

La révision de la loi sur les brevets: un contexte européen et mondial déterminant

Le droit de la propriété intellectuelle, et donc des brevets, est marqué comme peu d'autres domaines juridiques par de multiples accords internationaux. Cela tient au fait que les échanges commerciaux et les investissements ont besoin d'un système protecteur capable de déployer efficacement ses effets à l'échelle mondiale. Le projet de révision de la loi sur les brevets présenté par le Conseil fédéral est, lui aussi, grandement influencé par l'évolution internationale. En introduisant l'obligation d'indiquer les ressources génétiques et le savoir traditionnel sur lesquels repose une invention, ce texte fait œuvre pionnière. En revanche, il prête le flanc à la critique en accordant trop peu d'importance au droit jurisprudentiel dans l'appréciation de la brevetabilité. Le maintien du principe de l'épuisement national peut même être considéré comme une occasion manquée.



Pr Thomas Cottier
Département de droit économique et World Trade Institute, université de Berne



Pas moins de 24 accords multilatéraux ont été signés dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (Ompi, en illustration). L'harmonisation a connu un sommet en 1995, avec l'accord Adpic conclu au sein de l'OMC. De nombreuses normes du droit de la propriété intellectuelle découlent aujourd'hui des sévères standards minimaux que celui-ci a fixés.

Photo: Keystone

L'harmonisation internationale du droit de la propriété intellectuelle

Le commerce ne peut pas se passer d'un régime de protection des marques efficace au plan international. Très tôt déjà, cette nécessité avait débouché sur l'harmonisation partielle de divers domaines juridiques, d'abord en 1883 avec la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, puis en 1886 avec la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Cette évolution s'est poursuivie tout au long du XX^e siècle. À telle enseigne que l'*Organisation mondiale de la propriété intellectuelle* (Ompi) ne dénombre aujourd'hui pas moins de 24 accords multilatéraux sur ce thème. La plupart de ces traités portent sur des simplifications de la procédure d'enregistrement et sur la coopération dans l'octroi de droits de protection nationaux. S'ajoutent à cela de nombreux accords bilatéraux, qu'abritent de plus en plus d'accords de libre-échange.

L'accord Adpic de l'OMC

Matériellement, l'harmonisation a connu un sommet en 1995, avec l'accord Adpic¹ con-

¹ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

clu au sein de l'OMC. De nombreuses normes du droit de la propriété intellectuelle découlent aujourd'hui de l'exigence de ses standards minimaux. Certains problèmes – sources de profondes divergences – sont, toutefois, apparus, ces dix dernières années, notamment du côté des pays en développement. La légitimité de la protection des brevets s'en est trouvée à nouveau sérieusement remise en cause. Au plan mondial, une protection efficace contre les abus de positions monopolistiques ou dominantes fait encore défaut et dans de nombreux pays, un droit de la concurrence efficace demande encore à être mis en place. La crise du sida et l'accès aux médicaments bon marché contre les épidémies dans les pays en développement ont été l'occasion d'apporter des premières modifications à l'accord Adpic. De même, l'intérêt pour la protection des ressources indigènes et le savoir traditionnel dans les pays en développement a beaucoup gagné en importance avec l'avènement de la biotechnologie. Les déperditions dont l'industrialisation s'est accompagnée chez nous ne doivent pas se répéter à l'échelle mondiale. Ce problème exige la mise sur pied de nouvelles réglementations innovantes. Les efforts allant dans ce sens n'en sont qu'à leurs débuts, mais ils sont partout l'objet de scepticisme et de mé-

fiance réciproque. Le droit des brevets est en butte à des pressions dans le monde entier. En résumé, il s'agit de trouver un nouvel équilibre entre les pays industrialisés et en développement.

La Convention sur le brevet européen

En Europe, l'harmonisation se renforce aussi à l'échelle régionale. La Convention sur le brevet européen de 1973 offre la possibilité de centraliser l'examen préliminaire international et de regrouper les brevets nationaux valables, en fonction du droit national considéré, dans les États membres désignés – dont la Suisse. Au fil du temps, la Communauté européenne s'est de plus en plus impliquée dans les questions de droit de la propriété intellectuelle. Bien que la réglementation de la propriété privée demeure le domaine réservé des États membres, le droit communautaire a d'abord débordé sur le droit de la concurrence, puis, de plus en plus, sur celui de la propriété intellectuelle dans le cadre de la libre circulation des marchandises. Cela s'est traduit par de nombreuses harmonisations partielles, et par la mise sur pied de systèmes de protection à l'échelle de la CE, notamment en ce qui concerne les variétés, le droit des marques et la protection des designs. Tous ces domaines sont à présent régis par des droits de protection uniformes. Le débat porte de nouveau sur l'introduction d'une protection uniforme des brevets, le «brevet communautaire».

L'influence du droit international sur la révision de la loi sur les brevets

Ces progrès ont influencé le projet de révision de la loi sur les brevets présenté par le Conseil fédéral le 23 novembre 2005, même si cela n'apparaît pas dans le texte lui-même. Un simple coup d'œil sur le très minutieux message dont il a fait l'objet confirme la multiplicité de ces liens. C'est lorsqu'il mentionne le *Traité sur le droit des brevets de l'Ompi* que ceux-ci apparaissent le mieux. De nombreux éléments du projet ont trait aux dispositions procédurales prévues dans ce traité. Moins nettes, mais d'autant plus importantes, sont les influences relevant du droit matériel. Ainsi la réglementation de la brevetabilité de la matière vivante – principal motif de la révision actuelle – se fonde pour l'essentiel sur la *Directive 98/44/CE* du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. Elle évolue dans les limites tracées par ce texte communautaire. L'introduction de l'indication de l'origine des ressources génétiques et du savoir traditionnel utilisés est liée aux efforts déployés en son temps par la *Convention sur la diversité biologique*, afin d'assurer une

compensation équitable («access and benefit sharing») dans le cadre du droit des brevets. Quant à l'introduction de licences obligatoires pour l'exportation de médicaments génériques dans des pays en développement, elle remonte aux confrontations qui ont suivi la conclusion du cycle de l'Uruguay et aux *dérogations de Doha*, donc au processus d'*adaptation* (actuellement en cours) de l'accord *Adpic* qui en a résulté. Enfin les prescriptions visant à lutter contre la piraterie dans différents domaines du droit de la propriété intellectuelle s'appuient sur les directives CE correspondantes et le Conseil fédéral les a introduites dans le projet par souci d'eurocompatibilité.

Trois exigences pour un environnement réglementaire optimal

Le pôle de recherche et de développement suisse a besoin d'un milieu normatif optimal qui doit satisfaire à trois exigences:

- conformité aux normes du droit de la CE, afin d'éviter des distorsions commerciales inutiles;
- participation à l'effort d'harmonisation globale visant à favoriser le développement d'une procédure et d'un niveau de protection appropriés à l'étranger;
- participation active à l'élaboration d'un système régional et global.

La révision représente un apport important sur ce plan. Si l'adaptation au droit révisé de l'OMC est contraignante, la reprise de la convention relative au droit des brevets relève en revanche d'une longue tradition volontaire de participation active à la construction et au développement du dispositif conventionnel multilatéral de la Suisse. Il en va de même, depuis 1988, de notre politique d'eurocompatibilité à l'égard du droit communautaire qui n'entraîne pas jusqu'ici – contrairement à l'accord EEE – d'obligation contractuelle générale dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle.

Le projet du Conseil fédéral sous la loupe

Dans le contexte européen et mondial, de même qu'à la lumière des exigences du pôle suisse de recherche et développement à l'égard du meilleur environnement normatif possible, on peut évaluer comme suit le projet du Conseil fédéral.

Mesures avant-gardistes

En proposant l'indication obligatoire de l'origine des ressources génétiques et du savoir traditionnel sur lesquels repose une invention, le projet fait véritablement œuvre de pionnier. Sur ce point, la Suisse ne suit pas le droit international existant, mais donne au contraire une

impulsion et un signal puissants, qui auront aussi leur importance pour l'évolution observée à l'étranger. L'introduction de l'indication obligatoire comme condition préalable à la délivrance du brevet représente une contribution importante aux efforts actuellement déployés pour mieux équilibrer le système global du droit de la propriété intellectuelle – capital pour notre pays – et pour l'aménager afin qu'il devienne également plus intéressant pour les pays en développement, et donc le secteur agricole². Sont également novatrices les dispositions du projet se rapportant à la mise en œuvre de la dérogation de Doha, domaine où la Suisse, s'inspirant de la réglementation canadienne concernant le calcul de l'indemnisation, suit de nouvelles voies intéressantes.

Brevetabilité et importations parallèles: rechercher la juste densité normative

Les réglementations proposées par le projet au sujet de la brevetabilité et des importations parallèles soulèvent d'utiles questions concernant la juste densité normative. Des dispositions trop larges y côtoient d'autres trop fouillées, et l'ensemble du texte ne tient pas compte de l'importance primordiale que revêt le droit jurisprudentiel pour éclairer certains domaines complexes de la législation des brevets, caractérisée par une forte connexité internationale.

L'avant-projet et la procédure de consultation ont donné lieu à des règlements très détaillés concernant la brevetabilité des inventions biotechnologiques. On y trouve ainsi des définitions précises de la brevetabilité et de ses limites. Or, on peut à bon droit se demander si cette tâche ne devrait pas revenir aux tribunaux; lesquels, selon la pratique des essais et des corrections incessantes («trial and error») – autrement dit la méthode jurisprudentielle – pourraient à chaque fois comparer le droit des différentes juridictions et tenir compte du principe de l'interprétation conforme au droit international ainsi que de l'évolution de l'Office européen des brevets (OEB) et des États membres de l'UE. Dans le domaine de la protection des programmes d'ordinateurs, par exemple, ce type d'approche a débouché sur de bons résultats: le droit a été essentiellement développé par des tribunaux (américains), pour être codifié plus tard seulement en Europe, sur la base des expériences faites.

Il serait souhaitable d'agir de même dans le droit des brevets. À cet égard, un rôle-clé devrait être accordé au Tribunal fédéral et aux tribunaux de commerce compétents des cantons, comme c'est le cas à l'étranger et à l'OEB³. Par conséquent, la loi devrait se borner à énoncer des principes et des objectifs et se contenter de formulations ouvertes. Cela vaut notamment pour la question extrêmement complexe

de la brevetabilité de séquences génétiques comme pour la problématique de la protection absolue ou restreinte des substances. Introduire dans la loi des réglementations trop détaillées sur ces points, c'est l'exposer au risque de se trouver rapidement dépassée par les avancées technologiques et en contradiction avec l'évolution générale du droit.

Une autre raison de s'en tenir à des formulations larges réside dans le fait que la très grande majorité des brevets biotechnologiques valables pour la Suisse ne sont pas délivrés à Berne, mais à l'OEB, domicilié à Munich. Ils sont octroyés suivant les dispositions de la Convention sur le brevet européen, laquelle s'applique conformément aux droits jurisprudentiel et européen. Dès lors, la portée de dispositions légales suisses détaillées se limitera nécessairement aux jugements pouvant être portés ultérieurement dans notre pays sur des prétentions touchant au droit du brevet. Celles-ci ne seront d'ailleurs pas plus fréquentes sous le nouveau droit, car les actions en justice sur des questions de brevets coûtent cher et restent rares. Le débat sur la réglementation détaillée des critères de brevetabilité revêt donc surtout une importance symbolique et de politique intérieure.

Maintien de l'épuisement national: une occasion manquée

Il en va différemment de la définition des droits de propriété intellectuelle et de leurs exceptions. Ces droits ont une grande portée économique et doivent donc faire l'objet dans la loi d'une réglementation détaillée et différenciée pour des raisons de sécurité juridique. L'exception prévue en faveur de la recherche et du privilège de l'agriculteur revête donc une importance considérable. La même remarque s'applique à ce qu'on appelle l'épuisement des droits, autrement dit la réglementation des importations hors des canaux de distribution contractuels des grossistes (importations parallèles). Les dispositions afférentes se font sentir immédiatement sur les importations et les marchés domestiques.

Le Conseil fédéral propose au Parlement d'adopter le principe de l'épuisement national et de s'en tenir à la situation juridique actuelle ainsi qu'à la pratique du Tribunal fédéral. Celle-ci confirme le droit d'interdire en bloc les importations parallèles de tous les produits protégés par le droit des brevets et de traduire leurs auteurs en justice. Le gouvernement passe ainsi à côté d'une occasion de créer une solution différenciée qui ne serve pas uniquement les intérêts de l'industrie chimique, mais ceux d'autres branches également – notamment l'agriculture, l'industrie des machines et le tourisme – sans oublier les consommatrices et consommateurs.

2 Dans ce contexte, mentionnons également les efforts déployés par la Suisse, dans le cadre de l'OMC, pour assurer une forte protection aux désignations d'origine et améliorer les chances de commercialisation des produits de niche à l'échelle mondiale.

3 Voir l'article de M. Temmerman dans le présent numéro.

Bibliographie

- Cottier Thomas et Germann Christophe, «Bedeutung und Wirkung von Staatsverträgen im Immaterialgüterrecht», in Roland von Büren et Lucas David (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht I/1 Grundlagen*, 2^e édition augmentée, p. 35-122, Bâle, 2002, avec références supplémentaires.
- Abbott Frederick M., Cottier Thomas et Gurry Francis, *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials*, 2^e vol., La Haye/Londres/Boston, 1999.
- Cottier Thomas et Oesch Matthias, *International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland*, p. 916-958, Berne/Londres, 2005.
- Biber-Klemm Susette et Cottier Thomas (édit.), *Rights to Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge: Basic Issues and Perspectives*, CABI Publishing UK (parution en 2006)."

Certes, l'épuisement national correspond aux réglementations traditionnelles du droit des brevets et il est parfaitement conforme à l'accord Adpic. Mais face aux pays qui nous entourent – c'est-à-dire à l'intégration européenne et à son principe d'épuisement à l'échelle de l'UE et de l'EEE –, l'épuisement national ne fait qu'aggraver la cherté en Suisse. Sans compter qu'à plus long terme, il devrait aussi nous valoir des pressions dans le cadre de l'OMC, car il contrevient aux principes d'un commerce libre et de la proportionnalité des entraves commerciales. L'épuisement national fait, par conséquent, l'objet d'une réglementation inutilement étendue et le projet de loi n'est pas suffisamment différencié sur ce point.

Une possibilité: l'épuisement international assorti de restrictions

La discrimination des prix qui se pratique entre notre pays et l'étranger est déterminante pour la réglementation des importations parallèles. Là où ces différences sont économiquement raisonnables, les importations parallèles doivent être interdites. Par contre, lorsqu'elles sont nuisibles et ne servent que des intérêts protectionnistes, elles doivent être autorisées et encouragées. À cet égard, le principe de l'épuisement national n'est pas adéquat; il règle la question de manière trop sommaire et trop large. L'épuisement régional unilatéral ou bilatéral n'est également pas possible au plan du droit international, car aucune exception au principe de la nation la plus favorisée n'est prévue à l'article 6 de l'accord Adpic. Pour cela, la Suisse devrait au moins conclure une union douanière avec l'UE. Il faudrait, au contraire, plutôt partir de l'épuisement international, c'est-à-dire de l'autorisation de principe des importations parallèles sous réserve de restrictions ponctuelles. Car lorsqu'il s'agit de protéger un régime de marché compatible avec les règles de l'OMC, l'article XX (d) du Gatt de 1994 autorise parfaitement l'interdiction des importations parallèles dans certains secteurs spécifiques. Le droit de l'OMC interdit déjà actuellement – indépendamment de la règle de l'épuisement – la réimportation des médicaments bon marché distribués aux pays en développement.

Remarquons enfin que l'admissibilité des importations parallèles de médicaments est bien davantage tributaire de prescriptions d'autorisation et d'emballage. En Suisse, ce sont ces dernières qui ont pratiquement exclu jusqu'ici les importations parallèles de produits de marque, alors que l'épuisement international est de mise dans la pratique. Il est, en outre, possible de laisser au Tribunal fédéral le

soin de s'occuper de la jurisprudence en la matière. Cette formule n'a pas valu de mauvaises expériences à la Suisse jusqu'ici. En ce qui concerne, par exemple, la législation du droit d'auteur, l'introduction de l'épuisement national pour les vidéocassettes a de nouveau été annulée.

Exigences extérieures à la révision

Si l'on fait abstraction des questions de densité normative, les véritables défis du droit des brevets sont extérieurs à la présente révision et se situent dans ces trois domaines: le droit de la concurrence, le prochain système de brevet qui s'appliquera à l'échelle de la CE, et enfin l'OMC.

Premièrement, alors que le débat met aujourd'hui l'accent sur des questions éthiques, de délicats problèmes surgiront demain avec le *droit de la concurrence*. Aussi longtemps que les brevets donneront lieu à des positions dominantes sur le marché, la question se posera de savoir où commence l'abus et comment garantir un accès qui passe par la licence obligatoire. Les problèmes de la concentration et de l'accumulation des brevets vont probablement entraver davantage la recherche et le développement que ne risquent de le faire les critères de brevetabilité et de restrictions actuellement prévus. La Commission de la concurrence (Comco) et les tribunaux vont être sollicités sur ce point.

Deuxièmement, Bruxelles se prépare à *introduire un système de brevet à l'échelle de la Communauté, nettement plus avantageux et doté d'un contrôle juridique uniforme*. La position de l'OEB va donc se modifier en profondeur, et par la même occasion celle de la Suisse, qui n'est pas membre de l'UE. Trouver des solutions qui soient conformes aux intérêts du pôle suisse de la recherche demandera de gros efforts. On remarquera, en tout cas, que les propositions faites jusqu'ici en faveur d'une compétence juridictionnelle interétatique n'ont guère trouvé d'oreilles attentives.

Troisièmement, des *défis importants attendent une fois de plus l'OMC*: dans cette enceinte, des débats approfondis vont devoir être menés sur la brevetabilité de la biotechnologie et ses effets à l'échelle mondiale, car exclure de la brevetabilité les plantes et les animaux d'une manière générale risque de nuire aux besoins mêmes de la biotechnologie. Dans le même temps, il faudra trouver un meilleur équilibre entre le Nord et le Sud. La révision de la loi suisse sur les brevets peut être interprétée comme un signal très favorable en ce sens. ■