être social parce que le coût marginal de production et de diffusion du savoir est proche de zéro après l'invention. Les ressources sont allouées d'une manière efficace si les prix sont égaux au coût marginal, mais ne le sont plus si les inventeurs pratiquent un prix supérieur au coût marginal.

est, pour les décideurs, de concevoir une protection optimale capable de fournir des incitations suffisantes à l'investissement dans des activités innovantes tout en réduisant autant que faire se peut la perte sèche d'efficacité causée par la situation de monopole. Le système des brevets est le pis-aller qui remédie à la défaillance du marché en rétablissant les incitations à l'innovation. La meilleure solution – celle qui consisterait à fournir des mesures d'incitation permettant d'investir dans la recherche-développement à un niveau souhaitable sur le plan social sans distorsion de nature monopolistique – est inaccessible.

Données empiriques

34. Kanwar et Evenson (2003)⁶ ont analysé à un niveau global l'impact du renforcement des droits de propriété intellectuelle sur les dépenses de recherche-développement de 32 pays. Ils signalent que ce renforcement a un impact positif et appréciable sur ces dépenses. Chen et Puttitanun (2005)⁷, qui ont analysé l'impact des droits de propriété intellectuelle sur l'innovation dans 64 pays en développement, signalent une relation en U entre les droits de propriété intellectuelle et la croissance économique : il peut exister un niveau optimal de protection de la propriété intellectuelle au-delà duquel les coûts dépassent les avantages en ce qui concerne la croissance économique. Mansfield (1986)⁸ présente des données empiriques à l'appui de la thèse selon laquelle les brevets sont très efficaces s'agissant de stimuler l'innovation dans les industries pharmaceutique et chimique.

35. Par ailleurs, de nombreuses données tendent à montrer que le système des brevets ne parvient pas toujours à encourager les activités innovantes. Sakakibara et Branstetter (2001)⁹ ont analysé l'impact de la réforme des brevets lancée au Japon en 1988; ils sont parvenus à la conclusion que l'activité de recherche-développement et l'activité innovante au Japon étaient peu réceptive au changement de la portée des brevets. Hall et Ziedonis (2001)¹⁰ ont étudié l'industrie des semi-conducteurs des États-Unis d'Amérique pour conclure que le renforcement de la protection des brevets n'avait pas stimulé l'activité innovante des entreprises.

36. L'insuffisance des données empiriques sur la corrélation entre le degré de protection des brevets et l'innovation ne permet pas de tirer de conclusion quelle qu'elle soit au sujet de l'efficacité du système des brevets s'agissant de stimuler les investissements de recherche-développement. Par exemple, il ressort d'une étude récente que le renforcement de la protection des brevets prévue dans "la législation en matière de brevets ne stimule pas

⁶ Kanwar, S. et R. Evenson (2003), "Does intellectual property protection spur technological change?", *Oxford Economic Papers*, 55(2), pp. 235-264.

⁷ Chen, Y. et T. Puttitanun (2005), "Intellectual property rights and innovation in developing countries.", *Journal of Development Economics*, 78, pp. 474-493.

⁸ Mansfield, E. (1986), "Patents and innovation: an empirical study.", *Management Science*, 32(2), pp. 173-181.

⁹ Sakakibara, M. et L. Branstetter (2001), "Do stronger patents induce more innovation? evidence from the 1988 Japanese patent law reforms.", *Rand Journal of Economics*, 32(1), pp. 77-100.

¹⁰ Hall, B. et R. Ziedonis (2001), "The patent paradox revisited: an empirical study of patenting in the U.S. semiconductor industry, 1979-1995.", *RAND Journal of Economics*, 32(1), pp. 101-128.

rapidement en lui-même l'innovation nationale". Toutefois, l'application de cette législation stimule l'innovation dans les pays dont le niveau de développement économique, d'éducation et de liberté économique est élevé (Qian, 2007)¹¹.

ii) Divulgence du savoir dans le domaine public

37. Les titulaires de brevet se voient accorder des droits exclusifs pour empêcher autrui d'exploiter les inventions brevetées et, en contrepartie de ces droits exclusifs, ils sont tenus de divulguer l'information relative à leurs inventions. La divulgation de cette information est un élément essentiel du système des brevets. Elle est à la base de l'équilibre entre les intérêts de l'inventeur et ceux de la société.

38. Pour chaque brevet, les déposants doivent fournir les détails techniques de l'invention, qui sont rendus publics au bout de 18 mois¹². À l'expiration d'un brevet, l'invention revendiquée peut être utilisée par tout le monde. Même pendant la durée du brevet, d'autres personnes sont libres d'incorporer les informations dans de nouvelles inventions dès l'instant que ces informations ne portent pas atteinte au brevet délivré. Par ailleurs, les brevets délivrés peuvent encourager d'autres personnes à inventer en contournant le brevet. Par exemple, elles peuvent utiliser les informations divulguées pour mettre au point de nouvelles technologies qui se situent hors du champ d'application des droits exclusifs conférés par le brevet publié. À cet égard, le système des brevets crée une concurrence qui profite sur le long terme aux consommateurs.

39. En l'absence d'un système de brevets ou en l'absence de la fonction de publicité qu'il remplit, les inventions tendraient à demeurer secrètes et les informations qui les concernent ne tomberaient pas dans le domaine public. Le système des brevets favorise la divulgation et la diffusion des informations et, partant, l'accès au savoir. Il en résulte un développement des connaissances techniques et un accroissement des avantages pour l'ensemble de la société. Depuis le milieu des années 90, en moyenne, plus d'un million de demandes de brevet ont été déposées et publiées chaque année dans le monde. L'information en matière de brevets est donc l'une des plus importantes sources d'information sur les connaissances techniques.

40. Le système des brevets peut également permettre de réduire la répétition d'activités de recherche-développement : l'existence d'informations sur les techniques brevetées donne aux innovateurs une idée sur les activités de recherche de la concurrence et sur l'évolution de la technique. Les entreprises peuvent ainsi mieux cibler leurs activités de recherche et éviter d'en entreprendre qui répètent quelque chose qui a déjà été inventé.

iii) Transfert de technologie, commercialisation et diffusion du savoir

41. Le système des brevets a une troisième fonction importante, qui consiste à encourager le transfert de technologie aux plans national et international en créant des droits de propriété négociables. En l'absence d'un système des brevets, les entreprises rechigneraient à partager leur savoir-faire technique lorsque existe un risque élevé de le voir imiter par l'acheteur

¹¹ Qian, Y. (2007), "Do national patent laws stimulate domestic innovation in a global patenting environment? a cross-country analysis of pharmaceutical patent protection, 1978–2002.", *Review of Economics and Statistics*, 89(3), pp. 436-453.

¹² La publicité au bout de 18 mois est la règle dans la plupart des pays. Toutefois, certaines conditions s'appliquent dans un certain nombre de pays.

potentiel ou un tiers. Face au risque d'imitation, un bon moyen de dissuasion réduit le coût de l'application des contrats tout en augmentant le rendement escompté de l'investissement étranger direct et des licences, ce qui ne peut manquer d'avoir des incidences positives sur le transfert de technologie. La sécurité juridique que les droits attachés aux brevets donnent aux titulaires encourage le transfert de technologie. Celui-ci utilise différentes filières : le commerce, les investissements étrangers directs, la concession de licences et les coentreprises (Maskus, 2000)¹³.

42. Le système des brevets contribue à la création de marchés de technologie qui facilitent le transfert de technologie en améliorant l'efficacité de la circulation des connaissances¹⁴ (Arora, et. al., 2005)¹⁵. En créant des droits de propriété cessibles, les brevets peuvent aider à structurer une transaction complexe qui englobe les connaissances non brevetées, telles que le savoir-faire (Foray, 2004)¹⁶.

43. On assiste à un élargissement du marché international de la technologie (Arora, et. al. 2001)¹⁷, qui aurait représenté environ 35 milliards de dollars au milieu des années 90. Selon une enquête récente de *The Economist* (2005)¹⁸, la concession de licences de technologie générerait environ 45 milliards de dollars (par an) aux États-Unis d'Amérique et 100 milliards de dollars dans le monde. Athreye et Cantwell (2007)¹⁹ ont présenté une estimation comparable pour le marché de la technologie²⁰.

44. Au niveau national, le système des brevets joue également un rôle essentiel en ce qui concerne le transfert de technologie entre les secteurs public (les universités, par exemple) et privé. On assiste depuis quelques années à un renforcement de l'activité en matière de brevets dans les universités, en particulier aux États-Unis d'Amérique. Les chercheurs comme les décideurs s'intéressent de très près à cette question. Outre l'argument communément présenté en faveur du système des brevets (incitation à l'innovation), la délivrance de brevets aux universités stimule le transfert de connaissances entre les universités et les entreprises et facilite la commercialisation du savoir en créant un marché pour les technologies.

¹³ Maskus, K. (2000), "Intellectual Property Rights in the Global Economy", Institute for International Economics, Washington D.C.

¹⁴ Le système des brevets peut améliorer l'efficacité de la circulation des connaissances de plusieurs façons. Le coût direct du transfert de connaissances diminue lorsque ces dernières sont codifiées et organisées d'une manière systématique. Le système des brevets fournit des incitations à la codification des connaissances. Le savoir-faire coûte cher et les contrats de savoir-faire sont inefficaces, ce qui accroît les coûts de transfert. Le système des brevets améliore l'efficacité du contrat de licence, lequel inclut les connaissances tacites de la technologie.

¹⁵ Arora, A., A. Fosfuri, and A. Gambardella (2001), "Markets for technology and their implications for corporate strategy.", *Industrial and Corporate Change*, 10(2), pp. 419–451.

¹⁶ Foray, D. (2004), "The economics of knowledge.", MIT Press, Cambridge.

¹⁷ Arora, A., A. Fosfuri, and A. Gambardella (2001). *op. cit.*

¹⁸ *The Economist* (2005), "A market for ideas: a survey of patents and technology.", *The Economist*, 22 octobre 2005.

¹⁹ Athreye, S. and J. Cantwell (2007), "Creating competition?: globalisation and the emergence of new technology producers.", *Research Policy*, 36(2), pp. 209-226.

²⁰ On notera que les chiffres concernant les recettes tirées de la concession de licences de technologie comprennent les licences de brevet, les redevances en matière de brevets et de droits d'auteur, le savoir-faire et d'autres types d'actifs de propriété intellectuelle.

Données empiriques

45. Transfert de technologie par le commerce : les résultats de diverses études empiriques confirment que le renforcement des droits de propriété intellectuelle peut élever le niveau des échanges entre les pays. Maskus et Penubarti (1997)²¹ ont analysé les exportations de 22 pays membres de l'OCDE à destination d'un échantillon de 25 pays en développement. Ils ont conclu que le renforcement de la législation en matière de brevets dans les pays en développement a un impact positif sur les importations bilatérales tant dans les petits pays en développement que dans les grands. Smith (1999)²² a examiné les exportations des États-Unis d'Amérique (au niveau des États fédérés) à destinations de 96 pays et a constaté que les incidences des droits de propriété intellectuelle dépendent de la capacité des entreprises des pays considérés d'imiter la technologie du pays exportateur. Selon les conclusions de Smith, un système de droits de propriété intellectuelle peu développé freine les exportations des États-Unis dans le cas des pays qui représentent un risque sérieux d'imitation.

46. Transfert de technologie par les investissements étrangers directs : un certain nombre d'études empiriques ont constaté l'existence d'une corrélation positive entre les droits de propriété intellectuelle et les investissements étrangers directs²³. Branstetter et al. (2006)²⁴ ont cherché à savoir si le comportement des multinationales américaines en matière de transfert de technologie évoluait en fonction des réformes de la législation en matière de droits de propriété intellectuelle. Ils ont été amenés à considérer que l'évolution du régime des droits de propriété intellectuelle à l'étranger entraînait un accroissement des transferts de technologie par les multinationales américaines aux pays qui réformaient ce régime²⁵. Dans une étude consacrée aux entreprises, Smarzynska-Javorcik (2004)²⁶ a constaté que les insuffisances du régime de droits de propriété intellectuelle dissuadent les investisseurs

²¹ Maskus, K. and M. Penubarti (1997), "Patents and international trade: an empirical study.", Edited by K. Maskus, P. Hooper, E. Leamer, and J. Richardson, *Quiet pioneering: The international economic legacy of Robert Stern* (Ann Arbor: University of Michigan Press), pp. 95-118.

²² Smith, P. (1999), "Are weak patent rights a barrier to U.S. exports?", *Journal of International Economics*, 48, pp. 151-177.

²³ Ferrantino (1993), Mansfield (1993), et Maskus et Eby-Konan (1994) ne constatent aucune incidence des droits de propriété intellectuelle sur le niveau d'investissements étrangers directs. Toutefois, Maskus (2000) remet en question la validité de ces études en faisant observer qu'elles se sont ressenties du fait que les modèles utilisés étaient insuffisamment spécifiques et d'erreurs d'évaluation des droits de propriété intellectuelle.

²⁴ Branstetter, L., R. Fishman, and C. Foley (2006), "Do stronger intellectual property rights increase international technology transfer? empirical evidence from U.S. firm-level panel data.", *Quarterly Journal of Economics*, 121 (1), pp. 321-349.

²⁵ Ils analysent les incidences de la réforme du régime des droits de propriété intellectuelle sur le versement de redevances, les dépenses de recherche-développement des multinationales américaines et le niveau et le taux d'accroissement des demandes de brevet déposées par des non-résidents.

²⁶ Smarzynska-Javorcik, B. (2004), "The composition of foreign direct investment and protection of intellectual property rights: evidence from transition economies.", *European Economic Review*, 48(1), pp. 39-62.

étrangers dans les secteurs de haute technologie qui sont fortement tributaires de ces droits. Une étude de l'OCDE (2002)²⁷ a signalé une corrélation positive entre les droits attachés aux brevets et les investissements étrangers directs. Les incidences des premiers sur les seconds varient en fonction du niveau de développement économique et par branche d'activité.

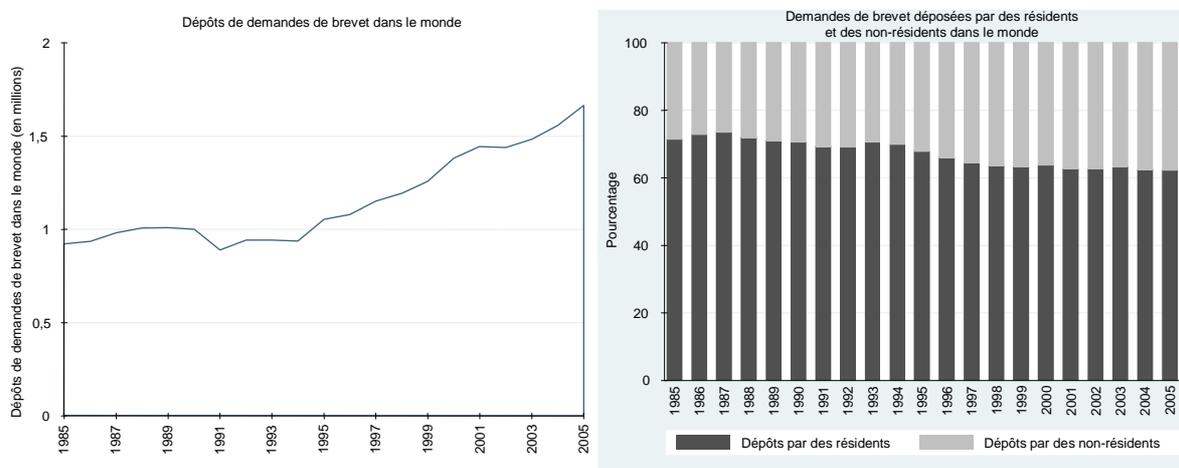
b) Utilisation du système des brevets

i) Activité en matière de brevets dans le monde

47. La figure 1 montre l'évolution récente des dépôts de demandes de brevet dans le monde. Entre le milieu des années 80 et le milieu des années 90, le nombre de demandes de brevet déposées dans le monde a été relativement stable (autour d'un million par an en moyenne). Toutefois, à partir de 1995, ce nombre s'est accru à un rythme rapide. En 2005, le nombre total de demandes de brevet déposées dans le monde a dépassé 1,6 million, ce qui a représenté une forte augmentation par rapport au niveau de 1995 (un million). La moitié environ de ces demandes ont été déposées aux États-Unis d'Amérique et au Japon²⁸. La part des demandes mondiales de brevet déposées au Japon a diminué, passant de 38,3% à 31,4% entre 1995 et 2005. En revanche, les parts de la Chine, des États-Unis d'Amérique et de la République de Corée ont augmenté au cours de la même période.

48. La ventilation des demandes de brevet déposées par des résidents et des non-résidents fait apparaître une augmentation de la part des non-résidents. En 2005, les dépôts de demandes par des non-résidents ont représenté 37,8% des dépôts dans l'ensemble du monde, soit une augmentation de 5,6 points par rapport au chiffre de 1995.

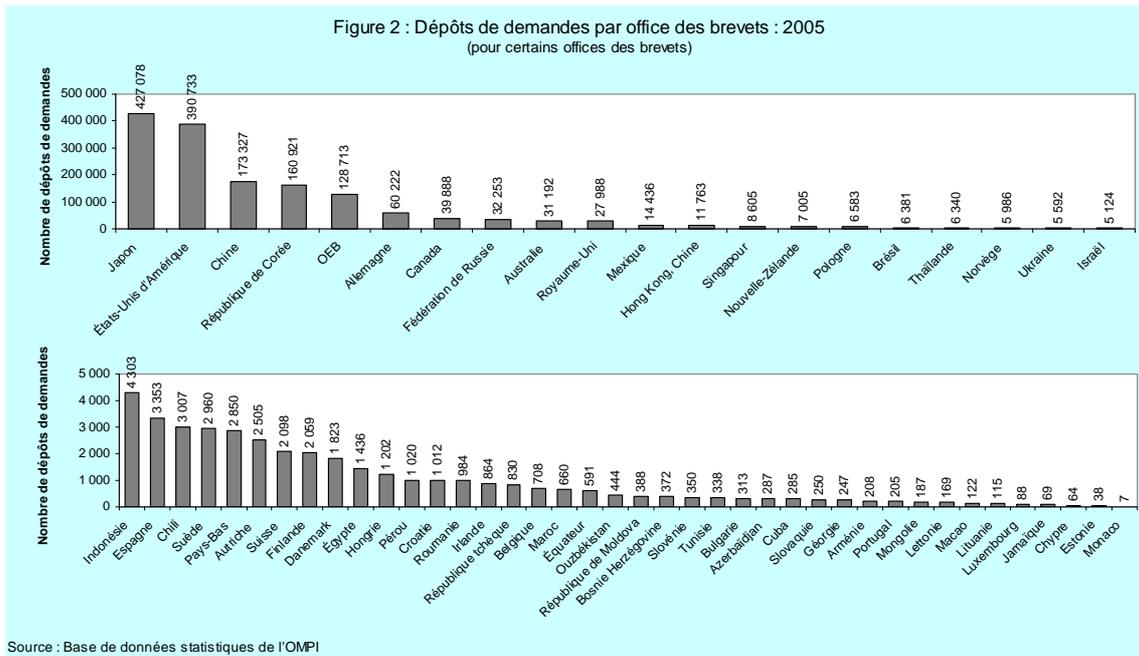
Figure 1 : Évolution des dépôts de demandes de brevet dans le monde : 1985-2005



²⁷ OCDE (2002), "The impact of trade-related intellectual property rights on trade and foreign direct investment in developing countries.", Direction des échanges et de l'agriculture de l'OCDE, document de travail du Comité des échanges, TD/TC/WP(2002)42/FINAL.

²⁸ Ces deux pays représentent également environ 60% des dépenses de recherche-développement de l'ensemble des pays membres de l'OCDE.

49. On constate un écart important en ce qui concerne le volume des demandes de brevet reçues par les offices des brevets nationaux et régionaux (voir figure 2). Les offices des brevets des États-Unis d'Amérique et du Japon²⁹ ont reçu le plus grand nombre de demandes en 2005. Depuis le milieu des années 90, la majorité des offices des brevets ont enregistré une augmentation du nombre des dépôts de demandes, ce qui a alourdi leur charge de travail. Les offices des brevets ont un défi majeur à relever s'agissant de traiter rapidement et efficacement un aussi grand nombre de demandes tout en garantissant un bon niveau de qualité. Par exemple, en 2005, le nombre de demandes en attente d'un premier examen par un examinateur de brevets de l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique (USPTO) était d'environ 600 000, chiffre qui devrait dépasser le million d'ici à 2010³⁰.

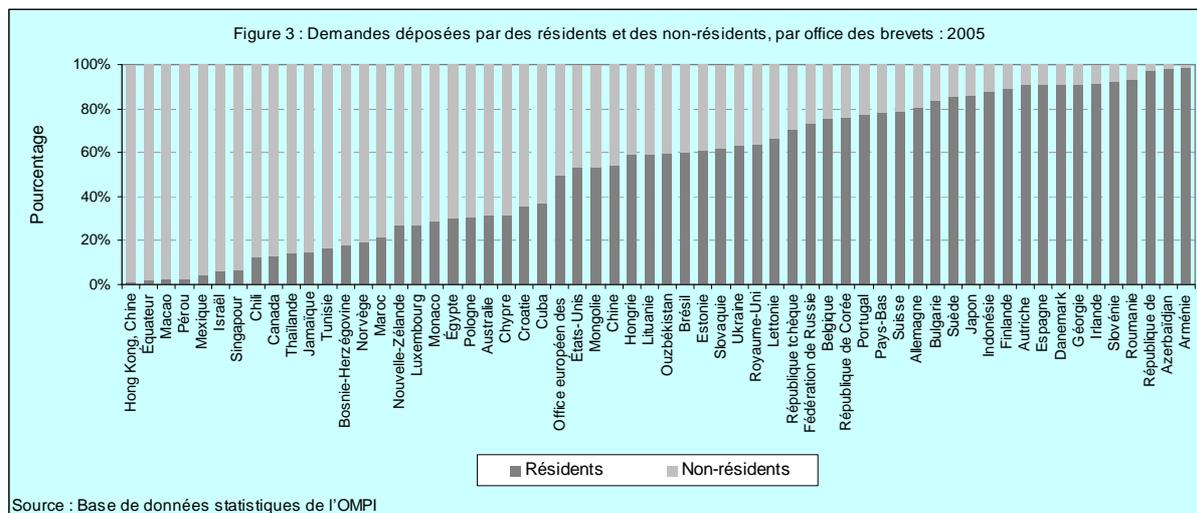


50. On a enregistré une augmentation du niveau d'internationalisation des dépôts de demandes de brevet. Les déposants sont de plus en plus nombreux à vouloir obtenir des droits de brevet sur les marchés étrangers. Les parts respectives des demandes déposées par des résidents et des non-résidents varient selon les offices des brevets (voir figure 3). En 2005, les demandes de brevet déposées par des non-résidents ont représenté 98% de l'ensemble des demandes à Hong Kong, Chine. En revanche, elles n'en ont représenté que moins de 1% en Arménie. À Hong Kong, Chine, en Équateur, à Macao, au Pérou et au Mexique, la part des demandes déposées par des non-résidents est importante : elle est supérieure à 95%. Elle est faible dans les pays d'Europe centrale et orientale, dans les pays

²⁹ Le volume de demandes reçues par les offices des brevets est lié à des facteurs tels que la taille du marché, l'investissement dans la recherche-développement et le développement économique. Le grand nombre de demandes déposées en Chine, aux États-Unis d'Amérique et au Japon est dû à la taille de leur marché et à leurs dépenses de recherche-développement.

³⁰ www.uspto.gov/web/offices/com/speeches/2005sep08.pdf.

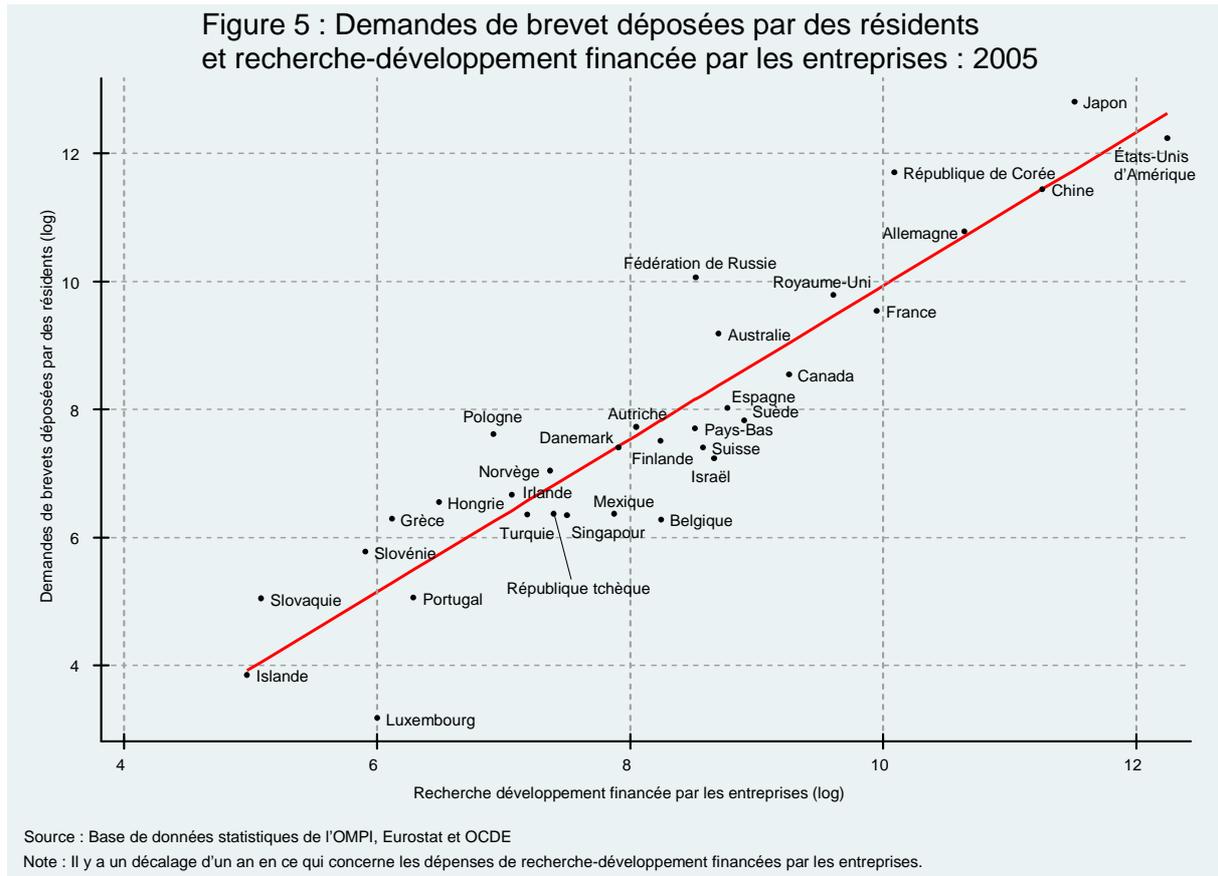
nordiques, en Autriche, en Espagne et au Japon : elle n'y représente que moins de 15% du total³¹. Dans la plupart des offices des brevets, la part des demandes déposées par des non-résidents a été plus élevée en 2005 qu'au milieu des années 90.



51. La figure 4 présente les demandes déposées par des non-résidents selon le pays d'origine et l'office cible (volume de dépôts de demandes de brevet normalisé par le PIB). Le pays d'origine est la source des demandes déposées et l'office cible est l'office des brevets où la protection est recherchée. Des pays tels que l'Australie, le Canada, les États-Unis d'Amérique, le Japon et la République de Corée présentent un ratio dépôts par des non-résidents/PIB élevé, à la fois en tant que pays d'origine et offices cibles. Cela signifie que ce sont de gros utilisateurs du système des brevets (en ce qui concerne le dépôt de demandes à l'étranger) et des pays cibles recherchés (s'agissant de recevoir des demandes de droits de brevet adressées par des non-résidents). Un groupe d'offices nationaux de pays européens (pays membres de l'OEB) présentent également un ratio dépôts par des non-résidents/PIB élevé en tant que pays d'origine, mais un taux faible en tant qu'offices cibles. Cela peut s'expliquer par l'existence en Europe d'un système des brevets parallèle, à savoir des offices nationaux et l'Office européen des brevets (pour les pays européens, la figure 4 n'indique que les dépôts directs auprès des offices nationaux des brevets). En revanche, les pays émergents et les pays en développement tels que l'Afrique du Sud, le Brésil et la Chine sont des pays cibles importants (c'est-à-dire qu'ils attirent un grand nombre de demandes déposées par des non-résidents), mais ne sont pas de gros utilisateurs du système des brevets.

52. Ces différences de caractéristiques d'utilisation traduisent l'existence de besoins différents selon les régions du monde considérées. Les offices des brevets qui reçoivent un volume relativement important de demandes déposées par des non-résidents ont des besoins différents de ceux qui reçoivent en général davantage de demandes de brevet déposées par leurs propres résidents ou de ceux qui enregistrent un niveau relativement faible de dépôts de demandes de brevet. Par exemple, les solutions à apporter au problème de l'alourdissement

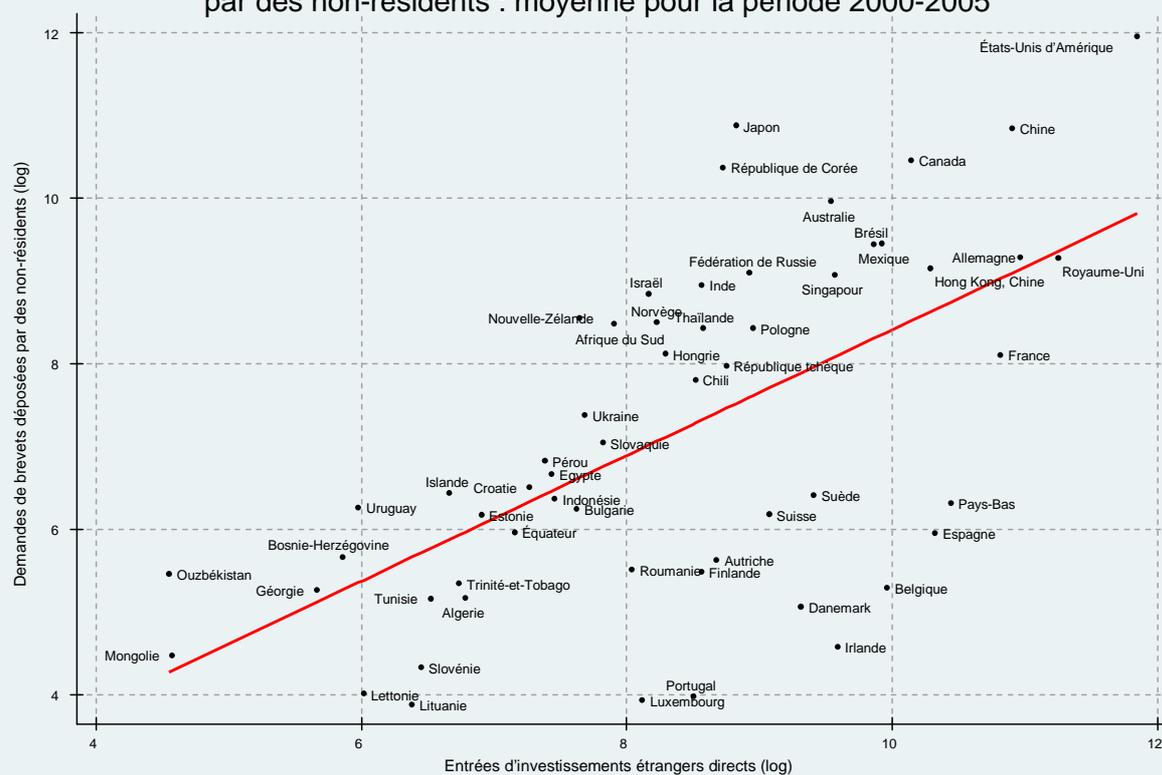
³¹ La faible part des demandes déposées par des non-résidents auprès des offices des pays européens peut s'expliquer par l'existence en Europe d'un système des brevets parallèle, à savoir des offices nationaux et l'Office européen des brevets.



iii) Demandes de brevet déposées par des non-résidents et investissements étrangers directs

54. Comme indiqué plus haut, l'un des principaux arguments avancés en faveur du système des brevets est qu'il facilite le transfert de technologie entre les pays. Un certain nombre d'études empiriques font état d'une corrélation positive entre les droits de propriété intellectuelle et les investissements étrangers directs. La figure 6 fait apparaître une corrélation positive entre les investissements en provenance de l'étranger et le volume de demandes déposées par des non-résidents (on notera que le graphique de la figure 6 fait apparaître les demandes déposées par des résidents en fonction des investissements étrangers directs au lieu des droits de propriété intellectuelle). Les pays présentant un niveau élevé d'investissements en provenance de l'étranger reçoivent un grand nombre de demandes de brevet déposées par des non-résidents. Des pays en développement tels que le Brésil, la Chine, la Fédération de Russie, le Mexique et la Pologne ont attiré un volume important d'investissements étrangers directs et également un grand nombre de demandes de brevet déposées par des non-résidents.

Figure 6 : Entrées d'investissements étrangers directs et demandes de brevet déposées par des non-résidents : moyenne pour la période 2000-2005



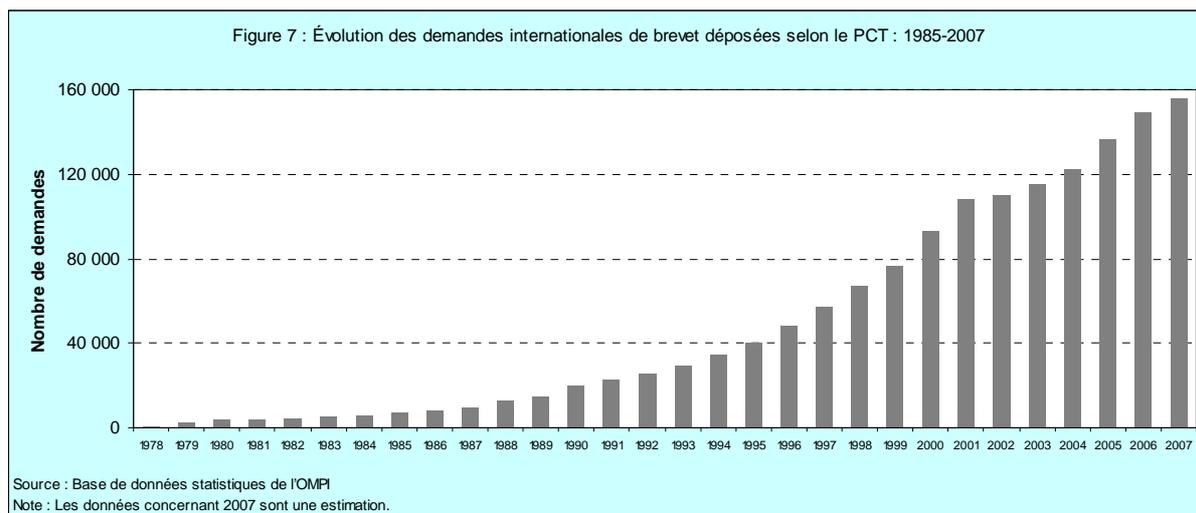
Source : Base de données statistiques de l'OMPI et CNUCED

iv) Demandes internationales déposées selon le Traité de coopération en matière de brevets (PCT)

55. La procédure PCT permet de demander la protection d'une invention par brevet simultanément dans un grand nombre de pays en déposant une demande "internationale" unique de brevet. Cette procédure est devenue une méthode très prisée de dépôt d'une demande internationale de brevet. Selon les données disponibles les plus récentes, quelque 156 100 demandes internationales ont été déposées en 2007³², ce qui représente une augmentation importante par rapport au milieu des années 80 (voir figure 7).

³²

Les données concernant 2007 sont une estimation de l'OMPI.



56. Il y a 139 États membres du PCT (au 10 avril 2008), mais on note une grande hétérogénéité entre les pays en ce qui concerne leur utilisation du système du PCT (tableau 1). En 2006, 18 pays, classés comme gros utilisateurs, ont représenté 94,8% de l'ensemble des dépôts de demandes selon le PCT (voir figure 8). En revanche, il y a 102 pays utilisateurs moyens et petits utilisateurs, mais ils n'ont représenté que 5% du total des dépôts. Entre 1995 et 2006, les utilisateurs moyens et les petits utilisateurs ont enregistré un taux d'accroissement supérieur à celui des gros utilisateurs et ont augmenté leur part de l'ensemble des dépôts de demandes selon le PCT. En 2007, le plus grand nombre de demandes déposées selon le PCT l'ont été aux États-Unis d'Amérique (33,3%), au Japon (17,8%) et en Allemagne (11,5%). Entre 1995 et 2006, la part des États-Unis d'Amérique a diminué de 9,5 points, tandis que celle du Japon augmentait de 10,9 points.

Tableau 1 : Ventilation des dépôts selon le PCT par type d'utilisateur, 2006

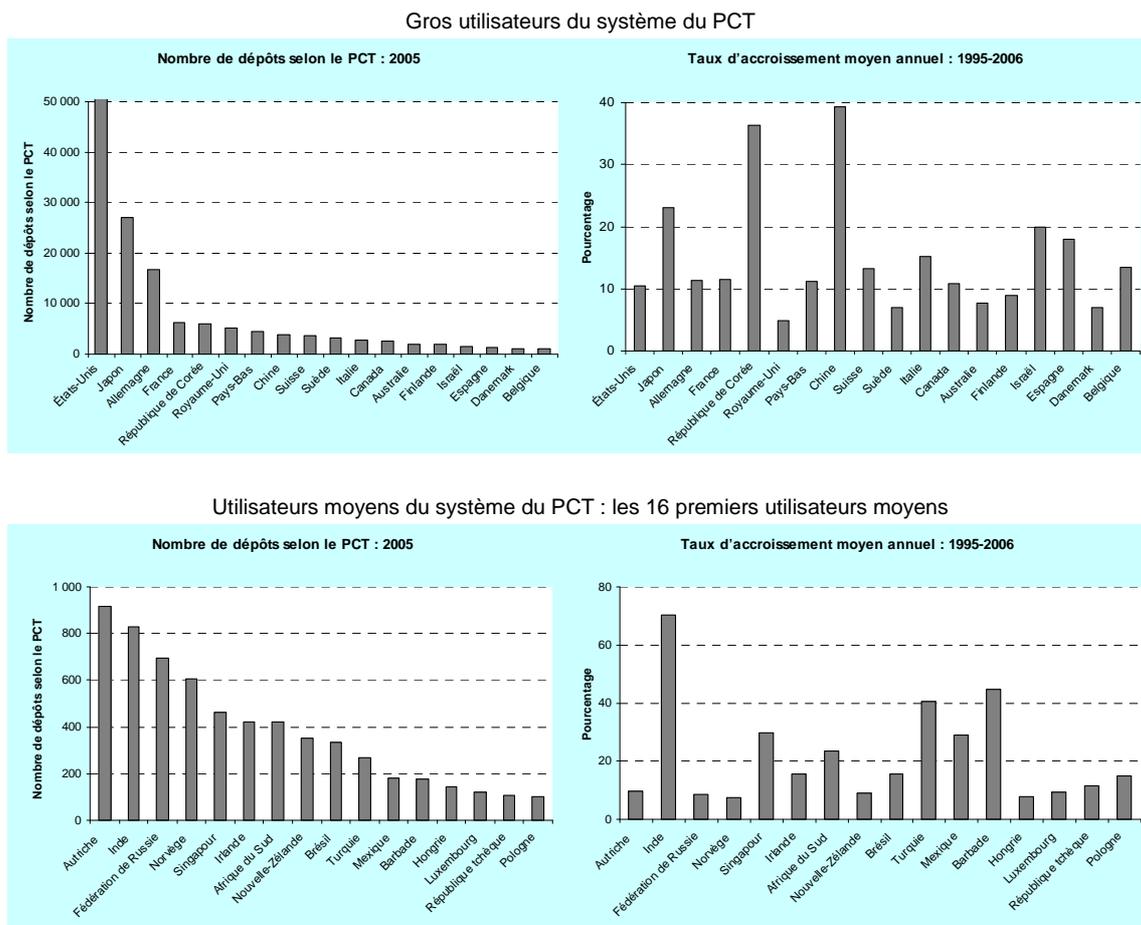
	“Gros” utilisateur ¹	Utilisateur “moyen” ²	“Petit” utilisateur ³
Nombre de pays	18	26	76
Nombre de dépôts selon le PCT	141 369	6 812	656
Taux d'accroissement moyen annuel (1995-2006,%)	12,6	14,4	18,8
Part du total des dépôts selon le PCT (en%)	94,8	4,6	0,4
Évolution de la part du total des dépôts selon le PCT (1995-2006) ⁴	-0,9	0,7	0,2
1. Gros utilisateurs : plus de 1 000 dépôts selon le PCT en 2006. 2. Utilisateurs moyens : entre 50 et 1 000 dépôts selon le PCT en 2006. 3. Petits utilisateurs : moins de 50 dépôts selon le PCT en 2006. 4. En points.			

57. La République de Corée et la Chine utilisent de plus en plus le système du PCT pour déposer des demandes pour obtenir des droits de brevet étrangers. Entre 1995 et 2007³³, le nombre de demandes déposées selon le PCT dans ces deux pays a augmenté de 34,9% et de 38,9% par an, respectivement. Le taux d'accroissement moyen annuel de ces deux pays est très supérieur à celui des autres "gros utilisateurs". En 2007, la République de Corée et la Chine occupent les quatrième et sixième places, respectivement.

58. Le groupe des utilisateurs moyens comprend 26 pays, qui sont pour la plupart des petits pays à économie ouverte (tels que l'Autriche, l'Irlande, la Norvège et Singapour) et des pays émergents (comme l'Afrique du Sud, le Brésil, la Fédération de Russie et l'Inde). Malgré un faible point de départ, la plupart des pays de ce groupe ont enregistré un fort taux d'accroissement entre 1995 et 2006.

59. Le nombre de demandes déposées selon le PCT dans les pays membres du groupe des petits utilisateurs a augmenté à un rythme plus rapide que dans les autres groupes, mais le nombre total de demandes déposées selon le PCT dans les petits utilisateurs est relativement faible. En 2006, leur part globale du total des dépôts selon le PCT se situait aux alentours de 0,4%, soit une légère hausse par rapport à 1995.

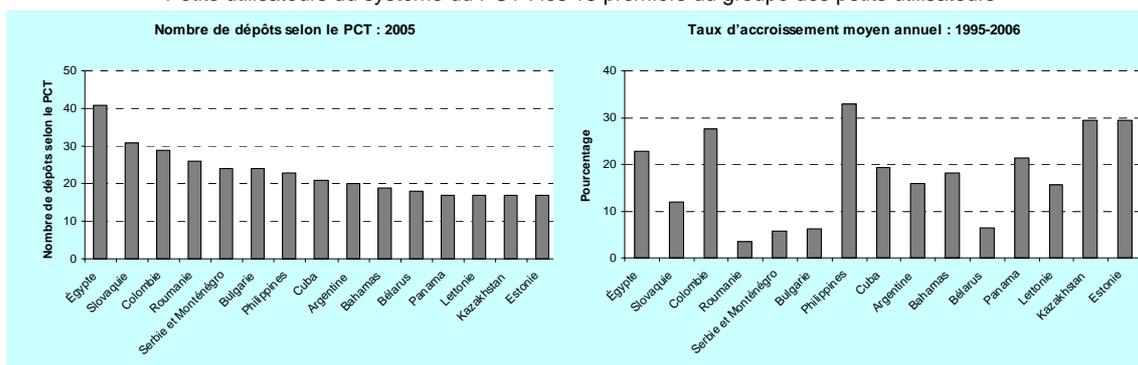
Figure 8 : Différents types d'utilisateurs du système du PCT : 2006



33

Les données concernant 2007 sont une estimation de l'OMPI.

Petits utilisateurs du système du PCT : les 15 premiers du groupe des petits utilisateurs



v) Nécessité de poursuivre la recherche

60. Les économistes ont étudié de façon très détaillée les principes applicables à un système des brevets. Toutefois, la majorité des études se sont focalisées sur les pays développés. La question des incidences du renforcement du système des brevets sur la stimulation de l'innovation, en particulier dans les pays en développement, est à l'étude. En conséquence, la poursuite des activités dans ce domaine ne peut qu'étoffer la littérature actuelle et nous faire mieux comprendre le rôle d'un système des brevets dans le contexte des pays en développement.

61. Au cours des deux dernières décennies, le système des brevets s'est ouvert plus largement. Il ressort des données du présent rapport que le taux d'utilisation du système est différent d'un pays à l'autre. On manque d'études empiriques sur cette utilisation et sur l'efficacité du système international des brevets actuel pour ce qui est de répondre aux besoins d'utilisateurs différents. L'approfondissement de ces questions pourrait enrichir le débat sur l'efficacité du système des brevets en matière de transfert de connaissances. On pourrait ainsi engager un examen approfondi de la littérature concernant les aspects économiques du système des brevets; procéder à une étude empirique du lien existant entre la propriété intellectuelle et l'innovation, axée spécifiquement sur les pays en développement; examiner l'interaction entre les brevets et les autres formes de propriété intellectuelle, y compris les marques, le droit d'auteur et les secrets commerciaux; définir des indicateurs plus détaillés par branche et par pays sur l'utilisation et la valeur du système des brevets dans l'optique des pays en développement; et réaliser une étude empirique sur la collaboration internationale et la circulation des connaissances entre pays développés et pays en développement.

III. LA DIVULGATION DES TECHNIQUES PAR L'INTERMÉDIAIRE DU SYSTÈME DES BREVETS

a) Généralités

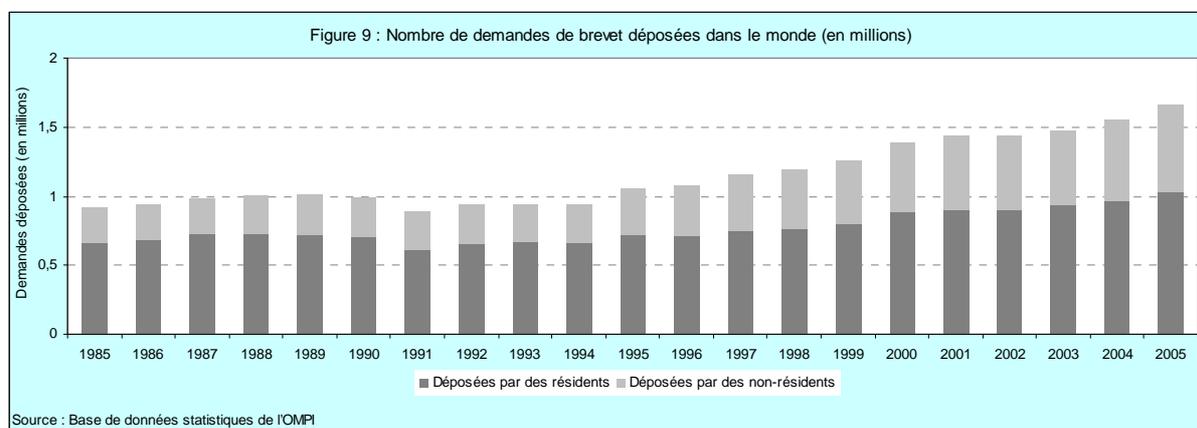
62. Le système des brevets repose sur le principe fondamental selon lequel la société accorde à un inventeur un droit exclusif provisoire en échange de la divulgation par l'inventeur de son invention. Il s'agit d'instaurer un équilibre entre la concession d'un droit exclusif provisoire qui, tout en récompensant l'inventeur pour son ingéniosité et sa créativité, n'en impose pas moins des restrictions à la libre utilisation de l'invention, et la publicité de

l'invention, qui vise à stimuler la poursuite de l'innovation et la croissance économique. Ces dernières années, en raison de la facilité de plus en plus grande avec laquelle on accède à l'information en matière de brevets et on peut l'extraire par le recours à l'Internet, cet équilibre a évolué dans le sens des avantages concrets dérivés de cette publicité.

63. L'équilibre entre la protection et la divulgation fait apparaître une différenciation plus poussée en ce que la protection a un caractère territorial et se rapporte à un pays ou une région, tandis que la divulgation est mondiale. Cela implique que la fabrication et la commercialisation sont limitées par le champ d'application territorial et juridique de la protection, mais que l'information divulguée peut être librement utilisée par qui que ce soit. Par ailleurs, le système des brevets autorise l'utilisation légale de la technologie et des connaissances après l'expiration ou l'abandon du brevet, lorsque les connaissances entrent dans le domaine public et peuvent être utilisées par tout le monde.

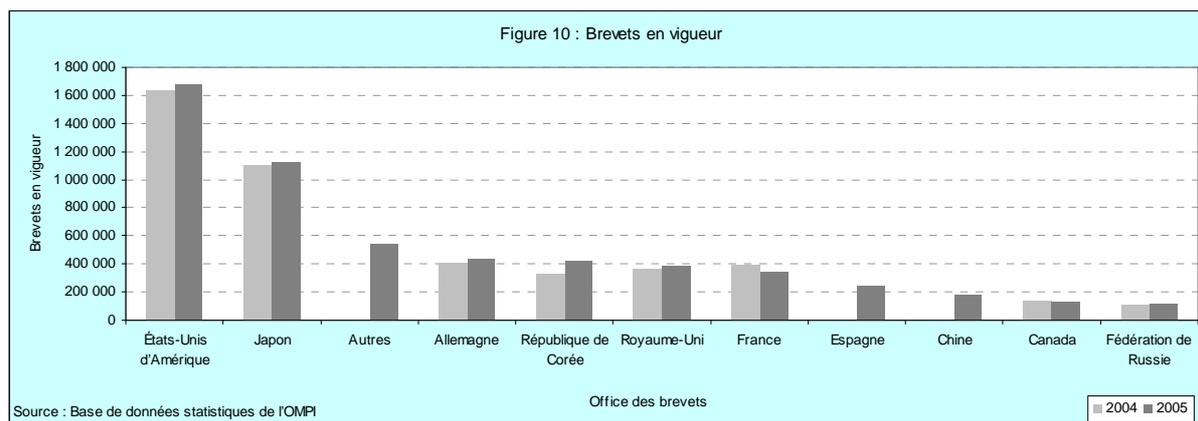
64. Ces dernières années, la création et la diffusion du savoir, tirées par la mise en place de réseaux de communication et d'information tels que l'Internet, ont pris une importance de plus en plus grande dans les pays industrialisés. Le système des brevets joue un rôle déterminant dans l'économie du savoir, non seulement en assurant la protection des inventions sous-jacentes en stimulant l'investissement et la disponibilité de capital-risque et en rendant les produits commercialisables, mais aussi en diffusant l'information et le savoir techniques.

65. La récente augmentation du nombre des dépôts de demandes de brevet traduit l'importance constante de l'innovation dans les économies modernes. Elle reflète également une augmentation du volume des connaissances techniques qui sont divulguées à travers le monde. La figure 9 présente le nombre total de demandes de brevet déposées dans le monde chaque année.



66. Étant donné qu'à la fin de l'année 2005, il y avait plus de 4,9 millions de brevets en vigueur (voir figure 10), une proportion très importante de la documentation en matière de brevets existante est tombée dans le domaine public.

67. En 2005, quelque 5,6 millions de brevets étaient en vigueur dans le monde. La majorité des brevets en vigueur avaient été délivrés par les offices des brevets des États-Unis, du Japon, de l'Allemagne, du Royaume-Uni et de la France. Toutefois, la part de ces pays dans le nombre total de brevets en vigueur a tendance à diminuer depuis cinq ans. En revanche, la part des brevets en vigueur délivrés par d'autres offices des brevets, en particulier ceux de la Chine et de la République de Corée, a augmenté au cours de la même période.



b) Le rôle de l'information en matière de brevets dans le monde des affaires

68. L'information technique dérivée de l'information en matière de brevets remplit un certain nombre de fonctions et répond aux besoins de divers groupes d'utilisateurs. Elle est largement utilisée dans le monde des affaires pour formuler la stratégie de propriété intellectuelle des entreprises, alimenter les activités de recherche-développement, faciliter la concession de licences et les transactions technologiques, ainsi qu'aux fins du transfert de technologie et de l'analyse de l'évolution des marchés et de la concurrence.

69. L'information en matière de brevets est indispensable pour formuler la politique de propriété intellectuelle au niveau de l'entreprise. Une entreprise doit décider ce qu'elle entend breveter et comment établir ses demandes de brevet, ainsi que la couverture géographique des demandes de brevet et la durée du maintien d'un brevet en vigueur dans chaque pays, et elle doit suivre les questions concernant les atteintes potentielles aux droits et la liberté d'exploitation. Ces décisions découlent de la nécessité d'utiliser efficacement les ressources de façon à retirer un avantage maximal des dépenses de propriété intellectuelle. À cet égard, l'information en matière de brevets est un élément essentiel du processus décisionnel.

70. L'information en matière de brevets joue également un rôle important en alimentant l'activité de recherche-développement dès la première phase de la planification, en aidant à prévoir les tendances du marché et les besoins dans des domaines techniques spécifiques et en recensant les problèmes qui se posent dans le cas d'une technologie particulière et en leur apportant des solutions. Cette information est importante lorsqu'il s'agit d'évaluer l'état actuel de la technique dans un domaine technique spécifique afin de réaliser ce qui a été inventé jusqu'à présent et d'éviter de consacrer du temps et de l'énergie à des inventions déjà inventées. L'existence de ces connaissances permet de "ne pas réinventer la roue" et ne de pas répéter des activités de recherche-développement gaspilleuses de ressources. Cette information a également son importance pour l'évaluation des progrès accomplis dans un domaine technique spécifique dans lequel les brevets reflètent directement les résultats de la recherche-développement et indiquent si une technologie est en phase de croissance, a fait ses preuves ou est en déclin.

71. Une fois connue, cette information stimule l'innovation en contribuant à la mise au point d'une technologie qui surpasse la technologie connue ("progression par dépassement"); elle encourage la recherche de solutions de remplacement pour le même problème, ou elle

peut indiquer comment résoudre des problèmes comparables qui se posent dans d'autres domaines techniques. Dans tous ces cas, l'accès à l'information technique par le biais des brevets est une incitation à l'innovation.

72. En créant un droit de propriété juridiquement applicable, le système des brevets fait de l'invention un actif incorporel qui peut être négocié, de sorte que l'invention devient un élément du processus économique lui-même, en créant de nouveaux "biens" et une nouvelle valeur au sein de ce processus. Il s'ensuit que l'information en matière de brevets est une contribution importante à l'information sur les marchés concernant la concession de licences de technologie et le transfert de technologie. Elle augmente le stock d'informations à la disposition des acheteurs et des vendeurs et contribue à améliorer l'efficacité des marchés de technologie.

73. L'information technique contenue dans la partie descriptive d'un document de brevet est une source d'inspiration pour les inventeurs et les ingénieurs. Mais l'information en matière de brevets est également précieuse pour l'analyse et le suivi des marchés et de la concurrence. Le fait que le nom des titulaires de brevets et des inventeurs figure dans un document de brevet implique que l'information peut être utilisée pour analyser les entreprises et les branches d'activité, en particulier en association avec d'autres sources d'information. Le comportement d'une entreprise à l'égard du dépôt de demandes de brevet peut attester son activité dans certains domaines techniques et le niveau de développement qu'elle y a atteint. De même, l'orientation future de la technologie d'une entreprise peut être déduite de son activité actuelle en matière de brevets. Cette information peut être utile pour les concurrents, les analystes financiers, les institutions financières et d'autres personnes ou entités souhaitant connaître la valeur actuelle et future d'une entreprise.

74. Les services de recherche-développement, les institutions financières ou les fonctionnaires, par exemple, ont besoin d'analyses rigoureuses de l'information en matière de brevets pour pouvoir prendre des décisions concernant des questions importantes telles que les stratégies d'investissement et de recherche, la planification stratégique, les transferts de technologie, les coentreprises, la concession de licences ou le financement d'un projet industriel ou d'une politique industrielle.

c) Le rôle de l'information en matière de brevets dans la politique industrielle

75. Au niveau national, l'information en matière de brevets peut être utilisée en tant qu'élément de la politique industrielle, ce de plusieurs façons. Elle peut servir à suivre les résultats technologiques nationaux, qui représentent une source d'information pour la politique de recherche-développement, et à encourager l'utilisation de l'information pour rendre la diffusion des techniques plus efficace. De plus, les données empiriques détaillées peuvent servir à valider les modèles théoriques appliqués dans différents domaines, notamment le comportement stratégique des entreprises et la politique de la concurrence.

76. L'information en matière de brevets peut servir à suivre les résultats technologiques nationaux dans des domaines techniques spécifiques et, en particulier, à mettre en lumière les atouts et les points faibles. Par ailleurs, l'activité en matière de brevets peut être utilisée en tant qu'indicateur de la création et de l'acquisition de connaissances et aux fins de comparaisons transnationales.

77. L'information en matière de brevets peut aussi alimenter une stratégie industrielle nationale en général ou, plus spécifiquement, une politique nationale de recherche-développement. Il est fréquent que l'approbation du financement public de projets publics dépende d'une analyse des brevets.

78. De son côté, une politique industrielle nationale doit promouvoir la diffusion de l'information en matière de brevets afin de stimuler les marchés nationaux de technologie, en particulier le transfert de technologie des établissements publics aux entreprises privées ou la concession de licences croisées entre entreprises privées aux fins d'une utilisation plus efficace des ressources technologiques nationales.

79. Le rôle de l'information en matière de brevets dans le développement économique revêt une importance toute particulière pour les pays émergents, qui non seulement bénéficient des connaissances existantes dérivées de l'état de la technique, mais peuvent ainsi trouver des partenaires potentiels aux fins de la concession de licences et du transfert de technologie. Le rôle de cette information dans le développement se retrouve dans le plan d'action de l'OMPI pour le développement, qui a été récemment adopté et qui contient plusieurs propositions tendant à améliorer l'accès à l'information en matière de brevets dans les pays en développement.

d) Mise en place de bases de données relatives aux brevets – Accès à l'information en matière de brevets

80. L'information en matière de brevets est de plus en plus souvent disponible par l'intermédiaire de services facilement accessibles sur l'Internet. Il existe deux principales catégories de services de base de données : les services gratuits, généralement fournis par les offices des brevets et autres établissements du secteur public, et les services payants assurés par le secteur privé.

81. L'accessibilité d'une large gamme de bases de données gratuites pourvoit aux besoins essentiels de recherche en matière de brevets des non-professionnels, notamment des inventeurs individuels, des étudiants et des petites et moyennes entreprises (PME). Ces services sont essentiellement fournis par les offices des brevets nationaux et régionaux, l'OMPI et les établissements d'enseignement³⁴. Ces bases de données gratuites ne devaient au départ fournir que des fonctionnalités très élémentaires, mais la baisse du coût des technologies de l'information a permis aux services de bases de données publics gratuits d'offrir à leurs utilisateurs des fonctionnalités de recherche plus puissantes.

82. Les fournisseurs commerciaux d'information en matière de brevets proposent généralement des services plus évolués et à plus forte valeur ajoutée. Ces services peuvent être adaptés aux besoins de groupes d'utilisateurs spécialisés et ils combinent souvent les données relatives aux brevets avec d'autres informations technologiques et commerciales, et fournissent également des outils d'analyse, de suivi et de communication d'information plus perfectionnés.

³⁴ L'OMPI fournit le service de recherche PATENTSCOPE® : <http://www.wipo.int/patentscope/>. Les adresses URL des autres bases de données sont disponibles à l'adresse : <http://www.wipo.int/ipdl/en/resources/links.jsp>.

83. Le succès des bases de données relatives aux brevets consultables aux fins de recherche des connaissances techniques correspondantes est dû pour une large part au fait que tous les brevets sont classés à l'aide de systèmes de classement spécifiques, qui permettent une extraction beaucoup plus efficace de ces documents. Un grand nombre de rapports, articles et documents techniques et scientifiques – ce que l'on appelle la littérature non-brevet – sont eux aussi en cours de classement systématique selon une classification par technologie et, dans certains cas, selon la classification des brevets.

84. L'information en matière de brevets contribue également à rendre le système des brevets plus efficace. En raison de l'augmentation du nombre de demandes de brevet dans le monde, nombre d'offices des brevets ont actuellement du mal à gérer leur volume de travail. En se renseignant sur l'état de la technique dans les bases de données relatives aux brevets avant de rédiger et de déposer leurs demandes de brevet, ce qui leur permet de donner une meilleure idée de l'état de la technique, les déposants augmentent leurs chances d'obtenir des brevets pour leurs inventions et, dans le même temps, facilitent la procédure d'examen par les offices des brevets. De surcroît, il peut se faire que des tiers ou des pairs fournissent aux examinateurs, pendant une procédure de délivrance de brevets, des informations sur l'état de la technique pouvant aider un office des brevets à décider de délivrer un brevet ou de rejeter une demande de brevet.

e) Littérature non-brevet

85. L'accessibilité et l'extraction de la littérature non-brevet se développent rapidement, élargissant et complétant les possibilités existantes de recherche d'information technique en général, ce qui, jusqu'à une date récente, ne pouvait se faire qu'en utilisant les bases de données relatives aux brevets classés. De plus, dans certains domaines techniques, tels que les biotechnologies, la technologie médicale et l'informatique, la littérature non-brevet fournit la contribution la plus importante dans le cadre des antériorités existantes. Toutefois, à la différence de la documentation de brevet de base, qui est mise à disposition gratuitement par les offices des brevets du monde entier, l'accès à la littérature non-brevet n'est pas toujours gratuit et n'est souvent disponible que par abonnement.

f) Politiques de diffusion de l'information en matière de brevets

86. En fournissant l'information en matière de brevets, chaque office des brevets applique une politique de diffusion de l'information en matière de brevets qui peut différer d'un pays à l'autre. En règle générale, cette politique prend en considération le rôle du secteur public – essentiellement les offices des brevets, qui sont subventionnés par les taxes de brevet – et du secteur privé, qui transforme l'information brute fournie par les offices des brevets en services et produits à valeur ajoutée.

87. Certains pays encouragent la création d'une solide industrie privée de l'information en matière de brevets, parfois en finançant directement des entreprises ou semi-publiques ou en passant des contrats avec des fournisseurs d'information en matière de brevets qui garantissent un certain niveau de diffusion de cette information dans le pays. Dans ces cas, l'office des brevets se charge en principe de fournir lui-même directement des services minimaux. Dans d'autres pays, les offices des brevets financent la distribution gratuite et sur une grande échelle des données relatives aux brevets, ce qui peut donner naissance à un secteur privé très actif mettant en œuvre des méthodes très évoluées d'utilisation de l'information en matière de brevets, encore que l'office puisse ne pas participer activement à la création du secteur privé sauf à faciliter l'accès aux données.

88. Les offices des brevets, les décideurs et les organisations internationales devraient favoriser l'accessibilité d'informations fiables et actualisées disponibles auprès des offices des brevets. Aujourd'hui, il est difficile d'accéder aux informations concernant le statut juridique des brevets délivrés à travers le monde (par exemple sur l'Internet), ce qui est source d'incertitudes et gêne les entreprises et les responsables des politiques appelés à prendre des décisions. Cette information sur le statut juridique englobe, par exemple, la question de savoir si tel ou tel brevet est toujours en vigueur, abandonné ou parvenu à expiration, les corrections éventuellement apportées à un brevet et les changements de titulaires qui ont pu intervenir.

g) Questions d'actualité concernant l'information en matière de brevets

89. L'évolution de la nature et de l'importance du système des brevets, les besoins des utilisateurs et la question de l'accessibilité des nouvelles technologies de l'information conjuguent leurs effets pour rendre plus difficile une utilisation efficace de l'information en matière de brevets. La présente section décrit succinctement quelques-unes de ces questions d'actualité.

i) Information sur la couverture des données relatives aux brevets et sur le statut juridique de ces derniers

90. L'OMPI compte actuellement 184 États membres, mais les données relatives aux brevets ne sont disponibles sous forme électronique que dans le cas d'environ 80 administrations des brevets. Il s'agit essentiellement de simples fichiers de données bibliographiques, souvent dépourvus de titre ou de résumé, qui faciliteraient la recherche et l'extraction. Le texte intégral des documents de brevet n'est rendu disponible que par un petit nombre de ces administrations. De même, des informations détaillées sur le statut juridique, concernant la titularité et autres informations juridiques sur un brevet, ne sont fournies sous forme électronique que par un faible nombre d'administrations. Il peut donc être très difficile d'obtenir des informations fiables sur la couverture géographique et le statut juridique des brevets dans les différentes régions du monde, en particulier dans les pays en développement.

91. Dans bien des cas, les administrations des brevets consacrent leurs ressources limitées au traitement et à l'examen des demandes de brevet, non à la diffusion d'information en matière de brevets. Ces offices ont besoin de recevoir une assistance technique pour numériser et diffuser leurs données relatives aux brevets, afin d'améliorer l'accessibilité de l'information aux plans national et international.

ii) La diversité linguistique de l'état de la technique

92. Depuis la révolution industrielle, la documentation concernant la technologie dans le monde est établie pour l'essentiel dans les langues européennes, et surtout en anglais, en allemand et en français et, plus récemment, en japonais. Toutefois, l'accroissement spectaculaire du nombre des nouveaux utilisateurs du système des brevets implique qu'un volume très important d'informations techniques n'est à présent disponible que dans des langues asiatiques, qui sont surtout le japonais, le chinois et le coréen (voir tableau 2). On peut s'attendre à ce que le développement de l'activité industrielle à travers le monde se traduise à l'avenir par l'utilisation d'autres langues encore.

Tableau 2 : Nombre de demandes internationales de brevet selon le PCT, par langue de dépôt		
Langues de dépôt	2007	Part en 2007
Anglais	91 114	58,4%
Japonais	27 106	17,4%
Allemand	18 336	11,7%
Chinois	5 009	3,2%
Coréen	4 931	3,2%
Français	4 540	2,9%
Italien	1 288	0,8%
Espagnol	1 175	0,8%
Russe	587	0,4%
Finnois	526	0,3%
Suédois	515	0,3%
Hollandais	512	0,3%
Norvégien	179	0,1%
Danois	136	0,1%
Hongrois	46	<0,1%
Slovène	21	<0,1%
Tchèque	20	<0,1%
Portugais	19	<0,1%
Turc	17	<0,1%
Slovaque	11	<0,1%
Croate	10	<0,1%
Toutes les autres	2	<0,1%
Total	156 100	100%

Source : Base de données statistiques de l'OMPI

Note : Les données de 2007 sont des estimations.

93. Cette diversité linguistique croissante complique la tâche des offices des brevets en ce qui concerne les recherches exhaustives sur l'état de la technique qu'ils doivent effectuer, ce qui a des répercussions sur la sécurité juridique de la procédure de délivrance des brevets. La multiplicité des langues rend également plus difficile pour les utilisateurs de l'information en matière de brevets d'accéder à l'ensemble de l'information disponible.

94. Plusieurs solutions sont proposées pour améliorer l'accessibilité de l'information existant dans des langues différentes. La traduction manuelle confiée à des traducteurs étant très onéreuse étant donné le volume d'informations en cause, on a recours pour l'essentiel à la traduction automatique et aux outils de travail translangues. La traduction humaine reste la règle pour les traductions authentiques et le restera probablement pendant assez longtemps.

95. La mise au point de la traduction automatique a été d'un grand secours et est à la base de la compréhension de documents établis dans des langues différentes. Toutefois, les langues utilisant certains alphabets ou types de caractères et présentant certaines spécificités de structure créent des difficultés pour les systèmes de traduction automatique; c'est le cas, par exemple, du passage du chinois à l'anglais. Par ailleurs, les documents de brevet contiennent généralement des formes linguistiques et une terminologie spécialisées que les systèmes de traduction automatique du commerce ont du mal à traiter. Les offices de brevets investissent dans des systèmes de traduction de brevet et des bases de données terminologiques spécialisés afin d'améliorer la fiabilité de la traduction automatique.

iii) Rôle des secteurs public et privé

96. Le rôle principal du secteur public, à savoir les offices de brevets, devrait être de veiller à ce qu'une information fiable soit disponible dans un format utilisable. Certains offices de brevets pourraient avoir besoin d'une assistance pour atteindre cet objectif. D'une façon générale, le secteur public devrait encourager la diffusion et l'utilisation efficace de l'information en matière de brevets, soit en fournissant ces services lui-même, soit en invitant le secteur privé à s'en charger.

97. L'élargissement de la diffusion nationale et internationale de l'information en matière de brevets peut se traduire par une perte de contrôle sur l'information pour l'administration qui l'a créée. Les politiques de diffusion de l'information en matière de brevets devraient prendre en considération le droit des offices de brevets de conserver des droits sur l'utilisation et la redistribution de leurs données, en particulier le droit de tirer un revenu de l'utilisation commerciale de l'information.

iv) Utilisation efficace de l'information en matière de brevets

98. L'information en matière de brevets est actuellement sous-utilisée dans les pays en développement et dans les PME du monde entier. Les offices des brevets devraient encourager l'utilisation efficace de cette information en fournissant des produits d'information, une formation et des services en ligne.

IV. DIFFUSION DES TECHNIQUES ET SYSTÈME DES BREVETS

a) Concession de licences et transfert de technologie

99. On ne possède guère de données bien attestées en la matière, mais la recherche donne généralement à penser qu'un système des brevets opérationnel, assorti de mesures d'application adéquates, encouragerait plutôt le transfert de technologie et l'investissement étranger³⁵, mais qu'il n'est que l'un des nombreux facteurs qui contribuent à ce transfert, tels que la taille du marché, la capacité d'absorption de la technologie, les incitations financières et les infrastructures existantes. D'un autre côté, il est admis qu'une trop forte protection des droits de brevet, en particulier dans les premiers temps de l'industrialisation, lorsque l'apprentissage se fait par ingénierie inverse et imitation-répétition, quand ce n'est pas par une utilisation abusive de ces droits, peut également entraver un transfert de technologie³⁶ et augmenter le coût des licences. Quant à la question de savoir comment le titulaire d'un brevet peut exploiter son invention, il peut le faire lui-même (par l'intermédiaire de son entreprise ou en créant une société de fabrication et de commercialisation du produit issu de l'invention) ou par l'intermédiaire de tiers, en cédant son droit ou en concédant des licences à d'autres personnes. Cette dernière possibilité, la concession d'une licence, implique la fabrication et la commercialisation du produit issu de l'invention par l'intermédiaire d'une entreprise autre que le titulaire du droit de propriété intellectuelle en échange de redevances (droits de licence).

³⁵ Entre autres, Arora, et. al., 2005; Maskus et Penubarti, 1995; Xu et Chiang, 2005.

³⁶ Entre autres : L. Kim, *Technology Transfer and Intellectual Property Rights: Lessons from the Korean Experience*, document de fond de la CNUCED-ICTSD (Centre international pour le commerce et le développement durable), 2002.

Les contrats de licence sont l'un des moyens par lesquels un transfert de technologie peut se réaliser. La présente partie examinera plus spécifiquement le rôle de la concession de licences au regard de certains aspects du transfert de technologie (en particulier à destination des pays en développement), les pratiques anticoncurrentielles et le regroupement de brevets.

i) Transfert de technologie

100. Le transfert de technologie peut être organisé de plusieurs manières : publications, coopération en matière de recherche, accords de développement et de commercialisation entre gouvernements et établissements de recherche, accords de coentreprise ou investissements étrangers directs. Comme indiqué au chapitre III plus haut, l'existence de dizaines de millions de documents de brevet à la disposition du public est en elle-même une source inépuisable de connaissances technologiques qui peuvent être utilisées pour trouver des partenaires commerciaux et des donneurs de licence.

101. Dans nombre de cas de transfert de technologie, les accords de licence de brevet jouent un rôle important en donnant accès à la technologie en question. En outre, les accords de licence contiennent souvent des clauses relatives à l'assistance technique et au savoir-faire nécessaires pour mettre en œuvre l'invention et, dans le cas de certains produits, obtenir leur homologation. Il va sans dire que, pour qu'un accord de licence de brevet puisse être correctement appliqué, la protection par brevet doit exister dans le pays considéré. Dans le contexte de la mondialisation et de l'accroissement des échanges internationaux, le lien entre les brevets et le transfert de technologie est de plus en plus reconnu aux niveaux national et international, comme il ressort, par exemple, des articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC ou de l'article 16 de la Convention sur la diversité biologique. On considère en général que ce lien a à la fois un aspect positif, lorsqu'une technologie utile est bel et bien transférée au bénéficiaire, et un aspect négatif, dans les cas où les droits de brevet ou une utilisation abusive de ces droits peuvent entraver un transfert de technologie.

102. Au-delà de cette dimension internationale du transfert de technologie, il y a un autre aspect qu'il convient d'examiner, à savoir la transformation des résultats des instituts de recherche en produits tangibles pour le marché. On peut citer l'exemple de la Loi Bayh-Dole des États-Unis d'Amérique, qui permet aux instituts de recherche et aux universités d'obtenir une protection de leurs inventions par brevet et, de ce fait, de conclure des accords de licence avec les entreprises. Certains de ces instituts et universités peuvent ainsi tirer de leurs inventions un revenu considérable et financer la poursuite de leurs recherches. En outre, ces accords peuvent avoir pour résultat concret de créer des sociétés dérivées qui viennent enrichir l'environnement économique d'un pays donné. Ces exemples ont amené un certain nombre de pays en développement à mettre eux aussi en place des systèmes de délivrance de brevets et de transfert de technologie dans le secteur public.

103. D'aucuns avancent, en faveur de la concession d'accords de licence dans les pays en développement, l'argument selon lequel cette politique créerait des incitations au renforcement du savoir-faire et de l'expertise techniques dans ces pays, ce qui encouragerait la création d'industries nationales. D'autres se demandent si la concession de licences est suffisante pour atteindre ce but, en faisant remarquer que les accords de licence ne divulguent pas nécessairement tout le savoir-faire nécessaire pour exploiter la technologie en question, et estiment qu'il faudrait investir davantage dans l'éducation et dans l'amélioration des partenariats secteur public-secteur privé. De surcroît, on considère aussi parfois que, dans certains domaines spécifiques, par exemple le secteur de la santé des pays en développement,

un système de licences fondé sur le système des brevets existant ne permettra pas d'obtenir les résultats escomptés, car il pourrait susciter plutôt le financement d'une recherche pouvant déboucher sur des brevets rémunérateurs, mais ne favorisera pas la recherche dans le domaine des maladies dans les pays en développement, en particulier, car le coût des produits obtenus serait trop élevé pour les marchés en développement. Si les instituts de recherche des pays en développement axent leurs recherches sur l'obtention de brevets pour maximiser les revenus tirés des licences, on peut s'attendre à ce qu'ils orientent eux aussi leurs activités de recherche sur des sujets pour lesquels il existe un marché capable d'intéresser des entreprises à l'exploitation de licences. Or, certaines données tendent à montrer que le renforcement de la concession de licences de technologie n'a pas sensiblement modifié les priorités de recherche aux États-Unis d'Amérique³⁷. D'un autre côté, comme les pays en développement ont entrepris de renforcer et d'élargir leurs capacités de recherche, l'un des principaux objectifs qu'ils doivent étudier est de mettre en place des mesures d'incitation à l'accroissement de ces capacités. À cet égard, ils devraient envisager sérieusement une utilisation judicieuse du système des brevets et son utilisation aux fins tant du transfert international de technologie que de la création de partenariats secteur public-secteur privé aux différentes étapes de la recherche-développement, en tenant compte des flexibilités offertes par le système afin d'éviter les utilisations abusives.

104. Indépendamment de la question de savoir si les pays doivent adopter des politiques nationales en matière de concession de licences d'exploitation et, dans l'affirmative, lesquelles, se pose celle de la mise à la disposition des pays en développement, à des conditions économiquement abordables pour eux, des technologies en provenance des pays industrialisés afin d'accroître les échanges les transferts de technologie à destination des pays en développement. Nombre de gouvernements peuvent, parfois pour des raisons constitutionnelles, ne pas être en mesure d'imposer les conditions auxquelles les entreprises nationales doivent divulguer leurs technologies, mais ils peuvent néanmoins prendre diverses mesures d'incitation, par exemple de caractère fiscal, aux fins d'un tel transfert. En outre, ils peuvent envisager de mettre en place des programmes de transfert de technologie qui couvrent les technologies de leurs organismes publics. Il convient toutefois de rappeler que ces initiatives ne peuvent porter leurs fruits que si elles s'accompagnent de mesures destinées à favoriser la croissance économique dans les pays en développement et à garantir l'absorption de ces technologies dans un pays donné.

105. Au cours des décennies écoulées, le débat sur le transfert de technologie est passé par différentes phases³⁸ : alors que dans les années 70, les pays se focalisaient sur les écarts existant entre les pays en matière de développement technologique, la faiblesse des entreprises des pays en développement par rapport à celles des pays industrialisés et les incidences du système des brevets, l'accent a été mis davantage, au cours des années 90, sur le renforcement des capacités et une meilleure connaissance et une meilleure assimilation de la technologie. Aujourd'hui, si certaines des préoccupations susmentionnées restent valides, on s'intéresse davantage aux moyens de combler la fracture technologique qui est toujours là, d'associer tous les pays à l'activité de création de normes et d'utiliser au mieux les flexibilités existantes. Il est clair que le lien entre les brevets et le transfert de technologie est

³⁷ Gregory K. Sobolski et al., *Technology Licensing: Lessons From the US Experience*, *JAMA*.2005; 294:3137-3140.

³⁸ Entre autres, Pedro Roffe, *Technology transfer on the international agenda*, in *International Public Goods and Transfer of Technology*, publié sous la direction de Maskus et Reichman, 2005.

multidimensionnel. Pour approfondir l'analyse de cette question, on pourra examiner des aspects tels que l'impact des brevets sur le transfert de technologie en ce qui concerne la décision de transfert, la modalité de transfert de technologie à retenir, les incidences sur l'innovation nationale et, au-delà, la question de savoir si le cadre juridique est adapté aux fins de la contribution au transfert de technologie.

ii) Pratiques anticoncurrentielles en matière de concession de licences de brevet

106. La concession de licences est importante pour le développement économique et le bien-être des consommateurs, car elle contribue à la diffusion de l'innovation. Mais la concurrence est tout aussi importante en tant que l'un des principaux moteurs de l'innovation : il convient donc de réaliser un équilibre satisfaisant entre la protection de la concurrence et celle des droits de propriété intellectuelle.

107. En vertu des principes généraux du droit des contrats, les parties peuvent librement fixer la teneur des contrats et ne peuvent déroger par consentement mutuel aux dispositions concernant les contrats de licence que dans les cas où la loi ne le leur interdit pas. Toutefois, les accords de licence peuvent également être utilisés à des fins anticoncurrentielles. C'est le cas, par exemple, lorsque deux concurrents utilisent un accord de licence pour se répartir les marchés ou lorsqu'un important donneur de licence exclut les technologies concurrentes du marché. Il s'ensuit que les clauses des accords de licence qui ont un effet de monopole ou qui sont incompatibles avec l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles sont considérées comme nulles et non avenues. Les plus importantes formes d'utilisation abusive sont par exemple les clauses d'achats liés, les interdictions d'exporter, les redevances liées, les clauses de rétroconcession, des conditions empêchant la contestation de la validité et un régime coercitif de licences groupées. Les clauses d'achats liés stipulent que le preneur de licence ne peut s'approvisionner qu'auprès de certaines sources et les clauses de rétroconcession assurent au donneur de licence des droits exclusifs sur les améliorations apportées par le preneur de licence.

108. Les restrictions susvisées à la liberté de contrat trouvent leur pendant au niveau international, comme il ressort de la liste non exhaustive d'exemples ci-après :

- En vertu de l'Accord sur les ADPIC, les pays membres de l'OMC sont libres d'insérer dans leur législation des pratiques ou des conditions en matière de concession de licences qui peuvent, dans certains cas, constituer une utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle susceptible de nuire à la concurrence sur le marché concerné. Un pays membre de l'OMC peut adopter, en conformité avec les autres dispositions de l'Accord, des mesures appropriées pour prévenir ou combattre ces pratiques compte tenu de sa législation et de ses réglementations applicables.
- L'article 81.1 du Traité sur l'Union européenne interdit les accords qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. En vertu de l'article 81.3, l'interdiction visée à l'article 81.1 peut être déclarée inapplicable à un accord anticoncurrentiel si les effets positifs induits par l'accord l'emportent sur ses effets négatifs, en faisant jouer les Réglementations et Directives applicables à l'"exemption par catégorie". Cette exemption permet aux accords de licence de bénéficier d'une sphère de sécurité réglementaire.

- Aux États-Unis, le Ministère de la justice a adopté certaines directives antitrust qui sont analogues aux directives européennes et qui précisent qu'un accord de licence peut susciter des préoccupations antitrust si les restrictions qu'il contient entravent la concurrence entre entités qui auraient été des concurrents effectifs ou (sans doute) potentiels. De plus, une restriction fait l'objet d'un examen en vertu des dispositions antitrust "si elle facilite la répartition du marché ou l'entente sur les prix". Par ailleurs, les directives prévoient une sphère de sécurité dont les objectifs sont comparables à ceux de l'exemption par catégorie prévue par la réglementation européenne.
- Au Japon, les Directives applicables aux pratiques commerciales déloyales énumèrent plusieurs types de clauses ayant beaucoup de chances d'être considérées comme des pratiques commerciales déloyales, telles que la limitation des prix des marchandises ou le fait d'imposer des obligations après l'expiration du contrat ou du brevet ou des limitations aux programmes de recherche-développement du preneur de licence.

iii) Regroupement de brevets

109. Au coeur du conflit potentiel entre le droit des brevets et le droit de la concurrence, on trouve la question de la situation dans laquelle un grand nombre de droits de brevet s'appliquent à une même technologie, avec pour conséquence que la somme des droits de licence devient prohibitive, sans même parler de la difficulté qu'il y a à négocier des accords distincts avec tous les titulaires de droits. Face à la situation où différentes personnes sont titulaires d'un certain nombre de brevets se rapportant à une technologie, on peut, par exemple, créer une communauté de brevets, qui est un accord permettant aux titulaires de brevets participants d'utiliser les brevets groupés, de concéder une licence standard pour ces brevets à des preneurs de licence qui ne sont pas membres de la communauté et de répartir entre les membres de la communauté les droits de licence selon les clauses de l'accord. On a tout particulièrement recours à ces communautés de brevets dans le cadre de la procédure de normalisation qui, dans certains domaines tels que la technologie numérique et les télécommunications, fait souvent intervenir une multiplicité de brevets. L'une des communautés de brevets ayant donné le plus de satisfaction est celle qui a été créée pour la norme MPEG-2, technologie numérique couramment utilisée pour la compression vidéo. Elle a été créée pour garantir un moyen équitable, raisonnable et non discriminatoire d'accéder à la technologie brevetée incorporée dans la norme. Conformément aux accords de regroupement de brevets, les titulaires de brevets concèdent une licence d'exploitation de leurs brevets au titre de la MPEG-2 à un organe administratif, le MPEG LA. Celui-ci offre une licence donnant accès aux technologies brevetées groupées aux mêmes conditions et à des tarifs fixés dans le cadre d'une licence unique. En outre, il passe constamment en revue les nouvelles technologies brevetées qui méritent d'être incorporées dans la communauté. Cette dernière couvre plus de 120 "brevets essentiels" et un nombre très supérieur de "brevets connexes".

110. Nombre de pays considèrent que les communautés de brevets peuvent encourager la concurrence, mais on s'inquiète également des effets négatifs qu'elles pourraient avoir. Par exemple, les accords de regroupement de brevets pourraient incorporer des pratiques d'entente sur les prix ou des clauses de rétrocession, ce qui obligerait les preneurs de licence à concéder à la communauté des licences d'exploitation des brevets dérivés des brevets groupés.

b) Normes

i) La nécessité des normes

111. L'interopérabilité est indispensable pour assurer l'interaction de différentes composantes technologiques, notamment dans le domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC). Des produits toujours plus nombreux doivent être compatibles et pouvoir fonctionner en interconnexion, ce qui est souvent réalisé à l'aide de ce que l'on appelle les normes techniques, qui sont des spécifications techniques permettant de remplacer une pièce d'un produit donné par une autre pièce ou d'assembler les pièces du produit en question. Les normes abaissent les coûts de transaction en permettant à toutes les entreprises actives dans un domaine technique donné de bénéficier de plates-formes techniques uniformisées et d'économies d'échelle. Les normes sont une source de prévisibilité, d'interopérabilité et de concurrence entre applications, sans pour autant imposer d'homogénéité. En bref, les normes sont considérées comme indispensables à l'adoption généralisée des nouvelles technologies sur le marché, notamment dans les domaines de l'électronique et des télécommunications.

112. La grande majorité des produits actuellement sur le marché ont été mis au point d'une façon conforme à une ou plusieurs normes. En sus de l'interopérabilité, les normes peuvent contenir des informations sur la qualité, la sûreté ou la fiabilité d'un produit ou ses effets sur l'environnement.

113. D'une façon générale, il existe deux catégories de normes techniques : les normes *de facto* et les normes *de jure* (ou "officielles"). Une norme *de facto* existe à partir du moment où une technologie donnée est couramment mise en œuvre et déployée sur le marché. Les normes *de jure* sont fixées par des organismes de normalisation, qui relèvent souvent, à un titre ou à un autre, des pouvoirs publics. Les organismes de normalisation peuvent être internationaux (comme l'Organisation internationale de normalisation (ISO)), régionaux (comme l'Institut européen des normes de télécommunication (ETSI) et l'Organisation africaine de normalisation (ARSO)) ou nationaux (comme l'American National Standards Institute (ANSI)). Entités indépendantes, ces organismes coordonnent et facilitent un processus de normalisation volontaire auquel participent les fournisseurs de technologie. Dans certains cas, des entreprises se regroupent pour fixer des normes techniques dans un domaine donné, essentiellement dans les secteurs des télécommunications et des technologies informatiques. Le Groupe d'étude sur l'ingénierie Internet (IETF) et le Consortium W3C sont deux importants organismes internationaux de normalisation pour l'Internet et la Toile.

114. L'application des normes est en général volontaire et soumise aux forces du marché, sauf cas exceptionnels tels que la sécurité publique et la santé publique.

ii) Le lien entre les brevets et les normes

115. Les brevets et les normes concourent à la réalisation d'objectifs communs dans la mesure où ils encouragent les investissements dans l'innovation et la diffusion de la technologie. Le dépôt d'une demande de brevet permet aux producteurs de technologie de divulguer ouvertement et de bonne heure les résultats qu'ils ont obtenus. La protection par brevet incite les entreprises à offrir leurs technologies aux fins de la normalisation et permet de concéder des licences aux exécutants. Dans le cadre d'une procédure de normalisation, les spécifications techniques, qui incorporent souvent la technologie brevetée, peuvent être

divulguées rapidement pour le plus grand profit des entreprises et du public. Si cette possibilité n'existait pas, les producteurs de technologie pourraient bien choisir de ne pas divulguer leurs résultats ou de n'en divulguer que le minimum requis par la procédure de normalisation.

116. D'un autre côté, il existe des tensions intrinsèques entre les brevets et les normes, tensions qui deviennent visibles lorsque l'application d'une norme requiert l'utilisation d'une technologie couverte par un ou plusieurs brevets. De fait, d'une part, un organisme de normalisation, qui, bien souvent, regroupe des entreprises qui s'intéressent à la mise au point de la technologie en question, a pour objectif de mettre en place une technologie normalisée qui puisse être utilisée le plus largement possible sur le marché; d'autre part, les titulaires de brevets dans le domaine considéré peuvent vouloir faire adopter, dans la norme, leur propre technologie brevetée, afin de pouvoir ultérieurement en tirer des redevances.

117. Afin d'équilibrer ces intérêts rivaux, nombre d'organismes de normalisation ont institué des politiques en matière de brevets qui encouragent les parties à la procédure de normalisation à divulguer aux autres membres de l'organisme de normalisation l'existence de tous brevets (et aussi, parfois, de demandes de brevet) sur des technologies indispensables à la mise en œuvre de la norme technique à l'examen, de façon qu'il puisse en être tenu compte pendant la procédure de normalisation. En outre, en règle générale, ces organismes demandent au titulaire de brevet d'accepter de concéder une licence d'exploitation de la technologie brevetée à des conditions raisonnables et non discriminatoires. Si ce dernier n'accepte pas ces conditions, la norme à l'examen ne peut pas être adoptée et l'organisme peut décider d'en reprendre l'examen. Certains organismes de normalisation, comme le W3C, ont adopté une politique de concession de licences à titre gratuit, selon laquelle les titulaires de brevets sont tenus de conclure des accords de licence réciproques à titre gratuit. En d'autres termes, le titulaire de brevet met sa technologie à disposition à titre gratuit dès l'instant que le preneur de licence fait de même pour sa technologie brevetée, qui est nécessaire pour la mise en œuvre de la norme, également à titre gratuit. Même lorsqu'elles ne prévoient pas le paiement de redevances, les politiques des organismes de normalisation en matière de droits de propriété intellectuelle prévoient généralement d'autres conditions raisonnables et non discriminatoires, telles que le domaine d'utilisation, la réciprocité ou les restrictions apportées à la concession de sous-licences.

iii) Principales questions à l'examen

118. Depuis quelques années, le lien entre les droits de brevet et les normes est de plus en plus souvent débattu. Cela tient notamment au fait que les entreprises s'intéressent davantage aux brevets en tant qu'actifs incorporels, au nombre croissant de normes qui portent sur des technologies brevetées (au moins dans le cas de certaines technologies spécifiques, telles que les TIC) et aux questions se rapportant aux conséquences que les brevets auraient sur la mise au point et l'application des normes pour les consommateurs, les concurrents et l'ensemble de la société.

119. Du point de vue de la politique générale, l'objectif le plus essentiel semble, tout en gardant à l'esprit la nécessité d'encourager l'innovation, de trouver un équilibre entre l'intérêt des titulaires de brevets, qui est d'exploiter leurs brevets, celui des producteurs, qui veulent concéder des licences d'exploitation des articles couverts par la norme et les produire à un coût raisonnable et celui du public, qui entend pouvoir choisir dans une gamme de produits capables de fonctionner en interconnexion la plus vaste possible. Certains des principaux problèmes dont on a dit qu'ils pouvaient menacer cet équilibre sont les suivants :

premièrement, la possibilité de voir un titulaire de brevet cacher (ou du moins ne pas divulguer suffisamment) des droits de brevet essentiels en vigueur ou en instance pendant la procédure d'adoption d'une norme et ne divulguer les droits seulement après cette adoption (ce que l'on appelle aussi le "guet-apens au brevet"), ce qui peut lui permettre de bloquer l'application de la norme³⁹. En deuxième lieu, certaines questions liées à la concurrence sont au coeur du débat, telles que le cas dans lequel le titulaire de brevet exige un niveau de redevances tel qu'il devient très difficile de produire la norme ou que le prix de la technologie normalisée s'en ressent fortement⁴⁰; il y a enfin le problème, qui se pose peut-être avec moins d'acuité, des accords de prix qui sont susceptibles d'être conclus pendant la procédure de normalisation et qui peuvent aboutir à exclure les tiers de cette procédure. Les politiques en matière de brevets adoptées par nombre d'organismes de normalisation visent précisément à réduire autant que faire se peut le risque de tels conflits et à garantir la diffusion ordonnée et sur une grande échelle des technologies normalisées.

120. Les normes prenant de plus en plus d'importance, on s'emploie à mettre en œuvre plusieurs solutions pour éviter que des conflits ne se produisent : il s'agit d'abord d'améliorer les mécanismes d'autorégulation des organismes de normalisation, à savoir leurs politiques en matière de brevets, notamment en se penchant sur la recherche en matière de brevets, en continuant d'encourager la divulgation rapide des brevets essentiels et des demandes de brevet, et en réglant le problème des redevances cumulées en définissant des critères et des mécanismes tel que les conditions raisonnables et non discriminatoires ou équitables, raisonnables et non discriminatoires en ce qui concerne les licences concédées par les titulaires de brevets. On étudie également une deuxième solution, qui met en jeu l'application de mécanismes juridiques propres au système des brevets ou extérieurs à lui. Le droit de la concurrence, en particulier, relève de cette deuxième catégorie; il peut permettre de régler certains aspects du problème, tels que l'utilisation abusive d'une position dominante en ce qui concerne la fixation des droits de licence ou la violation de la politique en matière de brevets d'un organisme de normalisation. Toutefois, lorsqu'une entreprise ne participe pas à une procédure de normalisation ou en l'absence d'utilisation abusive d'une position dominante, le droit de la concurrence peut ne pas offrir de solution satisfaisante. Les mécanismes législatifs applicables au système des brevets lui-même tentent de régler les problèmes de l'intérieur et peuvent offrir les options suivantes : exceptions limitées, concession de licences obligatoires ou limitations à l'application des droits de brevet. Ces solutions présentent l'avantage d'être universelles et de s'appliquer aux non-participants à une procédure de normalisation. Les adversaires d'une approche législative font toutefois valoir qu'une trop forte ingérence dans la procédure de normalisation par le biais de mesures législatives pourrait inhiber une procédure essentiellement portée par le secteur des entreprises et empêcher l'adoption des technologies optimales dans une norme.

³⁹ Par exemple, un tribunal fédéral de San Diego a jugé en août 2007 que Qualcomm s'était rendu coupable d'une utilisation abusive des normes et d'une faute grave de procédure en cachant délibérément deux brevets alors qu'un comité élaborait la norme vidéo H.264.

⁴⁰ En janvier 2008, la Commission fédérale du commerce des États-Unis a réglé une plainte déposée contre Negotiated Data Solutions, une société qui est titulaire de brevets sur une norme Ethernet largement utilisée, en considérant que le titulaire des brevets tentait de collecter un montant énorme sous forme de droits de licence alors qu'il s'était antérieurement engagé à ne pas le faire (voir <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/index.shtm>).

iv) Normes ouvertes

121. Parmi les normes technologiques, on s'intéresse en particulier aux "normes ouvertes". Il n'existe pas de définition universellement acceptée de cette expression, mais toutes les normes ouvertes partagent les caractéristiques suivantes : i) la spécification est accessible au public gratuitement ou moyennant le paiement d'une redevance raisonnable; ii) tous les droits de propriété intellectuelle nécessaires à l'application de la norme sont mis à la disposition de tous les exécutants à des conditions raisonnables et non discriminatoires, gratuitement ou moyennant le paiement d'une redevance raisonnable; et iii) la spécification doit être suffisamment détaillée pour permettre aux parties intéressées de prendre intégralement connaissance de sa portée et rendre possibles des applications concurrentes par des prestataires de services multiples. Certains définissent les normes ouvertes comme des spécifications techniques accessibles au public qui ont été créées dans le cadre d'une procédure volontaire, consensuelle, transparente et ouverte, tandis que d'autres semblent compléter cette définition par la règle selon laquelle une norme ouverte doit être disponible gratuitement. Les tenants de la première définition sont favorables à des politiques en matière de brevets gérées selon des critères raisonnables et non discriminatoires, qui, selon eux, offrent, par le biais d'un engagement de concession de licences, une flexibilité maximale associée au droit des titulaires de brevets de recevoir une rémunération raisonnable et suffisante pour le partage de leur technologie, et ils croient en la coexistence de ce modèle et d'un modèle fondé sur la gratuité. Ils se demandent aussi comment, dans un environnement sans redevances, les investissements dans la recherche-développement pourraient être assurés à long terme et comment il pourrait être possible de maintenir une large participation aux procédures de normalisation. Les partisans de la seconde approche, quant à eux, sont convaincus que la société dans son ensemble pourrait profiter d'un accès ouvert et gratuit aux normes, comme c'est le cas, par exemple, de l'environnement de l'Internet, qui a été créé précisément pour permettre la publication et l'extraction gratuites de l'information sur la Toile. Selon eux, ce modèle est le mieux apte à garantir l'interopérabilité, le développement de l'innovation et le bien-être des consommateurs. Qui plus est, ils font valoir que, même lorsqu'une politique de gratuité est adoptée, l'avantage de la normalisation peut, pour certaines technologies, l'emporter sur la perte de recettes tirées des redevances en raison simplement de la vente d'un plus grand nombre d'exemplaires d'un produit donné.

122. À cet égard, on mentionne souvent la notion de "source ouverte", mais il convient de ne pas la confondre avec celle de normes ouvertes. Les normes ouvertes sont des spécifications techniques élaborées dans le cadre de procédures transparentes et ouvertes et sont disponibles en vue de leur mise en œuvre à des conditions raisonnables et non discriminatoires, mais pas nécessairement à titre gratuit, tandis que la notion de "source ouverte" renvoie à un modèle de distribution des logiciels qui s'appuie sur un droit de propriété intellectuelle, lequel est pour l'essentiel un droit d'auteur. En général, on entend par "logiciel libre" un logiciel dont le code source (code de programmation sous-jacent) est mis gracieusement à disposition pour être utilisé, lu, modifié ou développé dans des versions ultérieures du logiciel, y compris dans le cadre de modifications apportées à celui-ci (voir la section c)i) ci-après pour d'autres informations sur la source ouverte). Les logiciels libres ont été utilisés pour appliquer certaines normes concernant les TIC, mais d'autres normes sont appliquées par le biais de logiciels sur lesquels il existe un droit de propriété ou, de plus en plus souvent, en mettant en œuvre des plates-formes mixtes combinant les logiciels libres et les logiciels sur lesquels il existe un droit de propriété. Lorsque les gouvernements et les autres utilisateurs choisissent une technologie spécifique qui répond à leurs besoins en matière d'interopérabilité et/ou de

libre utilisation de cette technologie, il convient de prendre en considération, en sus du caractère gratuit ou non des logiciels en cause, des facteurs tels que les coûts généraux, le degré d'élaboration de la technologie et le soutien offert.

c) Projets de recherche en collaboration

123. Dans un monde de plus en plus complexe, la recherche est devenue non seulement plus internationale, mais tributaire d'un large éventail de technologies – souvent nouvelles –, d'une coopération plus poussée entre diverses équipes de recherche et d'un financement suffisant pour couvrir l'augmentation exponentielle des coûts à laquelle on assiste depuis quelques années. Les stratégies d'entreprise d'aujourd'hui doivent donc appuyer la compétitivité à l'échelle mondiale, l'innovation et la rapidité d'adaptation aux conditions du marché. Depuis le début des années 80, ces facteurs ont contribué au lancement de diverses initiatives dans différents domaines de la technologie (par exemple l'informatique, les technologies de communication mobile, les biotechnologies ou, ce qui est peut-être plus important, la santé publique) pour donner à la recherche une orientation plus collective à différents niveaux, le but étant de parvenir à l'excellence au niveau des projets et de réseaux de recherche capables d'attirer les chercheurs et les investissements de nombre de pays et de branches d'activité, de collecter des fonds suffisants pour cette recherche-développement et de transformer les résultats de cette recherche en produits concrets et utiles pour la société.

124. À cet égard, les partisans du système des brevets font valoir que celui-ci offre une structure incitatrice adéquate pour favoriser l'innovation, puisqu'il utilise le secteur privé et ses ressources financières et spécialisées pour réaliser des objectifs de politique publique et a constitué une source énorme de connaissances techniques qui peuvent être librement utilisées pour de nouvelles recherches et à diverses autres fins. Ils considèrent également que le système des brevets, lorsqu'il est jugé ne pas convenir à certains pays ou certaines situations, contient un certain nombre de flexibilités qui peuvent être utilisées, en particulier les exceptions en faveur de la recherche et les licences obligatoires. D'autres ont exprimé leur désaccord avec cette conception des choses, en considérant que le système des brevets pourrait entraver les approches de la recherche-développement reposant sur la collaboration susvisée, notamment en bloquant l'accès à l'information nécessaire ou l'utilisation de celle-ci. Ils estiment, en particulier, que le système des brevets empêche d'accéder à certaines inventions nécessaires pour la poursuite de la recherche, augmente le coût et la complexité en encourageant la concession d'une multiplicité de licences et axe la recherche sur des produits dont on attend des profits importants, ce qui conduit à négliger, par exemple, les maladies qui frappent spécifiquement les pays pauvres. En conséquence, selon ce point de vue, il convient de promouvoir les modèles de recherche en collaboration autres que les droits exclusifs. On présente succinctement ci-après deux exemples de modèles d'entreprise fondés sur la collaboration, à savoir le modèle de la source ouverte et ce que l'on appelle le traité sur la recherche-développement dans le domaine médical.

i) Source ouverte

125. Le modèle de la source ouverte est bien connu depuis de nombreuses années dans le domaine des logiciels, dans lequel il s'est imposé comme modèle de distribution fondé sur les droits de propriété intellectuelle (dans le cas des logiciels, il s'agit souvent du droit d'auteur). L'expression "logiciel libre" est souvent utilisée pour désigner de manière générale de nombreux types de logiciels sur lesquels n'existe aucun droit de propriété, ce qui se traduit pour l'essentiel par des conditions de licences différentes pour la diffusion ultérieure de versions modifiées du code source. Le principe de base du logiciel libre consiste à rendre

accessible le code source du programme informatique et, ce faisant, de permettre de continuer d'innover d'une manière qui repose davantage sur la collaboration, ce à certaines conditions, qui sont souvent plus ouvertes que celles qui s'appliquent aux licences classiques, car elles donnent accès au code de programmation du logiciel et écartent la possibilité d'obtenir un droit exclusif sur les innovations ultérieures (voir par exemple la licence publique générale (GPL))⁴¹. De fait, dans le cadre des logiciels libres, le fait d'ajouter, par exemple, une nouvelle fonctionnalité à un logiciel spécifique ne requiert pas l'autorisation du créateur du logiciel originel, mais aucun brevet ne pourrait, par exemple, être revendiqué sur le résultat, même si, en principe, les critères de brevetabilité étaient respectés. L'approche de la source ouverte n'est pas nécessairement hostile à la propriété intellectuelle, puisqu'elle s'appuie sur les droits de propriété intellectuelle et est parfois utilisée par les entreprises à titre de stratégie venant compléter les politiques en matière de propriété intellectuelle utilisant les brevets et le droit d'auteur; c'est notamment le cas d'IBM ou de SUN, qui utilisent et promeuvent les logiciels libres dans le cadre de leur stratégie d'entreprise.

126. Certaines des caractéristiques de la source ouverte élaborées dans le domaine des logiciels ne peuvent pas être simplement transposées dans d'autres domaines, mais le principe de base selon lequel certaines parties du fonds commun ne doivent pas faire l'objet d'un droit exclusif a été jugé suffisamment intéressant pour être testé et appliqué dans d'autres domaines. On peut citer l'exemple du projet HapMap, qui compare les séquences génétiques des individus pour identifier les haplotypes. Les chercheurs ont librement accès à l'information, mais doivent se conformer à une politique d'accès aux données qui interdit aux utilisateurs de limiter l'accès aux données et en vertu de laquelle celles-ci ne sont communiquées qu'aux personnes ayant pris le même engagement. Le SNP Consortium constitue un autre exemple : il crée une ressource destinée au public et à laquelle tous les autres chercheurs et entreprises peuvent avoir accès. Citons encore le projet BIOS (Biological Innovation for Open Society) de CAMBIA⁴², établissement qui considère que les inventions biotechnologiques doivent être mises à la disposition des chercheurs dans les conditions les moins restrictives possibles. Dans le cadre de ce projet, des licences BIOS ont été mises au point en tant que modèle largement inspiré de l'idée de licence publique générale. Ce modèle autorise l'utilisation de tous les actifs de propriété intellectuelle pour la mise au point et la commercialisation, mais le preneur de licence est tenu de concéder lui aussi des licences sur les améliorations ultérieurement apportées.

ii) Le projet de traité sur la recherche-développement dans le domaine médical

127. Dans le contexte de la santé publique et de l'influence qu'y exercent les droits de propriété intellectuelle, il a été proposé d'élaborer un traité sur la recherche-développement dans le domaine médical. Les partisans de ce projet font valoir que dans l'état actuel de la recherche-développement dans les produits pharmaceutiques, on investit trop de ressources dans l'étude des maladies frappant les pays riches, au détriment de celles qui frappent les pays pauvres, et que seule une restructuration fondamentale du modèle actuel de recherche-développement pourra garantir que les maladies des pays pauvres soient dûment étudiées. Le projet de traité prévoirait de nouvelles obligations et des incitations économiques à l'investissement dans des projets de recherche prioritaires, et aborde plusieurs autres sujets importants, tels que la publication en libre accès. Les pays membres s'entendraient pour réduire la protection de la propriété intellectuelle dans certains domaines, de façon, par

⁴¹ <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>.

⁴² <http://www.bios.net/daisy/bios/home.html>.

exemple, à autoriser des exceptions aux brevets aux fins de la recherche et des exceptions à la brevetabilité en ce qui concerne certaines bases de données médicales en libre accès. L'obligation de base pour les pays consiste à soutenir la recherche-développement dans le domaine médical, ce qui pourrait être obtenu, en particulier, par le biais d'un financement du secteur public, de crédits d'impôt ou d'achats de médicaments brevetés (évalués par la recherche-développement stimulée par ces achats), ainsi que de méthodes nouvelles, telles que les prix d'innovation médicale, les intermédiaires compétitifs ou divers projets de recherche en collaboration en libre accès. Les pays pourraient être tenus de consacrer un pourcentage de leur PIB, selon un taux progressif, à la recherche-développement médicale et de consentir un investissement minimal en faveur de projets de recherche prioritaires, concernant notamment les maladies négligées ou les maladies infectieuses à l'échelle de la planète. Le projet créerait également un système d'affectations de crédits pour récompenser les projets de recherche considérés comme socialement importants et stimuler les investissements dans ce domaine. Les pays membres qui s'acquitteraient de leur obligation découlant du traité seraient exonérés des obligations découlant des autres accords commerciaux sur les brevets ou les prix des médicaments. Les adversaires de cette initiative font valoir qu'elle pourrait constituer pour les entreprises pharmaceutiques une désincitation à continuer d'investir dans la recherche-développement et que toutes les tentatives antérieures de fonder la recherche non plus sur l'initiative privée, mais sur une approche publique avaient échoué.

iii) Collaboration secteur public-secteur privé

128. La plus grande partie des partenariats et réseaux qui ont été créés ces dernières années relèvent des relations interentreprises, mais les réseaux d'innovation en collaboration reposent de plus en plus sur l'interaction d'acteurs du secteur privé et d'organismes publics (les partenariats secteur public-secteur privé). Dans une certaine mesure, la quasi-totalité de ces projets réalisés en collaboration s'appuient sur des stratégies en matière de brevets et contiennent des dispositions sur la gestion et l'utilisation des droits de brevet. Dans le contexte qui nous occupe, nous allons nous concentrer sur le rôle des droits de brevet dans le cadre des projets de recherche en collaboration, car ces droits sont parfois considérés comme utiles aux réseaux de recherche à certains égards, mais comme pouvant également gêner la coopération en matière de recherche, faisant alors craindre que l'intérêt général puisse ne pas être suffisamment bien défendu.

129. L'une des principales questions qui se posent est d'identifier les types de gestion des droits de brevet qui seraient le mieux à même d'impulser la création et la mise au point de produits utiles à la société avec la participation d'entreprises privées, ce qui est l'objectif essentiel du système des brevets. Ce processus englobe, pour simplifier, trois aspects distincts, à savoir la phase de recherche, qui est à la base de la création des nouveaux produits, la transformation des résultats de la recherche en nouveaux produits tangibles et, enfin, la distribution de ces produits (infrastructures, circuits de distribution et accès en général). Les remarques qui suivent se limitent aux deux premières phases indiquées et concernent plus particulièrement la seconde, à savoir la transformation des résultats de la recherche en produits tangibles destinés au marché.

130. Pendant longtemps, les universités et les instituts de recherche publics n'ont pas été en mesure de transformer les résultats de leurs recherches en projets viables, essentiellement en raison de l'absence d'une coopération suffisamment poussée avec le secteur privé. Il était fréquent que les droits de brevet appartiennent à l'État, ce qui empêchait les instituts de recherche de céder leurs inventions ou de concéder des licences d'exploitations de ces

dernières. Or, pour pouvoir consentir des investissements importants dans des activités de recherche publiques qui sont souvent orientées vers la recherche fondamentale et peuvent donc s'étaler sur des périodes relativement longues, les entreprises privées exigent souvent certaines garanties, dont l'une est la titularité des brevets. Selon cette logique, le système des brevets peut être considéré comme l'un des éléments du rapprochement entre la recherche fondamentale du secteur public et la commercialisation des produits par le secteur privé. Dans le cadre des accords de partenariat secteur public-secteur privé, le système des brevets sert également à contrôler et réglementer certaines activités concernant, par exemple, la manière dont l'invention doit être commercialisée et les conditions dans lesquelles elle doit l'être. À un stade précoce de la recherche, le système des brevets peut être utile en déterminant si les technologies de base requises pour la recherche sont protégées ou non et s'il existe des partenaires et/ou des licences. De même, l'accès des partenaires et des tiers à la technologie peut être réglementé par le biais d'un système de concession de licences. Enfin, il convient de rappeler à cet égard que si les conditions d'accès à certains produits venaient à être considérées comme insuffisantes, les gouvernements pourraient décider d'envisager de mettre en place des instruments visant à protéger l'intérêt général, tels que la concession de licences obligatoires.

131. Les États-Unis d'Amérique ont été l'un des premiers pays à reconnaître le rôle du système des brevets pour ce type de partenariat et à prendre les mesures nécessaires : la Loi Bayh-Dole de 1980 a autorisé et encouragé les instituts de recherche des États-Unis à breveter les technologies mises au point avec l'aide de fonds fédéraux et à concéder des licences d'exploitation de ces technologies contre redevances. Cette Loi a été à l'origine d'une augmentation importante de l'activité en matière de brevets dans les universités américaines, en particulier, et au coeur de la création de bureaux de transfert de technologie dans nombre d'instituts de recherche américains. Il s'en est suivi un accroissement sensible des recettes provenant de licences pour ces universités et instituts de recherche, recettes qui ont atteint plusieurs milliards de dollars par an. Il convient toutefois de noter que l'immense majorité des institutions concernées tirent des recettes relativement modiques de leurs licences, tandis qu'un nombre relativement faible de ces institutions se partagent la part du lion. Mais même pour les institutions les plus prospères, le rendement de la recherche parrainée dépasse rarement 10%. Selon certaines études, l'impact économique positif de l'investissement dans les instituts de recherche et du financement de ces instituts tient non pas tant à l'activité en matière de brevets et de concession de licences d'exploitation des technologies déployée par les instituts de recherche qu'à une activité indirecte, à savoir la création d'entreprises dérivées.

132. Comme on l'a déjà indiqué, un certain nombre de pays en développement ont entrepris de mettre en place des systèmes de brevets et de transfert de technologie dans le secteur public. Sans que l'on puisse assurer que ces systèmes sauront comme prévu contribuer pour une large part au financement des recherches ultérieures, on espère que cette politique poussera à renforcer le savoir-faire technique et l'expertise scientifique de ces pays suffisamment pour encourager la production nationale dans différentes branches d'activité. L'expérience montre toutefois que le succès de la mise au point de nouveaux produits exige souvent une certaine forme de coopération entre les secteurs public et privé. On pourrait soutenir que, pour atteindre ces objectifs, il faudrait augmenter le niveau de financement de projets de recherche gérés par des partenariats secteur public-secteur privé dans les pays en développement, en particulier pour développer cette coopération avec les entreprises des pays industrialisés. Si l'on y parvient, il faudrait rédiger avec beaucoup de soin les clauses relatives aux brevets, qui peuvent constituer un instrument utile à la gestion des aspects liés à la recherche, de la titularité, de l'accessibilité et de la commercialisation des inventions.

V. LE CADRE MULTILATÉRAL ACTUEL

a) Instruments internationaux en vigueur

133. Vers la seconde moitié du XIX^e siècle, nombre de pays en étaient venus à considérer que le système des brevets était un instrument utile au développement technologique et économique. Ils avaient donc mis en place un système de protection des inventions au niveau national. Comme aucune convention internationale n'avait encore été signée dans le domaine de la propriété intellectuelle, il était assez difficile d'obtenir des brevets dans les pays étrangers. Par exemple, une règle stricte d'exploitation et des différences de traitement entre déposants étrangers et déposants nationaux était souvent appliquée. De plus, il fallait déposer les demandes de brevet à peu près en même temps dans tous les pays afin d'éviter que la publication dans un pays ne détruise la nouveauté de l'invention dans les autres. Une protection aussi peu efficace des inventeurs étrangers les a conduits à refuser de participer à une exposition internationale sur les inventions que le gouvernement de l'Autriche-Hongrie avait organisée à Vienne en 1873. Le même gouvernement a alors décidé d'organiser la même année le Congrès de Vienne pour la réforme des brevets, qui a prélué à l'adoption, en 1883, de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle.

134. Depuis, un certain nombre de traités internationaux ont été conclus dans le domaine des brevets. Cinq traités, à savoir la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (Convention de Paris), le Traité de coopération en matière de brevets (PCT), l'Arrangement de Strasbourg concernant la classification internationale des brevets (Arrangement de Strasbourg), le Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets (Traité de Budapest) et le Traité sur le droit des brevets (PLT) sont administrés par l'OMPI, et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), qui est une annexe de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), est administré par l'OMC. On trouvera à l'annexe I un résumé succinct de chacun de ces instruments.

135. Il convient de noter qu'en sus des instruments internationaux susvisés, un certain nombre d'accords régionaux ont contribué au développement du système international des brevets par le biais de l'harmonisation et de la simplification des législations régionales en matière de brevets. Il s'agit notamment des accords régionaux ci-après : i) la Convention sur le brevet européen (34 États membres); ii) la Convention sur le brevet eurasiatique (neuf États membres); iii) le Protocole d'Harare (Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO)) (16 États membres); iv) Accord de Bangui (Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)) (16 États membres); v) Régime des brevets établi par le Conseil de coopération des États arabes du Golfe (Conseil de coopération du Golfe (CCG)) (six États membres); vi) Décision 486, instituant un régime commun de propriété intellectuelle pour la Communauté andine; et vii) dispositions législatives adoptées par la Communauté européenne.

b) Principes cadres

i) Convention de Paris

136. La Convention de Paris énonce un certain nombre de principes devant régir la protection de la propriété industrielle à l'étranger. En premier lieu, chaque État membre de l'Union de Paris doit appliquer le principe du traitement national, selon lequel il doit accorder

aux ressortissants de tout autre État membre (y compris aux personnes et aux entreprises domiciliées ou ayant un établissement commercial ou industriel dans tout autre État membre) le même traitement en ce qui concerne la propriété industrielle que celui qu'il applique aux nationaux. La règle du traitement national garantit que les étrangers ne font l'objet d'aucune discrimination.

137. Les coûts et le surcroît de travail occasionnés par la préparation et le dépôt de demandes de brevet dans des pays étrangers ont conduit à instituer un autre droit fondamental, à savoir le droit de priorité. Toute personne qui aura fait le dépôt d'une demande de titre de propriété industrielle (brevet d'invention, modèle d'utilité, marque ou dessin ou modèle industriel), dans l'un des États contractants, jouira, pour effectuer le dépôt dans les autres pays, d'un droit de priorité pendant des délais déterminés (12 mois pour les brevets d'invention et les modèles d'utilité et six mois pour les marques de fabrique ou de commerce et les dessins ou modèles industriels), dès lors qu'elle aura accompli les formalités prescrites par la Convention. En conséquence, toute demande déposée ultérieurement dans un autre pays avant l'expiration du délai de priorité ne peut être rendue invalide par un acte quelconque accompli dans l'intervalle. Par exemple, une demande ultérieure ne pourrait pas être rejetée au motif d'un état de la technique pertinent rendu disponible entre la date à laquelle le délai commence à courir et la date effective de dépôt de la demande ultérieure.

138. En outre, les brevets délivrés dans les différents États contractants pour la même invention sont indépendants les uns des autres. En d'autres termes, la délivrance d'un brevet dans un pays pour une invention donnée n'oblige aucun autre pays membre à délivrer un brevet pour la même invention. De plus, un brevet ne peut pas être refusé, invalidé ou rendu caduc d'une autre manière dans un État contractant quel qu'il soit au motif qu'un brevet pour la même invention a été refusé, invalidé ou rendu caduc d'une autre manière dans un autre État contractant quel qu'il soit.

139. L'article 19 de la Convention de Paris reconnaît le droit des États contractants de prendre entre eux des arrangements particuliers pour la protection de la propriété industrielle, en tant que ces arrangements ne contreviendraient pas aux dispositions de la Convention. Un certain nombre de traités, dont le PCT, constituent des arrangements particuliers de ce type au sens de la Convention de Paris.

ii) Accord sur les ADPIC

140. L'Accord sur les ADPIC énonce le principe du traitement national et celui de la nation la plus favorisée. En vertu de ce dernier principe, tout avantage, faveur, privilège ou immunité dont un membre fait profiter les ressortissants d'un autre pays quel qu'il soit (Membre ou non) doit être accordé immédiatement et inconditionnellement aux ressortissants de tous les autres Membres; il peut être dérogé à ce principe dans certains cas spécifiés. Comme dans le cas du traitement national, ce principe ne s'applique pas aux procédures prévues dans les accords multilatéraux conclus sous les auspices de l'OMPI qui concernent l'acquisition ou le maintien des droits de propriété intellectuelle.

141. L'article 7 de l'Accord sur les ADPIC, rapproché du préambule de l'accord, énonce les objectifs de l'accord : la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle 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. L'article 8 spécifie les "principes" qui

reconnaissent les droits des Membres d'adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord. Il reconnaît également que des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie.

142. L'un des principaux éléments qui distinguent l'Accord sur les ADPIC des traités adoptés sous les auspices de l'OMPI est le système de règlement des différends institué dans le cadre de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce. Les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994 (à l'exception des alinéas 1)b) et 1)c) de l'article XXIII), telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémoire d'accord de l'OMC sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, s'appliquent aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord. Cela signifie que les avantages dont un pays bénéficie dans un autre domaine commercial peuvent être retirés en représailles de la violation de l'Accord sur les ADPIC (c'est ce que l'on appelle l'application de mesures de rétorsion).

c) Normes de droit matériel et flexibilités

i) Convention de Paris

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

144. Par ailleurs, la Convention donne toute latitude aux États membres pour régler un certain nombre de questions fondamentales relevant du droit matériel des brevets, tels que les critères de brevetabilité, la durée de la protection, les droits conférés par un brevet et l'application des droits.

ii) Accord sur les ADPIC

145. En sus de l'obligation générale de respecter les dispositions de fond de la Convention de Paris (1967), l'Accord sur les ADPIC a fixé des normes concernant la disponibilité, la portée et l'utilisation des droits de brevet. Ce sont : i) les normes fondamentales de brevetabilité et

une liste limitée d'exceptions à l'objet brevetable⁴³ (article 27); ii) la possibilité d'obtenir des brevets et de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale (article 27.1); iii) les droits conférés par un brevet (article 28) et les exceptions aux droits (article 30); iv) les conditions applicables à la divulgation de l'invention dans une demande de brevet (article 29); v) les licences obligatoires (article 31); vi) la possibilité de révision judiciaire de toute décision concernant la révocation ou la déchéance d'un brevet (article 32); vii) la durée de la protection (article 33) et viii) la charge de la preuve s'agissant de déterminer si un produit a été obtenu par un procédé breveté (article 34).

146. L'Accord sur les ADPIC est un accord relatif à des normes minimales, qui permet aux Membres d'assurer, s'ils le souhaitent, une protection plus étendue de la propriété intellectuelle. Les Membres ont toute latitude pour choisir la méthode appropriée d'application des dispositions de l'Accord dans le cadre de leur propre système et pratique juridiques. L'Accord prévoit des flexibilités en ce qui concerne l'élaboration par les Membres de leur système de brevets car certaines questions n'y sont pas traitées (la titularité des brevets, par exemple), n'y sont pas définies (la définition de l'"invention", par exemple) ou font l'objet de prescriptions assorties de possibilités de choix pour les Membres (la question de savoir s'il y a lieu d'exiger du déposant qu'il indique la meilleure manière d'exécuter l'invention).

d) Formalités

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

147. Dans le cadre du système du PCT, un déposant peut déposer une "demande internationale de brevet" unique qui a les mêmes effets qu'une demande nationale déposée dans chaque Partie contractante du PCT. Ce système prévoit une procédure simplifiée dans ces pays en instituant une procédure internationale unique pour certaines opérations de traitement des demandes de brevet (phase internationale). En conséquence, le déposant peut déposer une demande et la faire instruire dans le cadre d'une procédure unique assortie d'un

⁴³ Les inventions peuvent être exclues de la brevetabilité si leur exploitation commerciale est interdite pour protéger l'ordre public ou la moralité; en outre, les exclusions autorisées concernent les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales, et 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 doivent prévoir la protection des variétés végétales par des brevets ou par un système *sui generis* (tel que le droit d'obtenteur prévu dans une Convention UPOV). Par ailleurs, l'Accord expose en détail les conditions applicables à la concession de licences obligatoires ou à l'utilisation gouvernementale des brevets sans l'autorisation de leurs titulaires. Le paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique d'août 2003 permet aux Membres de l'OMC, sous certaines conditions, de délivrer une licence obligatoire aux fins de l'exportation de produits pharmaceutiques brevetés à destination de pays dont la capacité de production est insuffisante ou nulle. Le nouvel article 31*bis* de l'Accord sur les ADPIC dispose qu'un Membre peut concéder une licence obligatoire aux fins de la fabrication d'un produit pharmaceutique et de son exportation à un Membre importateur remplissant les conditions requises.

ensemble de formalités unique au cours de la phase internationale conformément au PCT et à son règlement. En vertu de l'article 27.1 du PCT, en ce qui concerne la forme ou le contenu de la demande internationale, le PCT prévoit des formalités normalisées que le déposant doit accomplir. On trouvera des informations plus détaillées sur le PCT à la section f)i) plus loin.

148. Toutefois, les formalités normalisées prévues par le PCT ne s'appliquent pas aux demandes nationales déposées dans le cadre du système de brevets national des États membres. De plus, s'agissant de toute formalité non spécifiée par le PCT, une Partie contractante du PCT peut prescrire toute exigence découlant du droit interne aux fins du traitement de la demande internationale de brevet après la phase internationale (phase nationale). C'est là qu'intervient le Traité sur le droit des brevets (PLT).

ii) Traité sur le droit des brevets (PLT)

149. Le Traité sur le droit des brevets (PLT) vise à harmoniser et à rationaliser les procédures de forme relatives aux demandes et aux brevets nationaux et régionaux. À l'exception notable des exigences relatives à la date de dépôt, le PLT définit les exigences maximales pouvant être appliquées par l'office d'une Partie contractante. Par conséquent, une Partie contractante est libre de prévoir des exigences plus généreuses du point de vue des déposants et des titulaires, mais ne peut prévoir des exigences plus contraignantes.

150. Le traité contient en particulier des dispositions régissant les questions suivantes :

- normalisation des exigences relatives à l'attribution de la date de dépôt;
- plusieurs exigences de forme maximales applicables aux demandes nationales et régionales qui non seulement ont un caractère pratique, mais sont conformes aux exigences relatives à la forme ou au contenu des demandes internationales selon le PCT;
- formulaires internationaux types, qui doivent être acceptés par les Parties contractantes;
- simplification des procédures devant les offices de brevets, parmi lesquelles figurent les restrictions à l'exigence systématique de la présentation de preuves et les exceptions à la constitution d'un mandataire;
- procédures permettant d'éviter la perte accidentelle de droits matériels en cas d'inobservation de conditions de forme dans les délais prescrits.

e) Coopération administrative

i) Classification internationale des brevets (CIB)

151. L'Arrangement de Strasbourg (1971) concernant la classification internationale des brevets institue une classification commune des brevets d'invention, y compris les demandes de brevet publiées, les modèles d'utilité et les certificats d'utilité. La classification internationale des brevets (CIB) est un système de classement hiérarchisé qui divise la technologie en un certain nombre de sections, classes, sous-classes et groupes comptant environ 70 000 subdivisions.

152. La classification est indispensable pour la recherche de documents de brevet dans le cadre de la recherche sur “l'état de la technique”. Cette recherche est nécessaire pour les administrations chargées de la délivrance des brevets, les inventeurs potentiels, les unités de recherche-développement, ainsi que tous ceux qui s'intéressent aux applications ou au développement de la technologie, afin d'établir la nouveauté d'une invention ou de déterminer l'état de la technique dans un domaine de la technologie donné.

153. Une soixantaine d'États seulement sont parties à l'Arrangement, mais la CIB est utilisée par les offices des brevets de plus de 100 États, quatre offices régionaux et le Secrétariat de l'OMPI en vertu du Traité de coopération en matière de brevets (PCT).

154. La CIB fait l'objet d'une révision permanente aux fins de sa mise à jour et une nouvelle édition en est publiée à intervalles réguliers. L'édition actuelle (la huitième) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. C'est un Comité d'experts créé en vertu de l'Arrangement qui se charge de la révision. Tous les États parties à l'Arrangement sont membres du Comité d'experts.

ii) Le Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets

155. La divulgation de l'invention est une condition de délivrance des brevets. Normalement, une invention est divulguée au moyen d'une description écrite. Lorsqu'une invention fait intervenir un micro-organisme ou l'utilisation d'un micro-organisme, la divulgation n'est pas toujours possible sous forme écrite, mais elle peut parfois être effectuée par le dépôt d'un échantillon du micro-organisme auprès d'un établissement spécialisé.

156. Pour éliminer la nécessité d'un dépôt dans chaque pays dans lequel la protection est demandée, le Traité de Budapest prévoit que le dépôt d'un micro-organisme auprès d'une “autorité de dépôt internationale” est suffisant aux fins de la procédure en matière de brevets des offices nationaux de brevets de tous les États contractants ou d'un office régional de brevets (si cet office régional déclare reconnaître les effets du traité). L'Office européen des brevets (OEB), l'Organisation eurasiennne des brevets (OEAB) et l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO) ont fait cette déclaration. L'“autorité de dépôt internationale” est un établissement scientifique – il s'agit communément d'une “collection de cultures” – capable de conserver les micro-organismes. Il existe à l'heure actuelle 37 établissements de ce type.

157. Le Traité est principalement avantageux pour le déposant qui a présenté des demandes de brevet dans plusieurs États contractants. Au lieu de déposer le micro-organisme dans chacun des États contractants dans lesquels il présente une demande de brevet faisant mention de ce micro-organisme, il peut le déposer une seule fois, auprès d'une seule autorité de dépôt, ce qui lui fait économiser les coûts afférents à des dépôts multiples. De plus, la sécurité du déposant est renforcée par le fait que, pour qu'un établissement devienne une autorité de dépôt internationale, l'État concerné ou une organisation intergouvernementale de la propriété industrielle doit donner des assurances solennelles quant au sérieux et à la pérennité de l'établissement en question.

f) Système international de dépôt et de traitement

i) Le Traité de coopération en matière de brevets (PCT)

158. Enfin, aucune description du cadre multinational actuel ne serait complète sans la mention du Traité de coopération en matière de brevets (PCT).

159. Le PCT est un traité multilatéral entre les pays qui sont membres de la Convention de Paris; il est administré par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Le PCT permet de demander une protection d'une invention par brevet en même temps dans tous les pays parties au Traité (138 en décembre 2007⁴⁴) en déposant une demande de brevet "internationale" au lieu de déposer plusieurs demandes nationales ou régionales distinctes. Et une demande de brevet internationale a, dans chaque État contractant du PCT, les mêmes effets que si une demande de brevet nationale avait été déposée auprès de l'office des brevets de l'État en question.

160. La "phase internationale" s'entend de la recherche internationale (qui aboutit à un rapport de recherche internationale et à une opinion préliminaire sur la brevetabilité établis par l'office chargé de la recherche)⁴⁵, de la publication internationale de la demande⁴⁶ et de l'examen préliminaire international facultatif, pendant lequel le déposant peut chercher à obtenir un rapport positif sur la brevetabilité en modifiant la demande et en dialoguant avec l'examineur. À l'issue de la phase internationale, le déposant doit "ouvrir la phase nationale" en fournissant à chaque office où il cherche à obtenir une protection par brevet une traduction de sa demande dans la langue officielle de l'office et en acquittant les droits officiels requis. Les décisions de ces offices des brevets nationaux et régionaux doivent de préférence être facilitées par le contenu du rapport de recherche, l'opinion écrite et, le cas échéant, le rapport préliminaire international sur la brevetabilité.

161. La procédure PCT présente des avantages importants, qui sont notamment les suivants : l'octroi au déposant de 18 mois de plus (que le système des brevets classique) pour trouver les importantes sommes d'argent nécessaires pour internationaliser une demande de brevet; des informations à forte valeur ajoutée contenues dans les divers rapports de recherche et opinions sur la brevetabilité sur lesquels fonder les décisions à prendre au sujet de la poursuite de la procédure; l'harmonisation concernant les conditions de forme qui doivent être acceptées lors de la phase nationale; la publication internationale, qui informe le monde entier d'une demande de brevet; et la publication simultanée de la demande internationale et du rapport de recherche internationale, qui permet aux tiers d'être mieux à même de formuler une opinion

⁴⁴ On trouvera la liste de ces États sur le site Web de l'OMPI à l'adresse www.wipo.int/treaties/en/documents/word/m-pct.doc.

⁴⁵ À ce jour, l'Assemblée de l'Union du PCT a nommé 15 offices des brevets en qualité d'administration chargée de la recherche internationale et de l'examen préliminaire international : Office des brevets de l'Autriche, Office des brevets de l'Australie, Institut national de la propriété industrielle du Brésil, Office de propriété intellectuelle du Canada, Office de propriété intellectuelle de la Chine, Office européen des brevets, Office des brevets de l'Espagne, Office national des brevets et de l'enregistrement de la Finlande, Offices des brevets de l'Inde, Office des brevets du Japon, Office des brevets de la Corée, Service fédéral de la propriété intellectuelle, des brevets et des marques de la Fédération de Russie, Office des brevets et de l'enregistrement de la Suède, Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique et Institut nordique des brevets.

⁴⁶ Dix langues de publication au 1^{er} janvier 2009.

fondée quant à la brevetabilité potentielle de l'invention. Enfin, le PCT met le monde à la portée du déposant, diffère les principales dépenses liées à la protection internationale par brevet, offre une base solide pour les décisions en matière de brevets et est utilisé aujourd'hui par les grandes entreprises, les grands centres de recherche et les grandes universités du monde lorsqu'ils souhaitent obtenir une protection internationale par brevet.

162. Tout récemment, le règlement d'exécution du PCT a été modifié de façon à prévoir ce qui suit :

- de nouvelles mesures applicables lorsque des éléments ou des parties d'une demande internationale sont manquants;
- la restauration du droit de priorité;
- l'assouplissement de la norme de rectification d'erreurs évidentes;
- la modification des conditions matérielles pour faciliter toute opération de numérisation ou de reconnaissance optique;
- l'adjonction de documents de brevet de la République de Corée à la documentation minimale du PCT;
- l'adjonction de systèmes de gestion de la qualité aux exigences minimales concernant la désignation de nouvelles administrations chargées de la recherche internationale;
- deux nouvelles langues de publication⁴⁷; et
- la possibilité d'obtenir des recherches internationales supplémentaires⁴⁸.

163. En outre, lors de la session de septembre 2008 de l'Assemblée de l'Union du PCT, il sera proposé d'apporter des modifications à la réduction des taxes déjà appliquées aux déposants de certains pays en développement et de certains pays les moins avancés afin de l'étendre à d'autres pays.

164. Quel que soit le critère d'évaluation utilisé, le PCT a connu un réel succès, qu'il s'agisse du nombre d'États contractants, du nombre de demandes déposées, des entreprises qui déposent systématiquement des demandes PCT, de l'harmonisation pratique dont ses exigences ont fait l'objet, des innovations que le PCT a connues, parmi lesquelles le dépôt électronique, la publication électronique et la diffusion des documents. Il est en quelque sorte devenu la pierre angulaire du système international des brevets tel qu'il existe aujourd'hui. Toutefois, parvenu à ce point de son histoire, le PCT doit faire face à un certain nombre de problèmes spécifiques, parmi lesquels :

⁴⁷ Le portugais et le coréen à compter de 2009.

⁴⁸ Les déposants peuvent, pendant la phase internationale de la demande PCT, demander que des recherches internationales supplémentaires soient effectuées par une autre (d'autres) administration(s) chargée(s) de la recherche internationale, de façon que la recherche internationale explore au maximum l'état de la technique. Il s'agit d'un système facultatif, tant pour les déposants que pour les administrations internationales.

- les limitations inhérentes à la structure juridique actuelle, qui rendent difficile d’innover et de tenir compte des meilleures pratiques en constante évolution, et de simplifier les textes;
- l’augmentation du nombre d’États contractants et de l’utilisation du système;
- la prestation des offices des brevets et des administrations internationales, en particulier la mesure dans laquelle ils respectent les délais prescrits⁴⁹ et la qualité de leur travail;
- l’équilibre à trouver entre les besoins, les souhaits et les attentes des États contractants et des utilisateurs du PCT;
- l’apparition d’un certain nombre d’“alternatives” au PCT;
- la nécessité de faire en sorte que le PCT contribue à résoudre les problèmes actuels du système international des brevets.

165. Un certain nombre des problèmes que le PCT a été créé pour régler existent toujours au sein du système international des brevets : retard important accumulé au regard du nombre de demandes et dans le traitement de ces dernières, réalisation d’activités identiques par des offices multiples au sujet d’une même demande, etc.⁵⁰ On peut affirmer sans risque d’erreur que ces problèmes seraient nettement plus graves aujourd’hui si le PCT n’avait pas été créé. Ses créateurs savaient qu’ils ne pourraient pas les régler complètement; aussi bien, le PCT est le fruit d’un compromis. L’ancien directeur général de l’OMPI Arpad Bogsch a pu déclarer :

“Au cours de la seconde moitié des années 60 (au moment où la création du PCT était envisagée) et dans les années 70 (lorsque le PCT a été adopté et signé), ce compromis était la solution la plus simple qui pouvait être adoptée d’un commun accord. Vingt-cinq ans plus tard, il semble que ce soit toujours

⁴⁹ Il s’agit des délais fixés par le Traité et son règlement d’exécution.

⁵⁰ La première déclaration officielle d’un organe des BIRPI a été faite le 29 septembre 1966 par le Comité exécutif de l’Union de Paris. On peut notamment y lire ce qui suit : “Le Comité exécutif de l’Union internationale pour la protection de la propriété industrielle (Union de Paris),” “Ayant noté : que tous les pays délivrant des brevets et, en particulier, les pays ayant mis en place un système d’examen préliminaire de la nouveauté doivent traiter des volumes très importants et sans cesse croissants de demandes de plus en plus complexes, que, dans chaque pays, un nombre considérable de demandes font double emploi ou font dans une large mesure double emploi avec des demandes portant sur la même invention déposées dans d’autres pays, ce qui accroît encore le volume de demandes à traiter, et que la résolution des difficultés découlant des doubles emplois aux niveaux du dépôt et de l’examen des demandes se traduirait par une protection plus économique, rapide et efficace des inventions dans le monde entier, ce dont profiteraient les inventeurs, le grand public et les gouvernements,” “Recommande : que le Directeur des BIRPI réalise d’urgence une étude sur des solutions tendant à réduire la répétition des activités tant pour les déposants que pour les offices nationaux des brevets en consultation avec des experts extérieurs qu’il invitera et compte dûment tenu des initiatives prises par d’autres organisations internationales et des groupes d’États en vue de régler des problèmes analogues, afin de formuler des recommandations spécifiques sur les autres mesures à prendre, y compris la conclusion d’accords spéciaux dans le cadre de l’Union de Paris.” Voir *The First Twenty-Five Years of the PCT (1970 – 1995)*, p. 12.

le cas. Toutefois, je ne pense pas que cette solution soit la plus simple qui puisse être adoptée au XXI^e siècle. Je crois, au contraire, qu'il est possible de rationaliser davantage les procédures et de susciter davantage de confiance dans les résultats de la recherche internationale et de l'examen international. Ces objectifs doivent rester une priorité de l'OMPI et aussi bien les États que les offices de brevets et le Bureau international de l'OMPI doivent tout mettre en œuvre pour les atteindre."⁵¹

166. Il semble évident que l'on puisse s'appuyer sur le Traité de coopération en matière de brevets pour poursuivre l'amélioration du système international des brevets.

g) Discussions récentes sur l'harmonisation du droit matériel des brevets; pays en développement

167. Étant donné qu'un certain nombre de questions touchant l'harmonisation des législations nationales et régionales en matière de brevets n'avaient été abordées ni dans l'Accord sur les ADPIC, ni dans le PLT ni dans aucun autre traité de portée mondiale, le SCP a, après la conclusion du PLT, décidé, en novembre 2000, d'engager des discussions quant à l'harmonisation de certaines dispositions du droit matériel des brevets, en vue de trouver des solutions notamment au problème des coûts élevés de l'obtention d'une protection internationale et de faciliter la coopération des offices des brevets en matière de résultats de recherche et d'examen en vue de réduire leur charge de travail et de traiter la question de la qualité des brevets. L'ensemble des questions générales qui devraient être abordées dans un projet de traité sur le droit matériel des brevets (SPLT) devrait englober, selon le SCP à ce moment-là, des questions concernant directement la délivrance des brevets et, en particulier, des dispositions relatives aux définitions de l'état de la technique, de la nouveauté, de l'activité inventive (non-évidence) et de l'applicabilité industrielle (utilité), la divulgation suffisante de l'invention dans la demande et la structure et l'interprétation des revendications.

168. Depuis le mois de mai 2001, le SCP a examiné plusieurs versions du projet de SPLT. Alors que ces discussions ont abouti à un accord de principe sur un certain nombre de points (tels que le droit au brevet, l'état de la technique, la divulgation suffisante ou les exigences de nouveauté et d'activité inventive), d'autres sujets ont engendré des difficultés plus importantes. Ces difficultés étaient partiellement dues à des divergences de vues entre pays industrialisés (caractère technique de l'invention, principe du premier déposant ou délai de grâce), mais également à des préoccupations exprimées par les pays en développement. En effet, ces derniers ont exprimé des craintes quant à la possibilité d'introduire dans le SPLT des dispositions allant au-delà de l'Accord sur les ADPIC, notamment concernant l'objet brevetable, et de perdre certaines flexibilités existantes.

169. Pour surmonter ces divergences, différents groupes d'utilisateurs ainsi que certains pays ont entamé, indépendamment de l'OMPI, des discussions sur la possibilité de limiter le projet de SPLT à un nombre réduit de dispositions, comprenant notamment les dispositions relatives à l'état de la technique, mais à l'exclusion des dispositions ayant un caractère plus controversé ou plus politique. De telles discussions ont eu lieu entre octobre 2003 et février 2004 au sein de la coopération trilatérale entre le Japon, les États-Unis d'Amérique et Office européen des

⁵¹ *The First Twenty-Five Years of the PCT (1970 – 1995)*, p. 11.

brevets), lors de réunions de l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI) et de la Fédération internationale des conseils en propriété intellectuelle (FICPI) et lors d'une réunion de 24 organisations non gouvernementales.

170. Suite à ces développements, les États-Unis d'Amérique, le Japon et l'Office européen des brevets ont soumis à la dixième session du SCP, qui a eu lieu du 10 au 14 mai 2004, une proposition commune ayant pour objectif de limiter le projet de SPLT aux dispositions relatives à la définition de l'état de la technique, au délai de grâce, à la nouveauté et à l'activité inventive. Le choix de ces dispositions s'est fondé notamment sur les motifs suivants : i) les dispositions du SPLT relatives à l'état de la technique offrirait la meilleure chance de parvenir à un accord et à des résultats dans un avenir proche, car les questions ayant un caractère plus controversé seraient du ressort des législations nationales; ii) un accord sur ces questions déboucherait sur des normes uniformes d'examen à travers le monde, améliorerait la qualité des brevets et réduirait la répétition des activités des offices des brevets; et iii) une définition de l'état de la technique internationalement reconnue améliorerait la qualité des brevets et contribuerait à régler les problèmes soulevés par la protection des savoirs traditionnels, problèmes dont a débattu le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC).

171. Cette proposition a obtenu l'appui d'un certain nombre de délégations, notamment de pays industrialisés. D'autres délégations s'y sont cependant opposées en soulignant la nécessité d'examiner dans leur ensemble toutes les dispositions du projet actuel, compte tenu de leur interdépendance, et en rappelant l'importance qu'elles attachaient à d'autres questions qui ne seraient pas abordées pendant les discussions. Au cours des sessions suivantes du SCP et de l'Assemblée générale, les États membres ont campé sur leurs positions sans pouvoir parvenir à un consensus sur un programme de travail pour le SCP. Parmi les arguments qui ont été présentés, on mentionnera les suivants :

Les délégations des pays industrialisés ont indiqué qu'il était de l'intérêt de tous les États membres de l'OMPI et de leurs ressortissants de pouvoir améliorer la qualité des brevets, simplifier les procédures, abaisser les coûts pour les utilisateurs et réduire la répétition des activités des offices des brevets. Afin d'atteindre ces objectifs, il importait d'instituer des normes plus systématiques et communes d'examen parmi les membres de l'OMPI, de façon que les offices puissent, s'ils le souhaitaient, renforcer la coopération mutuelle en ce qui concerne l'utilisation des résultats de la recherche. Les délégations se sont déclarées convaincues que les résultats de ce travail profiteraient aux systèmes de protection des brevets tant des pays développés que des pays en développement. Certaines de ces délégations ont déclaré que la limitation de la portée du SPLT au débat engagé sur la définition de l'état de la technique, le délai de grâce, la nouveauté et l'activité inventive offrait la meilleure chance de parvenir à un accord dans un avenir proche sur les principes de base du droit des brevets relatifs à l'état de la technique et, partant, d'obtenir des résultats positifs. Un accord sur ces questions favoriserait l'amélioration de la qualité des brevets, faciliterait le partage du travail et, surtout, permettrait aux innovateurs et, notamment, aux particuliers et aux petites et moyennes entreprises, de profiter de leur propre innovation d'une façon encore impossible du fait des différences entre les législations des pays du monde. On a notamment mentionné les exemples ci-après comme pouvant présenter un intérêt particulier pour les pays en développement : l'adoption d'une notion internationale empêcherait les inventions reposant sur des savoirs traditionnels publics, mais non écrits d'obtenir un brevet où que ce soit dans le monde; l'imposition d'une disposition stricte

concernant l'activité inventive pourrait empêcher la délivrance de brevets pour un grand nombre d'inventions triviales, et un délai de grâce pourrait être utile à ceux qui maîtrisent mal la complexité de la protection internationale par brevet. Parallèlement, une coopération plus étroite sur ce type de questions techniques améliorerait le système international des brevets sans retirer aux pays la faculté d'utiliser pleinement les flexibilités prévues par le système actuel, par exemple celles qui sont énoncées dans l'Accord sur les ADPIC.

172. D'autres délégations, en particulier des pays en développement, ont indiqué que les négociations sur le projet de SPLT devraient être abordées selon une approche non exclusive permettant d'examiner les préoccupations de tous les États membres. Elles ont estimé qu'il fallait prendre dûment en considération les préoccupations des pays en développement, telles que le caractère transversal de ce processus et ses importantes répercussions sur les objectifs des pays en développement relevant de l'intérêt général, en même temps que l'importance pour les pays en développement de sujets tels que les clauses relatives à la sauvegarde de l'intérêt public inscrites dans les législations en matière de propriété intellectuelle en vigueur, le transfert de technologie, la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet. La proposition tendant à circonscrire la discussion sur le SPLT à quatre dispositions tout en laissant de côté les questions et propositions présentant un intérêt pour les pays en développement ou en les faisant examiner par d'autres instances n'était pas conforme à la "dimension du développement". Certaines délégations ont été d'avis qu'une conception fragmentée des négociations aurait en fait pour conséquence de ne pas permettre à tous les États membres de présenter leurs propositions dans le cadre des négociations sur des questions qu'ils jugeaient importantes. Pour établir un équilibre entre, d'une part, les rigidités que connaîtrait le système international de propriété intellectuelle en raison des demandes d'harmonisation par le haut des législations nationales sur les brevets et, d'autre part, la préservation des clauses existantes relatives à la sauvegarde de l'intérêt public et de la marge de manœuvre nationale, les négociations sur le projet de SPLT devaient tenir compte d'office des sujets de préoccupation de tous les États membres.

VI. SYSTÈMES DE BREVETS ET FORMES DE COOPÉRATION EXISTANTES

173. Comme indiqué au chapitre V, le cadre international actuel est caractérisé par un certain nombre de normes internationales qui ont rapproché les cadres juridiques nationaux. Toutefois, vu la nécessité de tenir compte de la diversité des intérêts et besoins nationaux, il existe des différences dans l'architecture des systèmes de brevets au niveau national. Les systèmes juridiques nationaux présentent des similitudes en ce qui concerne certains éléments du système des brevets, mais d'autres aspects traduisent des approches sensiblement différentes.

174. Parallèlement à ces normes internationales, il existe d'autres formes de coopération bilatérale et multilatérale en ce qui concerne différents aspects du système des brevets. Le présent chapitre se focalise sur certains éléments essentiels de ce système et indique comment ces éléments sont actuellement mis en œuvre au niveau national en expliquant brièvement les mécanismes de coopération existants. S'agissant des sections e) à k), l'annexe II présente des informations sur les pratiques en vigueur dans le cadre des différentes législations nationales et régionales.

a) La demande

175. Le droit de brevet étant un droit territorial, une demande doit, en principe, être déposée dans chaque pays dans lequel une protection par brevet est demandée. Pour les déposants qui souhaitent obtenir une protection par brevet dans plusieurs pays, il est peu commode et onéreux de préparer différentes demandes dont chacune doit satisfaire à des règles nationales différentes. Cette difficulté a été atténuée par la création des offices des brevets régionaux, qui permettent de déposer des demandes régionales afin d'obtenir une protection par brevet dans la totalité ou une partie des États membres de ces organisations régionales. Comme on l'a vu au chapitre V, le PCT fournit une série de dispositions concernant la forme et le contenu des demandes internationales, qui ont le même effet qu'une demande nationale ordinaire dans chaque État désigné à compter de la date de dépôt international.

176. Dans certains cas, notamment lorsqu'un déposant souhaite obtenir une protection par brevet dans deux ou trois États seulement, il peut choisir de déposer des demandes nationales dans chaque pays séparément, en revendiquant la priorité au sens de la Convention de Paris plutôt qu'en utilisant le PCT. Le PLT harmonise partiellement les exigences de forme nationales ou régionales applicables aux demandes nationales et régionales. Toutefois, lesdites exigences sont des exigences maximales. Il s'ensuit que chaque Partie contractante du PLT peut prévoir des exigences nationales ou régionales différentes en vertu de la législation applicable dans le cadre des exigences maximales autorisées par le PLT. Tout en se limitant à la partie de la demande qui concerne la requête, le PLT prévoit un formulaire international type de requête, qui doit être accepté par toutes les Parties contractantes. En novembre 2007, les offices de coopération trilatérale ont adopté un format unique des demandes qui doit permettre au déposant d'établir une demande unique qui doit être acceptée par chaque office participant sans qu'il soit nécessaire de procéder à de nouvelles modifications pour satisfaire aux exigences de forme. Le format unique des demandes repose sur le format du PCT en vigueur, compte tenu de la promotion du dépôt et du traitement électroniques.

177. En sus de la nécessité d'adapter le formulaire de demande aux différentes exigences nationales ou régionales, une demande de brevet, ou une traduction de cette demande, doit, en général, être présentée dans une langue prescrite par la législation applicable. Pour les déposants qui souhaitent obtenir des brevets dans des pays ayant des langues officielles différentes, il est onéreux de faire établir les traductions nécessaires de la demande dans ces autres langues. À titre d'exemple de solution permettant de réduire le coût de la traduction, les États membres de l'Organisation européenne des brevets ont conclu en 2000 l'Accord de Londres. Les Parties à cet accord s'engagent à renoncer, en totalité ou dans une large mesure, au dépôt de traductions des brevets européens dans leur langue nationale⁵².

178. D'une façon générale, une demande de brevet se compose des parties suivantes : une requête, une description, des revendications, des dessins et un abrégé. Les règles et pratiques d'établissement de la demande de brevet diffèrent d'un pays à l'autre, mais il convient en principe de se conformer à trois exigences de base. En premier lieu, la description doit divulguer l'invention d'une manière suffisamment claire et complète pour que l'invention puisse être mise en œuvre par une personne du métier. On revient spécifiquement sur cet aspect à la section i) plus loin. En deuxième lieu, la demande doit se rapporter à une seule

⁵² On trouvera des renseignements détaillés sur l'Accord de Londres à l'adresse : <http://www.epo.org/patents/law/legislative-initiatives/london-agreement.html>.

invention ou à un groupe d'inventions liées entre elles d'une façon ou d'une autre, conformément à ce que l'on appelle l'"unité d'invention". La règle de l'unité d'invention non seulement accroît la lisibilité de la demande, mais aussi a des incidences sur les recettes de l'office des brevets en empêchant le déposant d'inclure un nombre illimité d'inventions dans la même demande. Le PCT prévoit une règle harmonisée concernant la détermination de l'unité d'invention, en tenant compte du fait que tous les offices nationaux des brevets ne procèdent pas à une recherche et à un examen quand au fond, mais la réponse à la question de savoir dans quelle mesure le regroupement des inventions dans une même demande est autorisé diffère d'un pays à l'autre⁵³.

179. En troisième lieu, pour que la demande puisse être traitée, elle doit contenir des revendications qui doivent être claires et concises. Étant donné que les revendications définissent l'étendue de la protection, leur rédaction et leur interprétation sont essentielles non seulement pour le déposant, mais aussi les tiers qui, en principe, seraient tenus d'obtenir le consentement du titulaire du brevet pour utiliser l'invention une fois celle-ci brevetée. Toutefois, les pratiques nationales ou régionales concernant la rédaction et l'interprétation des revendications sont sensiblement différentes d'un pays à l'autre. La forme des revendications (par exemple, les revendications dépendantes multiples) et toute limitation du nombre de revendications acceptées en vertu des pratiques nationales ou régionales diffèrent d'un pays à l'autre⁵⁴. Nombre de législations nationales et régionales prévoient des dispositions différentes qui réglementent le lien entre les revendications et la divulgation⁵⁵. De plus, certains types de revendications, en particulier celles qui portent sur un produit obtenu par un procédé d'obtention déterminé et celles qui portent à la fois sur les moyens et la fonction, sont interprétées différemment par les tribunaux des différents pays. L'une des questions les plus difficiles que pose l'interprétation des revendications de brevet est l'établissement d'une atteinte à un brevet lorsque l'un des éléments de la revendication brevetée est remplacé par un élément équivalent. La doctrine des équivalents est appliquée de façon sensiblement différente par les tribunaux des différents pays.

180. En résumé, pour ce qui est des exigences de forme concernant les demandes de brevet, le PCT et le PLT ont traité un certain nombre de questions et ont rapproché les législations nationales et régionales. Toutefois, ils ne sont pas parvenus à instituer un formulaire ou un format de demande qui serait accepté par les systèmes nationaux des États membres. Les exigences de fond applicables aux demandes de brevet sont moins harmonisées. En particulier, les pratiques nationales et régionales en matière de rédaction et d'interprétation des revendications sont sensiblement différentes d'un pays à l'autre. Dans certains cas, des revendications rédigées dans exactement les mêmes termes pourraient être interprétées différemment selon les pays et, partant, l'étendue de la protection ne serait pas la même dans les pays considérés.

⁵³ "Résumé des réponses et points à examiner" (document de l'OMPI SCP/WGM/2/1)
http://www.wipo.int/scp/en/working_group/session_2/documents/doc/scp_wgm2_1.doc.

⁵⁴ "Résumé des réponses et points à examiner" (document de l'OMPI SCP/WGM/2/1)
http://www.wipo.int/scp/en/working_group/session_2/documents/doc/scp_wgm2_1.doc.

⁵⁵ "Exigences relatives au lien entre les revendications et la divulgation" (document de l'OMPI SCP/7/6) http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_7/scp_7_6.doc.

b) Recherche et examen

181. Les législations nationales ou régionales en matière de brevets prévoient des conditions de fond de la brevetabilité à remplir pour pouvoir exercer effectivement les droits de brevet. Dans certains pays, la recherche sur l'état de la technique et l'examen de fond sont réalisés par l'office des brevets national ou régional, qui s'assure que les conditions de brevetabilité prescrites par la législation applicable sont respectées. Une fois remplies toutes les conditions fixées par la loi, le brevet est délivré. La recherche et l'examen garantissent donc que les brevets délivrés sont a priori conformes aux dispositions légales en vigueur, ce qui permet aux titulaires de brevets de bénéficier d'une plus grande sécurité juridique dans le cadre de l'application de leurs droits de brevet. Par ailleurs, l'amélioration de la qualité des brevets délivrés ainsi obtenue est bénéfique pour les tiers, dans la mesure où la contestation en justice de brevets délivrés est souvent onéreuse. En revanche, une recherche et un examen médiocres pourraient être davantage de nature à induire en erreur qu'une absence de recherche et d'examen, car ils pourraient faire naître des attentes non fondées de validité. On voit que la qualité de la recherche et de l'examen est importante pour la sécurité juridique du système des brevets ainsi que pour la confiance que l'ensemble de la société peut avoir dans le système des brevets. D'un autre côté, l'examen complet quant au fond coûte cher. Il nécessite un nombre important d'examineurs hautement qualifiés versés dans le droit des brevets et au fait des progrès techniques les plus récents dans leur domaine de compétence spécialisé. En outre, la recherche sur l'état de la technique impose la conservation d'une documentation actualisée sur l'état de la technique, ce qui requiert également d'importantes ressources financières et humaines.

182. Tous les offices des brevets du monde peuvent donc ne pas être en mesure d'effectuer ce type de recherche et d'examen pour toutes les demandes. La politique du cadre juridique et administratif est liée à divers facteurs, tels que l'utilisation rationnelle des ressources et la demande du marché. La complexité des tâches et le coût afférent à l'administration de la recherche et de l'examen sont des faits bien établis et on connaît la difficulté qu'il y a à trouver le meilleur moyen d'affecter des ressources limitées. La politique peut également être dictée par les coûts administratifs pour les administrations concernées et les coûts sociaux pour les inventeurs qui veulent obtenir et faire respecter leurs brevets. Par ailleurs, il convient également de tenir compte des coûts pour les tiers, de façon que l'ensemble de la société profite du système des brevets. Un même système ne saurait être appliqué à tous les pays. Les différents systèmes existants expriment tout à la fois ces différences et la politique suivie par des gouvernements qui entendent maximiser les avantages à retirer du système des brevets. La structure organisationnelle et le système administratif liés à la recherche et à l'examen sont sensiblement différents d'un pays à l'autre.

183. Le choix fait par certains pays consiste à faire examiner les demandes de brevet quant à la forme par les offices des brevets et, une fois les conditions de forme remplies, à délivrer le brevet sans procéder à un examen quant au fond. Lorsqu'un brevet est ultérieurement mis en œuvre, sa validité peut être contestée devant les tribunaux par l'auteur de l'atteinte présumée. Du point de vue de l'office des brevets, cela entraîne une économie considérable au titre des dépenses de personnel et le pays peut alors affecter ses ressources à d'autres domaines prioritaires. Toutefois, comme aucune recherche et aucun examen de fond ne sont effectués avant la délivrance du brevet, rien ne garantit sa validité. Le coût de l'examen de la validité des brevets censés protéger une invention pouvant avoir de l'importance pour un concurrent est transféré à la phase postérieure à la délivrance, en particulier aux tribunaux ainsi qu'aux titulaires de brevets et aux tiers, qui doivent prouver la validité (ou l'absence de validité) du brevet en justice.

184. Les pays peuvent aussi choisir de faire effectuer une recherche préalable sur l'état de la technique et établir un rapport de recherche par un examinateur de l'office national des brevets, une fois que la demande de brevet a été déposée et que l'accomplissement des formalités concernant la demande a été vérifié. Le brevet est délivré sans examen concernant la brevetabilité de l'invention, et le rapport de recherche est publié en même temps que le brevet délivré. Comme il n'y a pas eu d'examen de fond, la procédure est moins complexe que si l'on effectuait un examen complet. Les rapports de recherche publiés permettent au demeurant à des tiers de mieux évaluer la validité des brevets délivrés. L'office des brevets doit affecter des ressources à l'emploi d'examineurs, qui doivent avoir acquis une expertise technique, et à la conservation de la documentation sur l'état de la technique (bases de données). Ce système permet également de sous-traiter facilement et efficacement le travail à un autre office si l'on ne souhaite pas avoir à entretenir un groupe d'examineurs sur place; des dispositions de cette nature sont prises par un certain nombre de pays, souvent par le biais de l'établissement de rapports de recherche "de type international" par une administration internationale selon le PCT. Pour la plupart des demandes internationales selon le PCT, un rapport de recherche internationale sera déjà disponible.

185. Les pays aux ressources limitées peuvent aussi réenregistrer les brevets délivrés dans un autre pays au lieu de procéder à des vérifications quant à la forme et à des examens quant au fond. En général, une demande de réenregistrement doit être déposée auprès de l'office dans un certain délai après la délivrance du brevet étranger. La validité des brevets est ainsi garantie dans une certaine mesure, puisqu'ils ont fait l'objet d'examens de fond dans un autre pays. Ce système ne peut donner de bons résultats que si la situation juridique et linguistique du pays qui délivre le brevet et de celui qui le réenregistre est très voisine, sinon identique. Le pays qui réenregistre des brevets étrangers doit accepter les décisions prises par l'autre office en ce qui concerne la délivrance de tel ou tel brevet, encore qu'il soit parfois possible de prononcer la révocation des brevets réenregistrés en se prévalant des dispositions de la législation nationale. Il peut aussi être utile de mettre en place un mécanisme qui facilite l'obtention de brevets à l'étranger pour les déposants nationaux, par exemple en transmettant leurs demandes de brevet aux offices des brevets étrangers concernés.

186. On peut aussi imaginer encore une autre possibilité, celle de confier toute l'administration des brevets à un autre pays. Si, en particulier, l'autre pays propose une administration efficace et rend des services de grande qualité, le pays concerné peut y trouver son compte. Par exemple, par le biais d'un accord bilatéral, le Liechtenstein et la Suisse constituent un territoire commun aux fins de la protection par brevet, sauf pour certains aspects de la mise en œuvre. Le droit suisse des brevets s'applique dans le territoire du Liechtenstein et les brevets suisses sont automatiquement valables au Liechtenstein. De plus, la Suisse a conclu des traités avec des États tiers, toujours au nom du Liechtenstein. Ce type d'arrangement peut requérir non seulement des situations juridiques et linguistiques analogues entre les deux pays concernés, mais aussi des liens politiques, économiques et diplomatiques étroits. Étant donné que les droits de brevet sont accordés et que le registre des brevets est géré par un autre pays, le pays qui applique le droit et l'administration étrangers ne peut exercer qu'un contrôle très limité sur l'administration et la politique des brevets de ce pays.

187. Vu les ressources limitées dont disposent les offices des brevets, qui sont, en général, des organes de l'administration publique, les offices de certains pays s'emploient à collecter des ressources supplémentaires dans le secteur privé ou en sollicitant l'aide du grand public aux fins des procédures de recherche et d'examen. Par exemple, ils chargent des entités privées d'effectuer sous leur supervision au moins une partie du travail de recherche et/ou d'examen. En pareil cas, l'office des brevets doit être compétent pour évaluer le travail ainsi

confié. Autre exemple : la participation de tiers à la procédure de recherche et d'examen. Dans un certain nombre de pays, déjà, sur la base des demandes publiées, des tiers peuvent soumettre à l'office toute information sur l'état de la technique, dont il est tenu compte pendant la procédure d'examen. Un office a lancé un programme pilote visant à déterminer la mesure dans laquelle la soumission en ligne organisée d'informations sur l'état de la technique par le public peut fournir des informations utiles aux examinateurs⁵⁶. Il consiste à demander au public, dans le cadre d'un processus de collaboration en ligne, à mettre ses connaissances en commun pour localiser des informations considérées comme pouvant faire partie de l'état de la technique.

188. S'agissant de la procédure de recherche et d'examen, les pays se soucient principalement de trouver le meilleur moyen de maximiser la qualité des brevets délivrés avec les ressources limitées de leur office des brevets. La question se pose surtout pour les pays dont l'office des brevets a des ressources trop limitées pour effectuer une recherche et un examen de fond complets. Cela étant, on voit depuis quelques années les pays dotés de systèmes leur permettant d'effectuer des recherches et des examens complets se poser la même question du fait du nombre croissant de demandes en instance (voir section d) plus loin).

189. La coopération internationale est l'une des réponses possibles à ce problème. Dans certaines régions, afin de rendre les procédures plus efficaces et économiques, des pays ont créé des organisations de brevets régionales qui délivrent des brevets régionaux. La coopération intergouvernementale régionale vise en général à alléger le fardeau administratif des États concernés, à promouvoir des systèmes de propriété intellectuelle présentant un bon rapport coût-efficacité et à stimuler les échanges et l'investissement au sein de la région concernée.

190. Un autre type de coopération internationale consiste à utiliser, selon diverses modalités, des rapports de recherche et d'examen établis par d'autres offices des brevets.

191. Certains offices, comme ceux de l'Australie, de la Malaisie et de Singapour, exigent une recherche et un examen avant la délivrance d'un brevet, mais autorisent le remplacement systématique d'une partie ou de la totalité du processus national de recherche et d'examen par l'administration de la preuve qu'un travail équivalent a déjà été accompli devant un autre office (agrée). Cette preuve peut être apportée par un déposant fournissant un rapport de recherche, un rapport de recherche et d'examen ou la description d'un brevet effectivement délivré à la suite d'une demande équivalente. De la sorte, l'office peut consacrer la plus grande partie de ses ressources à la recherche et à l'examen concernant des demandes nationales sans équivalent dans les autres États, tout en garantissant que toutes les demandes font l'objet d'une recherche et d'un examen. La réglementation en vigueur fixe généralement

⁵⁶ Dans le cadre du Peer Reviewed Prior Art Pilot (projet pilote sur l'état de la technique exécuté par des pairs) lancé par l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique, les demandes de brevet sont (avec le consentement de leurs titulaires) présentées sur un site Web géré par un Community Patent Review Project (projet d'utilité collective d'examen des brevets) indépendant et évaluées par un groupe public qui recense les informations qu'il considère comme étant les plus pertinentes sur l'état de la technique, qui sont renvoyées pour examen à l'office à la fin de la période d'examen des brevets.

la mesure dans laquelle un examen national doit avoir lieu en cas de fourniture de différents types de documents, ce qui garantit, le cas échéant, le respect des exigences nationales importantes.

192. D'autres offices procèdent toujours à leurs propres opérations de recherche et d'examen, mais exigent du déposant qu'il leur soumette des informations concernant les recherches, les délivrances de brevets ou les rejets de demandes équivalentes dans d'autres États afin de fournir des informations supplémentaires que l'examineur peut utiliser pour appuyer ou améliorer le processus de recherche et d'examen.

193. L'utilisation efficace des rapports de recherche et d'examen établis par d'autres offices dépend de la connaissance de leur existence, de l'efficacité des mécanismes d'accès à ces rapports et du calendrier de travail des différents offices concernés. Cela nécessite communément l'intervention directe du déposant, qui doit informer les offices des demandes en instance devant plusieurs offices, envoyer des exemplaires des résultats de la recherche et, le cas échéant, demander l'accélération ou le report du traitement dans les différents offices afin que le travail puisse être accompli dans l'un d'eux à temps pour pouvoir être utilisé par un autre. De plus, sauf dans les cas où un office a été chargé par un autre d'effectuer une recherche et un examen concernant des demandes spécifiques, les arrangements pris sont généralement unilatéraux : l'office effectuant la recherche précédente accomplit son travail selon les procédures nationales ordinaires et ce travail est ensuite transmis par le déposant aux autres offices. Considérant qu'il est possible d'obtenir des gains d'efficacité en élargissant la portée de ces arrangements et en les rendant plus efficaces, un certain nombre d'offices ont lancé des projets pilotes, prenant souvent la forme d'arrangement bilatéraux, qui visent à procurer des avantages mutuels aux offices concernés. Les projets *Patent Prosecution Highway*, *Triway* et *SHARE*, auxquels participent les offices de la coopération trilatérale et une série d'autres offices partenaires, sont des exemples intéressants. Ces arrangements ont leurs spécificités propres, mais comportent en général au moins certains des éléments suivants :

- l'office auprès duquel la demande est déposée en premier accélère son traitement de façon que les résultats de la recherche et de l'examen soient disponibles rapidement en vue de leur utilisation par les autres offices participants;
- les offices auprès desquels sont déposées les demandes ultérieures retardent leur traitement en attendant que le rapport de recherche et d'examen que doit établir l'office auprès duquel la demande a été déposée en premier devienne disponible;
- les offices peuvent prendre des dispositions permettant à l'autre ou aux autres offices d'avoir directement accès aux rapports de recherche et d'examen, ce afin de faciliter la tâche du deuxième office et de réduire le fardeau des déposants; par ailleurs, le premier office peut être en mesure d'accéder aux résultats des rapports de recherche et d'examen établis ultérieurement par les autres offices;
- une procédure d'examen accélérée peut être suivie si la demande est signalée comme étant conforme aux prescriptions requises pour donner lieu à la délivrance d'un brevet par l'autre ou les autres office(s) participants.

194. On relève également des cas où aucune demande correspondante ne peut être trouvée dans d'autres pays. Certains offices des brevets aux ressources limitées sont donc amenés à confier à d'autres offices, en général moyennant une rémunération, le travail de recherche sur l'état de la technique et d'examen.

195. En ce qui concerne les demandes internationales, un rapport de recherche internationale et un rapport préliminaire international sur la brevetabilité sont en principe établis avant la phase nationale de la demande. On dispose de la sorte d'une recherche de grande qualité et d'une opinion sur la nouveauté, l'activité inventive et l'applicabilité industrielle qui, sans se prononcer sur la brevetabilité de l'invention conformément à la législation nationale d'un État quel qu'il soit, permet généralement de se faire une bonne idée de la question de savoir si les aspects les plus importants de la plupart des lois pertinentes sont susceptibles d'avoir été respectés. Par ailleurs, la procédure internationale aide à recenser des demandes équivalentes au cours de la phase nationale, ce qui permet de prendre connaissance d'autres rapports de recherche et d'examen lorsqu'ils sont publiés par les différents offices concernés. Outre le fait que l'appariement des demandes par famille est plus fiable pour les demandes selon le PCT que pour les familles construites à l'aide des informations sur les documents de priorité selon la Convention de Paris, 30 États (d'autres suivront bientôt) fournissent des informations sur les demandes présentées au titre de la phase nationale par l'intermédiaire du service de consultation PATENTSCOPE®, en fournissant dans certains cas des liens directs vers les sites Web nationaux renseignant sur les demandes présentées au titre de la phase nationale.

196. Par ailleurs, les offices des brevets des pays en développement peuvent utiliser le service que l'OMPI met à leur disposition dans le cadre du Programme de coopération internationale pour la recherche et l'examen des inventions (ICSEI)⁵⁷. Ce programme a pour objet d'aider les offices des brevets de ces pays à examiner les demandes en instance qui ont été déposées par des non-résidents de leurs pays respectifs.

197. En résumé, s'appuyant sur une analyse coûts-avantages, les États membres font preuve de créativité en élaborant le mécanisme de recherche et d'examen le mieux adapté à leur système de brevets national ou régional. L'enjeu des offices des brevets, qu'ils se trouvent dans un pays en développement ou dans un pays développé ou qu'ils aient 20 ou 2000 collaborateurs, est le même : il s'agit de trouver le moyen de maximiser la qualité des brevets délivrés avec des ressources souvent limitées. Différentes formes de coopération internationale ont déjà été mises au point, mais un certain nombre d'offices sont en quête de mécanismes qui leur permettraient de relever ce défi au mieux.

c) Opposition

198. Même si cela n'est pas souhaitable, il peut arriver, dans la pratique, qu'un examinateur néglige un élément de l'état de la technique et prenne involontairement une décision positive au sujet de la brevetabilité de l'invention revendiquée. Afin d'éviter la délivrance d'un brevet déficient au cours de la procédure engagée devant eux, certains offices des brevets prévoient une procédure d'opposition, pendant laquelle des tiers peuvent, pendant une période limitée, s'opposer à la délivrance du brevet en question, au motif, par exemple, que l'invention revendiquée n'est pas nouvelle ou n'implique pas d'activité inventive. Grâce à la participation de tiers qui peuvent posséder des informations fiables sur la technologie concernée, la procédure d'opposition complète la procédure d'examen et renforce la

⁵⁷ http://www.wipo.int/patentscope/en/data/developing_countries.html#P109_10719.

crédibilité des brevets délivrés. En général, la possibilité de réviser une décision de l'office des brevets de délivrer un brevet est fournie soit par un tribunal compétent, soit par un organe administratif ou quasi-judiciaire, dont la décision peut être révisée par un organe judiciaire. Le système d'opposition fournit un niveau supplémentaire, administratif, de révision, qui est plus simple qu'une procédure judiciaire ou quasi-judiciaire. À la différence de la procédure de révocation engagée devant un tribunal, les motifs du recours à la procédure d'opposition peuvent être limités à certaines conditions de brevetabilité. D'une façon générale, une demande d'opposition peut être déposée par n'importe qui, alors qu'une procédure judiciaire de révocation peut être engagée par une partie qui remplit certaines conditions, comme le fait d'être une partie intéressée ou lésée par la décision litigieuse.

199. S'agissant du choix du moment, certains pays prévoient une procédure d'opposition avant la délivrance, d'autres après la délivrance et d'autres encore à la fois avant et après. Dans le cas de la procédure préalable à la délivrance, on procède généralement comme suit : une fois que l'examineur a pris une décision positive concernant la délivrance du brevet, la demande de brevet est mise à la disposition du public, qui peut déposer une requête en opposition à la délivrance du brevet pendant la période prescrite. Si aucune requête de ce genre n'a été déposée au cours de cette période, le brevet est délivré. En revanche, dans le cas d'une procédure postérieure à la délivrance, intervenant après la publication d'un brevet délivré, les tiers ont la possibilité de s'opposer à la délivrance en s'adressant à l'office des brevets dans le délai prescrit. Il s'ensuit qu'un système d'opposition postérieur à la délivrance n'allonge pas la période écoulée entre le dépôt de la demande et la délivrance du brevet, compte tenu, au demeurant, du fait que le nombre de demandes faisant l'objet d'une requête en opposition est plutôt limité. En Europe, par exemple, la procédure d'opposition s'étale en général sur une période de deux ou trois ans et le ratio des brevets faisant l'objet d'une procédure d'opposition et des brevets délivrés est d'environ 5%⁵⁸. En Inde, le taux des procédures d'opposition est d'environ 4%⁵⁹.

200. En sus des différences entre les procédures d'opposition préalables et postérieures à la délivrance, les législations nationales ou régionales varient sensiblement pour ce qui est des règles de procédure et de fond. Ces variations portent sur les éléments suivants : le délai fixé pour le dépôt d'une requête en opposition, l'importance de la participation de la partie adverse à la procédure, la question de savoir s'il s'agit d'une procédure contradictoire ou non, et celle de savoir si le déposant ou le titulaire du brevet a le droit d'engager lui-même une procédure d'opposition.

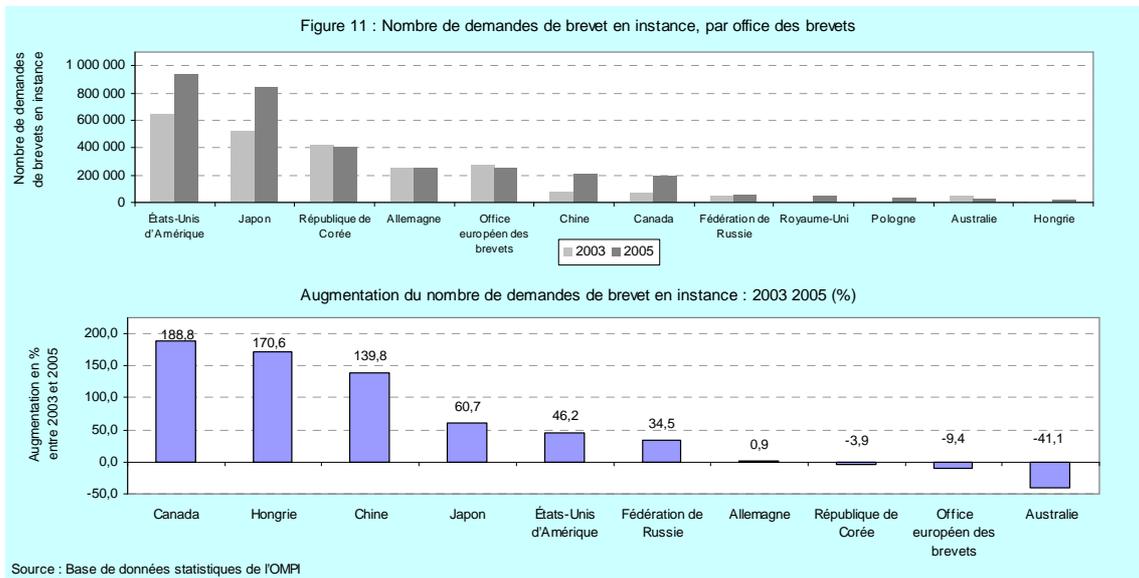
d) Gestion de la demande

201. L'augmentation de la demande de droits de brevet accentue la pression sur les offices des brevets chargés d'examiner des demandes de brevet, de délivrer des brevets ou de rejeter des demandes de brevet. Elle aggrave l'accumulation des demandes en instances et allonge les délais d'examen de ces demandes. La figure 11 montre, pour les offices des brevets pour lesquels on dispose de statistiques, le nombre de demandes de brevet en instance en 2005 et l'accroissement ou la diminution de ce nombre depuis 2003. On notera que la définition de la

⁵⁸ Adam Jolly et Jeremy Philpott "The Handbook of European Intellectual Property Management"; Programme de coopération internationale pour la recherche et l'examen des inventions (ICSEI), Office européen des brevets, rapport annuel 2006.

⁵⁹ Intellectual Property India, rapport annuel 2005-2006.

“demande en instance” varie d’un office à l’autre pour des raisons qui tiennent à des différences de procédure. Il s’ensuit que les chiffres absolus des demandes en instance des différents offices peuvent ne pas être directement comparables.



202. Les États-Unis d’Amérique et le Japon ont les chiffres de demandes de brevet en instance les plus élevés et ces chiffres ont augmenté de 46,2% et de 60,7%, respectivement, entre 2003 et 2005. Il convient de noter que, dans le cas du Japon, les modifications récemment apportées au délai de présentation d’une demande d’examen se sont traduites par une augmentation exceptionnelle du nombre de demandes à examiner, nombre qui devrait diminuer sensiblement dans les années à venir. On relève également des augmentations importantes au Canada, en Hongrie et en Chine.

203. Dans certains offices, comme ceux de l’Allemagne et de la République de Corée et l’Office européen des brevets, le nombre des demandes en instance est relativement stable depuis quelques années, tandis qu’un petit nombre d’offices ont réduit ce nombre.

204. Les pays ont mis en place au niveau national diverses mesures pour faire face à l’accroissement de la demande avec des ressources limitées. Il s’agit notamment des mesures suivantes :

- simplification et rationalisation des procédures engagées devant l’office;
- recrutement, formation et rétention des ressources humaines;
- utilisation efficace des technologies de l’information aux fins des procédures engagées devant les offices et communication avec les déposants et les représentants; et
- externalisation de certaines tâches administratives à un prestataire privé.

205. De plus, certains offices ont mis en place des pratiques destinées à décourager le dépôt d'un grand nombre de revendications ou de méga-demandes par le biais des conditions juridiques et de la structure des taxes.

206. Toutefois, les mesures nationales n'ont qu'un effet limité s'agissant de régler le problème de l'accroissement de la demande. L'augmentation du nombre des demandes déposées auprès des offices des brevets du monde entier par des non-résidents est l'un des facteurs de l'alourdissement de la charge de travail et de l'augmentation du nombre des demandes en instance. Il apparaît que, dans bien des cas, des demandes concernant la même invention sont examinées de multiples fois par différents offices des brevets, ce qui amène les pays à s'orienter de plus en plus vers la coopération internationale. L'une des façons de coopérer efficacement consiste à dépister les cas de répétition d'activités par plusieurs offices en ce qui concerne les demandes portant sur une même invention et de rationaliser cette situation au niveau international.

207. S'agissant des procédures nationales et régionales relatives aux brevets, la plus grande partie des répétitions d'activités des offices est imputable aux procédures de recherche et d'examen, car celles-ci nécessitent des ressources considérables : des examinateurs compétents qui couvrent tous les domaines de technologie et connaissent bien à la fois la technologie et le droit des brevets doivent lire les demandes de brevet, effectuer une recherche sur la littérature de brevets et la littérature non-brevet, et analyser la brevetabilité des inventions revendiquées. Selon les statistiques de la coopération trilatérale, parmi les premières demandes déposées auprès des offices de la coopération trilatérale, 240 000 environ sont déposées dans plusieurs de ces offices, d'où l'on voit qu'il y a eu répétition du travail de recherche et d'examen⁶⁰.

208. L'utilisation des résultats des activités de recherche et d'examen d'autres offices en ce qui concerne les demandes familiales est considérée comme l'un des moyens prometteurs de faire face à l'augmentation du nombre des demandes de brevet. Comme indiqué à la section b), cette utilisation peut prendre la forme d'une décision unilatérale d'utiliser ces résultats ou déboucher sur des modalités plus complexes et systématiques. Si l'usage habituel des rapports de recherche et d'examen est une façon de traiter la question de la gestion de la demande, on peut se demander ce qu'il convient de faire, au niveau international, pour appuyer efficacement l'utilisation internationale de ces rapports et comment accroître le niveau de confiance accordée au travail accompli par les autres offices compte tenu des différences constatées entre les législations et les pratiques nationales concernant certaines questions essentielles touchant la brevetabilité, telles que la nouveauté et l'activité inventive.

209. Pour ce qui est de la procédure PCT, décrite dans la section b), la prévention de la répétition des procédures prévues au titre de la phase internationale et de la phase nationale faciliterait la rationalisation de l'ensemble de la procédure PCT. De plus, il conviendrait d'éviter la répétition des activités des différents offices concernés, tels que l'office récepteur, l'administration chargée de la recherche internationale, l'administration chargée de l'examen préliminaire international, le Bureau international et l'office désigné ou élu, ce afin d'assurer le bon fonctionnement du système.

⁶⁰ Rapport statistique tripartite 2006, fig. 3.13
[http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2006/3_worldwide_pat_act_2006.pdf].

e) État de la technique

210. L'“état de la technique” détermine l'étendue de la nouveauté et de l'activité inventive, deux conditions de brevetabilité importantes qui s'opposent à la délivrance de brevets pour des inventions qui existent déjà ou qui sont évidentes si on les compare à des inventions existantes. L'“état de la technique” s'entend, d'une façon générale, de toutes les connaissances qui ont été mises à la disposition du public avant la date de dépôt ou de priorité d'une demande de brevet en cours d'examen, qu'elles existent à la suite d'une divulgation écrite ou orale ou dans le cadre de l'utilisation publique⁶¹. Aujourd'hui, les informations publiées sur l'Internet sont de plus en plus souvent prises en considération⁶². La question de savoir ce qui devrait constituer l'“état de la technique” à un moment donné et celles de la portée et du moment de la “mise à la disposition du public”⁶³ sont l'objet d'un débat déjà ancien mené dans le contexte du projet de traité complétant la Convention de Paris en ce qui concerne les brevets (projet de traité de 1991 sur l'harmonisation des brevets) et du projet de SPLT. Les législations nationales et régionales énoncent des définitions différentes, comme l'indique l'annexe II, mais il existe entre elles un grand nombre de similitudes.

211. L'une des différences concerne la distinction entre les publications imprimées et les autres divulgations, telles que les divulgations orales et l'utilisation antérieure. Dans certains pays, les informations déjà divulguées au public oralement ou à la suite de l'utilisation dans un pays étranger ne font pas partie de l'état de la technique. En conséquence, en vertu du droit des brevets de ces pays, un brevet peut être délivré pour une invention qui est identique à des savoirs non fixés déjà tombés dans le domaine public, par exemple sous la forme de savoirs traditionnels, dans un autre pays, ou difficile à distinguer de ces savoirs fixés. En l'absence d'une reconnaissance universelle de l'effet sur l'état de la technique, le risque existe de voir accorder des droits de brevet pour un objet déjà tombé dans le domaine public dans un autre pays. De plus, vu le renforcement de la coopération internationale entre les offices des brevets, l'adoption d'une définition universelle de l'état de la technique conditionne l'harmonisation des notions de nouveauté et d'activité inventive.

212. Il existe une autre différence importante entre les législations nationales et régionales, à savoir l'effet sur l'état de la technique d'une demande déposée antérieurement, mais publiée après la date de dépôt (ou de priorité) de la demande à l'examen. Toutefois, l'harmonisation des conditions juridiques en ce qui concerne ce point précis pourrait avoir une incidence moindre sur la coopération opérationnelle entre les offices des brevets, car les demandes antérieures déposées auprès d'un office national diffèrent d'un pays à l'autre.

⁶¹ Dans certains pays, même si elle n'a pas été mise à la disposition du public, une invention qui était en vente dans le pays avant la date correspondante fait partie de l'état de la technique.

⁶² “Résultats des questionnaires concernant la divulgation d'informations sur l'Internet et d'autres questions en rapport avec l'Internet” (document SCP/5/4 de l'OMPI); “La divulgation d'informations techniques sur l'Internet et son incidence sur la brevetabilité” (document SCP/4/5 de l'OMPI).

⁶³ “Informations communiquées par les membres du Comité permanent du droit des brevets (SCP) en ce qui concerne la définition de l'état de la technique – Résumé succinct” (document SCP/6/INF/2 de l'OMPI).

213. Étant donné que la plupart des pays appliquent une définition de l'état de la technique qui s'étend à toute information mise à la disposition du public sous quelque forme que ce soit et sans aucune limitation géographique, il est indispensable de garantir un accès efficient et efficace à l'information relative à l'état de la technique, afin d'assurer une détermination fiable de la nouveauté et de l'activité inventive.

f) Nouveauté

214. Il est généralement entendu que le système des brevets est un contrat social passé entre l'inventeur et le public : d'une part, il confère des droits exclusifs au titulaire du brevet pour empêcher autrui de faire un usage commercial de l'invention brevetée sans son consentement et, d'autre part, il l'oblige à divulguer son invention de sorte qu'elle puisse être mise en œuvre par quelqu'un du métier. Étant donné que le système des brevets a notamment pour caractéristique de mettre de nouvelles informations à la disposition du public en échange de droits exclusifs, une invention qui est déjà entrée dans le domaine public (et dont la divulgation ne procure aucune information nouvelle au public) devrait, par définition, être exclue de la protection par brevet.

215. Il s'ensuit que la nouveauté de l'invention est une condition fondamentale et incontestée de brevetabilité dans tous les systèmes de brevets. L'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que, pour être brevetable, une invention doit être nouvelle. Étant donné que seule l'absence de nouveauté, non son existence, peut être prouvée, une invention, d'une façon générale, est nouvelle si elle ne fait pas partie de l'état de la technique ou n'était pas connue, utilisée ou décrite avant la date de dépôt ou la date de priorité.

216. Par ailleurs, avant de se demander si une invention revendiquée est nouvelle ou non, il importe de déterminer sa portée. La manière d'interpréter les revendications et de définir leur portée sont donc des facteurs décisifs au moment de l'examen de la nouveauté.

g) Activité inventive

217. Comme on l'a indiqué plus haut, un droit de brevet exclusif n'est justifié que lorsqu'il atteint l'objectif du système des brevets, qui est d'inciter à créer des inventions nouvelles et utiles, dont l'ensemble de la société puisse tirer parti. Il est indéniable qu'une invention qui existe déjà ne contribue pas au développement technologique ni au bien-être social. En outre, le fait de conférer un droit exclusif à une invention qui peut être manifestement ou facilement conçue par d'autres n'encourage pas l'innovation et le développement technologique et économique. En fait, cela empêche les autres d'utiliser et de réaliser des inventions qui ne sont rien de plus que d'évidentes modifications de l'état de la technique. Aussi, l'invention doit-elle, pour justifier l'octroi d'un droit exclusif de brevet, satisfaire, entre autres critères, à celui d'une "activité inventive" (elle doit être non évidente) suffisante. L'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que, pour être brevetable, une invention doit impliquer une activité inventive.

218. Dans beaucoup de législations, l'exigence d'activité inventive implique qu'une invention revendiquée ne doit pas être évidente pour une personne du métier au moment de la date de dépôt (ou, le cas échéant, de la date de priorité) ou au moment où l'invention a été réalisée, compte tenu de l'état de la technique. Dans certains pays, au lieu de l'expression "évidente" (ou "non évidente"), ce sont des expressions telles qu'"inventions qui auraient pu être facilement réalisées" ou "[une invention] comportant des éléments essentiels d'importance primordiale représentant un progrès notable" qui figurent dans la législation

nationale (voir annexe II). Quelle que soit l'expression utilisée, la définition de l'"état de la technique" a une incidence directe sur la détermination de l'activité inventive. Lorsque l'étendue de l'état de la technique est limitée, une certaine invention revendiquée a plus de chances d'être considérée comme impliquant une activité inventive. De plus, comme pour l'exigence de nouveauté, l'interprétation et la détermination de la portée de l'invention revendiquée sont indispensables à la détermination de l'activité inventive.

219. Les administrations nationales et régionales ont mis au point différentes méthodes qui peuvent être mises en œuvre lors de l'évaluation de l'activité inventive, telles que la démarche dite des problèmes et solutions appliquée par l'OEB, le "critère de Graham" appliqué aux États-Unis d'Amérique et le "critère du raisonnement" appliqué au Japon. De plus, l'interprétation de l'expression "activité inventive" ("non-évidence") par les juridictions nationales a donné lieu dans nombre de pays à la constitution d'une jurisprudence. Étant donné que l'immense majorité des inventions reposent sur des inventions existantes, un certain nombre de pays ont beaucoup réfléchi à la manière d'évaluer l'activité inventive dans une invention à partir d'un ensemble d'éléments existants. En s'appuyant sur cette jurisprudence, un certain nombre d'offices des brevets publient des directives en matière d'examen qui visent essentiellement à aider leurs examinateurs à appliquer la loi d'une façon uniforme, mais aussi à permettre aux déposants et aux conseils en brevets de mieux comprendre les pratiques des offices⁶⁴. En règle générale, ces directives décrivent la méthode appliquée, les différents facteurs à prendre en considération (par exemple les problèmes que l'invention est censée résoudre, les incidences bénéfiques de l'invention et les aspects secondaires tels que le succès commercial et les besoins ressentis depuis longtemps) et des exemples pratiques dans différents domaines techniques.

220. L'application concrète de la règle de l'activité inventive est très complexe et ne saurait se limiter à un débat entre un niveau "élevé" d'activité inventive et un niveau "faible" d'activité inventive.

h) Délai de grâce

221. Comme on l'a vu dans la section e) plus haut, toute information mise à la disposition du public devient, en principe, partie intégrante de l'état de la technique. En d'autres termes, une fois qu'une invention est mise à la disposition du public, il n'est pas (ou, du moins, il ne devrait pas) être possible d'obtenir un brevet pour la même invention ou pour une invention qui découle manifestement de l'invention mise à la disposition du public. Toutefois, le strict respect de cette règle peut ne pas toujours être approprié eu égard à la nécessité de réaliser un équilibre satisfaisant entre les intérêts de l'inventeur et ceux des tiers. Par exemple, il peut ne pas être justifié que chaque divulgation publique, même indépendante de la volonté de l'inventeur, doive faire perdre l'occasion d'obtenir un brevet. Dans d'autres cas, l'inventeur peut ne pas pouvoir attendre le dépôt de la demande de brevet pour divulguer son invention à un futur partenaire ou investisseur potentiel. Dans d'autres situations, les organismes publics de recherche, les universités et certaines entreprises peuvent souhaiter divulguer les résultats de la recherche au public aussitôt que possible, ce qui peut en fait faciliter l'accès de tiers aux résultats de la recherche. En conséquence, le fait d'empêcher dans chaque cas la divulgation d'une invention au public avant la date de dépôt peut retarder la diffusion des connaissances

⁶⁴ <http://www.wipo.int/patent-law/en/guidelines.html>.

auprès du public et imposer des restrictions indues à l'inventeur. D'un autre côté, toute exception à la définition de l'état de la technique doit tenir compte des intérêts légitimes de l'inventeur ainsi que des tiers.

222. En vertu du droit des brevets des États-Unis d'Amérique, qui applique le principe du premier inventeur, la publicité d'une invention avant la date de dépôt n'affecte pas en tant que telle la brevetabilité de cette invention. Si aucun délai n'était fixé pour le dépôt d'une demande de brevet, un inventeur ne serait pas motivé à déposer une telle demande, mais pourrait plutôt choisir de ne déposer une demande de brevet et de solliciter une protection par brevet que lorsqu'un concurrent mettrait la même invention sur le marché. Une telle stratégie aggraverait l'insécurité juridique des tiers. En conséquence, conformément à l'article 102.b) du titre 35 du Code des États Unis d'Amérique, une invention qui a été brevetée, décrite dans une publication imprimée dans un pays quel qu'il soit ou mise à la disposition du public ou en vente aux États-Unis d'Amérique plus d'un an avant la date de dépôt fait partie intégrante de l'état de la technique. En d'autres termes, lorsqu'une invention a été divulguée d'une certaine manière, l'inventeur a un an pour déposer une demande de brevet. Ce mécanisme lui donne la possibilité de rendre son invention publique sous certaines conditions avant de déposer une demande de brevet.

223. L'absence de protection de la propriété industrielle ou l'insuffisance de cette protection lors des expositions internationales a été l'une des raisons ayant incité à conclure la Convention de Paris en 1883. L'article 11 de cette convention fait obligation aux États membres de mettre en place et de maintenir en vigueur une législation prévoyant une protection des inventions brevetables pour les produits devant figurer aux expositions internationales officielles ou officiellement reconnues organisées sur le territoire de l'un d'eux. Toutefois, la Convention laisse toute latitude aux États membres pour choisir, conformément à leur législation intérieure, les moyens d'offrir cette protection, y compris en ce qui concerne la durée de la protection temporaire. En conséquence, comme le montre l'annexe II, les types de divulgations auxquels s'applique le délai de grâce ainsi que sa durée et les conditions à respecter ne sont pas harmonisés, encore que l'on observe dans de nombreux pays une certaine systématisation dans ce domaine.

224. Le délai de grâce en vigueur dans le système international des brevets a notamment ceci de particulier qu'à moins qu'un délai uniforme ne soit établi au niveau international, un déposant ne peut pas bénéficier pleinement du délai de grâce au niveau national car la divulgation accomplie sous certaines conditions dans un pays peut avoir des incidences sur la brevetabilité dans les autres pays. Par exemple, si la durée du délai de grâce diffère selon les législations nationales ou régionales, le déposant n'a d'autre choix que d'établir et de déposer des demandes de brevet en se fondant sur le délai de grâce le plus court et il lui faut bien connaître les différentes règles appliquées en vertu de ces différentes législations. Il y a pire : si l'un des pays dans lesquels le déposant souhaite obtenir une protection par brevet n'a pas de délai de grâce, le déposant ne peut bénéficier du délai de grâce d'aucun des pays concernés. Par ailleurs, le délai de grâce constitue un filet de sécurité pour un déposant qui ne connaîtrait pas la définition de l'état de la technique prévue par le droit des brevets et divulguerait involontairement son invention au public avant de déposer une demande de brevet.

i) Divulgence suffisante

225. Comme indiqué au chapitre II, l'un des principes justifiant le système des brevets est la fonction de publicité qu'il remplit. Il s'ensuit que selon l'une des dispositions importantes du droit des brevets, l'invention doit faire l'objet d'une divulgation suffisante dans la demande de brevet de façon que, une fois l'invention publiée, les connaissances innovantes exposées dans la demande de brevet puissent être diffusées auprès du public.

226. En vertu de l'article 29.1 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres sont tenus d'exiger du déposant d'une demande de brevet qu'il divulgue l'invention d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'une personne du métier puisse l'exécuter. Il s'agit donc là de la norme minimale imposée aux Membres de l'OMC et, comme le montre l'annexe II, les dispositions des législations nationales et régionales sont pour l'essentiel harmonisées dans ce domaine. Toutefois, l'interprétation des dispositions et des pratiques nationales ou régionales peut être plus nuancée. Les questions que soulève l'interprétation de la règle de divulgation sont par exemple les suivantes : quelle est la définition d'une "personne du métier"? À partir de quel moment peut-on considérer une divulgation comme étant "suffisante et complète"? Quand peut-on dire que la divulgation de l'invention est suffisante?

227. L'article 29.1 de l'Accord sur les ADPIC dispose ensuite que les Membres peuvent exiger du déposant qu'il indique la meilleure manière d'exécuter l'invention connue de l'inventeur à la date du dépôt ou, dans les cas où la priorité est revendiquée, à la date de priorité de la demande. Certains pays exigent que la meilleure manière d'exécuter soit indiquée dans la demande, tandis que les autres laissent le choix du mode d'exécution de l'invention (voir annexe II).

228. Par ailleurs, dans nombre de pays, lorsque la demande se rapporte à un matériel biologiquement reproductible qui ne peut pas être suffisamment divulgué dans la demande écrite, on considère que la règle de la divulgation suffisante est respectée par le dépôt de ce matériel, dans la mesure où la règle ne peut pas être respectée autrement. Le Traité de Budapest prévoit un mécanisme selon lequel le dépôt d'un micro-organisme auprès d'une "autorité de dépôt internationale" quelle qu'elle soit est suffisant aux fins de la procédure en matière de brevets devant les offices nationaux des brevets des États contractants (et les offices régionaux des brevets qui reconnaissent les effets de ce dépôt) afin d'éliminer la nécessité de déposer le micro-organisme dans chaque pays dans lesquels une protection par brevet est recherchée. Toutefois, le Traité de Budapest ne régit pas les exigences de forme et de fond concernant les dépôts nationaux ou régionaux en ce qui concerne les demandes nationales ou régionales déposées en vertu des législations des États contractants. Par exemple, la date du dépôt du micro-organisme à effectuer n'est pas harmonisée au plan international. Dans certains pays, ce dépôt doit être effectué au plus tard à la date de dépôt de la demande, tandis que, dans un pays au moins, il peut l'être pendant que la demande est en instance d'examen sous certaines conditions.

j) Objet et exclusions

229. Que considère-t-on comme un objet pouvant prétendre à une protection par brevet? C'est là une des principales questions soulevées par le système des brevets. Il est généralement admis que ce système protège les "inventions", mais non les œuvres littéraires ou artistiques, les signes ou les apparences esthétiques. L'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC stipule qu'en principe, "toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques", doit pouvoir bénéficier d'une protection par brevet. Ni la portée

du terme “invention”, ni la façon dont il est défini dans les législations nationales ne sont uniformes, encore que l’on puisse trouver certains éléments sous-jacents communs (voir annexe II). Les différences constatées dans les législations nationales traduisent la politique suivie par les pays concernés eu égard au fait que le système des brevets a pour objectif de promouvoir l’innovation et le développement technologique et économique.

230. Les pays se distinguent notamment par le fait que, pour la majorité d’entre eux, la notion d’invention comporte un certain caractère technique ou une idée technique. Il s’ensuit que les méthodes commerciales en tant que telles et les méthodes financières en tant que telles ne sont pas des objets brevetables dans la plupart des pays. Dans les autres, le caractère technique n’est pas exigé pour qu’un objet soit brevetable. De plus, dans certains pays, le terme d’“invention” est défini par la loi, tandis que dans les autres, la portée du terme “invention” doit être extraite d’une liste non exhaustive d’objets.

231. À titre d’exceptions à la portée générale de l’invention susmentionnée, les articles 27.2 et 3 de l’Accord sur les ADPIC disposent que les Membres de l’OMC peuvent exclure certaines inventions de la brevetabilité. Il s’agit des inventions suivantes :

- les inventions dont il est nécessaire d’empêcher l’exploitation commerciale sur leur territoire 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 (Accord sur les ADPIC, article 27.2);
- les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux (Accord sur les ADPIC, article 27.3a));
- 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 (Accord sur les ADPIC, article 27.3b)).

232. En conséquence, un certain nombre de pays prévoient une partie ou l’ensemble de ces exceptions dans leur législation nationale (voir annexe II).

233. En ce qui concerne l’objet et les exceptions, l’article 4^{quater} de la Convention de Paris dispose que la délivrance d’un brevet ne pourra être refusée et un brevet ne pourra être invalidé pour le motif que la vente du produit breveté ou obtenu par un procédé breveté est soumise à des restrictions ou limitations résultant de la législation nationale, se rapportant par exemple à l’innocuité ou à la qualité du produit. .

234. Comme le stipule l’article 27.3 b) de l’Accord sur les ADPIC, ces dispositions sont réexaminées par le Conseil des ADPIC depuis décembre 1998. La Déclaration ministérielle de Doha⁶⁵ a évoqué le réexamen des dispositions de l’article 27.3 b) ainsi que le réexamen de la mise en œuvre de l’Accord sur les ADPIC en vertu de l’article 71.1 et les négociations

⁶⁵ http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm.

portant sur les questions de mise en œuvre en suspens. Cette Déclaration a chargé le Conseil des ADPIC d'examiner, entre autres, 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 soulevés par les Membres en application de l'article 71.1. En s'attendant à cette tâche, le Conseil des ADPIC devra s'inspirer des objectifs et des principes énoncés dans les articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC et tenir pleinement compte de la dimension du développement.

k) Exceptions et limitations des droits

235. Compte tenu de l'objectif de politique générale du système des brevets, l'étendue du droit de brevet exclusif est définie avec soin par les législations nationales en matière de brevets, qui s'emploient à réaliser un équilibre satisfaisant entre les intérêts légitimes des titulaires de droits et les intérêts légitimes des tiers. L'article 30 de l'Accord sur les ADPIC autorise les Membres à prévoir des exceptions aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers.

236. Par ailleurs, l'article 5 de la Convention de Paris contient des dispositions relatives aux licences obligatoires. De plus, l'article 5ter prévoit certaines limitations aux droits exclusifs dans certains cas d'intérêt public afin de préserver la liberté des transports. En principe, si des navires, des aéronefs ou des véhicules terrestres pénètrent temporairement sur le territoire de pays étrangers, il n'est pas nécessaire d'obtenir des licences d'exploitation de brevets en vigueur dans ces pays pour éviter de porter atteinte à ces brevets.

237. Compte tenu des règles internationales susvisées, un certain nombre de pays prévoient dans leur législation nationale certaines exceptions et limitations aux droits exclusifs (voir annexe II). Par exemple, les droits conférés par un brevet ne s'étendent pas aux actes suivants :

- actes accomplis à des fins privées et non commerciales;
- utilisations pour des articles embarqués sur des aéronefs, des véhicules terrestres ou des navires d'autres pays qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux du pays considéré;
- actes accomplis à des fins expérimentales ou de recherche;
- actes accomplis par toute personne qui, de bonne foi, avant la date de dépôt (ou la date de priorité) de la demande au titre de laquelle le brevet est délivré, utilisait l'invention ou se préparait effectivement et sérieusement à l'utiliser dans le pays considéré (exception pour utilisation antérieure);
- actes accomplis uniquement en vue d'utilisations ayant un lien plausible avec l'élaboration et la présentation des informations requises pour l'obtention d'un agrément;
- préparation de médicaments conformément à une ordonnance médicale.

238. De plus, l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC dispose qu'un Membre peut autoriser, aux conditions indiquées, d'autres utilisations que celles que permet l'article 30 sans l'autorisation du détenteur du droit. En ce qui concerne l'article 31, la Déclaration ministérielle de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique⁶⁶ stipule expressément que chaque Membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la faculté de définir les motifs pour lesquels ces licences sont accordées, et 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. De plus, afin de régler le problème des Membres ayant des capacités de fabrication insuffisantes ou n'en disposant pas dans le secteur pharmaceutique et qui, de ce fait, pourraient avoir des difficultés à recourir de manière effective aux licences obligatoires dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, à la suite de l'instruction donnée au paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, les Membres de l'OMC ont décidé en 2003 d'instituer une "dérogation" qui a éliminé les limitations aux exportations dans le cadre des licences obligatoires à destination de pays ne pouvant pas fabriquer les produits pharmaceutiques eux-mêmes⁶⁷ et ont rendu cette décision permanente en modifiant l'Accord sur les ADPIC⁶⁸.

239. S'agissant de l'épuisement du droit de brevet, l'article 6 de l'Accord sur les ADPIC dispose qu'aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent Accord, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4, aucune disposition de l'Accord sur les ADPIC ne peut être utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. La Déclaration de Doha susvisée a précisé que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui concernent l'épuisement de ces droits ont pour effet de laisser à chaque Membre la faculté d'établir son propre régime en ce qui concerne cet épuisement sans contestation, sous réserve des dispositions de l'Accord qui se rapportent au traitement NPF et au traitement national.

240. Les exceptions susmentionnées limitent l'application des droits conférés par un brevet. Les législations de certains pays comportent des exceptions qui étendent l'application des droits, c'est-à-dire concernent des actes pouvant être considérés dans certains cas comme des atteintes aux brevets. Ces exceptions peuvent par exemple être une atteinte indirecte. En principe, la fabrication, l'utilisation et la vente d'un seul élément ou de certains éléments de l'invention revendiquée ne constitue pas une atteinte. Toutefois, une application stricte de ce principe peut ne pas toujours protéger le titulaire du droit contre un tiers qui a fait un usage déloyal de l'invention brevetée. Par exemple, un tiers peut fournir des pièces se rapportant à des éléments matériels de l'invention revendiquée en vue d'un montage effectué par des particuliers, ou fournir une machine utilisée exclusivement pour exécuter une invention brevetée. Compte tenu des intérêts légitimes du titulaire de droits et des intérêts légitimes des tiers, certaines actions sont considérées comme des atteintes indirectes par la législation de certains pays. Toutefois, les conditions de l'atteinte indirecte varient sensiblement d'un pays à l'autre.

⁶⁶ http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm.

⁶⁷ http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm.

⁶⁸ http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/wtl641_e.htm.

l) Qualité

i) Objectifs de la gestion de la qualité

241. Les erreurs commises dans le cadre des procédures de délivrance et d'administration des brevets peuvent occasionner des difficultés aux titulaires de droits, aux concurrents, aux utilisateurs de l'information en matière de brevets et aux offices des brevets eux-mêmes. Il peut être difficile et onéreux de rectifier une erreur. Le fait de ne pas reconnaître l'existence d'une erreur peut aussi avoir des conséquences onéreuses. Par exemple, la délivrance d'un brevet qui ne satisfait pas aux exigences prévues peut amener les concurrents à penser qu'ils ne pourront pénétrer le marché en question que s'ils négocient une licence avec le titulaire du brevet, ou ils peuvent avoir à engager une procédure judiciaire coûteuse pour faire révoquer le brevet afin de ne pas s'exposer à des poursuites en contrefaçon de brevet. Le fait de négliger d'actualiser le registre pour montrer qu'un brevet a été renouvelé peut donner à croire que le brevet a expiré et que les concurrents peuvent commencer à investir, pour s'apercevoir par la suite que le brevet était toujours en vigueur.

242. En conséquence, nombre d'offices ont mis en place des systèmes de gestion de la qualité pour s'assurer que leurs procédures sont à même de donner des résultats de qualité. Certains ont fait homologuer leurs systèmes de gestion de la qualité, qui répondent ainsi à une norme officielle, qui est le plus souvent la norme ISO 9001:2000. Les normes couvrent les processus et les systèmes d'une organisation plutôt que la qualité du service effectivement fourni, mais elles montrent que les offices concernés ont mis en place des systèmes qui encouragent l'obtention de résultats de qualité et évaluent les produits afin de contrôler la qualité du travail et de régler les problèmes éventuels, ce qui incite à continuer d'améliorer ces systèmes.

243. La façon dont les systèmes de gestion de la qualité sont effectivement mis en œuvre est très différente d'un office à l'autre et dépend de la taille de l'office et des types de travaux en cause (les systèmes d'examen ont des besoins très différents des systèmes d'enregistrement). Dans le détail, ces systèmes doivent être adaptés aux besoins spécifiques de l'office et de ses partenaires (tels que les offices d'autres États) et des utilisateurs (y compris les déposants de demandes de brevet et les personnes affectées par les droits nationaux ou utilisant l'information publiée). Toutefois, certains principes généraux sont communs à tous les systèmes fonctionnant à différents niveaux. À un niveau fondamental, l'office doit se faire une idée précise de ses fonctions et se doter des ressources nécessaires (personnel, locaux, équipements et formation) pour remplir ces fonctions d'une manière efficace. Les procédures doivent s'appuyer sur des documents établis de façon satisfaisante et il faudrait prévoir des mécanismes de communication d'informations en retour (tant internes que pour assurer la communication avec les clients) pour mettre les problèmes et les possibilités en évidence de façon à pouvoir améliorer les procédures et, ainsi, éviter le retour des problèmes. Les responsabilités du personnel devraient être clairement précisées et, dans toute la mesure possible, les objectifs devraient être mesurables.

ii) Importance de la gestion de la qualité au niveau international

244. La gestion de la qualité est importante pour chaque office pour lui permettre de s'acquitter correctement de ses fonctions. Toutefois, elle a également une dimension internationale : une forte proportion de demandes de brevet, en effet, sont déposées dans plusieurs pays, par l'intermédiaire soit de la Convention de Paris, soit du PCT. En pareil cas, la même demande (sous réserve d'une traduction et des modifications à apporter pour se

conformer à certaines exigences locales) est traitée séparément et souvent en même temps par plusieurs offices, chacun procédant aux mêmes vérifications en parallèle. Dans le cas des offices de grande taille, il en résulte une quantité énorme de doubles emplois. Certes, chaque office est tenu de faire respecter les normes nationales, mais les efforts qu'il y consacre peuvent être sensiblement réduits s'il sait ce que font les autres offices, compte tenu des différences importantes qui peuvent exister entre leurs systèmes de brevets respectifs, de façon que les activités ne soient poursuivies que dans la mesure où elles sont objectivement nécessaires.

245. Même si deux offices ont mis en place des procédures très différentes, chacun peut avoir intérêt à connaître le système de gestion de la qualité de l'autre. Par exemple, dans le cas d'un office qui enregistre les demandes sans commencer par effectuer une recherche et un examen, il peut être important pour les déposants et les tiers de connaître le résultat de la recherche et de l'examen menés dans les autres offices. En pareil cas, la connaissance de l'existence de bons systèmes de gestion de la qualité dans ces autres offices peut renforcer sensiblement la confiance du lecteur dans les rapports et brevets délivrés, ce qui permet de mieux évaluer la mesure dans laquelle le brevet national satisfait aux conditions de brevetabilité du pays considéré.

iii) Mécanismes existants destinés à garantir la qualité

246. Les systèmes existants de gestion de la qualité peuvent prendre des formes très diverses. La plupart des offices les plus importants appliquent depuis de nombreuses années une forme de contrôle de la qualité. Depuis une dizaine d'années, nombre d'entre eux jugent nécessaire de réexaminer et d'élargir ces systèmes pour les rendre véritablement intégrés, plutôt que de continuer à utiliser des systèmes de contrôle de la qualité applicables uniquement à telle ou telle fonction (en particulier la recherche et l'examen) qui se sont souvent développés de façon indépendante et ponctuelle. Ces systèmes intégrés se sont principalement inspirés d'approches de gestion de la qualité très appréciées, telles que la norme ISO 9001:2001 et le modèle d'excellence EFQM, ainsi que l'Approche commune du PCT quant à la qualité de la recherche internationale et de l'examen préliminaire international, présentée au chapitre 21 des directives du PCT applicables à la recherche internationale et à l'examen préliminaire international. Ces directives requièrent des administrations internationales selon le PCT qu'elles mettent en place des systèmes de gestion de la qualité présentant certaines caractéristiques importantes pour que la recherche et l'examen soient effectués d'une manière conforme aux exigences du PCT. Les systèmes mis en place conformément aux directives font l'objet de rapports établis par les administrations internationales et passés en revue par la Réunion des administrations internationales du PCT. D'autres mécanismes de concertation et d'élaboration de systèmes de qualité existent aussi lorsque les offices coopèrent de façon informelle; on peut citer en particulier le système européen de gestion de la qualité, qui fait partie intégrante du réseau européen de brevets créé dans le cadre de l'Organisation européenne des brevets.

247. Il convient également de rappeler que nombre de législations en matière de brevets prévoient des dispositions touchant la qualité. Comme on l'a vu dans les sections b) et c), il s'agit notamment des dispositions applicables à la recherche et à l'examen, de la possibilité pour des tiers de formuler des observations, voire de participer directement à la révision des droits dans le cadre de procédures d'opposition ou d'actions en nullité, et de l'obligation faite aux déposants de demandes de brevet de présenter des informations concernant les recherches et examens effectués en ce qui concerne les demandes correspondantes déposées dans d'autres pays. Les offices étudient les moyens de rendre ces révisions plus rapides, moins onéreuses et plus efficaces.

m) Enjeux dans le domaine des techniques émergentes

248. Les technologies se développent et de nouvelles techniques apparaissent constamment. L'expression "Année de l'Internet" décrit généralement la vitesse incroyable d'apparition des nouvelles technologies et les possibilités qui pourraient être offertes au public. Dès sa création, le système des brevets a été confronté à l'évolution des technologies, par exemple dans les domaines de la mécanique, de la chimie et de l'électronique, et a accompagné cette évolution. Plus récemment, il a dû relever les défis posés par les biotechnologies, les technologies numériques et les nanotechnologies. Le but du système des brevets, qui est de favoriser l'innovation, place le droit des brevets dans une position où il doit constamment être révisé en fonction des nouveaux progrès technologiques.

249. Les techniques émergentes posent au droit des brevets un certain nombre de problèmes systémiques. Le premier sujet de préoccupation concerne la question de savoir si une innovation est un objet brevetable en droit des brevets (voir également la section j) plus haut). Les matériels biologiques, les êtres vivants transgéniques et les méthodes commerciales mises en œuvre par logiciel, entre autres cas, font débat. En second lieu, lorsqu'une nouvelle technologie apparaît, l'état de la technique n'est pas assez développé pour permettre de déterminer la nouveauté et l'activité inventive. Par ailleurs, lorsque la technologie est toute récente, comme c'est notamment le cas de l'étape actuelle des nanotechnologies, on dit qu'il n'existe aucune nomenclature propre à la technologie considérée. Étant donné que l'on ne dispose pas de références suffisamment nombreuses pour effectuer un examen de brevetabilité, d'une part, et que les spécialistes utilisent un certain nombre de termes non définis, d'autre part, les offices de brevets se voient souvent reprocher de délivrer des brevets en présence de revendications trop générales au moment de l'apparition de la nouvelle technologie en question. De même, il peut être difficile de déterminer le respect de l'exigence de divulgation et de celle d'applicabilité industrielle (utilité). On sait d'expérience que, lorsqu'une technologie de pointe évolue vers une phase de maturité, les questions concernant l'application du droit des brevets à ladite technologie se clarifient progressivement, et la sécurité juridique et la prévisibilité se développent en raison de la convergence des pratiques et des jurisprudences.

250. Comme le droit exclusif conféré par un brevet est justifié par la publicité de toute la portée de l'invention brevetée, la définition de l'étendue des revendications qui sont étayées par la divulgation de l'invention est l'un des éléments essentiels du système des brevets. Toutefois, les informations disponibles dans le domaine considéré sont si rares qu'il n'est pas toujours facile de savoir si la divulgation a été suffisante. Ces difficultés sont encore aggravées lorsque la technologie relève d'un domaine de pointe, comme la bioinformatique et les nanotechnologies. L'analyse complète de la technologie et la détermination de la brevetabilité sont plus complexes dans le cas de domaines de technologie aussi interdisciplinaires.

251. Au-delà de ces problèmes de compatibilité des nouvelles inventions avec le droit des brevets en vigueur, une question plus fondamentale a été posée : ce droit des brevets est-il un mécanisme approprié pour favoriser l'innovation dans un nouveau domaine de technologie spécifique? Par exemple, la concession de licences et les autres questions liées à l'exploitation des brevets sont des thèmes de débat, en particulier dans les domaines des biotechnologies et des technologies de l'information et de la communication. Dans le domaine des biotechnologies, les innovations en aval peuvent être couvertes par un brevet de large portée délivré à un stade précoce de l'innovation. On a fait remarquer que la délivrance de très nombreux brevets pour la recherche en amont peut gêner le développement de la

recherche en aval. Le nombre et la grande portée des brevets délivrés dans le cas de la recherche fondamentale initiale ont suscité des préoccupations au sujet de la forêt de brevets et de l'échelonnement des redevances. Surtout dans le domaine des biotechnologie, les revendications croisées dans les brevets, en particulier pour les outils de recherche, ont été signalées comme pouvant faire obstacle à la poursuite de la recherche-développement⁶⁹. Les questions d'éthique (voir chapitre IX) entourant l'exécution des inventions relevant des biotechnologies suscitent également des controverses. Par ailleurs, les progrès récents des technologies de l'information et de la communication ont créé la possibilité de regrouper différents éléments et fonctions dans un produit unique. Cette possibilité pourrait être encore élargie par les nanotechnologies. Comme indiqué au chapitre VIII.c), les situations qui relèvent de ce qu'il est convenu d'appeler "forêt de brevets" ont été traitées dans des études récentes.

252. Dans le domaine des inventions exécutées par logiciel, d'aucuns considèrent, du fait des caractéristiques propres à l'innovation logicielle, que la protection des logiciels par brevet paralyserait la concurrence dans ce domaine. On dit que l'innovation logicielle implique le plus souvent un développement et une réutilisation cumulatifs et séquentiels du travail d'autrui. Dans le domaine des technologies de l'information et la communication, elle exige par définition que les utilisateurs soient "connectés". En d'autres termes, la valeur d'un bien ou d'un service dépend du nombre des utilisateurs de ce bien ou de service (effet de réseau). Afin de communiquer et de partager informations et fichiers, l'interopérabilité doit être préservée entre les programmes, les systèmes et les composantes des réseaux. En pareil cas, un effet de verrou peut se produire. En conséquence, certaines personnes font valoir que le mécanisme du système des brevets qui confère un droit exclusif n'est pas favorable au développement de l'industrie des logiciels, mais assure la promotion d'autres modèles, tels qu'une "source ouverte".

253. La source ouverte fournit des modèles de remplacement performants pour gérer la titularité du droit d'auteur sur les logiciels. L'un des problèmes causés par les logiciels libres est que les logiciels mis au point dans le cadre d'une licence ouverte peuvent porter atteinte à un brevet couvrant le logiciel libre. Pour faire face à la réalité selon laquelle un certain nombre d'inventions mises en œuvre par ordinateur ont été accordées dans de nombreux pays, la troisième version de la licence publique générale (GPL v3) GNU prévoit expressément que les contributeurs et les redistributeurs du programme protègent les utilisateurs contre les procédures judiciaires pour atteinte aux droits.

VII. STRUCTURES D'APPUI POUR LE SYSTÈME DES BREVETS

254. Le système des brevets n'existe pas en vase clos. Pour lui permettre d'être vraiment un moteur de progrès technique et de croissance économique, il doit être envisagé dans un contexte plus large – dans le cadre des politiques et des stratégies économique et de développement mises en œuvre par les différents pays. Un certain nombre d'entre eux ont donc élaboré une politique de propriété intellectuelle qui est intégrée à leurs politiques

⁶⁹ Divers arguments concernant les brevets sur les gènes sont résumés dans "Gene Patents: A brief Overview of Intellectual Property Issues" CRS Reports for Congress, 3 octobre 2006; W. Cohen and J. Walsh "Real Impediment to Academic Biomedical Research", mai 15, 2007, [http://www.nber.org/books_in_progress/innovation8/cohen-walsh6-19-07.pdf].

scientifiques, culturelles, commerciales, économiques et éducatives⁷⁰. Les politiques de propriété intellectuelle appuient une mise en œuvre cohérente et efficace des stratégies de propriété intellectuelle au niveau national afin de tirer le meilleur parti possible des avantages découlant des droits de propriété intellectuelle.

255. Si le droit des brevets fournit un cadre juridique au système de brevet, un certain nombre d'autres éléments lui permette de fonctionner de la manière prévue; la mise en valeur des ressources humaines, l'éducation, une administration efficace et efficiente des offices de la propriété intellectuelle, la sensibilisation des chercheurs des secteurs public et privé aux incidences éventuelles du système des brevets, les universités, les sociétés civiles et le grand public, et une sanction efficace et efficiente des droits de propriété intellectuelle par les autorités judiciaires et douanières, parmi d'autres. Lorsqu'un litige portant sur l'application des droits attachés à un brevet ou la validité d'un brevet ne peut être résolu entre les parties, il est possible de régler ce litige par l'arbitrage ou la médiation, si les deux parties en conviennent. Néanmoins, dans certains cas, on demande au tribunal de le régler. Par conséquent, l'accessibilité des procédures judiciaires, la certitude juridique et des jugements rendus dans les délais prévus sont autant de facteurs participant à l'efficacité du système des brevets (voir le chapitre VIII.a)). En outre, pour tirer le meilleur profit de la valeur des actifs de propriété intellectuelle, la structure du marché devrait encourager la diffusion du savoir et le transfert de technologie.

a) Les conseils en brevets

256. Parmi les divers mécanismes appuyant directement et indirectement le système de brevets, les conseils en brevets et les agents de brevets jouent un rôle important dans le développement d'un système de brevets performant. Ils sont généralement inscrits au registre des offices de la propriété intellectuelle après avoir subi un examen de qualification. Il est toutefois impossible de donner une définition générale des fonctions de "conseil en brevets" ou d'"agent de brevets" étant donné que les qualifications requises pour les exercer et les pouvoirs conférés en vertu de la législation applicable, diffèrent d'un pays à l'autre. Dans certains pays, les conseils en brevets peuvent être légalement habilités à pratiquer le droit général à condition de passer un examen. Ils sont donc habilités à représenter une partie devant les tribunaux. Dans d'autres pays, on n'exige pas que les conseils en brevets aient une qualification juridique (bien qu'ils puissent avoir besoin au moins de compétences en droit de la propriété intellectuelle et d'une formation juridique)⁷¹.

257. Le rôle d'un conseil en brevets consiste généralement à prodiguer des conseils et à aider un inventeur et un déposant d'une demande de brevet à l'obtenir et à le maintenir en vigueur; il peut être appelé à rédiger et à préparer les demandes de brevet, représenter le déposant auprès de l'office des brevets, répondre aux avis de l'office et aider le titulaire du brevet à maintenir son droit en vigueur et à le faire respecter. Le conseil en brevets peut également représenter un tiers au cours des procédures d'opposition et d'invalidation d'un brevet. Il faut donc connaître les questions de technologie, le droit matériel des brevets ainsi que les règles de procédure du droit des brevets et avoir une certaine pratique de la jurisprudence pour

⁷⁰ Veuillez consulter le site à l'adresse

http://www.wipo.int/ip-development/en/strategies/national_ip_strategies.html.

⁷¹ Compte tenu de la diversité des définitions, le terme "conseil en brevets" est utilisé dans le présent document pour désigner une personne qui est un mandataire agréé, au sens large, habilité à agir dans toute procédure judiciaire ayant trait aux brevets.

devenir un conseil en brevets. Le conseil en brevets doit être en mesure de proposer à son client toute une gamme de solutions en matière de protection ou de sanction des droits et de l'aider si un brevet a été délivré par erreur ou si un abus de droit a été constaté.

258. Le conseil en brevets dispose de prérogatives importantes dans le mécanisme de contrôle du système des brevets. Si un inventeur local est en mesure d'obtenir une protection par brevet avec une étendue maximale des revendications, de défendre ses droits ou de contester avec succès le brevet détenu par un tiers, il le doit, dans une large mesure, au talent de son conseil en brevets local. Un rapport publié récemment révèle qu'une faible sensibilisation du public à la propriété intellectuelle diminue les débouchés qu'offre ce domaine, ce qui crée un cercle vicieux ayant pour aboutissement une moindre disponibilité de services professionnels en matière de propriété intellectuelle et une moins grande connaissance de la propriété intellectuelle⁷².

b) Privilège de la profession

259. En général, lorsqu'un client sollicite un conseil d'un avocat qualifié, les informations communiquées entre ce dernier et son client se voient accorder le "privilège" de ne pas devoir être divulguées devant un tribunal. L'octroi de ce privilège vise à encourager celui qui souhaite obtenir un conseil et celui qui le prodigue à faire preuve d'une totale transparence et d'honnêteté au cours du processus. Le premier doit communiquer au conseiller toutes les informations pertinentes pour obtenir le meilleur conseil, notamment les éléments contraires à sa position. En revanche, le conseiller doit être capable de faire preuve d'une franchise absolue. Pour garantir un conseil juridique de qualité, l'échange de consignes et d'avis ne doit donc pas être freiné par la peur de divulguer les informations communiquées.

260. Au cours d'une action en contrefaçon de brevet, il est courant qu'une des parties oblige l'autre partie à communiquer tous les documents relatifs à la communication entre le conseil en brevets et l'une des parties dans l'espoir d'y trouver consignées des déclarations préjudiciables qui détruiraient les moyens de défense invoqués par l'auteur de la violation ou révéleraient que le titulaire du brevet a fait un usage abusif de ses droits. Les informations communiquées entre un conseil en brevets et son client contiennent souvent des points techniques qui sont étroitement liés aux questions juridiques examinées par un tribunal. Néanmoins, lorsqu'un client sollicite l'avis d'un conseil en brevets, tous les pays ne prévoient pas que les conseils prodigués par un conseil en brevets à son client ou les informations qu'ils ont échangées, bénéficient du privilège de préserver leur confidentialité en ne les divulguant pas devant un tribunal. Les règles nationales applicables en la matière varient considérablement d'un pays à l'autre. Certains pays admettent le privilège octroyé aux membres de la profession juridique alors que d'autres nient le privilège du secret professionnel liant le conseil en brevets à son client. Dans certains pays, la protection de la confidentialité des communications entre le conseil en brevets et son client revêt une autre forme ou est renforcée; par exemple, la divulgation par un conseil en brevets des confidences qui lui sont faites par son client peut être considérée comme un délit ou une violation des règles professionnelles⁷³. Même si le privilège du conseil en brevets est reconnu, la portée

⁷² De plus amples informations concernant le rapport intitulé "Défis que les pays en développement doivent relever dans les domaines de l'enseignement et de la recherche en matière de propriété intellectuelle" du Professeur T. Ogada sont disponibles à l'adresse : [http://www.wipo.int/academy/en/meetings/iped_sym_05/papers/pdf/ogada_paper.pdf].

⁷³ Voir la Question 163 figurant dans le rapport du comité spécial de l'AIPPI publié en mars 2002.

des communications couvertes par le privilège et l'étendue du privilège dont jouissent les conseils en brevets à l'étranger, diffèrent d'un pays à l'autre. Dans certains pays, ce privilège est reconnu pour les conseils en brevets qualifiés pratiquant dans le pays en question, et non pour ceux exerçant leur profession dans d'autres pays.

261. Étant donné qu'un nombre croissant de déposants demandent une protection par brevet à l'étranger, l'absence de normes uniformes applicables au privilège et à sa reconnaissance dans les différents pays suscite de graves préoccupations parmi les praticiens du droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, si le privilège n'est pas reconnu dans l'un des pays dans lesquels le titulaire d'un brevet souhaite appliquer son brevet, il risque de recevoir la décision d'un tribunal ne reconnaissant pas le privilège juridique de divulguer le contenu des communications confidentielles liées aux conseils obtenus dans le pays ayant instauré le privilège. L'effet du privilège sur les conseils prodigués sera donc perdu. Dans une autre affaire, si les conseils en brevets possédant les diplômes requis pour pratiquer dans un pays donné sont seuls habilités à exercer le privilège attaché à leur profession devant les tribunaux de ce pays, un client n'est pas protégé contre le fait de se voir ordonner par un tribunal de divulguer les communications entre lui et son conseil en brevets établi à l'étranger au sujet du brevet remis en question ainsi que les demandes correspondantes déposées par la famille et les brevets octroyés.

262. Compte tenu de l'absence de normes en vigueur au niveau international, l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI) a adopté, en 2003, une résolution concernant le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client et la profession de conseil en brevets et/ou de conseil en marques, dans laquelle elle appuie la disposition accordant ce privilège indifféremment aux conseils en brevets et aux conseils en marques dans toutes les juridictions nationales⁷⁴.

c) Création d'un marché

263. Dans le contexte d'une intensification de la concurrence au niveau mondial, le cycle de recherche-développement des produits se raccourcit. Par ailleurs, les technologies sont devenues plus complexes et perfectionnées. Pour relever le défi que pose leur adoption, outre l'intégration verticale classique de la chaîne des valeurs, on a généralisé la mise en application de modèles d'innovation ouverte dans le secteur des entreprises⁷⁵. Au lieu de mener toutes les activités allant de la recherche-développement au lancement sur le marché au sein d'une même entreprise, on cherche à externaliser l'acquisition de savoirs par des recherches menées dans le cadre de contrats, la coopération en matière de recherche-développement, la concession de licences et la sous-traitance. La collaboration avec les instituts de recherche publics et les centres de recherche des universités publics, la création de coentreprises et d'entreprises dérivées constituent des modèles réputés. Un certain nombre de sociétés invitent les consommateurs et d'autres parties intéressées à formuler de nouvelles idées sur leurs sites Web, et proposent des partenariats éventuels visant à élargir les sources d'innovation (application d'un modèle d'innovation dicté par les utilisateurs).

⁷⁴ Voir la Question 163 de la Résolution intitulée "Le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client et la profession de conseil en brevets et/ou en marques"; l'OMPI va organiser, en collaboration avec l'AIPPI, une Conférence sur la confidentialité des informations communiquées dans le cadre des consultations de spécialistes de la propriété intellectuelle, les 22 et 23 mai 2008 à Genève.

⁷⁵ Voir l'édition de l'Économiste du 11 octobre 2007.

264. Un élément commun à tous ces modèles d'entreprises concernant l'innovation ouverte est qu'un transfert de connaissances s'opère d'une partie à une autre, et que le système des brevets y joue un rôle fondamental en appuyant le mécanisme de transfert de connaissances entre une entreprise souhaitant mettre en valeur sa technologie et une entreprise souhaitant acquérir une technologie extérieure.

265. Pour réaliser ces opérations de transfert de technologie, il faut commencer par identifier les acheteurs et les vendeurs de technologie potentiels. L'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique publie par exemple des informations sur les brevets susceptibles d'être commercialisés ou concédés sous licence dans son Bulletin officiel⁷⁶. Un certain nombre d'administrations nationales et régionales contribuent activement à la promotion de la concession de licences en fournissant une assistance aux entreprises qui souhaitent réaliser des études de marché et trouver des partenaires commerciaux. Elles ont également mis en place une plate-forme Internet conviviale de mettant en relation les acheteurs et les vendeurs potentiels⁷⁷. En général, ces plates-formes fournissent une description de la technologie proposée/recherchée ou une liste des brevets susceptibles d'être cédés sous licence et les coordonnées de personnes à contacter. Il existe également plusieurs sociétés effectuant des transactions commerciales sur brevets, par exemple, les sociétés de ventes aux enchères d'actifs de propriété intellectuelle⁷⁸.

266. Un autre mécanisme commun pour encourager le transfert de technologie est de mettre en œuvre des mesures d'incitation. Un certain nombre de pays prévoient une réduction des taxes de maintien en vigueur des brevets si le titulaire d'un brevet concède une licence non exclusive à un tiers. De plus, certains pays acceptent les réductions d'impôt sur les recettes générées par les licences de brevet.

267. En reconnaissant plus largement l'utilité des brevets en tant qu'instruments de négoce des technologies, comme l'expression "actifs de propriété intellectuelle" le suggère, il est de plus en plus admis que les brevets représentent des actifs incorporels sur le marché financier. Ils peuvent être exploités pour attirer un financement extérieur. Pour une petite société naissante, les brevets contribuent d'une façon significative à l'obtention d'un financement des capitaux-risqueurs. Certaines sociétés proposent une titrisation des brevets, qui utilise les redevances générées par les brevets titrisés comme capitaux d'investissement. En outre, certaines banques acceptent que les brevets tiennent lieu de garanties de prêt. L'évaluation des brevets est l'une des clés de la généralisation des transactions sur brevets. Il est nécessaire de mettre en place des mécanismes d'évaluation des brevets fiables, notamment un système d'évaluation monétaire pour faciliter davantage les transactions en matière de brevets.

⁷⁶ Veuillez consulter le site Web à l'adresse

<http://www.uspto.gov/web/patents/patog/week50/OG/TOC.htm#ref11>.

⁷⁷ Par exemple, la base de données sur les licences de brevets créée par le Centre national de formation et d'information en propriété industrielle (NCIPI) (Japon) : [<http://www.inpit.go.jp/english/index.html>], le réseau des Innovation Relay Centres (IRC) mis en place par la Commission européenne : [<http://irc.cordis.lu>], le National Technology Transfer Center (NTTC) (Centre de commercialisation de technologies) aux États-Unis : [<http://www.nttc.edu/default.asp>] et l'IP Market Place for Patents créé par l'Office danois des brevets et des marques : [<http://www.dkpto.org/>].

⁷⁸ On a signalé qu'un brevet pour un système de radiodiffusion en continu a été vendu 1,75 millions de dollars É.-U. au cours d'une de ces enchères. [édition du *Managing Intellectual Property Weekly News* du 26 octobre 2007].

268. Les pays développés et les pays en développement ont mis en place des mécanismes encourageant le transfert de technologie et son financement. Par exemple, la Fondation nationale pour l'innovation (NIF) et le Gujarat Grassroots Innovation Augmentation Network (GIAN) qui bénéficient de l'appui du ministère indien de la Science et de la Technologie, fournissent un financement par capital-risque et une assistance en matière de commercialisation des innovations communautaires à fort potentiel⁷⁹. On estime que ces innovateurs communautaires qui ont pour seules ressources leurs connaissances, doivent protéger leurs droits de propriété intellectuelle afin de les exploiter pleinement⁸⁰. En 1992, le gouvernement malais a instauré une coopération en matière de développement technologique afin de promouvoir la recherche au niveau national et d'en commercialiser les résultats et d'investir dans de nouvelles entreprises qui sont en mesure de procéder à l'acquisition de nouvelles technologies étrangères. Cette initiative lui a permis d'acquérir le statut de fournisseur de solutions intégrées recourant au capital-risque.

VIII. MENACES PESANT SUR L'EFFICACITÉ DES BREVETS EN TANT QUE FACTEURS D'INCITATION À L'INNOVATION

269. On estime en général que le système des brevets établit un compromis entre les droits exclusifs conférés aux titulaires de brevet et la divulgation au public des inventions brevetées, qui vise à promouvoir les activités novatrices au sein de la société. À cette fin, les responsables gouvernementaux cherchent à instituer un système efficace et efficient permettant d'obtenir, de maintenir en vigueur et de faire respecter des droits, qui soit doté d'un mécanisme approprié susceptible de diffuser les connaissances et les technologies innovantes. Les précédents chapitres mettent l'accent sur l'importance de la qualité, de la synchronisation et des coûts pour que le système de brevets efficace et efficient aille de pair avec la mondialisation et le développement technologique. Le principal obstacle à l'amélioration de l'accès au système international des brevets sont notamment les coûts de délivrance et de maintien en vigueur des brevets et les frais de justice afférents à leur défense au niveau international. Étant donné qu'il est fréquent de mener les activités de recherche-développement et de commercialisation hors des frontières nationales, le principe de territorialité veut que l'absence d'une harmonisation des dispositions applicables au droit matériel des brevets, les procédures judiciaires et les juridictions transfrontalières augmentent les coûts et le risque d'incertitude juridique.

270. Le système des brevets présuppose la présence de concurrents susceptibles d'analyser les brevets publiés, d'acquérir des connaissances à partir des éléments de ces brevets et de mettre au point d'autres inventions qui pourraient remplacer l'invention brevetée ou constituer une nouvelle invention dotée d'une fonction nouvelle ou plus avancée. En encourageant les concurrents à mettre au point d'autres innovations, le public bénéficierait d'un plus grand choix de produits de meilleure qualité sur le marché. Des préoccupations ont été récemment exprimées quant au fait de savoir si les brevets compromettent la possibilité pour des tiers de développer d'autres innovations en leur accordant des droits exclusifs sur des éléments dont la disponibilité est, par définition, limitée. Dans le cas des brevets ADN, cette dernière est limitée par nature, et dans celui des brevets portant sur des technologies courantes, d'autres solutions sont impossibles en raison de normes techniques "de jure" ou "de facto". On a déjà mentionné le risque de conflit entre la nécessité de garantir l'interopérabilité et le fait d'octroyer des droits de brevet exclusifs sur les technologies de

⁷⁹ Veuillez consulter le site Web à l'adresse : <http://www.gian.org>.

⁸⁰ Veuillez consulter le site Web à l'adresse : http://www.nif.org.in/intellectual_management.

réseaux et de communication. Le compromis entre le droit exclusif et la divulgation d'informations constitue-t-il une incitation efficace à de futures innovations tout en maximisant le développement social?

271. Étant donné qu'un droit de brevet est un droit exclusif dit négatif, il ne s'agit pas du droit d'utiliser l'invention brevetée, mais plutôt de celui d'empêcher des tiers d'utiliser cette invention sans le consentement du titulaire du brevet, permettant ainsi d'exploiter le brevet de différentes manières. La technologie brevetée peut être utilisée exclusivement par le titulaire du brevet. Le brevet obtenu peut être utilisé pour empêcher les concurrents de se lancer sur le marché ou en vue de s'assurer la liberté future d'action. Le motif incitant à recourir au brevet peut être la concession de licences réciproques ou la concession de licences de brevet afin de générer des recettes découlant des redevances. On peut recourir au brevet pour obtenir un financement ou produire des revenus grâce à la vente aux enchères de brevets. Dans certains cas, des brevets peuvent être obtenus pour permettre aux employés chercheurs de percevoir un intéressement. On peut combiner stratégiquement ces divers moyens d'exploitation en fonction de l'environnement commercial afin de maximiser les retours sur investissement.

272. Les brevets ont été plus récemment utilisés comme instruments de capitalisation, permettant ainsi de dissocier la production de biens de l'exploitation des droits. Les chasseurs de brevets constituent un des exemples ayant suscité le plus de critiques. Dans une perspective positive, les entreprises, notamment les jeunes pousses peuvent recourir aux brevets pour attirer le capital-risque, les prêts bancaires ou le marché des valeurs mobilières. Le développement des techniques informatiques et de l'information nous permet de rassembler et d'analyser l'information en matière de brevets et les autres données techniques, de créer et d'évaluer un portefeuille de brevets, et d'élaborer des stratégies en matière de brevets de façon plus approfondie et systématique.

273. Trois questions thématiques, à savoir les poursuites judiciaires, le coût et l'accumulation de brevets sont abordées dans le présent chapitre, qui analyse leurs effets sur le fonctionnement du système des brevets.

a) Les poursuites judiciaires

274. En cas de litige portant sur l'exercice des droits, la procédure judiciaire constitue le dernier recours pour régler l'affaire. Étant donné qu'un brevet est considéré sans valeur s'il n'est pas exécutoire, l'accessibilité des procédures judiciaires, la certitude juridique et la promptitude des jugements contribuent dans une grande mesure au bon fonctionnement du système des brevets. Le fonctionnement du système actuel de règlement des différends suscite néanmoins un certain nombre de questions.

275. Les actions en matière de brevets génèrent en général des frais de justice considérables. Le coût moyen des procédures en matière de brevets s'élèverait, dit-on, à deux millions de dollars É.-U. aux États-Unis⁸¹, entre 150 000 et 1 500 000 euros au Royaume-Uni et à 50 000 euros en Allemagne⁸². Comme en fait état le chapitre II.b), les activités de protection par brevet sont fréquemment menées au-delà des frontières nationales. Étant donné que les

⁸¹ Voir le rapport d'évaluation économique de l'AIPLA publié en 2003.

⁸² Voir le rapport intitulé : Évaluation des incidences de l'accord relatif aux litiges concernant les brevets européens (EPLA) sur le contentieux européen des brevets, Office européen des brevets, février 2006.

droits attachés aux brevets ne peuvent être appliqués que sur le territoire de l'état les ayant accordés, les parties affrontent plusieurs procédures judiciaires portant sur la même invention dans leur pays et à l'étranger. Les frais de justice peuvent alors devenir prohibitifs pour une partie qui ne dispose pas de ressources financières, telle qu'un particulier ou une PME. Les litiges transfrontaliers provoquent une augmentation des frais de justice car le droit des brevets et les procédures judiciaires diffèrent d'un pays à l'autre. En cas d'atteinte à un brevet, les tribunaux nationaux évaluent les dommages-intérêts de différentes façons. L'absence de règles harmonisées crée une incertitude juridique au niveau international, et encourage ceux qui savent comment tirer parti des différences entre les régimes juridiques ou les tribunaux nationaux, à choisir "le tribunal le plus offrant".

276. Les frais juridiques et l'incertitude juridique peuvent continuer d'augmenter en raison du temps d'attente avant que le tribunal ne rende son jugement. Plus cela prend de temps, plus les parties au litige, les tiers et les consommateurs pâtissent de l'incertitude juridique.

277. Étant donné que les litiges relatifs aux brevets font souvent intervenir des éléments très techniques, les juges doivent posséder des connaissances et des compétences juridiques et techniques. Dans certains pays, des experts techniques ont pour attribution d'aider les juges, et on a créé un tribunal spécial des brevets et une cour de propriété intellectuelle pour répondre aux exigences de qualité et de ponctualité en matière de jugements.

278. En ce qui concerne les mesures de réparation prévues en cas d'atteinte à un brevet, le titulaire d'un brevet peut généralement demander au juge qu'il ordonne des mesures provisoires pour faire cesser l'atteinte, il peut réclamer des dommages-intérêts ou l'allocation de dommages-intérêts en réparation de l'atteinte portée à sa réputation du fait de la violation. Avec le développement de modèles d'entreprise fondés sur l'exploitation des brevets et la complexité croissante des technologies, certains délégués ont fait part de leurs préoccupations au sujet des pratiques en vigueur concernant les mesures conservatoires et le calcul des dommages-intérêts. Par exemple, un certain nombre de modèles d'entreprise se fondent actuellement sur la technologie brevetée elle-même et l'exploitation des droits de brevet sans produire de produits brevetés. Certaines d'entre elles peuvent être de petites entreprises de recherche naissantes qui tirent leurs revenus des résultats de leurs recherches protégées par un brevet. D'autres peuvent être des chercheurs de brevets dont l'unique objectif est de demander des dommages-intérêts ou une indemnité monétaire élevée grâce à une action en justice opiniâtre. Le tribunal doit-il accorder des mesures conservatoires dans toutes les affaires d'atteinte au brevet, et dans la négative, quels sont les critères applicables à l'octroi de ces mesures conservatoires? De même, lorsqu'un produit donne lieu à des milliers de brevets, quelle serait la bonne pratique à mettre en œuvre pour le calcul du dommage ou du préjudice causé par la violation de tel ou tel brevet?

279. Étant donné qu'un nombre croissant de parties engagent des procédures judiciaires non seulement dans leur pays mais également à l'étranger, des questions concernant la juridiction devant laquelle se pourvoir pour les actions en contrefaçon telles que la délivrance d'injonctions transfrontalières et la législation applicable ont été soulevées au niveau international ces dernières années, mais restent pour la plupart en suspens⁸³. Par ailleurs, étant donné que l'on peut établir une coopération en matière de recherche-développement et

⁸³ Le Colloque sur le droit international privé et la propriété intellectuelle organisé par l'OMPI les 30 et 31 janvier 2001 à Genève (voir notamment le document OMPI PIL/01/3); la Convention sur les accords d'élection de for adoptée le 30 juin 2005.

des alliances commerciales peuvent hors des frontières nationales, les litiges relatifs aux droits des cotitulaires d'exploiter les brevets peuvent induire une question de droit international privé quant à savoir quelle serait la législation nationale applicable dans une affaire particulière. Les lois nationales diffèrent sensiblement sur ce point, bien que l'on reconnaisse généralement aux cotitulaires la liberté de réglementer leur lien⁸⁴.

280. Il existe d'autres systèmes de règlement des litiges comme la médiation, l'arbitrage ou le règlement extrajudiciaire des litiges (ADR). Ce dernier convient pour régler la plupart des litiges en matière de propriété intellectuelle, notamment entre des parties provenant de juridictions différentes. Bien conduit, il peut vous faire gagner du temps et de l'argent, et les parties sont en mesure de mieux piloter la procédure⁸⁵.

b) L'accumulation de brevets

281. En général l'expression "accumulation de brevets" décrit une situation dans laquelle un produit donne lieu à de multiples brevets détenus par différents titulaires si bien qu'une société souhaitant commercialiser ce produit, est dans l'obligation de dissiper toutes les incertitudes concernant tous les brevets portant sur ce produit. Ce phénomène est bien connu en ce qui concerne les techniques complexes telles que l'informatique et les techniques de communication, et dans les domaines techniques où un certain nombre de sociétés entrent en concurrence sur le même segment si bien qu'il se produit une fragmentation de la titularité des brevets. Une évolution des conditions de la recherche, des techniques d'une complexité et d'une sophistication croissantes et certaines stratégies en matière de brevets sont susceptibles d'influer sur ce phénomène.

282. L'absence d'une définition généralement admise et objective de l'expression "accumulation de brevets" conduit à penser que cette "accumulation" de brevets a des effets négatifs, notamment, en ce sens que des tiers peuvent être empêchés d'utiliser une technologie brevetée. Les problèmes éventuels à traiter portent essentiellement sur les coûts de transaction excessifs. Certains délégués laissent entendre que la concession de licences réciproques est la solution aux problèmes de recherche-développement vertical et aux problèmes en suspens. En concluant un accord de concession de licences réciproques, les sociétés peuvent s'assurer une liberté d'action. En revanche, les problèmes risquent de s'accroître car chaque société essaie de se constituer un portefeuille de brevets plus gros que celui de ses concurrents pour être en position de force dans les négociations de licences croisées. Une autre solution consisterait à grouper les brevets afin de réduire le coût de transaction, bien que certains membres aient soulevé des interrogations quant à sa compatibilité avec le droit de la concurrence (voir le chapitre IV.a)).

283. On peut s'attendre à ce que les efforts pour combiner et assimiler les technologies redoublent. Les frontières entre les différents "domaines techniques" deviennent de plus en plus floues. Cela est également vrai pour diverses industries. À terme, la communication, l'informatique et l'électronique grand public devraient être intégrées dans un seul réseau familial. Selon un rapport de l'OCDE, l'accès à la recherche pourrait se vulgariser grâce à

⁸⁴ Voir la Question 194 du rapport du comité spéciale de l'AIPPI : les conséquences de la cotitularité des droits de propriété intellectuelle sur leur exploitation; la résolution a été adoptée le 9 octobre 2007.

⁸⁵ Des informations complémentaires concernant le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI sont disponibles à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/amc/en/>.

une innovation à caractère plus scientifique et aux recherches multidisciplinaires rassemblant des chercheurs et des innovateurs qui proviennent de domaines divers et mettent en application des pratiques différentes en matière de protection de la propriété intellectuelle⁸⁶.

284. Les études empiriques dans ce domaine donnent des résultats très hétérogènes. Une étude constate que 3% seulement des chercheurs universitaires travaillant dans le domaine biomédical abandonne un projet au cours de ses trois dernières années de vie en raison du nombre trop élevé de brevets couvrant leur domaine de recherche. Elle observe que l'accès à l'investissement matériel en recherche est plus problématique, 20% des demandes intra-universitaires étant refusées⁸⁷. Une autre enquête relève néanmoins que 40% des interrogés – intégrant 76% de ceux travaillant dans l'industrie des biosciences – ont répondu que leurs recherches pâtissent de difficultés d'accès aux technologies brevetées : 58% ont signalé des retards, 50% des modifications de leurs projets de recherche, et 28% ont abandonné leurs travaux de recherche. La raison la plus courante pour laquelle on modifie un projet de recherche ou on abandonne la recherche sont des négociations de contrats de licence trop complexes (58%), suivies par des redevances individuelles élevées (49%)⁸⁸.

285. En somme, les menaces qui pèsent sur un système des brevets efficace et efficient relèvent des principes fondamentaux suivants :

l'accessibilité : l'accès au système international des brevets couvre les procédures de délivrance des brevets les procédures destinées à faire respecter les droits de brevet et les procédures d'invalidation. Le coût d'obtention des brevets et les frais de justice afférents à la défense des brevets sont les principaux obstacles à l'amélioration de l'accès au système international des brevets et aux avantages qui en découlent. En outre, l'absence de structures d'appui dans le cadre social, juridique et économique des marchés constitue un autre obstacle. La notion d'accessibilité inclut la possibilité d'accéder aux technologies moyennant un coût juste dans le cadre du système international des brevets. En outre, certaines technologies émergentes et quelques particularités des modèles commerciaux ont suscité des inquiétudes quant aux coûts qu'elles impliquent pour les tiers.

- Le respect des délais : l'accroissement sans précédent de la demande de droits de brevet et l'augmentation de la charge de travail des offices de brevet qui en résulte, se sont traduits par un allongement des procédures. Bien qu'un certain nombre d'actions aient été entreprises au niveau international pour traiter ce problème, on a préconisé de mettre en place un environnement propice à la coopération.

⁸⁶ Voir le document de l'OCDE DSTI/DOC(2006)5 intitulé : "la valorisation et l'exploitation des actifs de propriété intellectuelle".

⁸⁷ Cf. l'ouvrage intitulé : "*Reaping the Benefits of Genomic and Proteomic Research*" publié par l'Académie nationale des Sciences à l'adresse : [<http://www.nationalacademies.org/gateway/pga/3330.html>].

⁸⁸ La notion de propriété intellectuelle chez les membres de l'Association américaine pour le progrès de la science : voir une analyse descriptive des résultats d'une enquête pilote menée par cette association, qui porte sur les effets de la délivrance des brevets sur la science à l'adresse suivante : [<http://sippi.aaas.org/survey/>].

- La qualité : il est souhaitable de renforcer la légitimité des activités des offices de brevets (par exemple les décisions de délivrer un brevet ou de rejeter une demande de brevet), étant donné que les frais découlant des erreurs commises par les offices de brevets seront généralement supportés par les utilisateurs du système de brevets, notamment le grand public. Un mécanisme international permettant de garantir la qualité des brevets délivrés faciliterait la coopération entre les offices. Les différents pays procèdent à un examen rigoureux des critères de brevetabilité applicables étant donné que leurs résultats de recherche et d'examen prennent une dimension de plus en plus internationale.
- La flexibilité : la flexibilité du système international des brevets a subi un double test. Le premier porte sur l'harmonisation du droit des brevets afin d'accroître l'accessibilité, la certitude juridique et la qualité du système et de renforcer la coopération internationale. Le second vise à tester la diversité des participants au système international des brevets ainsi que la répartition géographique des brevets. En outre, les mécanismes d'innovation et d'exploitation varient sensiblement selon les domaines techniques et les modèles d'entreprise. Il est nécessaire de mettre en place un cadre international suffisamment souple pour répondre aux besoins divers.

IX. L'INCITATION À L'INNOVATION DANS LE CADRE DES OBJECTIFS DE LA POLITIQUE DES POUVOIRS PUBLICS

286. Le système des brevets en tant que mécanisme de réglementation délibérée susceptible de faire avancer certains objectifs des pouvoirs publics a longtemps suscité un certain scepticisme quant à sa validité et son intérêt général. Cela tient en partie à un paradoxe fondamental – un aspect du système des brevets perçu par certains comme contre-intuitif – qui veut que le système des brevets vise à promouvoir la production de biens publics, bien qu'il le fasse en les excluant du domaine public – même s'il prévoit d'octroyer prudemment des droits exclusifs sur certains types bien délimités de technologies nouvelles. Le système de brevets, en tant qu'instrument de politique générale, vise en principe à créer les droits exclusifs nécessaires pour mobiliser suffisamment l'intérêt privé vers la création de biens publics – les biens publics étant dans ce cas des technologies nouvelles mises effectivement et pratiquement à la disposition du public sans l'assujettir à un impôt excessif⁸⁹. La première codification de la jurisprudence essentielle du droit des brevets en pays de "common law", à savoir le *Statute of Monopolies* ("loi sur les monopoles") de la Grande Bretagne, a été réalisée en 1624 pour promouvoir la concurrence et abolir des monopoles qui gênaient le commerce légitime. Elle visait les monopoles qui avaient été accordés sur la base d'informations erronées et sous un fallacieux prétexte de bien public. Le brevet d'invention était reconnu comme une exception à cette loi, confirmant ainsi que certains droits exclusifs sont nécessaires pour promouvoir l'innovation lorsqu'il existe un mécanisme juridique visant à promouvoir la concurrence.

⁸⁹ Le juge Rader auprès de la Cour d'appel des États-Unis pour le circuit fédéral avait déclaré que le système des brevets peut être considéré comme un "cadeau fait aux générations futures" proposant d'utiliser librement la technique à compter de l'expiration du brevet : [<http://ipcenter.bna.com/pic2/ip.nsf/id/BNAP-6WAK96?OpenDocument>].

287. Cette opposition entre l'intérêt public et le domaine public débouche sur un second paradoxe ou des contradictions entre les politiques générales. Les domaines dans lesquels l'intérêt public et l'accès aux nouvelles technologies sont essentiels – généralement les sciences de la vie, et en particulier les technologies qui répondent aux besoins humains fondamentaux (la santé, l'alimentation et la salubrité de son environnement) – peuvent être ces mêmes domaines techniques où la mobilisation de ressources suffisantes et leur affectation vers les zones les plus nécessiteuses peut poser le plus de problèmes, où les mesures d'incitation commerciales mises en œuvre sont considérées comme inadéquates, et où les facteurs de production technologiques financés par des fonds publics peuvent être essentiels. Ce n'est donc pas un hasard si une large partie du débat actuel sur la légitimité et l'efficacité du système des brevets en tant qu'instrument de politique générale est axé sur ces domaines précis de la technologie. C'est évidemment le cas des technologies biomédicales, notamment des médicaments et des vaccins : on a donc formulé diverses propositions visant à mettre en place d'autres mesures d'incitation axées sur la santé publique telles que la remise de prix en espèces⁹⁰, à élaborer un traité sur la recherche-développement⁹¹ et à mettre en œuvre d'autres mécanismes d'innovation en matière de santé publique tels que l'adaptation de structures de type source ouverte⁹²; le débat sur la question de savoir comment les actifs de propriété intellectuelle financés par des fonds publics devraient être gérés efficacement et correctement, se concentre généralement sur les techniques médicales⁹³ car elles suscitent un vif intérêt du public. Ces propositions et modèles impliquent diversément de nouveaux modes d'exercice des droits de brevet ou de nouveaux moyens d'éviter purement et simplement l'utilisation des brevets.

288. Il convient de procéder à l'analyse macro-économique et micro-économique de l'effet novateur du système des brevets dans le contexte des objectifs de la politique des pouvoirs publics :

- au niveau *macro-économique*, comment le système des brevets fonctionne-t-il dans son ensemble, d'une part, pour obtenir de nouvelles ressources et les affecter au développement d'innovations servant l'intérêt général, d'autre part, pour encourager l'efficacité du mécanisme de divulgation et de diffusion des

⁹⁰ Voir par exemple le mémoire de recherche de Love et Hubbard publié par Knowledge Ecology International (KEI) en 2007 dans lequel ils présentent une grande idée consistant à décerner un prix visant à stimuler la recherche-développement pour la production de nouveaux médicaments.

⁹¹ Cf. par exemple le rapport de la Commission sur les Droits de propriété intellectuelle, l'Innovation et la Santé publique de l'OMS, 2006, (pp. 90 et 91) intitulé : " Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle", qui reconnaît la nécessité de mettre en place un mécanisme international destiné à accroître la coordination mondiale et le financement de la recherche-développement dans le domaine médical; les auteurs de la proposition qui préconisent l'élaboration d'un traité sur la recherche-développement dans le domaine médical, devraient poursuivre leurs travaux afin d'approfondir cette idée de manière à ce que les pouvoirs publics et les décideurs puissent prendre une décision solidement étayée.

⁹² Une proposition antérieure faisait référence à un ouvrage de Maurer et al .Intitulé : Trouver des remèdes aux maladies tropicales : les traitements de source ouverte sont-ils la solution? PLoS Medicine, 2004, 1 : pages 183 à 186.

⁹³ Cf. l'article de Rai, Arti K. et Eisenberg, Rebecca S intitulé : "Bayh-Dole Reform and the Progress of Biomedicine" paru dans le périodique "Law and Contemporary Problems" du Social Science Research Network (SSRN), Vol. 66, No. 1 disponible sur son site Web à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=348343> ou le document DOu : 10.2139/ssrn.348343.

connaissances techniques et de collecte de métadonnées sur les acteurs technologiques et les tendances de la technique;

- au niveau *micro-économique*, quel est le comportement réel des acteurs individuels – détenteurs de brevets et preneurs de licence – et quel peut être ou doit être leur comportement au moment de choisir les modalités d’application des droits de brevet, compte tenu des diverses options qui s’offrent à eux : l’exploitation exclusive, la concession de licences exclusives et non exclusives, les licences ouvertes ou la concession de licences réciproques qui peuvent constituer un fonds commun spécialisé de technologies⁹⁴, la renonciation de certains utilisateurs à leurs droits ou la concession de licences humanitaires⁹⁵, les tarifs humanitaires et les prix différentiels, et d’autres stratégies en matière de licences visant l’intérêt général.

289. Les incidences du système dépendent non seulement de la politique générale mise en œuvre et des dispositions juridiques encadrant le système au niveau macro-économique, mais aussi, de manière critique, de l’effet cumulatif de millions de décisions et de mesures prises au niveau micro-économique.

290. L’analyse macro-économique – l’analyse du système en tant que tel – peut porter sur sa manière de fonctionner en toute indépendance, comme la probabilité qu’il réponde dans la pratique aux objectifs qui lui ont été en principe assignés – autrement dit, à quel point les brevets, tels qu’ils sont délivrés, sont conformes à l’intérêt général comme le prévoient les critères de brevetabilité, et si, de son côté, le système contribue à promouvoir le développement de nouvelles technologies bénéfiques ou s’il exploite avec opportunisme les lacunes existant dans l’état de la technique de la littérature brevet ou de banales adaptations des technologies existantes. Les différents facteurs servant à mesurer la stimulation de l’innovation dépassent néanmoins le cadre du système des brevets et celui plus vaste de la politique des pouvoirs publics et du droit international public. Par conséquent, l’analyse macro-économique a fait l’objet d’un débat pour savoir comment l’effet incitatif du système des brevets influe sur les autres mécanismes réglementaires et comment il touche d’autres intérêts de politique générale – par exemple, si la délivrance de certains brevets dans le domaine de la biotechnologie n’est pas en contradiction avec les principes figurant dans la Convention sur la diversité biologique, et si la délivrance de brevets pour les médicaments empêche de manière inacceptable l’accès à des soins de santé d’un prix abordable, allant ainsi à l’encontre des programmes de santé publique.

⁹⁴ Veuillez consulter le site Web de BiOS (Biological Open Source Licenses). “Un cadre ayant force exécutoire incluant des produits et des méthodes et permettant à un groupe qui se développe de façon dynamique de partager la capacité à utiliser la technologie brevetée et non brevetée et dont tous les membres adhèrent au même principe consistant à partager de manière responsable “un fonds commun protégé” : (<http://www.bios.net/daisy/bios/licenses/398.html>.)

⁹⁵ Cf. l’article de Brewster et al, “Facilitating Humanitarian Access to Pharmaceutical and Agricultural Innovation” publié dans Handbook of Best Practices, une publication conjointe du Centre pour la gestion de la propriété intellectuelle dans les activités de recherche-développement dans le secteur de la santé (MIHR) du Royaume-Uni, et de la Public Intellectual Property Resource in Agriculture (PIPRA), 2007.

a) La santé

291. On comprend que l'effet incitatif et l'incidence du système des brevets sur le bien-être public fassent l'objet d'un examen critique dans le domaine de la santé publique – puisque c'est précisément là où le bien-être public constitue l'enjeu majeur. Ce débat ne s'est pas limité aux instances traditionnelles de politiques de propriété intellectuelle. L'une des tâches primordiales incombant à l'OMPI pour la première moitié de cette décennie est de mettre en place, au titre de l'Accord sur les ADPIC, un mécanisme visant à effectuer un rééquilibrage entre les mesures d'incitation fournies par le système des brevets et l'accès à ce système, en étant attentif aux besoins de santé publique des pays en développement qui disposent de capacités industrielles limitées. Le fait que la seule modification approuvée concernant l'ensemble des accords complexes de l'OMC – depuis la création de l'Organisation en 1995 – porte sur les brevets et la santé publique, permet de mesurer l'importance de cette question. L'OMS a mis en œuvre des initiatives importantes afin d'encourager l'analyse des politiques et susciter un débat dans ce domaine dans le cadre de la Commission sur les droits de propriété intellectuelle, l'innovation et la santé publique de l'OMS (CIPHI) et dans celui des travaux du groupe de travail intergouvernemental (IGWG).

292. Les incidences du système des brevets pour la santé publique et leur analyse ont fait l'objet d'un débat dans une optique tant macro-économique que micro-économique décrite ci-dessus. Les questions concernant le cadre juridique global du système international des brevets, l'étendue de l'espace politique défini par le cadre juridique et les marges de manœuvre que laisse cet espace, ont d'abord été examinées au niveau macro-économique. Bien que l'on ait mis de plus en plus l'accent sur plan micro-économique en se penchant sur la manière dont les choix individuels sont faits concernant i) la délivrance des brevets (renforcer la capacité des examinateurs de brevets à faire une évaluation optimale de la brevetabilité), ii) la concession de licences et d'autres modes d'exercice des droits de brevets (tels que l'utilisation humanitaire et la possibilité de licences ouvertes), iii) la mise en œuvre d'exceptions aux droits de brevet (par exemple l'utilisation par les pouvoirs publics et les autorisations obligatoires) et iv) la sanction des droits de brevets (comme rendre des ordonnances et calculer le montant des dommages-intérêts à allouer). Tous ces facteurs macro-économiques et micro-économiques réunis sont susceptibles d'influer considérablement sur les répercussions qu'a le système des brevets sur la promotion de la santé publique. Un défi essentiel auquel sont confrontés les acteurs de la santé publique et de la politique de propriété intellectuelle dans le monde est comment mener systématiquement à bien cette série de tâches complexes et évaluer les répercussions des larges choix possibles dans la cadre général du système des brevets.

293. En attendant, il existe une idée très répandue selon laquelle les fondements empiriques du débat sur le lien entre les brevets et la santé publique et l'analyse de ce lien doivent être renforcés grâce à une plus grande disponibilité d'informations claires, accessibles et d'une meilleure représentativité géographique concernant la protection par brevet dans le domaine de la santé humaine. L'OMPI mène actuellement en partenariat avec l'OMS un projet pilote consistant à élaborer une série d'aperçus de la situation en matière de brevets dans les principaux domaines de la santé publique afin de constituer des ressources informatives plus complètes à l'intention des responsables de l'élaboration des politiques de santé publique qui tiennent compte des priorités et des besoins qu'ils ont fixés.

b) Diversité biologique et savoirs traditionnels

294. Il y a peu de temps encore, le système international des brevets fonctionnait selon le principe classique qui veut que les savoirs traditionnels et la diversité biologique constituent des éléments en amont de l'activité inventive et ne touchent pas directement le fonctionnement pratique du système des brevets. Ce vieux principe a été vigoureusement réfuté tant pour l'analyse micro-économique que l'analyse macro-économique compte tenu des préoccupations suivantes :

- les définitions juridiques et leur mise en pratique ont systématiquement exclu certains savoirs traditionnels et ressources génétiques du champ de la recherche en matière de brevets et de l'examen de brevetabilité;
- lorsque les demandes de brevet et les brevets délivrés font directement appel à des savoirs traditionnels et des ressources génétiques pour acquérir l'invention revendiquée; dans certains cas, le déposant présente directement des revendications pour couvrir des savoirs traditionnels et des ressources génétiques préexistants dans des circonstances qui suscitent des questions; et
- lorsque les ressources génétiques et les savoirs traditionnels sont utilisés dans l'invention revendiquée, alors que l'on n'a pris aucune disposition appropriée pour veiller à ce qu'ils soient utilisés avec le consentement éclairé préalable des détenteurs concernés, et que les avantages découlant de leur utilisation soient partagés équitablement conformément aux principes et aux objectifs énoncés dans la Convention sur la diversité biologique (CDB).

295. Ces objectifs portent sur la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable des composantes de la diversité biologique, et le partage équitable des avantages découlant de son utilisation. Le système de propriété intellectuelle reconnaît le rôle des savoirs traditionnels dans la conservation de la diversité biologique. Le défi auquel sont confrontés le système de la propriété intellectuelle et le système des brevets consiste notamment à reconnaître la véritable innovation, tout en fonctionnant conformément aux principes du consentement préalable donné en connaissance de cause et du partage équitable des avantages. Deux scénarios fondamentaux ont été soumis à l'examen :

- la protection directe par brevet d'éléments de base : un brevet (ou une demande de brevet) revendique directement en tant qu'invention des ressources génétiques (ou les savoirs traditionnels connexes) provenant de sources distinctes;
- la protection par brevet d'une invention dérivée d'éléments de base : un brevet (ou une demande de brevet) revendique une invention qui, d'une manière ou d'une autre, dérive de ressources génétiques ou de savoirs traditionnels ou les utilise.

296. Les questions fondamentales présentement débattues, portent sur la manière de garantir un accès légitime aux ressources génétiques ou aux savoirs traditionnels, d'assurer que les brevets tels qu'ils sont délivrés respectent le principe du partage équitable des avantages, et la manière dont le système de brevets peut promouvoir globalement ce principe.

297. Les réponses apportées à ces questions se situent ici encore au plan macro-économique et micro-économique. Des propositions macro-économiques ont été avancées au sein de plusieurs instances de la CDB, de l'OMC et de l'OMPI, qui visent à établir un lien plus direct

et explicite entre l'octroi ou l'exercice des droits de brevets et le contexte de l'accès et le genre d'utilisation des ressources génétiques (et des savoirs traditionnels connexes). Ces "obligations de divulgation" créeraient ou valideraient un lien juridique entre les ressources génétiques ou les savoirs traditionnels utilisés et l'invention revendiquée. Dans certains cas, leur portée juridique effective peut aller au-delà de la divulgation *per se* (autrement dit au-delà de la simple exigence de fournir des informations sur les ressources génétiques ou les savoirs traditionnels), et est susceptible d'influer sur les questions juridiques de fond telles que la brevetabilité de l'invention en tant que telle; le droit du déposant de déposer une demande de brevet ou de se voir délivré un brevet et la mise en œuvre de brevets qui sont considérés avoir été injustement délivrés. Pour répondre systématiquement à ces préoccupations, on a notamment pris les mesures concrètes ci-après au sein du système du PCT et de la classification internationale des brevets : l'examen approprié et plus systématique des savoirs traditionnels et des ressources génétiques pertinents lors des recherches sur les brevets et de examen des demandes de brevet, l'élaboration de principes directeurs et d'autres moyens permettant à l'administration des brevets de s'occuper des savoirs traditionnels et des ressources génétiques plus efficacement et en toute connaissance de cause, et le renforcement du cadre juridique et pratique pour la reconnaissance des savoirs traditionnels pertinents (notamment celle des savoirs traditionnels divulgués oralement).

298. Venant compléter ces questions macro-économiques fondamentales, des efforts considérables sont déployés pour assurer des liens plus harmonieux entre le système des brevets et les savoirs traditionnels et les ressources génétiques au plan micro-économique; ils portent principalement sur la recherche en matière de brevets et l'examen des demandes de brevet afin de réduire la probabilité concrète de délivrance de brevets illégaux revendiquant directement des ressources génétiques, des savoirs traditionnels ou des produits non inventifs qui en sont dérivés, et de faciliter le partage équitable des avantages découlant de la protection légitime par brevet des inventions dérivées en développant la capacité et la vigilance des dépositaires des savoirs traditionnels et des ressources génétiques, et en élaborant les critères susceptibles de guider les choix en accord avec les modalités mutuellement convenues d'accès aux ressources génétiques afin de garantir un partage équitable des avantages qui en découlent.

c) L'éthique

299. Outre le cadre de politique générale et juridique, la recherche-développement en sciences de la vie a également fait l'objet d'un examen particulier sur le plan éthique. Étant donné que la recherche dans ce domaine porte sur les besoins humains fondamentaux tels que la santé, l'alimentation et la salubrité de l'environnement, et les valeurs fondamentales telles que la dignité et l'intégrité, elle suscite un vif intérêt du public et donne lieu à des considérations d'ordre éthique. Une grande partie de la recherche dans ce domaine est financée par des fonds publics ou des capitaux philanthropiques d'origine privée, et les pouvoirs publics fournissent un soutien substantiel à la recherche-développement appliquée. Les produits de la recherche en sciences de la vie sont généralement soumis à l'obtention d'autorisations réglementaires longues et laborieuses, qui i) rendent nécessaire la mise en place de mécanismes appropriés et de mesures d'encouragement pour obtenir les données requises sur l'incidence des nouvelles technologies (tels que les essais cliniques visant à évaluer la sécurité et l'efficacité des nouveaux médicaments), et suscitent à leur tour ii) des inquiétudes quant à l'accès à ces données et à leur utilisation. Les apports de la génétique à la recherche peuvent soulever de graves questions éthiques quant au fait de savoir s'il s'agit des ressources génétiques d'origine humaine ou obtenues par la bioprospection ou grâce à la collaboration de recherche.

300. Le recours aux brevets pour protéger les résultats de la recherche en sciences de la vie suscite un flot de préoccupations éthiques. Ces préoccupations sont exprimées à quatre niveaux différents :

- les aspects éthiques d'une technologie en tant que telle : certaines pratiques peuvent être considérées comme contraires aux principes éthiques et à la morale, et sont par conséquent tout simplement interdites. Néanmoins, cette interdiction n'empêche pas à elle seule la délivrance de brevets portant sur ces connaissances. De plus, tous les pays n'appliquent pas les mêmes restrictions. En conséquence, un grand nombre de législations nationales en matière de brevets excluent expressément la délivrance de brevets lorsque l'exploitation des inventions est jugée contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.
- Les aspects éthiques dans le cas d'une administration nationale qui octroie des droits de propriété intellectuelle exclusifs sur une technique : par exemple, la protection des gènes par brevet est le sujet de controverses – la question qui se pose étant de savoir s'il est raisonnable, d'un point de vue éthique, pour une société d'accorder des droits de propriété exclusifs sur des séquences nucléotides qui sont issues du génome humain, et quelles sont les limitations applicables.
- Les aspects éthiques dans le cas d'une personne qui demande des droits de propriété intellectuelle exclusifs sur une technique : par exemple, on a avancé l'idée que l'on devrait imposer des contraintes juridiques et éthiques sur les déposants qui demandent un brevet pour une invention fondée sur des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels obtenus sans le consentement préalable en connaissance de cause de leurs détenteurs et sans que des dispositions aient été prises en vue du partage équitable des avantages en découlant; des mesures juridiques ont été incorporées dans les législations nationales et il a été proposé que le droit international les fasse respecter. Par ailleurs, il existe un débat sur la protection par brevet des inventions découlant de la recherche portant sur des sujets humains sans que ceux-ci aient donné leur consentement exprès non pas au traitement médical en tant que tel, mais à l'exploitation commerciale et au brevetage de ces produits dérivés.
- Les aspects éthiques concernant les formes d'exercice des droits exclusifs de propriété intellectuelle sur une technique par leur titulaire : on a par exemple entamé un débat sur le fondement éthique pour l'octroi de licences exclusives ou restrictives sur les instruments de diagnostic, qui sont eux-mêmes le véritable objet de brevets valides.

301. Ces questions éthiques, de par leur nature même, dépendent des valeurs culturelles et sociales de communautés et sociétés diverses, et écartent celles qui portent sur le rôle approprié d'un système international des brevets englobant un grand nombre de communautés différentes et des points de vue éthiques et des systèmes moraux très divers. Il convient d'opérer une claire distinction entre, d'une part, la reconnaissance du rôle des considérations morales et éthiques et de l'importance qu'elles revêtent au sein du système international – une question macro-économique qui doit être traitée à l'échelle internationale et, d'autre part, l'évaluation des enjeux éthiques de tel ou tel brevet ou technologie brevetée et les conclusions à leur propos – une question micro-économique qui est susceptible d'être traitée de différentes façons par plusieurs sociétés.

302. Quatre orientations générales sont toutefois observables au niveau international :

- La transparence : la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme insiste sur la plus large circulation possible et le partage rapide des connaissances concernant des progrès de la médecine, des sciences et des technologies. Le rôle essentiel du système des brevets est d'encourager cette circulation d'informations actualisées, de rendre publiques les nouvelles technologies, encore à l'état embryonnaire, et de divulguer l'identité des inventeurs, des entreprises commerciales, des instituts publics et des établissements d'enseignement qui participent à la mise au point et au développement de ces technologies. La transparence du système des brevets est donc un élément qui peut venir en appui à l'examen éthique de la biotechnologie et contribuer à donner des informations sur le débat concernant la bioéthique, et à les rendre plus accessibles aux responsables gouvernementaux.
- Le consentement : les affaires relatives à la bioéthique ont porté sur des recherches effectuées avec des tissus humains, qui ont débouché sur des inventions brevetées; ces affaires soulèvent la question du consentement préalable du sujet humain concerné donné en connaissance de cause, et celle de savoir si le consentement s'applique à la délivrance d'un brevet pour protéger les résultats de la recherche. Les autres ressources génétiques, telles que celles obtenues par bioprospection, qui sont utilisées ultérieurement dans la recherche pour mettre au point des nouvelles technologies et pour lesquelles une protection par brevet peut être demandée, font l'objet d'un débat similaire. La CDB a veillé à ce que le droit international prévoit que le principe du consentement préalable donné en connaissance de cause régit l'utilisation des ressources génétiques. Le consentement constitue une question fondamentale en bioéthique; elle peut permettre d'explorer le lien qui existe entre les aspects juridiques et éthiques et la frontière qui les sépare lorsqu'il s'agit de consentir à ce que les recherches soient effectuées sur du matériel génétique.
- Le partage équitable des avantages : les modalités de partage des avantages découlant de la recherche, et ce qu'on entend par un partage équitable constituent un autre thème à caractère transversal. Cette notion recouvre potentiellement un aspect juridique et éthique. Par exemple, la CDB consacre le principe en droit international selon lequel les avantages découlant des recherches sur les ressources génétiques doivent être partagés de manière équitable. De la même façon, énonçant un principe de bioéthique, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme préconise "un accès équitable aux progrès de la médecine, des sciences et des technologies, ainsi que la plus large circulation possible et un partage rapide des connaissances concernant ces progrès et le partage des bienfaits qui en découlent, en accordant une attention particulière aux besoins des pays en développement." Le système de la propriété intellectuelle et notamment le système des brevets qui constituent un des moyens de tirer des avantages de la recherche biotechnologique, pourraient jouer un rôle auxiliaire dans la détermination et la répartition équitable de ces avantages.
- La conciliation de systèmes de valeurs différents : l'éthique peut être guidée par le sens moral et les valeurs qui animent une communauté, en soulevant des questions sur la façon dont l'interprétation et l'application des exceptions au droit des brevets s'appliquant à l'exploitation d'une technologie qui est contraire aux

bonnes moeurs, doivent tenir compte de ces différents systèmes de valeurs. La portée des appréciations éthiques est définie en général au niveau international, mais la mise en pratique et l'appréciation des questions d'éthique reste dans le champ de compétence de la législation nationale. Ainsi, en droit international, les États peuvent choisir d'exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'*ordre public* ou la moralité⁹⁶. Mais c'est au niveau national qu'un pays peut choisir d'adopter une loi pour donner effet à cette exclusion au nom de la moralité, et ce n'est qu'une fois cette loi mise en œuvre, qu'un responsable sera appelé à apprécier si l'exploitation commerciale d'une technologie est contraire à l'*ordre public* ou à la moralité compte tenu des valeurs éthiques prévalant dans son pays.

X. PRÉOCCUPATIONS RELATIVES AU DÉVELOPPEMENT

303. Si l'on s'est efforcé de prendre en compte la dimension "développement" dans chacune des questions évoquées dans les parties précédentes du présent document, ce chapitre présente un résumé d'un certain nombre d'aspects relatifs au développement qui sont les plus fréquemment soulevés.

304. Le développement est sans aucun doute l'un des problèmes les plus urgents auquel est confrontée la communauté internationale aujourd'hui. On reconnaît qu'il revêt une importance capitale pour les pays en développement et les pays développés. Dans le contexte du système des Nations Unies, la Déclaration du millénaire a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2000 pour trouver une solution aux principaux problèmes de développement auxquels fait face le monde. La Déclaration reconnaît que le principal défi à relever est de faire en sorte que la mondialisation devienne une force positive pour l'humanité tout entière. Outre le fait que le monde est confronté à une intensification de la mondialisation, il évolue vers une économie fondée sur le savoir où celui-ci va devenir un puissant avantage concurrentiel sur un marché mondialisé.

305. Dans ces conditions, les coûts liés à la mise en œuvre du système international des brevets pour les pays en développement et les avantages qu'il leur offre, ont été largement débattus ces dernières années. Lors de la session de 2004 de l'Assemblée générale de l'OMPI, la première proposition concernant un plan d'action de l'OMPI pour le développement avait été présentée par l'Argentine et le Brésil et appuyée par 12 pays en développement. Cette proposition a débouché sur l'adoption d'un plan d'action pour le développement consistant en 46 recommandations préconisant d'intensifier la dimension "développement" dans les activités de l'Organisation, en créant notamment un Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), qui sera chargé de suivre, d'évaluer et d'examiner la mise en œuvre de toutes les recommandations adoptées, en coordination avec les organes compétents de l'OMPI, et de débattre des questions relatives à la propriété intellectuelle et au développement convenues par le comité et décidées par l'Assemblée générale. Dans le cadre des délibérations sur le système international des brevets, parmi les six groupes d'activités adoptés, les propositions du groupe B (établissement de normes, flexibilités, politique des pouvoirs publics et domaine public), du groupe C (transfert de

⁹⁶ Article 27.2 de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC.

technologie, techniques de l'information et de la communication et accès aux savoirs) et du groupe D (évaluations et études des incidences) peuvent être considérées comme particulièrement pertinentes⁹⁷.

306. Le système des brevets est un mécanisme qui a été créé afin de promouvoir le développement technologique, la diffusion et le transfert de technologie et d'encourager les flux d'investissements privés. Le système international des brevets vise à atteindre ou du moins à faciliter la réalisation de ces objectifs au niveau international. Une question fondamentale a néanmoins été soulevée à son sujet, à savoir que le système actuel entrave les mesures nationales de développement, plutôt qu'il les complète. Comme l'Indice de capacité d'innovation de la CNUCED semble l'indiquer, les pays affichent de grandes différences en ce qui concerne l'activité technique et le capital humain. Ces différences sont observables non seulement entre les pays développés et les pays en développement, mais aussi entre ces derniers et les pays en transition⁹⁸. À une extrémité, on trouve les pays ayant une activité technologique intense et dotée de travailleurs hautement qualifiés. D'autres pays sont caractérisés par une activité technologique modérée, et la disponibilité d'un personnel hautement qualifié capable d'absorber la technologie importée, ce qui entraîne le risque de l'imiter ou d'en bénéficier sans contrepartie. À l'autre extrémité, on trouve les pays qui ont une activité technologique réduite, et sont faiblement reliés au réseau mondial de partage des connaissances et à la création de connaissances.

307. Compte tenu de cet écart en termes de capacité d'innovation, on s'est demandé si et dans quelle mesure le système international des brevets soutient les mesures nationales de développement, indépendamment du niveau de développement économique du pays concerné. Tout d'abord, il y a des inquiétudes quant aux frais exposés par rapport aux retombées bénéfiques du système international des brevets. Certains délégués déclarent que les coûts élevés d'accès au système international des brevets dissuadent les innovateurs des pays en développement d'y accéder⁹⁹. Comme cela est indiqué dans le chapitre VIII, le coût de l'obtention, du maintien en vigueur des brevets et les frais de justice afférents à leur défense au niveau international constituent une des questions qui sont au cœur des défis posés par l'efficacité du système international des brevets. Malgré la mondialisation de l'économie, le principe de territorialité du brevet exige l'existence de concurrents et de tiers pour contester la validité des brevets et pour poursuivre les procédures à l'étranger.

308. En outre, le système des brevets a notamment pour fonction de diffuser la technologie grâce à la publication des demandes de brevet et des brevets délivrés. Comme le chapitre III en fait état, les informations en matière de brevets constituent une source de connaissances techniques utiles pour l'élaboration des politiques commerciales et nationales et la prise de décision. Néanmoins, le coût pour rendre ces informations facilement accessibles au public et

⁹⁷ Voir le rapport général adopté par les Assemblées (document OMPI A/43/16) à l'adresse : [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/a_43/a_43_16-main1.doc].

⁹⁸ Cf. le *Rapport sur l'investissement dans le monde*, de la CNUCED, 2005 – les sociétés transnationales et l'internationalisation de la recherche-développement. Selon ce rapport, pour faire face à une concurrence accrue, les grandes sociétés transfèrent une grande partie de leurs activités de recherche-développement vers un certain nombre de pays en développement. Ces activités évoluent vers les applications technologiques destinées aux marchés régionaux ou mondiaux et la recherche appliquée.

⁹⁹ Plus précisément, ces préoccupations sont également valables pour les innovateurs des pays développés qui ne disposent pas de moyens financiers suffisants, bien que des mécanismes de soutien des marchés tels que les coentreprises existent dans ces pays.

l'absence de l'infrastructure et des mécanismes d'appui nécessaires au niveau national peuvent être une source de difficultés pour certains pays qui souhaitent bénéficier pleinement des informations en matière de brevets. Du point de vue des autorités nationales, la création et l'entretien d'une administration nationale des brevets représente un coût élevé. En particulier, la recherche et l'examen quant au fond exigent des ressources financières et humaines, qui ne sont pas toujours faciles à obtenir dans tous les pays. Comme cela est indiqué au chapitre VI, la conception d'un système national des brevets qui optimise la qualité et la validité des brevets délivrés en situation de ressources limitées constitue un véritable défi.

309. Ensuite, on craint que le système international des brevets ne permette pas suffisamment aux pays d'ajuster leur propre système national des brevets afin de répondre aux objectifs de développement national et aux autres objectifs généraux.

310. Dans les pays en développement et les pays développés, l'achat international de technologies est considéré comme un instrument fondamental pour encourager les activités innovantes et entretenir sa compétitivité sur les marchés mondialisés. Étant donné la disparité en termes de capacité d'innovation, les pays dont le niveau de développement technologique est le plus bas ont massivement recours au transfert de technologie provenant de pays dotés de capacités technologiques plus élevées. Lors des réunions relatives au plan d'action de l'OMPI pour le développement, certains pays ont fait part de leur inquiétude quant au fait que le transfert de technologie ne produit pas les résultats escomptés et que la réticence manifestée à son égard pourrait constituer une menace en termes de concurrence. On prétend que le développement économique durable requiert un effort technologique continu des entreprises, et la mise en œuvre de politiques publiques aidant les entreprises à attirer, absorber et adapter les technologies¹⁰⁰. Des compétences technologiques et un savoir-faire en matière de négociation d'accords de transfert de technologie équitables sont autant d'éléments qui contribuent à la réussite de cette opération. Comme le chapitre IV en fait état, le système des brevets contribue sous de nombreux aspects au transfert de technologie tout comme les préoccupations concernant le système des brevets et le transfert de technologie prennent un caractère multiforme.

311. Une autre préoccupation souvent exprimée par les pays en développement est que le système international des brevets influe négativement sur les objectifs fondamentaux des politiques mises en place par les pouvoirs publics, à savoir la santé publique, l'alimentation, l'éducation et la conservation de la diversité biologique. Si l'on devait créer un instrument international, il a été avancé qu'il devrait reconnaître et viser à préserver les clauses de sauvegarde de l'intérêt public et l'espace politique des États membres. On a notamment mis l'accent sur le fait qu'il importe de préserver les exceptions et limitations actuelles prévues par la législation nationale des États membres. Comme cela est indiqué au chapitre IX, les questions concernant la santé publique et l'accès aux médicaments ont été intensivement débattues ces dernières années dans le cadre des objectifs de la politique des pouvoirs publics et de l'incitation à l'innovation que le système des brevets vise, étant donné que certains font valoir que les brevets limitent l'accès à ces produits (ainsi qu'au savoir) et leur exploitation par ceux qui en ont le plus besoin. La question concernant la manière dont le système international des brevets pourrait constituer un mécanisme encourageant la conservation durable de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments constitutifs et le

¹⁰⁰ Voir le Rapport 2005 de la CNUCED sur l'investissement dans le monde : les sociétés transnationales et l'internationalisation de la recherche-développement.

partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques, comme le stipule la Convention sur la diversité biologique, est un autre domaine de préoccupation.

312. Enfin, des préoccupations ont été exprimées quant à la façon de rendre effectives dans les législations nationales les clauses d'intérêt public qui répondent le mieux aux besoins de chaque pays. Les cadres internationaux existants donnent aux États membres la prérogative de mettre en place un certain nombre de mécanismes destinés à prévenir l'usage abusif des droits de brevet (par exemple, des mesures de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles en matière de concession de licences de brevet et la délivrance de licences obligatoires) et qui tiennent compte de l'intérêt public.

313. Bon nombre des préoccupations ci-dessus ont été largement exprimées au sein du Comité permanent du droit des brevets en réponse à la soumission d'une proposition ayant pour objectif de limiter le projet de SPLT aux dispositions relatives à la définition de l'état de la technique, au délai de grâce, à la nouveauté, et à l'activité inventive. Pour un compte rendu détaillé de ces délibérations, veuillez consulter le chapitre V.g). Les partisans de la proposition ont déclaré qu'il était de l'intérêt commun de l'ensemble des États membres d'améliorer la qualité des brevets, de simplifier les procédures, de réduire les coûts et la répétition de certaines tâches par les offices de brevets. Pour réaliser ces objectifs, on a fait valoir qu'un accord sur des normes communes et plus cohérentes concernant les principes fondamentaux du droit des brevets en relation avec l'état de la technique faciliterait la coopération entre les États membres de l'OMPI et constituerait donc la meilleure chance d'arriver à des résultats satisfaisants dans un proche avenir pour les pays développés et les pays en développement.

314. Les opposants à la proposition ont estimé toutefois qu'il faut prendre dûment en considération les préoccupations des pays en développement, telles que la nature hybride et l'incidence importante de ce processus sur les objectifs des politiques mises en place par les pouvoirs publics des pays en développement, ainsi que l'importance d'éléments tels que l'intérêt public, la souplesse du droit de la propriété intellectuelle existant, le transfert de technologie, la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et la divulgation de la sources des ressources génétiques dans les demandes de brevet. Pour réaliser un arbitrage entre, d'une part, la création du système international de propriété intellectuelle et les demandes d'harmonisation par le haut des législations nationales sur les brevets, et d'autre part, la préservation des clauses d'intérêt public et de l'espace politique des États membres, on a estimé que les négociations sur le SPLT doivent tenir compte d'office des sujets de préoccupation de tous les États membres.

315. En résumé, les préoccupations des pays en développement semblent être de deux ordres. La première question consiste à savoir si le système international des brevets actuel, ou un futur système, pourrait être compatible avec les objectifs nationaux de politique générale. Comme l'a bien montré le processus qui a conduit à l'adoption d'un protocole modifiant l'accord sur les ADPIC, il existe des instances multilatérales oeuvrant en faveur de l'amélioration du système international des brevets; elles peuvent fonctionner efficacement lorsque l'on constate qu'un élément particulier de ce système influe sur des domaines ayant une importance cruciale pour les questions d'intérêt général. La seconde question est de savoir comment mettre en œuvre, et tirer parti du système international des brevets au niveau national en tenant compte des clauses d'intérêt public existantes qui sont ancrées dans les instruments internationaux. Étant donné les différents niveaux de développement, il est peut-être impossible d'apporter une réponse appropriée à l'ensemble des préoccupations. Le

développement doit être considéré comme un objectif à long terme, et il conviendra de mettre en œuvre des stratégies à long terme pour déterminer la façon dont le système international de brevets peut contribuer au développement.

316. Le SCP est invité à examiner les informations contenues dans le présent afin de définir l'orientation future de ses travaux.

[Les annexes suivent]