

ANNEXE III

OBSERVATIONS CONCERNANT LE RAPPORT SUR LE SYSTEME INTERNATIONAL
DES BREVETS SOUMIS AUX MEMBRES ET AUX OBSERVATEURS DU SCP

Table des matières

| | |
|---|----|
| GENERALITES..... | 3 |
| Congo | 3 |
| Association de l'industrie de l'informatique et de la communication | 3 |
| Third World Network (TWN)..... | 6 |
| CHAPITRE II. LES PRINCIPES ECONOMIQUES APPLICABLES AUX BREVETS ET LES DIVERS INTERETS ET BESOINS DANS LE CADRE DU SYSTEME INTERNATIONAL DES BREVETS | 7 |
| Third World Network (TWN)..... | 7 |
| CHAPITRE III. LA DIVULGATION DES TECHNIQUES PAR L'INTERMEDIAIRE DU SYSTEME DES BREVETS..... | 16 |
| Knowledge Ecology International (KEI) | 16 |
| Third World Network (TWN)..... | 17 |
| CHAPITRE IV. DIFFUSION DES TECHNIQUES ET SYSTEME DES BREVETS | 18 |
| Institute for Trade, Standards and Sustainable Development (ITSSD) | 18 |
| Knowledge Ecology International (KEI) | 42 |
| Third World Network (TWN)..... | 45 |
| CHAPITRE V. LE CADRE MULTILATERAL ACTUEL | 49 |
| Canada..... | 49 |
| Third World Network (TWN)..... | 49 |
| CHAPITRE VI. SYSTEMES DE BREVETS ET FORMES DE COOPERATION EXISTANTES..... | 51 |
| Congo | 51 |
| Institute for Trade Standards and Sustainable Development, Inc. (ITSSD) | 51 |
| Association latino-américaine des industries pharmaceutiques (ALAIIP)..... | 53 |
| Third World Network (TWN)..... | 54 |

| | |
|--|----|
| CHAPITRE VII. STRUCTURES D'APPUI POUR LE SYSTEME DES BREVETS | 55 |
| Congo | 55 |
| Institut de la propriété intellectuelle du Canada (IPIC)..... | 56 |
| Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI) | 65 |
| Chambre de commerce internationale (CCI) | 72 |
| Association latino-américaine des industries pharmaceutiques (ALAIIP)..... | 80 |
| CHAPITRE VIII. MENACES PESANT SUR L'EFFICACITE DES BREVETS EN TANT QUE FACTEURS D'INCITATION A L'INNOVATION | 81 |
| Third World Network (TWN) | 81 |
| CHAPITRE IX. L'INCITATION A L'INNOVATION DANS LE CADRE DES OBJECTIFS DE LA POLITIQUE DES POUVOIRS PUBLICS | 82 |
| Canada..... | 82 |
| Association latino-américaine des industries pharmaceutiques (ALIFAR)..... | 83 |
| Third World Network (TWN) | 84 |
| CHAPITRE X. PREOCCUPATIONS RELATIVES AU DEVELOPPEMENT | 87 |
| Canada..... | 87 |
| Third World Network (TWN) | 88 |

OBSERVATIONS

GENERALITES

1. Congo

Le système des brevets, qui est considéré comme un instrument de politique générale, a été en principe créé pour conférer des droits exclusifs qui mobiliseraient suffisamment l'intérêt privé pour créer des biens publics. C'est autant dire que l'amélioration du système international des brevets au profit de tous les États parties à l'OMPI, qui passe par l'harmonisation progressive des législations nationales sur les brevets, devra préserver comme il est de coutume, les clauses d'intérêt public. Au regard de l'importance que revêt cette session pour le développement économique de notre pays, le Congo, il serait souhaitable que certains experts ou techniciens des domaines tels que la santé publique, l'agriculture, l'environnement, soient véritablement impliqués afin que les objectifs nationaux soient en phase avec les délibérations de la session prochaine. En outre, il est suggéré au ministère en charge de la propriété industrielle de créer un cadre de concertation entre les entrepreneurs privés et d'autres administrations publiques précitées, afin de mener une réflexion y afférente.

Le document SCP/12/3 demeure valable sans modification bien qu'il soit nécessaire d'entreprendre progressivement des travaux pour tenir compte des quatre thèmes bien équilibrés qui serviront de point de convergence à des délibérations quant au fond et qui nous permettront de mener ces délibérations.

Dans un souci de précision, nous avons utilisé comme base l'article 29 de l'Accord sur les ADPIC car il définit les conditions imposées aux déposants de demandes de brevet.

2. Association de l'industrie de l'informatique et de la communication

L'Association de l'industrie de l'informatique et de la communication adresse ses félicitations à l'OMPI pour avoir entrepris la rédaction du présent rapport à l'intention du Comité permanent du droit des brevets. Cette synthèse des conditions et des questions du moment constitue une première étape décisive dans la réorientation des activités de l'OMPI aux fins d'une meilleure compréhension du fonctionnement de la propriété intellectuelle dans l'économie mondiale ainsi que d'une amélioration ou d'une réforme des régimes juridiques applicables aux brevets en vue d'atteindre dans de meilleures conditions les objectifs convenus. Nous sommes convaincus que l'OMPI devrait assumer le rôle de chef de file dès lors qu'il s'agit d'intégrer l'analyse économique ou juridique dans les travaux menés en collaboration avec d'autres organisations qui attachent une importance véritable à la recherche et à l'analyse neutres. Nous espérons que l'OMPI renforcera ses capacités aussi bien en interne qu'en externe en suscitant l'intérêt de la vaste communauté des chercheurs et des parties prenantes.

Nous faisons les propositions ci-après à propos du rapport initial, dans un souci de parvenir à une conception commune plus cohérente des forces et des faiblesses du système des brevets. Nous prenons "système" au sens large du terme, c'est-à-dire non seulement en tant que collection de lois et organisation bureaucratique mais aussi en tant qu'instrument économique utilisé par les acteurs économiques pour parvenir à des résultats économiquement utiles.

Cela étant, nous avons axé nos efforts sur une série de questions qu'il y aurait avantage à examiner plus attentivement. Le thème central ici est le fait qu'il y a des différences importantes selon les techniques appliquées et, par conséquent, selon les industries concernées, dans l'utilisation et la mise en pratique des brevets. L'Association de l'industrie de l'informatique et de la communication a l'expérience des techniques de l'information et de leurs applications, ce qui signifie que nous portons une attention toute particulière à certaines questions qui peuvent ne pas être considérées comme épineuses dans d'autres domaines. Nous sommes convaincus que le rapport doit permettre de mieux comprendre ces problèmes et les tensions de plus en plus visibles au sein d'un système des brevets uniforme (d'autant plus que ces tensions mettent en échec le grand effort de réforme du système des brevets aux États-Unis d'Amérique). Nous avons aussi noté que le projet de scénarios de l'Office européen des brevets (OEB) reconnaît bon nombre de ces défis, plus précisément dans le cadre du scénario intitulé "Blue Skies".

À de nombreux égards, ces différences portent sur les différences structurelles entre les techniques intervenant dans la fabrication de produits complexes, tels que les techniques de l'information, et les techniques reposant sur un procédé de fabrication discontinue des produits, tels que les médicaments ou les produits chimiques. Selon les critères en vigueur, les produits complexes peuvent comprendre des milliers de fonctions ou de composants brevetables alors que les produits à procédé de fabrication discontinue peuvent être protégés par un brevet initial simple. Par conséquent, le domaine des techniques de l'information se caractérise par un grand nombre de brevets à valeur relativement faible tandis que celui des médicaments se caractérise par un nombre restreint de brevets à forte valeur.

La demande de brevets semble donc être très élevée pour les techniques de l'information mais, en réalité, ceux-ci jouent un rôle bien moindre dans ce domaine que dans celui des médicaments. Les entreprises informatiques veulent une "liberté d'action" pour pouvoir fabriquer ou mettre au point des produits ou des services complexes sans être bloquées par les nombreux brevets appartenant à des tiers. Elles constituent de larges portefeuilles qu'elles utilisent d'une manière défensive si et elles sont menacées par leurs concurrents d'un procès pour atteinte. Cette "politique" dissuasive, qui fait penser à la course aux armes nucléaires, est plus communément connue sous le nom de "destruction mutuelle assurée". Les grandes entreprises se concèdent souvent des licences réciproques, assorties d'un paiement rétablissant l'équilibre eu égard à la taille de leurs portefeuilles respectifs. Les licences réciproques posent un problème dans un domaine tel que celui des logiciels, qui regroupe un grand nombre d'entreprises de tailles différentes, au positionnement différent.

D'un point de vue stratégique, l'évolution du "portefeuille" de brevets, en tant que cadre de référence (par opposition aux brevets individuels), est susceptible de décourager les nouveaux venus. La sagesse populaire veut que les brevets protègent les jeunes pousses – et, à court terme, cela peut encore être vrai. Mais toute jeune pousse qui veut mettre au point des produits pleinement fonctionnels (et non uniquement une technique pour laquelle elle concédera une licence à des tiers) a besoin d'accéder aux brevets des autres, peut-être même à un grand nombre de brevets. À cet égard, les portefeuilles constituent un obstacle à l'entrée sur le marché des nouveaux venus tandis qu'ils renforcent la position de leurs détenteurs.

Le grand volume de brevets applicables aux techniques intervenant dans la fabrication de produits complexes, tels que l'informatique, crée un terrain propice à un problème important : les entités non en exercice, souvent dénommées "trolls" ou "appâts". Le problème posé par les "appâts" comporte différents aspects qui appellent des explications complémentaires.

Tout d'abord, la demande axée sur les portefeuilles, notamment lorsqu'elle est associée à des normes impliquant une faible activité inventive et à un examen inadéquat de la part des offices de brevets, est à l'origine d'un grand nombre de brevets dénués d'intérêt ou sujets à caution. Cela diminue la valeur de l'information en matière de brevets dans le domaine informatique et, au final, rend la mise en circulation des produits extrêmement coûteuse. Par conséquent, les brevets sont ignorés jusqu'au moment où leurs titulaires respectifs les font valoir. Les inventions indépendantes sont donc légion, et les atteintes accidentelles le résultat inévitable. (Des travaux de recherche empirique récents ont montré que la copie est rarement au centre des différends impliquant des brevets, et qu'elle est même très rare dans le domaine informatique.) Cela est particulièrement problématique pour les logiciels pour lesquels les nombreuses recherches, l'information et les transactions associées à la mise en circulation dépassent tout simplement le coût relativement bas de leur création.

L'examen de la question de l'information en matière de brevets dans le présent rapport est particulièrement insuffisant à cet égard. La documentation fait défaut et on y trouve une foi injustifiée dans l'utilité de l'information en matière de brevets sans distinction des différents domaines.

En réalité, l'opacité virtuelle qui caractérise l'environnement informatique crée des possibilités d'arbitrage. Les "appâts" peuvent faire valoir des brevets autrefois à faible valeur auprès d'entreprises qui fabriquent des produits complexes et qui peuvent accidentellement incorporer la technique dénuée d'intérêt protégée par ces brevets. Plus l'"appât" attend, plus les chances que la technique soit adoptée et reprise dans son intégralité sont élevées et plus l'"appât" a d'influence. Cette influence atteint son maximum lorsque les normes sont incorporées dans des produits présents dans toute une branche d'activité. Cette extrême vulnérabilité est une question qui doit aussi être examinée dans le cadre des délibérations sur les normes et les brevets.

L'apparition de marchés technologiques, saluée dans le rapport, présente un inconvénient majeur dans la mesure où les brevets sont souvent plus intéressants quand ils appartiennent à des "appâts". Lorsque les entreprises font faillite – comme c'est le cas de la plupart des jeunes pousses –, les brevets sont bradés en tant que derniers actifs. Ces brevets sont mis sur les marchés des brevets où ils peuvent être acquis parce que l'acheteur sait ou spéculé qu'ils font l'objet d'atteintes par des tiers quelque part.

Enfin, les débats sur la matière passent purement et simplement outre la question de la brevetabilité des programmes d'ordinateur, qui continue à alimenter une controverse juridique, économique et politique. Une grande partie de cette controverse s'explique par le côté extrême du problème auquel est confronté le domaine de l'informatique en général mais, à certains égards, les logiciels sont uniques : le droit d'auteur peut être utilisé pour des logiciels, ce qui peut entraîner une diminution supplémentaire de la valeur des brevets, et le droit d'auteur semble convenir davantage au taux élevé d'innovation simultanée qui caractérise le domaine des logiciels. Seuls les logiciels peuvent faire l'objet d'un développement et d'une distribution en libre accès. C'est pour cette raison que les organismes de normalisation axés sur les normes applicables en matière d'information et de logiciels (W3C, OASIS) préfèrent la concession de licences sans redevance car celles-ci ne placent pas les modèles en libre accès dans une situation désavantageuse.

Une grande partie de l'économie mondiale dépend de l'informatique. Il est important que les membres de l'OMPI comprennent les variations économiques liées aux brevets portant sur des techniques de l'information, y compris les solutions éventuelles aux problèmes qu'elles comportent. En résumé, il s'agit des éléments suivants :

- différences d'une technique à l'autre, notamment entre produits complexes et produits à procédé de fabrication discontinue;
- incompatibilité entre normes et brevets;
- coûts directs, fausses mesures d'incitation et répercussions inattendues de la pratique des portefeuilles;
- valeur limitée de l'information en matière de brevets dans un environnement des brevets surchauffé;
- potentiel destructeur de l'arbitrage en matière de brevets pour les fabricants et les prestataires de services;
- mesure dans laquelle les logiciels devraient constituer de la matière brevetable.

On pourrait encore beaucoup dire sur les brevets et les normes mais étant donné qu'il s'agit d'une question considérée comme l'une des quatre questions prioritaires pour les travaux futurs, nous soumettrons des observations détaillées une fois que les projets seront connus.

Nous nous ferons un plaisir de fournir des références et des explications supplémentaires sur ces observations. Merci de nous donner la possibilité de contribuer à ce plan d'action plus que nécessaire.

3. Third World Network (TWN)

Il semble ressortir du rapport de l'OMPI sur les brevets que la campagne en faveur d'un système international des brevets soit fondée, essentiellement parce que 1) le système des brevets est le seul système d'incitation crédible qui encourage l'innovation, 2) le système des brevets facilite la mise au point et la diffusion de techniques et les flux d'investissement – un système international des brevets faciliterait encore le transfert de technologie et les investissements – et 3) les offices de brevets sont dans l'incapacité de satisfaire aux demandes de recherche et d'examen, ce qui suscite une accumulation de travail importante et affecte la qualité des brevets délivrés – un système international des brevets permettrait de résoudre ce problème.

Toutefois, le rapport de l'OMPI, dans ce qui semble être une tentative de justification des fondements susmentionnés, oublie (à de nombreuses reprises) de proposer une conception plus exhaustive de ces questions. Il est aussi vrai que, en plusieurs endroits, le rapport aborde la question du point de vue des pays développés et omet de tenir compte des perspectives et des intérêts des pays en développement ainsi que d'évaluer d'une manière adéquate les différents niveaux de développement et de capacités techniques des pays en développement. Le rapport présente aussi souvent des arguments simplifiés à l'appui de ces fondements, arguments formulés sur la base de suppositions sans grandes preuves à l'appui.

En tout cas, la lecture des observations ci-dessous montrera de manière assez claire que les fondements mis en avant dans le rapport de l'OMPI sont soit imparfaits, soient trop simplifiés puisqu'ils ne tiennent pas compte de tous les aspects en jeu, dont les intérêts des pays en développement.

Cela ne veut pas dire que le rapport de l'OMPI n'aborde pas la question de l'intérêt public, ni celle des préoccupations liées au développement. Il le fait mais de manière très restreinte, malgré l'existence d'exemples concrets des répercussions souvent fâcheuses de l'Accord sur les ADPIC, ce qui devrait entraîner de nombreuses questions sur le bien-fondé d'un système international des brevets.

Les observations ne portent que sur des parties du rapport de l'OMPI mais cela ne signifie pas qu'un accord est intervenu sur les parties pour lesquelles aucune observation n'a été soumise.

CHAPITRE II. LES PRINCIPES ECONOMIQUES APPLICABLES AUX BREVETS ET LES DIVERS INTERETS ET BESOINS DANS LE CADRE DU SYSTEME INTERNATIONAL DES BREVETS

4. Third World Network (TWN)

Le chapitre II définit trois principes économiques applicables au système des brevets :
i) mesures d'incitation à l'innovation; ii) divulgation du savoir dans le domaine public;
iii) transfert de technologie, commercialisation et diffusion du savoir.

Mesures d'incitation à l'innovation

Le rapport de l'OMPI sur le système international des brevets traite le point i) dans les paragraphes 28 à 33. Il précise que "l'enjeu 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" et que le système des brevets semble être la seule solution "qui remédie à la défaillance du marché en rétablissant les incitations à l'innovation" (paragraphe 33).

En réalité, mettre en place une protection optimale grâce au système des brevets est plus facile à dire qu'à faire, dans la mesure où "le niveau de protection par brevet ne peut pas être défini avec précision"¹. Cela dépend de nombreux facteurs et le niveau optimal de protection (lorsque les avantages pour la société sont supérieurs aux coûts sociaux) "variera[it] également fortement selon les produits et les secteurs et sera[it] lié aux variations de la demande, aux structures du marché, aux coûts de la R-D et à la nature du procédé innovateur"².

En outre, on part de l'hypothèse qu'il existe dans les pays en développement une capacité d'innovation qui attend d'être exploitée. Or, même si les brevets constituent des mesures d'incitation, les systèmes d'innovation de la plupart des pays en développement (du type que ceux qui existent dans les pays développés) sont extrêmement faibles et, même si une telle capacité existe, les systèmes d'innovation relèvent généralement du secteur public³.

¹ Rapport de la Commission britannique des droits de propriété intellectuelle (2002), "Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement" (CIPR), page 14.

² CIPR, page 15.

³ CIPR, page 15.

En outre, les entreprises des pays en développement n'ont pas les moyens d'assumer le coût d'acquisition et de maintien en vigueur des droits attachés aux brevets ni de se défendre sur le plan juridique en cas de litige. Il faut également tenir compte des "frais de transaction", qui correspondent à l'établissement et au maintien de l'infrastructure d'un régime de propriété intellectuelle, à savoir les mécanismes de reconnaissance et d'exercice des droits dans le cadre du régime de propriété intellectuelle. Les pays en développement (généralement confrontés à une pénurie de ressources humaines et financières) peuvent avoir des difficultés à assumer ces frais.

Dans les pays en développement, la question de savoir si le système des brevets peut stimuler l'innovation dépend de nombreux facteurs. Dans ces pays, il est évident que le fait d'opter pour le système des brevets comme mécanisme d'incitation est synonyme de frais importants.

M. Finger, ancien responsable chargé de la recherche sur les politiques commerciales à la Banque mondiale, estime que les obligations qui incombent aux pays en développement en vertu de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC se chiffreront à 60 milliards de dollars É.-U. par an⁴. Il estime aussi que l'augmentation annuelle nette des recettes tirées des brevets résultant de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC pour les six principaux pays développés s'élèverait à 41 milliards de dollars É.-U. (les principaux bénéficiaires étant les États-Unis d'Amérique avec 19 milliards, l'Allemagne avec 6,8 milliards, le Japon avec 5,7 milliards, la France avec 3,3 milliards, le Royaume-Uni avec 3 milliards et la Suisse avec 2 milliards). Les pays en développement qui supporteront les plus grosses pertes annuelles nettes sont la République de Corée (15,3 milliards), la Chine (5,1 milliards), le Mexique (2,6 milliards), l'Inde (903 millions) et le Brésil (530 millions)⁵.

De nombreux universitaires et économistes ont émis des critiques au sujet des droits de propriété intellectuelle en général et des brevets en particulier, qui restreignent la concurrence et suscitent des préoccupations quant à leur impact sur les pays en développement⁶.

Le rôle du système des brevets dans la promotion de l'innovation devrait être abordé avec prudence, ce qui n'est pas le cas dans les paragraphes 28 à 33 du rapport de l'OMPI.

L'impact du système des brevets sur l'innovation dépend de nombreuses conditions, telles qu'un marché assez développé, des capitaux suffisants, du personnel qualifié dans les entreprises et des entrepreneurs privilégiant l'innovation, ainsi qu'une base scientifique solide et ouverte à la collaboration avec l'industrie⁷. Il existe aussi des preuves que, même lorsque

⁴ Finger, J. M. (2002), "The Doha Agenda and Development: A View from the Uruguay Round", Banque asiatique de développement, Manille. Voir aussi Khor, M., "Intellectual Property, Competition and Development" Intellectual Property Rights Series #7, Third World Network, 2005.

⁵ Finger, J. M. (2002), "The Doha Agenda and Development: A View from the Uruguay Round", Banque asiatique de développement, Manille.

⁶ CIPR, pages 15 et 16; voir aussi Panagriya, A. (1999), "TRIPS and the WTO: An Uneasy Marriage"; Bhagwati, J. (2001) Lettre au Financial Times concernant l'Accord sur les ADPIC; Ha-Joon Chang, "Intellectual Property Rights and Economic Development – Historical Lessons and Emerging Issues", Intellectual Property Rights Series #3 Third World Network, 2001.

⁷ Pour les études empiriques menées sur les facteurs d'innovation technologique et le rôle de la propriété intellectuelle, voir d'une manière générale "Technological Innovation and Economic Performance", édité par Benn Steil, David G. Victor et Richard R. Nelson (2002).

ces conditions sont réunies, la propriété intellectuelle ne favorise pas nécessairement l'innovation. Par exemple, une analyse de 23 études empiriques n'a pas permis de montrer, si ce n'est à la marge, que le renforcement de la protection par brevets permettait d'accroître l'innovation; elle a révélé en revanche que le renforcement de la protection augmentait le nombre de demandes de brevet déposées⁸.

La protection de la propriété intellectuelle peut être sans effet sur l'innovation, même dans des secteurs de haute technologie. Dans les pays nordiques, les dirigeants d'entreprises de haute technologie sont généralement d'avis que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas essentiels parce que, dans ce domaine, le cycle d'un produit est si court que si vous vous contentez d'imiter "les idées des autres, vos produits seront systématiquement dépassés et obsolètes"⁹.

On dispose aussi d'éléments indiquant que la protection par brevet n'a pas été un facteur d'innovation pour les pays en développement. Ainsi, l'introduction ou le renforcement de la protection par brevet des produits pharmaceutiques n'a pas entraîné d'augmentation de l'investissement national ou étranger direct, de la production ou de la recherche-développement dans ce domaine dans les pays en développement¹⁰. Par ailleurs, le secteur pharmaceutique indien est devenu un producteur mondial de principes actifs et de médicaments en l'absence de brevets sur ces produits, lesquels n'ont été introduits qu'en janvier 2005, à l'expiration de la période de transition prévue par l'Accord sur les ADPIC¹¹.

Il existe aussi de nombreux exemples montrant que les pays industrialisés (lorsqu'ils étaient en phase de développement) se sont appuyés non pas sur le système des brevets mais plutôt sur l'absence de brevets pour promouvoir l'innovation¹². Ce n'est que lorsqu'ils ont disposé d'une base technologique suffisamment évoluée qu'ils ont, dans une certaine mesure, tiré parti du système des brevets.

Le paragraphe 33 du rapport de l'OMPI conclut que le "système des brevets" est le meilleur mécanisme d'incitation disponible et que d'autres mécanismes pouvant fournir des mesures d'incitation aux fins de la recherche-développement sans présenter les inconvénients d'un monopole sont inaccessibles. Le rapport n'apporte aucun élément à l'appui de cette affirmation.

⁸ Boldrin & Levine "Against Intellectual Monopoly", 2007, <http://www.dklevine.com/general/intellectual/againstnew.htm>

⁹ Virén, Matti et Malkamäki, Markku, (2002), "The Nordic countries", in Steil, Benn; Victor, David et Nelson, Richard (éditeurs), op. cit., p. 222.

¹⁰ Voir, p. ex., Ida Madiha Azmi et Rokiah Alavi (2001), "TRIPS, Patents, Technology Transfer, Foreign Direct Investment and the Pharmaceutical Industry in Malaysia", *Journal of World Intellectual Property*, vol. 4, n° 6, novembre 2001.

¹¹ Voir, p. ex., S. Chaudhuri (2005), *The WTO and India's pharmaceuticals industry. Patent protection, TRIPS and Developing countries*, Oxford University Press, New Delhi.

¹² Voir, p. ex., Ha-Joon Chang, "Intellectual Property Rights and Economic Development – Historical Lessons and Emerging Issues", *Third World Network*, 2001; voir aussi, par exemple, Richard Gerster, "Patents and Development: Lessons Learnt from the Economic History of Switzerland", *Third World Network* 2001; Boldrin & Levine, "Against Intellectual Monopoly", 2007. <http://www.dklevine.com/general/intellectual/againstnew.htm>

Il est utile de recenser et d'examiner les autres types de mécanismes d'incitation existants, tels que les modèles de source ouverte ou les remises de prix, qui constituent des incitations à l'innovation sans pour autant conférer un monopole souvent associé au système des brevets. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, le système des brevets joue un rôle négligeable en tant que facteur d'incitation dans certains secteurs.

Le rapport de l'OMPI doit présenter de façon plus précise et détaillée le rôle du système des brevets en tant que facteur d'incitation à l'innovation, en indiquant par exemple à quel stade de développement ou de capacité technique et dans quelles conditions ce système stimule l'innovation. Par exemple, le système des brevets ne risque guère de constituer une mesure d'incitation efficace dans certains pays comme les PMA, ce qui justifie l'article 66 de l'Accord sur les ADPIC qui prévoit des périodes de transition pour les PMA. Le rapport de l'OMPI doit procéder à un examen plus approfondi et présenter une analyse plus critique du système des brevets en tant qu'incitation à l'innovation.

Divulgence du savoir dans le domaine public

La deuxième justification du système des brevets est traitée dans les paragraphes 37 à 40. Il est vrai que l'une des règles du système des brevets est que les titulaires de brevet sont tenus de divulguer l'information relative à leurs inventions.

Toutefois, le rapport ne fait pas de distinction entre les pays développés et les pays en développement lorsqu'il examine les avantages de cette divulgation. Les avantages sont limités pour les pays en développement, dont la plupart ne disposent pas d'une base technologique suffisamment évoluée pour pouvoir exploiter l'information relative aux brevets. En outre, faciliter l'innovation dans les pays en développement passe par le transfert de compétences et le partage de savoir-faire, ce que ne permet pas le système des brevets.

Par ailleurs, si un brevet délivré a une portée trop large ou si l'information n'est pas divulguée de façon adéquate, l'information de brevet ne stimulera pas l'innovation. Un professeur allemand de droit des brevets, Friedrich-Karl-Beier, a établi que seul un petit pourcentage des inventions faisant l'objet d'un brevet était divulgué au public de manière suffisamment claire¹³.

Le rapport de l'OMPI devrait examiner ces questions.

Transfert de technologie, commercialisation et diffusion du savoir

Le troisième principe du système des brevets est examiné dans les paragraphes 41 à 46 du rapport de l'OMPI. Les paragraphes 41 à 44 ne présentent pas une analyse suffisamment critique du rôle du système des brevets dans la promotion du transfert de technologie en faveur des pays en développement. Ils dressent un tableau idyllique de la façon dont la délivrance de brevets facilite le transfert de technologie, indiquant les montants considérables générés par la concession de licences de technologie dans les pays développés. Mais cela n'est guère surprenant dans la mesure où les titulaires de brevets viennent pour la plupart de ces pays. Le rapport n'analyse pas de façon critique le transfert de technologie du point de

¹³ Richard Gerster, "Patents and Development: Lessons Learnt from the Economic History of Switzerland", Third World Network 2001.

vue des pays en développement, c'est-à-dire la question de savoir si le système des brevets favorise ou entrave l'accès aux technologies étant donné que les pays en développement sont, dans une large mesure, des importateurs de technologie.

Le paragraphe 45 du rapport présente des données empiriques sur le transfert de technologie par le commerce et cite à cet égard les études menées par Maskus et Penubarti (1997). Ces études concluent que les importations constituent une forme de transfert de technologie et que la protection par brevet dans les pays en développement favorise ces importations.

Concernant ce point et l'étude en question, le rapport de la Commission britannique des droits de propriété intellectuelle intitulé "Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement" (rapport CIPR) signalait : "Mais le renforcement des pays peut surtout entraîner une augmentation des importations d'articles de consommation de faible contenu technologique et est associé au déclin des industries locales fondées sur l'imitation, ce qui pour un pays en développement constitue bien évidemment un bienfait tout relatif. L'accès aux importations de technologie de pointe, auparavant inaccessibles par manque de protection de la propriété intellectuelle, pourrait en être facilité, mais le coût serait probablement très important, du fait des pertes enregistrées au niveau de la production et de l'emploi, ou même d'un ralentissement de la croissance. Cette question est maintenant tout à fait d'actualité dans des pays comme la Chine."¹⁴

L'observation figurant dans le rapport CIPR remet en cause l'idée générale selon laquelle les importations constituent une forme de transfert de technologie, car elles ont un effet négatif sur le développement des capacités au niveau local et la fabrication des produits au moyen de l'ingénierie inverse, qui à son tour crée de l'emploi et génère de la croissance pour le pays concerné.

Au paragraphe 46, le rapport de l'OMPI évoque une corrélation positive entre la propriété intellectuelle et les flux d'investissement étranger direct, en se fondant sur le principe que le transfert de technologie suivra l'investissement étranger direct. Le rapport cite plusieurs études à l'appui de cette analyse. Ces études mettent l'accent sur la façon dont le renforcement de la protection des droits de propriété intellectuelle dans les pays en développement favorisera l'investissement étranger direct en provenance de pays développés et encouragera le transfert de technologie des multinationales américaines vers les pays en développement. Bien entendu, elles partent du principe qu'un accroissement de l'investissement étranger direct (sous toutes ses formes) est toujours très bénéfique pour les pays en développement, mais cette hypothèse est elle-même controversée¹⁵.

Les preuves d'un rapport clair de cause à effet entre le renforcement de la protection de la propriété intellectuelle et l'investissement étranger direct ne sont pas concluantes. Selon Gerster, "l'histoire économique ne conforte pas ce point de vue" et "d'autres facteurs sont

¹⁴ CIPR, page 23.

¹⁵ Woodward, D., "Financial effects of Foreign Direct Investment in the Context of a Possible WTO Agreement on Investment" (2003), TWN Trade and Development Series #21; voir aussi "Foreign Investment and Sustainable Development: Lessons from the Americas" (2008), disponible à l'adresse http://ase.tufts.edu/gdae/WorkingGroup_FDI.htm

beaucoup plus déterminants”¹⁶. Il ajoute que “les investisseurs étrangers s’intéressent avant tout à la taille du marché – dans des pays comme l’Inde, la Chine ou le Brésil, par exemple – même lorsque les conditions ne correspondent pas aux canons de l’économie de marché. Les petits pays, en revanche, sont souvent considérés comme marginaux et dénués d’intérêt, même lorsqu’ils ont établi des conditions de marché admirables”¹⁷.

Une étude de l’Organisation des Nations Unies sur les droits de propriété intellectuelle et l’investissement étranger direct a aussi démontré l’insuffisance des preuves de lien entre les brevets et l’investissement étranger direct¹⁸. Cette étude a aussi révélé que le coût, la taille du marché, le niveau de qualification des ressources humaines et le niveau de développement des infrastructures ainsi que les conditions macroéconomiques au sens large constituaient des éléments plus importants. Par exemple, la Chine¹⁹ et l’Inde²⁰ ont bénéficié de flux très importants d’investissement étranger direct malgré un faible niveau de protection de la propriété intellectuelle. Dans les pays africains, le processus est inverse : le niveau de protection de la propriété intellectuelle est relativement élevé mais les flux d’investissement étranger direct sont faibles.

De la même façon, malgré l’absence de protection par brevet au Canada et en Italie à différentes époques, ces pays n’ont eu aucune difficulté à attirer l’investissement étranger direct, selon le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)²¹.

Une étude réalisée par des universitaires malaisiens montre que, “bien que la Malaisie se soit dotée d’une législation en matière de brevets relativement forte et répondant aux normes mondiales, l’investissement étranger dans le secteur de l’industrie pharmaceutique a été peu important”²². Même lorsque la Malaisie a renforcé la protection de la propriété intellectuelle pour se conformer aux exigences de l’OMC en 2000, le nombre d’usines créées en Malaisie par des sociétés pharmaceutiques étrangères n’a pas augmenté²³.

¹⁶ Voir, p. ex., Richard Gerster, “Patents and Development: Lessons Learnt from the Economic History of Switzerland”, Third World Network 2001. Voir aussi le rapport CIPR, qui indique à la page 23 : “En ce qui concerne les analyses de l’impact sur l’investissement étranger, nous avons des réserves du même ordre. De nombreuses études examinent les incidences d’un renforcement des droits de propriété intellectuelle sur l’investissement étranger, le comportement en matière de concession de licences et le transfert de technologie. Une grande partie de ces ouvrages ne parviennent qu’à des conclusions provisoires, en raison de la faiblesse des données ou de la méthodologie.”

¹⁷ Richard Gerster, “Patents and Development: Lessons Learnt from the Economic History of Switzerland”, Third World Network 2001.

¹⁸ “Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment”, ONU, New York, 1993.

¹⁹ Jagdish Bhagwati, témoignage devant la Commission des services financiers de la Chambre des représentants américaine, 1^{er} avril 2003, <http://www.columbia.edu/~jb38/testimony.pdf>
<http://www.oup.com/isbn/0-19-567482-0?view=in>

²⁰ Rapport mondial sur le développement humain 1999, PNUD, page 73. Voir aussi Richard Gerster, “Patents and Development: Lessons Learnt from the Economic History of Switzerland”, Third World Network 2001.

²¹ Ida Madieha Azmi et Rokiah Alvavi, “TRIPS, Patents, Technology Transfer, Foreign Direct Investment and the Pharmaceutical Industry in Malaysia”, *Journal of World Intellectual Property*, volume 4 n° 6, novembre 2001.

²² Ida Madieha Azmi et Rokiah Alvavi, “TRIPS, Patents, Technology Transfer, Foreign Direct Investment and the Pharmaceutical Industry in Malaysia”, *Journal of World Intellectual Property*, volume 4 n° 6, novembre 2001.

Dans le cadre de cette étude, il a été demandé aux entreprises multinationales pourquoi elles n'investissaient pas en Malaisie. Celles-ci ont répondu que le marché malaisien était relativement restreint et qu'il n'était donc ni rentable ni économiquement viable d'investir à grande échelle dans ce pays²⁴. En outre, selon les multinationales, il manquait d'autres mesures d'incitation fiscale²⁵.

En conclusion, l'étude indiquait que "la législation relative aux brevets joue un rôle relativement peu important dans la décision des étrangers d'investir ou non en Malaisie", que le droit des brevets "ne doit pas être considéré comme le seul moyen d'attirer l'investissement étranger direct" et que "d'autres facteurs doivent aussi être pris en considération"²⁶.

Par conséquent, le lien entre une forte protection de la propriété intellectuelle et les flux d'investissement étranger direct et, partant, le transfert de technologie, est ténu et peu concluant. En fait, un niveau élevé de protection des droits de propriété intellectuelle peut conduire les détenteurs de titres de propriété intellectuelle à préférer l'exportation du produit final à l'investissement ou au transfert de technologie dans un pays étranger²⁷. Cette situation risque à son tour d'entraver le développement industriel et le rattrapage du retard technologique.

Le rapport de l'OMPI sur les brevets a principalement pour objet de montrer comment le renforcement des régimes de propriété intellectuelle dans les pays en développement incite des entreprises installées dans des pays développés à procéder à des transferts de technologie. Cependant, l'étude du transfert de technologie en tant que justification économique de la propriété intellectuelle ne suffit pas si le rapport n'examine pas dans quelle mesure les droits de propriété intellectuelle facilitent ou entravent l'accès des pays en développement aux technologies et favorisent le rattrapage du retard technologique.

Des éléments tendent à prouver que la protection par brevet a entravé l'accès aux technologies²⁸. Par exemple, une étude menée par Watal concernant l'effet des droits de propriété intellectuelle sur le transfert de technologie en Inde dans le contexte du Protocole de Montréal²⁹ concluait que "les efforts déployés pour acquérir une technologie de remplacement n'ont pas porté leurs fruits car les technologies sont protégées par des droits de propriété intellectuelle et sont donc inaccessibles en raison du prix ou des conditions exigés par les fournisseurs de technologie. Il faudrait que des entreprises nationales abandonnent

²⁴ Ida Madieha Azmi et Rokiah Alvavi, "TRIPS, Patents, Technology Transfer, Foreign Direct Investment and the Pharmaceutical Industry in Malaysia", *Journal of World Intellectual Property*, volume 4 n° 6, novembre 2001.

²⁵ Ida Madieha Azmi et Rokiah Alvavi, "TRIPS, Patents, Technology Transfer, Foreign Direct Investment and the Pharmaceutical Industry in Malaysia", *Journal of World Intellectual Property*, volume 4 n° 6, novembre 2001.

²⁶ Ida Madieha Azmi et Rokiah Alvavi, "TRIPS, Patents, Technology Transfer, Foreign Direct Investment and the Pharmaceutical Industry in Malaysia", *Journal of World Intellectual Property*, volume 4 n° 6, novembre 2001.

²⁷ Voir le rapport CIPR, pages 24 à 26.

²⁸ Khor, M., "Intellectual Property, Competition and Development" (2005), *Intellectual Property rights series #7*.

²⁹ Le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone est un traité international conçu pour protéger la couche d'ozone en éliminant progressivement la production d'un certain nombre de substances considérées comme responsables de son appauvrissement.

leurs parts majoritaires dans le cadre de coentreprises ou acceptent des restrictions d'exportation pour pouvoir accéder à la technologie de substitution"³⁰. L'assistance financière fournie pour acquérir la technologie n'a pas non plus été fructueuse. En Inde, en Corée et en Chine, la production est dominée par des entreprises locales, pour lesquelles l'accès à des conditions raisonnables à des technologies préservant la couche d'ozone constitue une source de préoccupation majeure.

L'étude mentionne le cas de fabricants indiens qui souhaitaient produire des réfrigérateurs fonctionnant au HFC134a (en remplacement des CFC qui appauvrissent la couche d'ozone) pour le marché national et l'exportation. Cependant, leurs efforts pour accéder à cette technologie n'ont pas abouti. À une société indienne qui demandait l'accès à la technologie, une société transnationale produisant du HFC134a et détenant un brevet sur cette technologie a proposé un prix de 25 millions de dollars É.-U. Le fournisseur a aussi proposé des solutions de remplacement : les entreprises indiennes pouvaient accorder au fournisseur une participation majoritaire dans une coentreprise à créer ou accepter les restrictions à l'exportation sur le HFC134a produit en Inde. Les deux solutions étaient inacceptables pour l'entreprise indienne car le prix à payer était beaucoup trop élevé.

Il existe aussi de nombreux cas de régimes de propriété intellectuelle peu développés ayant en fait facilité l'accès aux technologies étrangères et permis, grâce à l'ingénierie inverse, le renforcement des capacités technologiques locales.

Par exemple, avant 1970 – lorsque l'Inde autorisait la protection par brevet des produits pharmaceutiques – les multinationales dominaient le marché des médicaments et les fabricants indiens ne fournissaient que 32% du marché national³¹. La loi indienne a été modifiée en 1970 et les brevets sur des produits pharmaceutiques n'ont plus été autorisés. Au fil des années, la part de ces produits provenant d'entreprises indiennes a augmenté jusqu'à atteindre 77% du marché national. L'Inde est aussi passée du statut d'importateur net de médicaments au statut d'exportateur net avec des exportations d'une valeur de 3177 millions de dollars É.-U. en 2003-2004. Elle exporte vers 65 pays, y compris des pays développés comme les États-Unis d'Amérique et les pays d'Europe, ainsi que des pays en développement. L'Inde accueille le plus grand nombre d'usines de fabrication étrangères agréées par l'Administration fédérale de contrôle des produits alimentaires et pharmaceutiques des États-Unis d'Amérique, ce qui témoigne du niveau technique et qualitatif atteint par les fabricants indiens dès lors que la protection de la propriété intellectuelle a été limitée. Il conviendrait aussi de noter que l'Inde a bénéficié d'importants flux d'investissement étranger direct³² entre 1970 et 1995.

De la même façon, dans les années 1880, deux des plus importantes industries suisses – la chimie et le textile – étaient fermement opposées à l'introduction des brevets car cela aurait limité leurs possibilités d'utiliser des procédés mis au point à l'étranger. Steiger (un fabricant de textiles) a fait observer que "le développement industriel suisse était stimulé par l'absence de protection par brevet. Si la protection par brevet avait existé, ni l'industrie textile ni l'industrie de la construction de machines n'auraient pu jeter les bases de leur

³⁰ Jayashree Watal (1998), "The issue of technology transfer in the context of the Montreal Protocol: Case Study of India".

³¹ Voir, p. ex., S. Chaudhuri (2005), *The WTO and India's pharmaceuticals industry. Patent protection, TRIPS and Developing countries*, Oxford University Press, New Delhi.

³² <http://www.oup.com/isbn/0-19-567482-0?view=in>

développement ultérieur ni connaître une croissance aussi florissante”³³. Benziger (un industriel) a fait l’observation suivante : “nos entreprises doivent leur niveau actuel de développement à ce qu’elles ont emprunté aux pays étrangers. S’il s’agit d’un vol, alors tous nos producteurs sont des voleurs”. En 1907, la Suisse a dû autoriser les brevets sur les procédés chimiques pour éviter que l’Allemagne impose des sanctions commerciales. Lors des débats, le conseiller fédéral Brenner a fait la déclaration suivante au Parlement : “dans le cadre de nos délibérations sur cette loi, nous ferions bien de garder à l’esprit qu’elle devrait être adaptée aux besoins de notre industrie et à la situation dans notre pays. Ce sont ces considérations plutôt que les demandes et les revendications de pays étrangers qui doivent nous guider dans l’élaboration de la loi”³⁴.

De la même façon, c’est parce qu’en 1869 les Pays-Bas ont aboli leur loi de 1817 sur les brevets que Philips a pu démarrer sa production d’ampoules électriques en 1891 dans ce pays sans avoir à s’inquiéter d’éventuelles atteintes aux brevets détenus par Edison³⁵.

Bien entendu, l’Accord sur les ADPIC limite aujourd’hui (dans une certaine mesure) la possibilité pour les pays en développement de suivre cette voie. Toutefois, ces exemples donnent une vision plus précise du système des brevets et de la mesure dans laquelle il favorise ou entrave le transfert de technologie, le rattrapage du retard technologique et le développement industriel. Les exemples susmentionnés montrent de façon évidente que l’absence de protection par brevet dans les pays aujourd’hui industrialisés et dans les pays en développement a joué un rôle majeur dans le renforcement des capacités locales.

Dans sa partie v) sur la “nécessité de poursuivre la recherche” (paragraphe 60 et 61), le rapport de l’OMPI indique que les études sur les principes économiques applicables au système des brevets sont dans leur majorité focalisées sur les pays développés et que 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. Toutefois, ainsi qu’il a été démontré plus haut, l’analyse du lien entre la propriété intellectuelle et le transfert de technologie dans le rapport de l’OMPI ne présente même pas d’exemples sur la façon dont les pays aujourd’hui industrialisés ont mis au point leurs industries lorsqu’ils se trouvaient au stade du développement. Ainsi qu’il a été indiqué précédemment, bon nombre de pays aujourd’hui industrialisés disposaient de régimes de protection de la propriété intellectuelle peu rigoureux (c’est-à-dire, ne prévoyant pas de protection par brevet) pour faciliter l’accès aux technologies. Ce n’est que lorsque ces pays développés ont disposé d’une industrie suffisamment évoluée et sont devenus des créateurs de technologie qu’ils ont tiré parti du système de brevets.

S’il est possible que d’autres recherches soient nécessaires (ainsi qu’il ressort du paragraphe 61), le chapitre II du rapport de l’OMPI ne prend pas en considération les données et les études déjà disponibles concernant l’impact positif ou négatif du système des brevets sur le processus de développement des pays en développement. De plus, pour illustrer concrètement le lien entre la propriété intellectuelle, d’une part, et l’innovation et le transfert

³³ Gerster Richard, “Patents and Development: Lessons Learnt from the Economic History of Switzerland”, Intellectual Property Rights Series #4, Third World Network, 2001.

³⁴ Gerster Richard, “Patents and Development: Lessons Learnt from the Economic History of Switzerland”, Intellectual Property Rights Series #4, Third World Network, 2001.

³⁵ “Bad Samaritans: Rich Nations, Poor Policies and the Threat to the Developing World”, Ha-Joon Chang, Random House Business Books, 2007, p. 132.

de technologie, d'autre part, le rapport de l'OMPI doit présenter les politiques en matière de brevets qu'ont menées des pays aujourd'hui industrialisés lorsqu'ils étaient en phase de développement et qui ont permis la réalisation de grands progrès technologiques. Le rapport devrait aussi présenter les solutions adoptées (dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle) par certains pays en développement tels que l'Inde (pour l'industrie pharmaceutique) ou, en Asie de l'Est, le Japon, la Corée et Taiwan³⁶, qui ont permis le développement d'une base technologique suffisamment évoluée. Tous ces cas sont pertinents et dûment recensés. Ce n'est que lorsque de telles preuves empiriques seront présentées de manière factuelle qu'il sera possible de mieux appréhender le lien existant entre la propriété intellectuelle et l'innovation et entre la propriété intellectuelle et le transfert de technologie.

CHAPITRE III. LA DIVULGATION DES TECHNIQUES PAR L'INTERMEDIAIRE DU SYSTEME DES BREVETS

5. Knowledge Ecology International (KEI)

La troisième partie du rapport de l'OMPI sur le système international des brevets traite de la "divulgence des techniques par l'intermédiaire du système des brevets", s'agissant en particulier des "données relatives aux brevets" et du "statut juridique de ces derniers".

Le rapport relève la pénurie de données disponibles dans les 184 États membres de l'OMPI, indiquant que les "données relatives aux brevets ne sont disponibles sous forme électronique que dans le cas d'environ 80 administrations des brevets" et soulignant combien il est 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". La question de la qualité des brevets constitue un autre point à examiner.

En cas de délivrance de brevets de piètre qualité (ne satisfaisant pas à des critères suffisants en matière de nouveauté ou d'utilité), des monopoles étatiques sont créés par erreur, l'insécurité commerciale s'accroît et les consommateurs et le public en font les frais. Le nombre de dépôts de demandes de brevet a considérablement augmenté au fil des années, accroissant fortement le coût et la complexité de l'examen de ces demandes. L'activité de brevet s'est élargie à certains domaines où l'examen peut être particulièrement problématique. Pour ces raisons et d'autres, un très grand nombre de brevets de mauvaise qualité sont délivrés.

Dans une série d'accords commerciaux bilatéraux, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique cherche à établir un lien entre l'enregistrement des médicaments et les brevets. Cela signifie que l'organisme de réglementation bloque systématiquement les enregistrements de médicaments nouveaux et que les fabricants de génériques doivent tenter des procédures judiciaires pour démontrer que leurs médicaments ne portent pas atteinte à un brevet en vigueur. En pratique, cela a pour effet de diminuer le coût d'application des brevets de piètre qualité et de créer des incitations supplémentaires qui encouragent les entreprises à solliciter des brevets de mauvaise qualité, voire frauduleux.

³⁶ Voir, p. ex., Nagesh Kumar, "Intellectual Property Rights, Technology and Economic Development : Experiences of Asian Countries", étude établie pour la Commission britannique des droits de propriété intellectuelle, disponible à l'adresse http://www.iprcommission.org/graphic/documents/study_papers.htm

Ainsi qu'il ressort de la septième partie du rapport, il est coûteux de contester la qualité des brevets. Dans les pays qui disposent de marchés importants, comme les États-Unis d'Amérique, les incitations économiques peuvent être suffisantes pour compenser les dépenses à consentir pour avoir raison de certains brevets de mauvaise qualité. Mais dans les économies aux marchés plus limités, comme de nombreux pays en développement, le coût d'une procédure judiciaire est souvent plus élevé que les bénéfices de l'accès au marché et des brevets qui n'auraient jamais dû être délivrés conféreront une position de monopole.

Recommandations et propositions

- Le SCP pourrait envisager la création d'un mécanisme multilatéral administré par l'OMPI, destiné au partage d'informations sur les litiges relatifs à la qualité des brevets. Ce processus pourrait inclure la création d'une base de données, éventuellement adossée au Traité de coopération en matière de brevets ou faisant l'objet d'un instrument distinct. Cette base de données pourrait contenir des informations sur les mesures administratives, telles que le réexamen des brevets, ainsi que sur les contentieux privés entre des parties, y compris les affaires jugées par les tribunaux et les litiges réglés dans le cadre privé.
- Le SCP pourrait envisager des normes minimales concernant la transparence de ces litiges.
- La charge de la divulgation des informations relatives aux contestations de brevets pourrait peser sur les titulaires de brevets. La non-divulgation pourrait être sanctionnée par la non-application des droits de brevet – c'est la solution adoptée aux États-Unis d'Amérique lorsque les titulaires de brevets ne divulguent pas des droits du gouvernement sur des brevets issus de recherches financées par les pouvoirs publics.

Document d'information

James Love, "Measures to Enhance Access to Medical Technologies, and New Methods of Stimulating Medical R & D, *UC Davis Law Review*, volume 40, n° 3 Symposium: Intellectual Property and Social Justice, 679". Une version antérieure de ce document figure dans James Love, "Four Practical Measures to Enhance Access to Medical Technologies", in *Negotiating Health* (Pedro Roffe et coll., éditeurs, 2006).

6. Third World Network (TWN)

Le chapitre III porte sur l'importance de l'information technique figurant dans les demandes de brevet pour le monde des affaires, ainsi que sur les difficultés d'accès à l'information, s'agissant en particulier du texte intégral des documents de brevet (qui n'est rendu disponible que par un petit nombre d'administrations des brevets) et du statut juridique des brevets, et les difficultés rencontrées par les offices pour mener des recherches sur l'état de la technique et par les utilisateurs pour accéder à l'information en raison de la diversité linguistique de l'état de la technique.

Le chapitre III se fonde aussi sur l'hypothèse que l'utilisation efficace de l'information en matière de brevets dans les pays en développement libérera leur capacité innovante.

Alors que le rapport développe l'importance de l'information technique, il devient évident qu'un pays doit disposer d'une base technologique suffisamment élaborée afin que, une fois connue, cette "information stimule l'innovation en contribuant à la mise au point d'une technologie qui surpasse la technologie connue; [...] encourage la recherche de solutions de remplacement pour le même problème, ou [...] peut indiquer comment résoudre des problèmes comparables qui se posent dans d'autres domaines techniques" (paragraphe 71).

Pour la plupart des pays en développement, la réalité – que le rapport n'évoque pas – est qu'ils ne disposent pas nécessairement d'une base technologique suffisamment évoluée et de capacités de recherche-développement leur permettant de tirer parti de cette information. La plupart des pays en développement en sont au stade du "lancement" et de "l'internalisation" de la technologie, phase pendant laquelle ils doivent innover sur la base des inventions existantes grâce à l'ingénierie inverse, tout en apportant des adaptations mineures, plutôt qu'en "progressant par dépassement" à partir de la technologie connue comme le mentionne le rapport (paragraphe 71).

En outre, ce dont la plupart des pays en développement ont besoin pour pouvoir exploiter l'information en matière de brevets, c'est d'un renforcement de leurs capacités, c'est-à-dire d'un transfert de compétences et d'un partage du savoir-faire, ce que ne permet pas la divulgation dans le système de brevets.

Il apparaît que l'analyse figurant dans le chapitre III surestime les avantages de l'information en matière de brevets pour les pays en développement. Elle ne fait pas suffisamment la distinction entre la façon dont l'information en matière de brevets peut agir pour les pays développés et peut-être certains pays en développement (dans des secteurs spécifiques) dotés d'une base technologique suffisamment sophistiquée et d'une capacité à "progresser par bonds", d'une part, et pour d'autres pays en développement dont la capacité innovante est naissante, inadaptée ou inexistante, d'autre part.

CHAPITRE IV. DIFFUSION DES TECHNIQUES ET SYSTEME DES BREVETS

7. Institute for Trade, Standards and Sustainable Development (ITSSD)

Paragraphe 99. L'ITSSD souhaite faire connaître au SCP ses travaux à ce sujet, publiés après examen collégial, qui font apparaître un lien plus important que ce qui a été indiqué³⁷. Il ressort aussi des recherches de l'ITSSD que, aux États-Unis d'Amérique, la création d'un environnement favorable fondé sur la primauté du droit, où l'accent est mis sur

³⁷ Voir Lawrence A. Kogan, *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights: How Brazil's Recognition and Protection of Foreign IPRs Will Stimulate Domestic Innovation and Generate Economic Growth*, International Journal of Economic Development (IJED) Vol. 8, Nos. 1-2 (2006), en particulier la section III - The Tools of Innovation, A. Patent-Based Intellectual Property is Valuable: Intellectual Property is the Key to Innovation, pp. 137-144 et les notes correspondantes placées en fin de texte, la section IV - Acquiring the Tools of Innovation, A. Brazil Should Adopt IPR Protections to Attract Foreign Direct Investment: IPR Protections are Important to Foreign Investors, pp. 157-174 et les notes en fin de texte et la section V - Benefiting From Foreign Direct Investment and IPR, pp. 224-248 et les notes en fin de texte, à l'adresse : <http://www.itssd.org/White%20Papers/ijed-8-1-2-kogan.pdf>.

une reconnaissance et une protection fortes des droits de propriété privée, y compris des droits de propriété intellectuelle, l'importance du transfert de technologie des acteurs publics vers les acteurs privés les mieux à même de diffuser le savoir-faire dans la société, la nécessité pour y parvenir de commercialiser la recherche-développement fondamentale et la nécessité de promulguer des lois qui encouragent et récompensent la création des entreprises prenant des risques ont fait des États-Unis le leader mondial en matière d'innovation et de technologie. L'ITSSD conclut par conséquent que les gouvernements des pays émergents et des pays en développement devraient étudier et évaluer soigneusement le système américain pour voir lesquels de ces éléments, individuellement ou collectivement, peuvent fonctionner au mieux pour leur société³⁸.

Paragraphe 101. L'ITSSD souhaite communiquer au SCP ce qui ressort de ses travaux à ce sujet, publiés après examen collégial. D'après ses recherches, la défiance et les critiques de certains à l'égard de l'instauration d'une plate-forme législative ou réglementaire nationale pour faciliter le transfert de techniques brevetées issues des recherches entre établissements de recherche à financement public et entités privées sont pour une large part idéologiques et sans fondement empirique. C'est pourquoi des organismes d'État et des responsables au sein d'universités nationales mettent volontiers en avant les inconvénients que présentent de tels dispositifs pour justifier leur réticence à les encourager³⁹.

Paragraphes 102 et 103. L'ITSSD souhaite faire connaître au SCP ses travaux, publiés après examen collégial, sur les cadres nationaux de transfert de techniques qui favorisent l'instauration de programmes de concession de licence par les universités, évoqués aux paragraphes 102 et 103. Les recherches ont porté sur les systèmes nationaux que différents gouvernements de pays développés et de pays en développement ont établis pour favoriser l'innovation et le transfert de techniques et la conclusion est que les plus grandes réussites sur ces deux plans sont enregistrées par les pays qui prévoient (*dans leur législation*) et appliquent (*en pratique*) une protection forte des droits de propriété privée exclusifs, y compris des brevets et des contrats de licence. Les dispositions de la loi Bayh-Dole et l'impact très largement positif qu'elle a eu sur le marché de l'innovation sont étudiés en détail. L'étude fait également le parallèle et la comparaison avec des mécanismes mis en place dans d'autres pays⁴⁰. Dans au moins deux pays à l'économie émergente ou en développement, des entreprises acquièrent peu à peu l'expérience de la concession transfrontière de licences de technologie⁴¹.

³⁸ Voir Lawrence A. Kogan and Yelena Bakulina, *How Market-Based Policies Could Spur Biotechnology Growth in Russia*, Washington Legal Foundation Backgrounder (vol. 23 n° 14, 21 mars 2008) à l'adresse : <http://www.itssd.org/Publications/03-21-08balukina.pdf>.

³⁹ Voir, par exemple : *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights*, supra, section IV - Acquiring the Tools of Innovation, B. Brazil Should Develop and Efficient National Innovation System, pp. 174-187 et notes en fin de texte.

⁴⁰ Voir par exemple : *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights*, supra, Section IV – Acquiring the Tools of Innovation, B. Brazil Should Develop and Efficient National Innovation System, pp. 187-224 et notes en fin de texte. Voir également O. Lee Reed, *Exclusive Private Property is Indispensable à Brazil's Economic Development*, Introduction à *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights* supra, pp. 5-10, à l'adresse : <http://www.itssd.org/White%20Papers/ijed-8-1-2-reed.pdf>.

⁴¹ Voir Lawrence A. Kogan, *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights/IP in the 21st Century*, exposé présenté au XX^e forum annuel da Liberdade, organisé par l'Instituto de Estudos Empresariais (IEE) à Porto Alegre (Brésil) (17 avril 2007), à l'adresse : <http://www.itssd.org/ppt/IPinthe21stCentury.ppt> ; Lawrence A. Kogan, *Harnessing Korea*

L'ITSSD souhaite partager avec le SCP le fruit de ses recherches, publiées après examen collégial, sur les efforts des pays en développement en matière de recherche-développement et de transfert de technologie dont il est question aux paragraphes 102 et 103. Selon ces recherches, un certain nombre de gouvernements de pays en développement, malgré des dissensions politiques et internes dans les organismes publics sur les principes d'action, travaillent dans l'ensemble à renforcer leur système national de brevets pour attirer des investissements étrangers directs allant plutôt à l'innovation qu'à l'adaptation, pour assurer au pays les retombées bénéfiques qui accompagnent une augmentation de l'investissement étranger direct consacré à l'innovation, et pour montrer comme ils s'attachent à respecter leurs obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC. On constate en outre que, là où des pays à l'économie émergente ou en développement vont à contre-courant de la conformité à l'Accord sur les ADPIC et s'efforcent de lui substituer un nouveau paradigme, celui de "l'accès universel aux connaissances" (en anglais A2K), ils courent le risque de compromettre leur avenir en ne créant pas les conditions juridiques, politiques et de développement nécessaires pour inciter leurs citoyens et les étrangers à innover et pour les récompenser de leur innovation⁴².

En outre, il ressort des recherches de l'ITSSD qu'un système national d'encouragement à l'innovation sans incitations marchandes adéquates, en particulier sans reconnaissance forte et défense énergique des droits de propriété privée, ne donnera probablement pas les meilleurs résultats pour les pays les moins avancés⁴³. Récemment, les recherches de l'ITSSD ont reçu toute l'attention de la communauté des juristes, des entreprises et des intellectuels en Inde⁴⁴.

Paragraphe 104. L'ITSSD souhaite partager avec le SCP ses recherches, publiées après examen collégial, et des éléments d'exposés sur cette question. Il ressort des recherches de l'ITSSD que la façon dont la constitution d'un pays définit le rôle du gouvernement vis-à-vis des individus et de la société dans son ensemble, ainsi que la nature (négative ou positive) et la portée (exclusive ou non exclusive) des droits de propriété privée va déterminer

[Suite de la note de la page précédente]

Biotech For the Markets : The Importance of IP Protection and Technology Transfer, exposé présenté à la conférence et exposition BIO Korea 2008 d'Osong, Osong-Bio Technopolis, Chungbuk (Corée du Sud) (9 octobre 2008) à l'adresse :

<http://www.itssd.org/Harnessing%20Korean%20Biotech%20for%20the%20Markets%20-%20LKogan%20presentation%20-%20Track%208%20-%20Oct%209,%202008.ppt> .

⁴² Voir par exemple : *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights*, supra, Section VI. Conclusion - Brazil's Conduct Compromises its Ability to Acquire the Tools of Innovation, A. What Other Countries Are Doing to Strengthen IPRs and Their Ability to Innovate, pp. 283-298 et notes en fin de texte. Voir également Pat Choate, *Brazil's 'Open and Universal Access' Agenda Undermines its Own Technological Future*, avant-propos de l'étude *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights*, supra, pp. 1-4, à l'adresse

<http://www.itssd.org/White%20Papers/ijed-8-1-2-choate.pdf>.

⁴³ Voir J. Kilama, *Incentive-less Innovation is Not a Viable Economic Development Model for LDCs*, préface de l'étude *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights*, supra, pp. 11-14, à l'adresse <http://www.itssd.org/White%20Papers/ijed-8-1-2-kilama.pdf> .

⁴⁴ Voir Lawrence A. Kogan, *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights: How Brazil's Recognition and Protection of Foreign IPRs Will Stimulate Domestic Innovation and Generate Economic Growth*, résumé (<http://www.itssd.org/pdf/ITSSD-BrazilPaper-ExecSummaryI.pdf>), publié dans **Ideas, Innovation and Patents** ICFAI Law Books Division, ICFAI University Press, Andhra Pradesh (Inde) (C. Sri Krishna, dir. publ. 2008), pp. 103-133, consultable à l'adresse <http://www.itssd.org/Ideas,%20Innovations%20and%20Patents%20-%20ICFAI%20Law%20Books%20India%20-%20Red.pdf> .

le degré de reconnaissance et de protection juridiques accordé aux droits sur des biens privés, matériels et immatériels (propriété intellectuelle). L'ITSSD a en partie axé ses recherches sur les constitutions des États-Unis d'Amérique⁴⁵, du Brésil⁴⁶, de la Russie⁴⁷ et de la Corée du Sud⁴⁸.

L'ITSSD souhaite développer ce qui est brièvement abordé au paragraphe 104 du rapport sur le système international des brevets (document SCP/12/3 de l'OMPI) ("le rapport de l'OMPI"), en particulier concernant le rôle important que les constitutions nationales jouent pour définir la nature, la portée et le traitement de la propriété privée – brevets et autres formes de propriété intellectuelle compris –, par rapport aux intérêts de la société. Des spécialistes du droit international ont constaté que la reconnaissance et la protection des droits de propriété privée, y compris de la propriété intellectuelle, dépendaient pour une large part du système juridique du pays (common law ou droit romain) et aussi de la forme de capitalisme (continental ou anglo-américain) que le pays avait adopté pour système économique national.

Les analyses exposées ci-après peuvent aider à comprendre pourquoi les titulaires de brevets US, en particulier, continuent de voir dans la Constitution des États-Unis d'Amérique et la Déclaration des droits qui l'accompagne le rempart juridique qui impose aux dirigeants politiques américains de faire le nécessaire pour empêcher la "prise", matérielle ou implicite, de brevets US ou autres droits de propriété intellectuelle par des gouvernements étrangers pour des motifs d'intérêt public sans indemnisation intégrale, adéquate et "juste". Elles permettent aussi de mieux voir pourquoi tous les droits de brevet nationaux *ne sont pas* créés égaux.

En fait, il y a dans le monde relativement peu de pays ou régions de common law qui aient adopté la forme anglo-américaine du capitalisme. Il est vrai aussi qu'un nombre croissant de leaders politiques étrangers, de gouvernements nationaux, d'entreprises concurrentes et d'organisations non gouvernementales implantées ou opérant dans des pays de droit romain ont adopté, soutiennent ou préconisent la forme continentale du capitalisme, voire le socialisme, et cherchent à établir un nouveau paradigme international, celui de l'accès universel aux connaissances (A2K). Ce paradigme proposé appelle une interprétation plus libérale d'arrangements internationaux dont la finalité première est de faciliter la

⁴⁵ Voir Lawrence A. Kogan, *Brazil's IP Opportunism Threatens US Private Property Rights*, Section III, C. Brazil Aims to 'Take' U.S. Private Property for Brazilian 'Public Use' Without 'Just Compensation', pp. 102-118 (en particulier pp. 114-118) et notes en bas de page, à l'adresse : [http://www.itssd.org/Publications/IAL105-II\(frompublisher\)\[2\].pdf](http://www.itssd.org/Publications/IAL105-II(frompublisher)[2].pdf).

⁴⁶ Voir Lawrence A. Kogan, *Forced Licensing of Drug Patents Reflects 'IP Counterfeiting Efforts On World Stage*, Washington Legal Foundation Legal Backgrounder (Vol. 22 n° 22, 27 juin 2007) à l'adresse : <http://www.itssd.org/Publications/ForcedLicensingofDrugPatentsReflectsIPCounterfeitingEffortsonWorldStage-WLF06-22-07kogan.pdf>.

⁴⁷ Voir Lawrence A. Kogan, *Taking Advantage of IP Protection to Advance Russian Biotech*, exposé de la Société russe de biotechnologie Yu. A. Ovchinnikov présenté au premier Congrès international EurasiaBIO de biotechnologie (25 avril 2008) à l'adresse : <http://www.itssd.org/Programs/KoganPresentationEurasiaBIOMoscowConferenceApril2008.ppt>

⁴⁸ Voir Lawrence A. Kogan, *Harnessing Korea Biotech For the Market : The Importance of IP Protection and Technology Transfer*, Exposé présenté à la conférence et exposition BIO Korea 2008 d'Osong, Osong-Bio Technopolis, Chungbuk (Corée du Sud), *supra*.

reconnaissance, la protection et l'application de droits de propriété intellectuelle privée (par exemple l'Accord sur les ADPIC de l'OMC et les conventions administrées par l'OMPI). Pour l'ITSSD, ce paradigme menace d'affaiblir sérieusement des droits de propriété privée durement gagnés sur les inventions et les innovations et, partant, la possibilité de progrès économique et technologique dans de nombreux pays.

L'ITSSD souhaite communiquer au SCP les résultats de recherches assemblés ci-dessous. L'ITSSD en est fermement convaincu, l'actualisation du système international des brevets passe impérativement par la connaissance et le respect des différences institutionnelles qui existent entre les nations. Il faudrait aussi répertorier les formes d'incitation économique les plus efficaces, compatibles avec une protection forte des droits de propriété privés exclusifs, et capables d'engendrer les plus grandes possibilités de progrès économique, social et technologique. L'ITSSD demande que ces travaux soient sérieusement pris en considération par le SCP et incorporés dans le rapport de l'OMPI.

Le rôle important joué par les constitutions nationales dans la configuration des systèmes nationaux d'organisation sociale qui déterminent la nature, la portée et le traitement des droits de propriété privée, droits de propriété intellectuelle compris, ne doit pas être sous-estimé. Citons à cet égard un spécialiste du droit international :

“Dans un pays fondé sur la primauté du droit, la constitution sert trois grands objectifs qui, tous, ont des conséquences économiques spécifiques et prévisibles. La constitution est la référence obligée pour l'ensemble des lois et règlements; en d'autres termes, les lois et autres règles ordinaires doivent être compatibles avec les principes constitutionnels fondamentaux. La constitution doit protéger les droits de l'individu de la domination par la majorité. Enfin, la constitution doit sinon éliminer, du moins juguler l'usage discrétionnaire du pouvoir par les législateurs, les bureaucrates et autres décideurs publics. Pour atteindre ces objectifs, la constitution doit être à la fois crédible et stable.

“Si la notion de primauté du droit est assez fermement enracinée dans l'histoire de la civilisation occidentale, des systèmes juridiques différents ainsi que les différences culturelles entre pays occidentaux ont produit des constitutions différentes. Et des constitutions différentes ont créé des incitations comportementales différentes, des coûts de transaction différents et, partant, des degrés variables de réalisation des trois grands objectifs visés. Ed Meese (2005, pp. 2 - 3), ancien procureur général des États-Unis d'Amérique, explique en ces termes une dissemblance majeure entre les traditions juridiques anglo-américaine et continentale : “le consentement des gouvernés se distingue de la volonté de la majorité, notion plus courante dans les démocraties européennes. Le consentement des gouvernés correspond à une situation où les gens s'autogouvernent dans leur communauté, leur religion et leurs institutions sociales, et où le gouvernement ne peut s'immiscer qu'avec leur consentement... Ainsi, le gouvernement limité est le point d'ancrage fondamental de la communauté américaine” (les italiques sont de l'ITSSD)”⁴⁹.

⁴⁹ Voir Svetozar Pejovich et Enrico Colombatto, *The Rule of Law and the Economic Functions of the Constitution*, Chap. 6, p. 100, in *Law, Informal Rules and Economic Performance: The Case for Common Law*, Edward Elgar Pub (30 août 2008) (citation autorisée), avis sur le site Web de Amazon.com website, à l'adresse : http://www.amazon.com/Law-Informal-Rules-Economic-Performance/dp/1845428730/ref=sr_1_1?ie=UTF8&s=books&qid=1226081580&sr=1-1.

En outre, ce même expert examine comment ces différentes conceptions de la primauté du droit se sont manifestées dans les institutions politiques officielles de différents pays de tradition civiliste et de common law de façon générale, et dans le traitement des droits de propriété privée en particulier.

“En common law, les juges font les règles. Parfois il s’agit d’ajuster les règles du jeu quand la donne a changé : on a là des règles spontanées, dont l’intégration dans le système entraîne des coûts de transaction faibles. Les juges de common law ont aussi le pouvoir de contribuer à créer des précédents. Il se peut alors que la règle soit en conflit avec les institutions informelles qui prévalent; en d’autres termes, la règle de droit peut s’en trouver affaiblie. Toutefois, des garde-fous crédibles, un marché concurrentiel pour le règlement des litiges et l’indépendance des juges à l’égard des autres pouvoirs poussent les juges de common law à s’abstenir de faire des règles qui ne concorderaient pas avec les précédents ou les institutions informelles qui font autorité. Ainsi le pouvoir des juges de common law de faire la loi à leur guise est sinon éliminé, du moins contenu. Cela donne à la common law un caractère de prévisibilité appréciable.

“Pour les lois qui émanent du parlement dans les pays de droit romain (et ceux de common law), les contraintes poussant à l’efficacité sont moins nombreuses. L’électeur moyen est un frein important qui, souvent, incite le législateur à édicter des règles inefficaces. De surcroît, les préférences de l’électeur moyen se traduisent par une domination de la majorité qui donne plus de pouvoir au parti en place pour imposer sa conception de la justice sociale à l’ensemble de la société. Et ces pouvoirs discrétionnaires ont des conséquences.

*“Alors que la common law met l’accent sur l’individualisme et les droits de propriété privée, ce qui aboutit à privilégier l’égalité des chances, le droit romain insiste sur la justice sociale et l’intérêt public et met en avant les résultats recherchés. Ainsi, l’avantage de la common law par rapport au droit civil tient à la prévisibilité (autrement dit la cohérence) qui découle du lien avec les enseignements du passé. Et cette prévisibilité devrait se traduire par de meilleurs résultats économiques. Intéressons-nous à quelques témoignages empiriques (les italiques figurent dans l’original).”*⁵⁰

Ainsi à ce qu’il semble, en Europe, les droits de propriété privée sont pour une large part considérés comme concordant avec les intérêts de la société aux niveaux national et régional. Ils seraient donc plutôt sujets à dérogation de la part de parlements nationaux et régionaux soucieux de l’intérêt de la société et à réinterprétation de la part de tribunaux progressistes nationaux et européens dont les magistrats se feraient législateurs.

Et l’histoire économique occidentale semble, elle aussi, le confirmer. De fait, on a pu lier les distinctions dans le traitement national des droits de propriété privée à des différences entre les deux formes de libéralisme classique qui se sont développées en Europe dans les pays de tradition civiliste et les pays de common law pendant et après l’ère des lumières.

“Le libéralisme classique en Angleterre et le libéralisme classique en Europe occidentale ont donné naissance à deux systèmes juridiques différents, l’un de common law et l’autre issu du droit romain. Et l’on est fondé à imputer aux effets

⁵⁰ Pejovich, *On Liberalism, Capitalism, The Rule of Law, and the Rule of Men*, supra, p. 17.

d'incitation de ces deux systèmes le fait que l'institutionnalisation du libéralisme classique en capitalisme a emprunté des voies différentes en Angleterre et en Europe continentale... Le capitalisme anglo-américain est la version institutionnalisée du libéralisme classique de l'Angleterre.

“...Le libéralisme classique en Angleterre nourrit une forte dose de scepticisme quand à la clairvoyance et à la bonne volonté des dirigeants. Il considère que la fonction première des lois et règlements est d'appuyer les objectifs des individus dans leurs interactions plutôt que de rechercher des résultats particuliers.

“Le libéralisme en Europe occidentale repose sur deux présupposés : 1) il existe une société juste et 2) la raison humaine est capable de trouver les règles formelles voulues pour faire émerger une telle société. Ces deux présupposés de la tradition continentale ont fourni à la fois la motivation philosophique à la communauté universitaire pour soutenir l'ingénierie sociale et la justification politique au gouvernement pour pratiquer celle-ci. Contrairement à ce qui s'est passé en Angleterre et en Amérique, le rôle d'un État puissant n'a jamais été sérieusement remis en cause sur le continent européen. La révolution française a été menée au nom d'un nouveau concept, celui d'un centralisme légitime appliqué par une élite dirigeante 'éclairée'. Même deux libéraux classiques des plus éminents en Europe ont accepté que l'État soit le chien de garde de toutes les actions individuelles, y compris dans le domaine économique : 'on ne saurait laisser le système économique s'organiser de lui-même' (Eucken 1951, p. 93), car 'le capitalisme non tempéré est intolérable' (Roepke 1958, p. 119).”⁵¹

En d'autres termes, le différentiel “négatif” – “positif” du droit de propriété privée peut s'exprimer en termes de *visions concurrentes* du capitalisme : le capitalisme continental et le capitalisme anglo-américain.

“L'élite politico-scientifique en Occident accepte le capitalisme, mais pas le capitalisme classique. Elle soutient qu'une société juste pourrait exister dans laquelle les gens vivraient en paix et en harmonie, et que la raison humaine est capable de trouver les institutions et les politiques voulues pour faire éclore une telle société. Le contraste entre sa version du capitalisme (que l'on appellera ci-après capitalisme continental) et le capitalisme anglo-américain est frappant. Le capitalisme classique, sceptique quant à la clairvoyance et à la bonne volonté des dirigeants, considère que tout résultat est équitable et juste du moment qu'il découle d'interactions volontaires régies par des droits négatifs. Le capitalisme continental, lui, croit à la clairvoyance et à la bonne volonté des dirigeants. Cela signifie que le capitalisme continental ne voit pas le gouvernement comme un prédateur à dompter au moyen de la loi. Au contraire, il veut que le gouvernement soit acteur dans la gestion de l'économie.

“Le capitalisme continental s'intéresse donc plus au résultat escompté des activités économiques qu'au jeu d'interactions volontaires pouvant aboutir à des

⁵¹ Voir Svetozar (Steve) Pejovich, *On Liberalism, Capitalism, The Rule of Law, and the Rule of Men*, document établi pour la conférence CRCE sur la primauté du droit dans l'économie de marché, Sloveie (2-4 octobre 2008), pp. 2-4; Svetozar (Steve) Pejovich, *Capitalism and the Rule of Law: The Case for Common Law 5* (2007) <http://economics.gmu.edu/pboettke/Boettke/workshop/fall07/Pejovich.pdf> (citation autorisée).

résultats non anticipés. On y invoque avec emphase l'intérêt public, la justice sociale et d'autres belles idées pour justifier l'aboutissement escompté d'activités économiques. Quel que soit le terme employé pour expliciter le résultat souhaité, c'est une façade qui cache les préférences subjectives de l'élite politico-scientifique. Par exemple, la loi allemande protège les droits de propriété seulement dans la mesure où ils servent "la dignité humaine" (comme si le libre marché ne faisait pas précisément cela) et l'État providence allemand. Le droit de propriété est aussi atténué en Italie : la constitution italienne prévoit la protection de la propriété privée pour autant qu'elle assure une fonction sociale. On peut donc dire que les droits de propriété en Allemagne et en Italie ne protègent pas les préférences subjectives de leurs titulaires et n'empêchent pas non plus les mesures législatives ou réglementaires de redistribution.

"L'atténuation des droits de propriété privée est un mécanisme qui permet au gouvernement de s'immiscer dans le droit qui appartient à chacun de rechercher le meilleur usage pour les biens qu'il possède. Et l'ingérence du gouvernement dans la liberté de choix sur des marchés concurrentiels crée (ou recrée) des différences entre coûts privés et coûts sociaux. À l'évidence, la poursuite des préférences subjectives de l'élite politico-scientifique a un coût. Et l'élite politico-scientifique le sait. Cependant elle considère que la poursuite de "sa conception" de la justice sociale vaut le prix à payer"⁵².

Un expert au moins montre comment ces différences historiques et philosophiques se traduisent dans la législation. Il constate que les droits constitutionnels du citoyen allemand à la propriété privée sont, pour des raisons historiques et politiques, des "droits positifs" conférés par l'État, plutôt que des "droits négatifs" inhérents à la personne humaine, reconnus et protégés par l'État.

"Un bref examen de l'histoire juridique et politique allemande est très instructif. Selon Dieter Grimm, professeur de droit à l'Université Humboldt, les constitutions et déclarations des droits que les monarques allemands successifs promulguaient précédemment avaient pour but de préserver la légitimité et la survie de leur dynastie, et guère plus. De ce fait, elles ont créé des droits "positifs" plutôt que des droits "négatifs", qui par la suite n'ont pas résisté aux caprices des parlements nationaux ni été entérinés par des monarques et des bureaucrates non élus uniquement préoccupés du court terme"⁵³.

⁵² Svetozar (Steve) Pejovich, *Private Property—A Prerequisite for Classical Capitalism* 12 (2005), <http://www.easibulgaria.org/docs/Pejovic.doc> (les italiques sont de l'ITSSD).

⁵³ Voir Lawrence A. Kogan, ITSSD, *Europe's Warnings on Climate Change Belie More Nuanced Concerns* (2007), à l'adresse : http://www.itssd.org/White%20Papers/Europe_sWarningsonClimateChangeBelieMoreNuancedConcerns.pdf, cité dans Lawrence A. Kogan, *The Extra-WTO Precautionary Principle: One European 'Fashion' Export the United States Can Do Without*, 17 *Temple Political & Civil Rights Law Review* 2, 491, 598-604 (Printemps 2008), à l'adresse : <http://www.itssd.org/Kogan%2017%5B1%5D.2.pdf> (où l'auteur examine comment des conceptions différentes, aux niveaux national et régional, de la propriété privée et de la puissance publique peuvent mener à des promulgations extraterritoriales qui mettent à rude épreuve les relations juridiques, économiques et politiques transnationales).

L'on peut comparer l'expérience juridique et politique de l'Allemagne en ce qui concerne les droits de propriété privée avec celle de l'Amérique.

“...Un objectif de la révolution américaine était de renforcer et de protéger les droits fondamentaux des gens. En conséquence, les droits fondamentaux “ont pu d'emblée être des droits négatifs” servant avant tout à protéger l'individu des pouvoirs publics.... *En revanche, ...on peut imputer l'inclusion de droits positifs dans la législation allemande au fait que les constitutions européennes, à la différence de la Constitution des États-Unis d'Amérique, n'établissaient pas une entité politique entièrement nouvelle puisque l'État-nation leur préexistait. Il s'ensuit “qu'elles n'ont jamais modifié la tradition de l'État”, or une partie de cette tradition préservée, en particulier en Allemagne, voulait que “l'État reste toujours le représentant des aspirations nobles de la société* (les italiques sont de l'ITSSD)”⁵⁴.

Les différentes constitutions de l'Italie traduisent aussi une préférence similaire pour traiter les droits de propriété privée comme des droits “positifs” conditionnels, auxquels l'État peut déroger.

“Jusqu'à 1947, la loi fondamentale italienne était le Statuto... En théorie, le Statuto visait à transférer le pouvoir législatif du monarque au Parlement (et à sauvegarder les intérêts de la bourgeoisie). Pour compenser la dynamique tendant à contenir l'action discrétionnaire du roi, *il était reconnu que le trône combinerait les pouvoirs exécutif et judiciaire, et jouerait le rôle de garant à la fois de l'ordre public et des libertés individuelles.*

“... *Rendre des comptes au peuple ne faisait pas partie du jeu.* De même, le Statuto ne visait pas à unir le pays, mais plutôt à définir un nouveau rôle pour la monarchie, et à instaurer un *cadre institutionnel attrayant pour séduire les élites* des nouvelles régions que le roi de Sardaigne était impatient d'annexer (les italiques sont de l'ITSSD)⁵⁵.

“... Déjà en octobre 1943, les leaders de la plupart des partis antifascistes déclaraient officiellement qu'une nouvelle constitution était nécessaire... [L]a Constitution républicaine a été conçue comme un instrument grâce auquel une élite dirigeante partiellement nouvelle allait pouvoir obtenir, détenir et se partager le pouvoir..... Malgré de vives tensions entre les différentes factions, les élites de ces partis politiques – y compris les communistes – ont été d'accord pour déposer le roi et pour se partager le pouvoir *en suivant plus ou moins des règles démocratiques...*

“... *Certes, ces nouvelles règles n'allaient pas être soumises au peuple pour approbation,* “peut-être pour épargner à l'assemblée l'embarras, le cas échéant, de voir les électeurs rejeter la constitution qu'elle avait approuvée, comme cela s'était produit en France peu de temps auparavant” (Adams et Barile, 1953, p. 63). Mais les leaders de

⁵⁴ Voir le communiqué de presse signé Elizabeth Katz, University of Virginia School of Law, *German High Court Has More Power Over Legislature, Grimm Says* (9 mars 2006), à l'adresse http://www.law.virginia.edu/html/news/2006_spr/grimm.htm.

⁵⁵ Voir Svetozar Pejovich et Enrico Colombatto, *The Rule of Law and the Economic Functions of the Constitution*, Chap. 6, supra, pp. 113-114 (citations omises).

tous bords politiques se donnèrent beaucoup de mal pour persuader la population que ces règles étaient “justes et antifascistes”, et par conséquent à édicter sans plus de débat ni consultation.

“... [Cela] *explique pourquoi cette constitution a accordé peu d'attention à la protection de l'individu contre les agissements répréhensibles de politiciens et de bureaucrates, mais a cherché délibérément à fragmenter le pouvoir en différentes strates et différents ressorts juridiques, de façon à ménager plus de possibilités lucratives aux membres du parti et à disperser les responsabilités individuelles.*

“... D'un point de vue libéral classique, la constitution républicaine a été une réussite partielle quant à l'emballage, mais un échec en termes de substance. Réussite en ce qu'elle s'est révélée être une loi suprême plutôt stable... En outre, son système assez complexe de freins et contrepoids empêchait quiconque de concentrer entre ses mains trop de pouvoir. *Mais réussite partielle, car la constitution offrait seulement une faible protection de la liberté individuelle (protection contre la contrainte et l'ingérence de l'État)* (les italiques sont de l'ITSSD)”⁵⁶.

La France, elle aussi, a traité les droits de propriété privée comme des droits conditionnels positifs. On le voit actuellement dans les récentes modifications apportées à la Constitution française dans un souci d'harmonisation avec la Convention d'Aarhus établie pour la région Europe.

“Un examen de la Constitution française est instructif aussi parce qu'il révèle la situation *actuelle* des droits de propriété privée en Europe. La Constitution française a été récemment modifiée, en 2005 (pour la dix-neuvième fois depuis 2000), pour incorporer une charte de l'environnement qui confère au citoyen français le droit “positif” “de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé”. La charte énonce une série de droits et responsabilités en matière d'environnement qui correspondent à ceux qui figurent déjà dans la législation régionale européenne. Par exemple, le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement énoncé dans la charte est similaire à ce qui est prévu dans la Convention d'Aarhus de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe. La charte de l'environnement va donc probablement avoir pour effet de suspendre l'obligation d'avoir “capacité pour agir”, en permettant à tout membre du public “qui est touché ou qui risque d'être touché par les décisions prises en matière d'environnement ou qui a un intérêt à faire valoir à l'égard du processus décisionnel” d'exiger une étude d'impact concernant des activités économiques qu'il est envisagé de mener sur une propriété privée, puis de s'y opposer au motif qu'elles pourraient nuire à l'environnement”⁵⁷.

⁵⁶ *Id.*, pp. 116-117.

⁵⁷ Kogan, *supra*, p. 4. Voir également Constitution française, Charte de l'environnement, Article premier; *The Need to Act*, Ministère des Affaires étrangères, portail du gouvernement de la République française, à l'adresse http://www.diplomatie.gouv.fr/en/article-imprim.php3?id_article=4596 ; David Case, *Liberté, Égalité, Environnement? French Constitution Gets a Dash of Green*, Grist Environmental News and Commentary (14 juillet 2005) à l'adresse <http://www.grist.org/news/maindish/2005/07/14/case-france>; Constitution française, Charte de l'environnement, article 7; Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE/ONU) “Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement”, conclue à Aarhus (Danemark) (“Convention d'Aarhus”) (25 juin 1998) à

Au niveau plus large de la région Europe, la distinction entre droits “positifs” et droits “négatifs” transparait actuellement dans la Convention européenne des droits de l’homme, qui à première vue prévoit seulement un droit implicite à indemnisation en cas d’expropriation :

“[L]e premier protocole (P1-1) de la Convention européenne des droits de l’homme... déclare que chacun “a droit au respect de ses biens” et que l’État ne peut exproprier que pour cause d’utilité publique et dans les conditions prévues par la loi, mais il ne nous dit pas ce que nous voulons vraiment savoir : si l’État autorise à nous exproprier, combien obtiendrons-nous à titre d’indemnité? Le protocole proprement dit est apparemment muet sur ce point crucial... Toutefois, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme... en matière d’indemnisation nous renseigne de façon particulièrement intéressante sur la manière dont la cour conçoit le droit de propriété... Et nous pouvons maintenant dire que *le protocole contient un droit implicite à indemnisation.*”⁵⁸

En outre, comme le relève ce chercheur, l’absence de garantie expresse d’indemnisation était intentionnelle :

“L’une des premières tâches du Conseil [de l’Europe] a été l’élaboration d’un traité relatif aux droits de l’homme. Cela a pris plus de temps que prévu, en partie à cause de désaccords sur le contenu d’un droit de propriété. En principe, les délégués étaient d’accord pour prévoir un droit de propriété dans le traité, mais ils ont rejeté toutes les propositions qui évoquaient une indemnisation, fût-ce de manière évasive. À un certain point ils ont même rejeté l’idée d’interdire la “*confiscation arbitraire*” de biens, car certains gouvernements craignaient que ce ne fût interprété comme une garantie d’indemnisation. Finalement, les délégués sont convenus de signer la convention *sans mention du droit de propriété*, mais ils se sont engagés à poursuivre les négociations en vue d’inclure un droit de cette nature dans un traité ultérieur. Les délégués opposés à une garantie d’indemnisation faisaient valoir que cela risquait de compromettre les plans de politiques économiques et sociales ambitieuses.”⁵⁹

Par ailleurs, le texte de l’article premier du Protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme établit que le caractère conditionnel “positif” des droits de propriété privée en Europe est, pour des raisons politiques aussi bien qu’historiques, éminemment subordonné, et correspond, au “pouvoir collectif” et à “l’intérêt public”, autrement dit à la “volonté générale”.

“Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété *que pour cause d’utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.* Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois

[Suite de la note de la page précédente]

l’adresse <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43e.pdf>; Convention d’Aarhus, articles 2.4-2.5, 5.3-5.5 et 6.

⁵⁸ Voir Tom Allen, *Compensation for Property Under the European Convention on Human Rights*, 28 MICH. J. INT’L. L. 287, 288 (2007) (les italiques sont de l’ITSSD) (citation omise).

⁵⁹ *Id.* p. 291 (les italiques sont de l’ITSSD).

qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.”⁶⁰

Et il ressort aussi de l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que la portée et l'étendue des droits de l'individu sur ses biens privés sont expressément subordonnées aux intérêts de la société.

“Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.”⁶¹

De plus, une histoire, des institutions politiques et des instruments juridiques différents déterminent comment calculer une “juste indemnité” dans l'éventualité où l'action des pouvoirs publics aboutit à une expropriation. Selon au moins un chercheur, en termes judiciaires les conceptions américaine et européenne des droits de propriété privée se distinguent de la manière suivante :

“La jurisprudence révèle que la Cour applique trois conceptions différentes de l'intérêt visé à l'article premier du Protocole n° 1... le modèle juridique, le modèle économique et le modèle social... le modèle juridique considère le *droit humain à la propriété en fonction de la législation en vigueur de l'État membre concerné*... [L]e modèle juridique ne cadre pas avec la théorie intégrée, procédant du modèle économique et du modèle social, qui met l'accent sur la *fonction sociale de la propriété*... Le modèle économique se concentre sur la *valeur objective du bien*; dans la plupart des affaires, la Cour prend pour hypothèse qu'il s'agit de la *valeur de marché*... Le modèle social correspond à une vision intégrée, puisqu'il fait place aux valeurs d'autonomie, de dignité et d'égalité des individus qui fondent d'autres droits consacrés par la Convention, mais spécifiquement en tant qu'elles touchent *l'accès aux ressources et la maîtrise de celles-ci*”⁶².

Selon un spécialiste du droit européen, le modèle privilégiant l'intérêt collectif est à comparer avec la conception légaliste des droits de propriété adoptée aux États-Unis d'Amérique, où les droits peuvent être déterminés *sans* référence au contexte social :

“[Une] *conception libérale ou légaliste de la propriété oppose les intérêts privés au pouvoir collectif et à l'intérêt public* : “les forces collectives, selon cette conception, sont clairement extérieures à la protection dont jouit la propriété en soi”. En outre, *l'idée libérale des droits considère avec la même rigueur tous les droits de propriété, en ce sens que tous sont également dignes de protection contre le pouvoir collectif*. C'est ce qui la distingue du cadre conceptuel de la vision intégrée, car *elle maintient que l'on peut déterminer le contenu de la propriété sans référence au contexte social*. La possibilité que des intérêts collectifs poussent à redéfinir les limites de l'autonomie individuelle ne signifie pas que les intérêts collectifs définissent ces limites.”⁶³

⁶⁰ Voir la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article premier du Protocole n° 1 (20 mars 1952) (les italiques sont de l'ITSSD).

⁶¹ Voir la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 17.

⁶² Allen, *supra*, pp. 305-306 (les italiques sont de l'ITSSD).

⁶³ *Id.* p. 307 (les italiques sont de l'ITSSD) (citations internes omises).

Paragraphe 105. L'ITSSD souhaite partager avec le SCP ses études publiées et validées par des pairs qui montrent que, même si différents pays créent et appliquent aujourd'hui comme par le passé des politiques industrielles et en matière d'innovation qui sont loin d'être transparentes, ouvertes et inclusives dans l'espoir de s'assurer à eux-mêmes ainsi qu'à leurs citoyens un avenir plus prospère sur le plan économique et plus productif sur le plan social, les fins politiques n'ont jamais justifié des moyens illicites. En conséquence, les décideurs, les membres des pouvoirs exécutifs et législatifs nationaux et régionaux, les représentants de l'industrie et le Secrétariat de l'OMPI devraient s'interroger sur la question de savoir si, compte tenu de la nature humaine et malgré les propositions ambitieuses avancées par les diverses parties prenantes à la production du rapport de l'OMPI et des rapports à venir, on peut espérer de nombreux changements, en particulier dans un avenir proche⁶⁴.

Paragraphe 111. L'ITSSD convient que l'interopérabilité est un aspect crucial de toutes les technologies, qu'il convient de promouvoir au moyen de normes techniques soigneusement conçues. Toutefois, nous ne considérons pas que le but de toute norme technique soit d'assurer le remplacement de pièces ou d'assemblages de pièces. Plutôt que de promouvoir le clonage ou les possibilités de substitution, l'objectif premier des normes relatives aux techniques de l'information et de la communication (TIC) est de *promouvoir l'échange de données*. En d'autres termes, grâce à l'échange et à l'utilisation mutuelle des données, les normes relatives aux TIC permettent à des produits différents de fonctionner ensemble tout en autorisant une différenciation qui favorise la concurrence et l'innovation.

Le **paragraphe 111** indique que *“les normes sont une source de prévisibilité, d'interopérabilité et de concurrence entre applications, sans pour autant imposer d'homogénéité”*.

Le **paragraphe 112** indique que *“en sus de l'interopérabilité, les normes peuvent contenir des informations...”*.

Paragraphe 111 et 112. L'ITSSD craint que ces deux extraits lus ensemble ne donnent l'impression que les normes techniques peuvent *garantir* l'interopérabilité. Or aucune norme n'est parfaite. En réalité, une norme peut comporter des parties ambiguës, ou des lacunes, ce qui oblige à envisager différentes options techniques pour appliquer au mieux tel ou tel élément. L'expérience montre que la mise en œuvre de solutions techniques différentes pour appliquer certains éléments peut entraîner et entraîne souvent des conflits (“bugs”) plus ou moins subtils entre applications, voire à l'intérieur d'une même application. Par ailleurs, outre les choix fondés exclusivement sur des considérations techniques ou technologiques, l'exécutant peut décider d'appliquer différentes parties de la norme en fonction de ce qu'il considère être le plus approprié pour le marché. Il va sans dire que ces choix peuvent conduire à des lacunes dans l'interopérabilité des différents produits incorporant la norme. Sans compter que l'évolution des normes et celle des produits qui les incorporent sont souvent asynchrones. Il ne s'agit pas ici d'affirmer que les normes ne sont pas utiles pour assurer l'interopérabilité, au contraire; cela étant, elles ne doivent pas être considérées comme une

⁶⁴ Voir, p. ex. : *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights* supra, Section II. Brazil Challenges the Established Global IPR Framework, D. Brazil Should Not Rely Upon the History of Industrial Opportunism to Justify its Current Behavior, pp. 120 à 136 et notes correspondantes.

panacée. L'ITSSD souligne qu'il existe d'autres moyens d'assurer cette interopérabilité, notamment les démonstrations ("plugfests") et les initiatives de collaboration entre vendeurs, qui ne doivent pas être sous-estimées.

Paragraphe 113. L'ITSSD fait observer que la définition des normes *de facto* est certainement trop restrictive et devrait tenir compte du contexte plus général dans lequel les normes industrielles sont conçues. Un observateur au moins a relevé que "une norme *de facto* désigne un instrument auquel le marché, dans son immense majorité, a décidé de se conformer pour atteindre le même résultat qu'une norme officielle. Une norme *de facto* peut assurer un degré d'interopérabilité de loin supérieur aux résultats atteints par les normes *de jure*, mais a un prix : avec une norme *de facto* tout est contrôlé par un seul vendeur (ou groupe de vendeurs)"⁶⁵. L'ITSSD se demande si le caractère restrictif de la définition figurant au paragraphe 113 est intentionnel ou non, connaissant la préférence de longue date de certains pays membres de l'OMPI pour la création de normes dans une "sphère *de jure*" où "la force des ... votes nationaux peut exercer une pression considérable" en faveur de l'élaboration et de l'harmonisation de normes régionales publiques⁶⁶. De fait, des représentants d'une région du monde au moins ont déclaré que : 1) "Disposer d'une seule norme applicable et d'un seul test accepté pour chaque produit, processus ou service est un objectif destiné à faciliter le commerce"; 2) "Le succès de [notre] système de normalisation est lié et subordonné à la volonté des autorités publiques d'utiliser des normes volontaires à l'appui de leur politique gouvernementale ... pour assurer un degré élevé de protection des consommateurs, de la santé et de l'environnement"; 3) "Les accords de coopération avec des organismes de normalisation internationaux offrent un cadre pour la reprise systématique des normes internationales ou pour la contribution à leur processus d'élaboration"; et 4) "Les autorités publiques peuvent utiliser l'instrument des marchés publics pour promouvoir l'utilisation de normes d'accessibilité"⁶⁷.

L'ITSSD est également conscient que, pour ces pays, les normes *de jure* étaient incapables à l'origine de suivre le rythme et de concurrencer des normes *de facto* établies par des consortiums dans le domaine des TIC relatives à l'Internet. Toutefois, cette situation a fini par changer en raison de la bulle Internet des années 2000, de la création d'organismes de

⁶⁵ Voir *Microsoft, Adobe and the Murky of World of 'RAND'*, Standards Blog in Consortium Standards Bulletin, vol. V, n° 6 (juin 2006), à l'adresse <http://www.consortiuminfo.org/bulletins/jun06.php#considerthis>.

⁶⁶ Voir Greg FitzPatrick, *The failure of European ITC standards policy And a possible future?* (rapport 65/2003), Commission suédoise des TIC (2003), à l'adresse http://www.itkommissionen.se/dynamaster/file_archive/030523/ded7728140c38980efb4e5a0f645fcb3/The%20failure%20of%20European%20ITC%20standards%20policy.pdf.

⁶⁷ Voir *Principes de la politique européenne en matière de normalisation internationale*, Commission européenne, Entreprises et industrie, à l'adresse http://ec.europa.eu/enterprise/standards_policy/international/eur_policy_principles/index.htm; *European policy principles for international standardisation – informal summary* (renvoyant au texte complet SEC (2001) 1296 de la Direction générale entreprises de la Commission européenne, à l'adresse http://ec.europa.eu/enterprise/standards_policy/international/eur_policy_principles/doc/index.pdf; document de travail des services de la commission – Principes de la politique européenne en matière de normalisation internationale", SEC (2001) 1296 (26 juillet 2001), paragraphe 26, p. 12, à l'adresse http://ec.europa.eu/enterprise/standards_policy/international/eur_policy_principles/doc/sec2001_1296_en.pdf.

normalisation panrégionaux qui “sont devenus des acteurs en bloc puissants au sein de leurs homologues internationaux”, de l’utilisation croissante par ces organismes du protocole d’interconnexion de systèmes ouverts (OSI) et des combats prolongés entre organismes concurrents établissant des normes *de facto*, pour la plupart implantés à l’étranger et qui “n’étaient pas disposés à renoncer à des marchés et avantages produits potentiels en se soumettant aux règles de consortiums ‘impartiaux’” L’ITSSD constate que, pour certains experts, “des signes montrent que les consortiums de normalisation informels qui ont vu le jour avec l’émergence de l’Internet et du World Wide Web seront en définitive absorbés dans le processus *de jure* contre lequel ils se sont rebellés”⁶⁸.

Par ailleurs, l’ITSSD a constaté que les gouvernements des pays d’une région du monde s’impliquaient de plus en plus dans la promotion de l’utilisation de normes *de jure* relative aux TIC pour atteindre des objectifs d’intérêt général déclarés consistant à faciliter l’accès des consommateurs à l’Internet tout en renforçant la compétitivité des industries régionales et nationales dans le domaine des TIC⁶⁹.

L’ITSSD observe également comment les modèles de normalisation des grandes économies en développement semblent favoriser de la même manière l’utilisation de normes *de jure* par rapport aux normes *de facto* avec l’objectif ultime de “jouer un rôle de plus en plus important dans l’élaboration de normes mondiales”⁷⁰. C’est avec ces considérations à

⁶⁸ Voir Greg FitzPatrick, *The failure of European ITC standards policy And a possible future?*, supra.

⁶⁹ Voir Erkki Liikanen, *Accessibility for All in EU perspective*, discours prononcé à la Conférence Accessibility for All tenue à Nice (France) (discours 03/161, 28 mars 2003), communiqué de presse Europa Rapid à l’adresse <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/03/161&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>; *World Standards Day, 14 Octobre : Global standards for the Global Information Society*, communiqué de presse Europa Rapid (IP/03/1374, 13 octobre 2003), à l’adresse <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1374&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. Voir également Sherry Bolin, *The Standards Edge*, The Bolin Group (© 2002), table des matières, introduction et résumé des différents chapitres à l’adresse http://www.thebolingroup.com/book_contents/TOC_and_summaries-standards_edge.pdf.

⁷⁰ Voir Richard P. Suttmeier, Xiangkui Yao, et Alex Zixiang Tan, *Standards of Power? Technology, Institutions, and Politics in the Development of China’s National Standards Strategy*, The National Bureau of Asian Research (2006) à l’adresse <http://www.nbr.org/publications/specialreport/pdf/SR10.pdf>. (“La Chine s’efforce d’élaborer une stratégie nationale visant à moderniser le régime national en matière de normalisation et à le mettre en conformité avec les obligations découlant de l’adhésion de la Chine à l’OMC. Parallèlement, la Chine s’attache à utiliser ses capacités technologiques et sa puissance commerciale croissantes pour mettre au point des normes techniques qui renforceront la compétitivité des entreprises chinoises.”) *Id.*, page 1. La Chine a sans doute beaucoup appris de l’Union européenne dans le domaine de la normalisation de produits et partage vraisemblablement avec l’Europe une préférence pour la gestion “descendante”, le dirigisme étatique dans l’économie et les institutions internationales officielles. Voir Richard P. Suttmeier et Yao Xiangkui, *China’s Post-WTO Technology Policy : Standards, Software and the Changing Nature of Techno-Nationalism*, The National Bureau of Asian Research (2004), page 25, à l’adresse <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN026775.pdf>. C’est aussi vraisemblablement pour cette raison que la Chine a demandé au Comité des obstacles

l'esprit que l'ITSSD s'interroge sur le rôle que les gouvernements devraient jouer dans la définition des normes nationales, régionales et internationales relatives aux TIC⁷¹. Le rôle accru joué par les gouvernements dans le domaine de la normalisation ne va-t-il pas aboutir à une utilisation croissante des normes *de jure* au lieu des normes *de facto* relatives aux TIC, de sorte que les premières se substitueront à terme aux secondes? Par conséquent, les gouvernements ne vont-ils pas utiliser (et tirer les ficelles dans les coulisses) des organismes de normalisation ostensiblement privés et des représentants de l'industrie pour mettre en œuvre des normes *de jure* relatives aux TIC conformes à la législation nationale ou régionale, pour ériger de nouveaux obstacles déguisés au commerce⁷² qui sembleront à première vue échapper au contrôle de l'État?⁷³

Le **paragraphe 119** indique que *“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 : ... En deuxième lieu, certaines questions liées à la concurrence*

[Suite de la note de la page précédente]

techniques au commerce de l'OMC des précisions concernant le lien entre les normes et la propriété intellectuelle. Voir *Document d'information communiqué par la Chine à l'OMC sur les questions relatives aux droits de propriété intellectuelle dans le domaine de la normalisation*, communication de la République populaire de Chine, addendum (G/TBT/W/251/Add.1) (9 novembre 2006), à l'adresse <http://chinawto.mofcom.gov.cn/accessory/200702/1171346578955.doc>; *Questions relatives aux droits de propriété intellectuelle dans le contexte de la normalisation*, communication de la République populaire de Chine (G/TBT/W/251) (25 mai 2005), à l'adresse http://sms.mofcom.gov.cn/table/0527_wto_en.doc.

⁷¹ Voir, p. ex., Sherry Bolin, *The Nature and Future of ICT Standardization*, exposé présenté à la Conférence Nature and Future (23 et 13 décembre 2002), à l'adresse http://www.thebolingroup.com/nature_and_future_Conference.pdf.

⁷² Un expert de la normalisation internationale au moins a conclu que le Gouvernement chinois pouvait avoir cet objectif à l'esprit. “Sur le marché en plein essor des TIC en Chine, tiré par la stratégie d'innovation nationale, il existe un risque croissant que les dirigeants chinois adoptent des normes contraignantes fondées sur des droits de propriété intellectuelle et des procédures d'évaluation de conformité extrêmement strictes, qui pourront constituer des obstacles au commerce international et renchérir les coûts pour les entreprises étrangères dans le domaine des TIC.” Voir Xiaomeng Lu, *Standards-Related Barriers to Trade in Chinese ICT Market* (30 septembre 2008), à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=1271343>. Voir également la déclaration de Richard P. Suttmeier, *China's Technology Trap and the Reconstruction of the Chinese National Innovation System*, à la Commission d'examen des questions économiques et sécuritaires États-Unis d'Amérique-Chine lors de son audience consacrée au développement technologique chinois (21-25 avril 2005), page 6, à l'adresse http://www.uscc.gov/hearings/2005hearings/hr05_04_21_22.php.

⁷³ Voir Lawrence A. Kogan, *Discerning the Forest From the Trees : How Governments Use Ostensibly Private and Voluntary Standards to Avoid WTO Culpability*, 2 *Global Trade and Customs Journal* 9 (2007) pp. 319 à 337, à l'adresse http://www.itssd.org/GTCJ_03-offprints%20KOGAN%20-%20Discerning%20the%20Forest%20from%20the%20Trees.pdf.

sont au cœur 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 fortement ..."

Le **paragraphe 106** indique que *"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."*

Le **paragraphe 37** indique que *"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."*

Le **paragraphe 2** indique que *"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."*

Paragraphes 2, 37, 106 et 119. L'ITSSD souhaiterait faire part au SCP de ses préoccupations concernant le fait que la lecture de ces extraits des paragraphes 2, 37, 106 et 119 pris ensemble donne l'impression que l'objectif global des brevets et des normes est de concilier des intérêts concurrents plutôt que de servir l'intérêt général. Premièrement, l'ITSSD craint que, dans ce rapport de l'OMPI, l'utilisation du terme "équilibre" crée une présomption universelle selon laquelle chacun des "intérêts" susmentionnés (ceux des titulaires des brevets, ceux des producteurs qui souhaitent concéder des licences et ceux des consommateurs qui souhaitent avoir le choix entre différents produits) seraient en quelque sorte d'égale importance et que la satisfaction de ces intérêts serait nécessaire pour atteindre l'intérêt général ultime, à savoir la connaissance qui favorise le progrès économique et social, l'autosuffisance et le bien-être du plus grand nombre. Il ressort clairement de ces paragraphes qu'il existe une "hiérarchie d'intérêts", par ordre d'importance décroissant : 1) production de connaissances; 2) divulgation et diffusion des connaissances; et 3) transfert de technologies incorporant des savoirs moyennant la concession de licences et la commercialisation. Il est également reconnu que la production de connaissances, la diffusion du savoir et le transfert de technologie dépendent de l'instauration d'incitations économiques appropriées pour ceux qui se lancent dans des entreprises coûteuses et risquées. Il convient d'encourager les personnes (physiques et morales) à s'engager dans les activités coûteuses et risquées de production et de diffusion de connaissances au public. Ces mêmes personnes, ou d'autres, doivent aussi être récompensées pour les activités coûteuses et risquées qui aboutissent au transfert de technologie incorporant ces connaissances (inventions et innovations) au profit de ceux qui

sont les plus à même de les convertir en produits manufacturés, procédés ou services utiles répondant aux besoins et aux aspirations des consommateurs. En conséquence, il est clair que les droits patrimoniaux des titulaires de brevets sont plus larges que ceux des preneurs de licences, qui cherchent à tirer le meilleur parti de leurs droits contractuels de vendre autant de produits ou services que possible. Ces intérêts sont à leur tour plus larges que ceux des consommateurs, qui ont en dernier ressort le droit d'acheter ou non les produits ou services qui leur sont proposés.

Deuxièmement, l'ITSSD est préoccupé par la manière dont ce rapport de l'OMPI pose en principe que le maintien d'un tel "équilibre" au niveau universel est un objectif justifiable en soi. On peut également avancer que ces paragraphes créent une seconde présomption, à savoir que tout phénomène ou "intérêt" concurrent qui perturbe ou menace éventuellement la présomption initiale d'"équilibre" doit être supprimé ou atténué. Ces paragraphes et ceux qui suivent semblent impliquer que cela peut se faire par différents moyens juridiques ou administratifs, y compris l'imposition par les pouvoirs publics de réparations pécuniaires et équitables, voire de pénalités, pouvant conduire à la perte de droits de propriété privée exclusifs par ailleurs, y compris les droits de brevet et les droits contractuels ou de licence. Toutefois, les termes "équilibre" et "juste équilibre" utilisés comme indiqué ci-dessus sont des termes subjectifs qui sont définis différemment selon les sociétés. En définitive, la question que tous les gouvernements devraient se poser est de savoir non pas comment se prémunir des menaces contre cet équilibre, mais plutôt de s'assurer que la société peut acquérir le bien public décrit ci-dessus.

Troisièmement, l'ITSSD est préoccupé par la conclusion du paragraphe 119 selon laquelle l'équilibre peut être menacé dans le cas où le titulaire de brevets 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 fortement. Cette détermination et les réparations potentielles ne sont pas subordonnées à un constat d'illégalité ou de conduite déplacée (déloyale, trompeuse ou immorale), telles qu'une violation de la politique et de l'accord de l'organisme de normalisation tendant à divulguer les aspects de propriété intellectuelle avant la commercialisation, suivie d'une exploitation de ces droits contre les intérêts des membres de l'organisme de normalisation⁷⁴. L'équilibre est réputé être menacé uniquement parce qu'un seuil de difficulté fixé arbitrairement a été atteint dans les négociations contractuelles privées entre deux parties ou plus. S'agit-il d'un principe réaliste? Comment détermine-t-on le niveau exact de redevances à partir duquel il devient très difficile de produire la norme ou qui influe fortement sur le prix de la technologie normalisée? Et qui devrait être chargé de prendre ces décisions? Les organismes de normalisation?

Il n'est pas étonnant que les organismes de normalisation s'efforcent de préserver leur objectivité et leur indépendance. En conséquence, leurs politiques imposent généralement aux membres de négocier entre eux les clauses des licences prospectives à l'extérieur des organismes de normalisation. En outre, ces organismes (y compris les consortiums) et leurs membres conviennent généralement d'utiliser un modèle de licence modulable prévoyant des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires qui permet à chaque donneur et preneur de licence de négocier des clauses sur mesure. Ainsi, certaines parties négocieront-elles des contrats de licences croisées de vaste portée alors que d'autres privilégieront des contrats de portée beaucoup plus limitée. Certaines parties négocieront des

⁷⁴ Voir, p. ex : *In the Matter of Negotiated Data Solutions LLC*, dont il est fait mention dans la note n° 40 du rapport de l'OMPI.

licences portefeuille, alors que d'autres pourront négocier des licences de brevet dans le cadre d'une transaction commerciale plus vaste. Dans le contexte des normes, les licences se limitent rarement aux brevets essentiels liés à une norme unique. Elles portent généralement sur un portefeuille plus large de droits, dont certains ne sont pas nécessaires pour appliquer la norme mais présentent une importance pour les plans de commercialisation du preneur de licence. Étant donné que les clauses de licences équitables, raisonnables et non discriminatoires ne sont pas définies de manière rigide, elles peuvent s'appliquer à ces différents types de négociations entre parties diverses appliquant des modèles commerciaux variés. En définitive, comme il ressort de la jurisprudence, il serait extrêmement difficile de réduire les conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires à une définition universelle unique satisfaisante pour toutes les parties.

En outre, serait-il souhaitable pour les organismes de normalisation de s'efforcer de réduire les conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires à une définition uniforme? Selon un expert des normes, la réponse est non. À son avis, c'est la "diversité des approches en matière de droits de propriété intellectuelle au sein des organismes de normalisation qui leur permet de "concourir" sur le marché de l'élaboration de normes en fonction (notamment) de la capacité de la politique applicable en matière de droits de propriété intellectuelle d'attirer et de retenir l'intérêt des principales parties prenantes"⁷⁵.

Plus important, la poursuite de l'utilisation d'un système souple de conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires par la plupart des organismes de normalisation témoigne concrètement de la reconnaissance et de la protection du *droit fondamental de chaque membre de l'organisme de normalisation à la liberté contractuelle*. La liberté contractuelle est particulièrement importante pour les petites et moyennes entreprises qui déposent un nombre restreint de brevets sur des technologies fondamentales, car ce sont elles qui dépendent le plus de l'exercice de droits de propriété intellectuelle solides sur le marché pour obtenir un avantage concurrentiel. Si elles ne sont pas en mesure de conclure librement des contrats de licence fondés sur la perception de redevances avec

⁷⁵ Voir George T. Willingmyre, lettre de couverture à Donald S. Clark, Secrétariat de la Commission fédérale du commerce, accompagnant les observations publiques établies par GTW Associates, Inc. en réponse à l'étude de la FTC intitulée *Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy* (14 juin 2002), à l'adresse <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/index.shtm>. Voir également *Considerations in Assessing a Standards Developing Organization's Intellectual Property Rights Policies in Advance of Participation*, commentaires publics établis par GTW Associates, Inc., en réponse à l'étude de la FTC intitulée *Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy*, supra, à l'adresse <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/gtwiprarticle1.htm>; *Intellectual Property Rights Policies of Selected Standards Developers* (mai 2002), communication de GTW Associates, Inc. en réponse à l'étude de la FTC intitulée *Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy*, supra, à l'adresse <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/gtwiprarticle3.htm>; *Intellectual Property Rights Policies of Selected Standards Developers* (mise à jour d'octobre 2004), site Web de GTW Associates, à l'adresse : <http://www.gtwassociates.com/answers/IPRpolicies.html>; *Criteria for the Evaluation of a patent policy for a Standards Setting Organization*, site Web de GTW Associates, à l'adresse <http://www.gtwassociates.com/answers/draftIPRcriteria.htm>.

d'autres membres de l'organisme de normalisation à des conditions raisonnables et non discriminatoires, il est plus que probable qu'elles s'abstiendront tout simplement de participer au processus de normalisation.

En définitive, les organismes de normalisation et les consortiums devraient définir clairement toute politique relative aux droits de propriété intellectuelle à laquelle ils entendent se conformer, et celle-ci "ne devrait pas être moins rigoureuse que celle de l'ISO, étant donné que la plupart des consortiums exercent leurs activités sur la scène internationale"⁷⁶.

Paragraphe 120. L'ITSSD convient que les mécanismes d'autorégulation des organismes de normalisation tels que les recherches volontaires en matière de brevets peuvent contribuer à limiter les conflits autour des droits de propriété intellectuelle et des normes. Toutefois, ils peuvent être relativement onéreux et, s'ils sont imposés par principe par l'organisme de normalisation, ils peuvent même en réduire la participation. En outre, s'ils devaient adopter une telle politique, comment les organismes de normalisation détermineraient-ils concrètement à quel moment il convient d'effectuer une recherche en matière de brevets, sachant que la portée technique d'une norme change fréquemment au cours de son élaboration, et leur responsabilité juridique pourrait –elle être engagée en cas d'erreur de leur part?

Par ailleurs, l'ITSSD craint que le droit de la concurrence ne puisse être utilisé pour remédier à de prétendues violations par les membres des politiques des organismes de normalisation privés en matière de droits de propriété intellectuelle ou des obligations en matière de conditions de licences équitables, raisonnables et non discriminatoires. Bien que les régimes juridiques varient dans le monde, le non-respect de ces conditions ou de la politique d'un organisme de normalisation en matière de droits de propriété intellectuelle peut donner lieu à des recours en vertu du droit des *contrats*. L'ITSSD aimerait obtenir des précisions sur l'utilité de recourir au droit de la concurrence dans les cas où les recours au titre du droit des contrats sont largement suffisants et où la menace de dommages-intérêts au triple (communément prévus dans la réglementation antitrust) est manifestement inutile pour dissuader des conduites qui sont loin d'être scandaleuses. Par quel scénario ou cas de figure particulier les auteurs du rapport sont-ils troublés? Les litiges portant sur des droits de propriété intellectuelle et des normes ne procèdent la plupart du temps que d'intérêts commerciaux ou économiques concurrents sur ces normes. Si le droit de la concurrence peut être utilisé par les gouvernements nationaux dans de rares cas pour prévenir le pillage de marchés par des membres d'organismes de normalisation prédateurs (ce qui constitue une pratique commerciale répréhensible), la suggestion implicite du rapport sur laquelle le droit

⁷⁶ "La politique 22 en matière de brevet de l'ISO exige, au minimum, l'observation de conditions de licences raisonnables et non discriminatoires par les participants. Les modalités de mise en œuvre de ces conditions sont laissées à l'appréciation de l'Organisation, car il existe de nombreuses autres règles applicables aux droits de propriété intellectuelle. Toutefois, les règles doivent être complètes, énoncer les exigences des membres, les sanctions en cas de non-respect et les recours correspondants à la disposition des membres. Fondamentalement, il s'agit de s'assurer que le titulaire des droits de propriété intellectuelle ne tentera pas de traiter d'autres participants du consortium et les utilisateurs de la norme de manière inéquitable". Voir George T. Willingmyre, *Approaches to Influence the IPR Policies and Practices in US and Global Standards Setting* (14 juin 2002), communication établie par GTW Associates, Inc. en réponse à l'étude de la FTC intitulée *Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy*, supra, à l'adresse <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/gtwiprarticle2.htm>.

de la concurrence pourrait être utilisé plus largement pour régler des litiges purement contractuels est source de graves préoccupations. Il semblerait en particulier que certaines parties prenantes de l'OMPI considèrent que le droit à la liberté contractuelle doit être restreint à tout prix, ainsi qu'il ressort de l'examen des paragraphes 107 et 108.

Paragraphe 121. L'ITSSD est préoccupé de voir comment ces nouvelles définitions mises en avant par certains organismes ont déjà semé le doute dans l'esprit de ceux qui élaborent les normes et de ceux qui les appliquent ainsi que des preneurs de licences au sujet d'une notion bien connue, définie et mise en pratique de longue date en termes de *processus*. Il y a au moins deux raisons pour lesquelles il est trompeur de définir une "norme ouverte" comme une "spécification dont la seule caractéristique est d'être accessible sans conditions et librement à ceux qui souhaitent la mettre en œuvre. Premièrement, une telle définition ne tient pas compte du droit des titulaires de brevets de décider des modalités de concession sous licence de leurs droits de propriété intellectuelle. Deuxièmement, des redevances peuvent être perçues pour la délivrance d'un exemplaire de la norme ouverte afin de recouvrer les coûts de développement standard"⁷⁷. En d'autres termes, "ouvert ne veut pas dire gratuit"⁷⁸.

"L'ANSI et de nombreux concepteurs de normes volontaires basés aux États-Unis d'Amérique utilisent depuis longtemps les termes "ouverts" ou "ouverture" pour décrire un processus qui comporte certains aspects importants, notamment : 1) le consensus d'un groupe ou "d'un organisme fonctionnant sur la base du consensus" qui comprend des représentants des parties concrètement concernées et intéressées; 2) un processus de large examen et commentaires publics sur les projets de normes; 3) l'examen de ces commentaires par les membres de l'organisme concerné ayant le droit de vote et par le public et la réponse à ces commentaires; 4) l'incorporation des modifications approuvées dans le projet de norme; et 5) la possibilité de recours offerte à tout participant qui estime que les principes d'une procédure régulière n'ont pas été observés au cours du processus d'élaboration des normes"⁷⁹. Alors que ces mêmes caractéristiques [traditionnellement, du moins] sont au centre des politiques d'organismes de normalisation régionaux et internationaux réputés, tels que l'Union internationale des télécommunications (UIT), l'Organisation internationale de normalisation (ISO), la Commission électrotechnique internationale (CEI) et l'Institut européen des normes de télécommunications (ETSI), l'ITSSD constate que la définition des

⁷⁷ Voir Patricia Griffin, *Current Attempts to Change Established Definition of "Open" Standards*, note d'information sur les activités de normalisation de l'ANSI (mai 2005), à l'adresse <http://publicaa.ansi.org/sites/apdl/Documents/Standards%20Activities/Critical%20Issues%20Papers/Griffin%20-%20Open%20Standards%20-%202005-05.doc>; <http://publicaa.ansi.org/sites/apdl/Documents/Standards%20Activities/Critical%20Issues%20Papers/Open-Stds.pdf>.

⁷⁸ Voir George W. Arnold, *Views on Open Standards and Interoperability* ETSI, Conférence de l'ETSI (26 mai 2005), à l'adresse <http://www.etsi.org/website/document/Workshop/SOSInterop/SOSinteropIpresentation04.pdf>.

⁷⁹ Voir Patricia Griffin, *Current Attempts to Change Established Definition of "Open" Standards*, *supra*. En fait, même Philippe Baechtold, chef de la Section du droit des brevets à l'OMPI, a relevé la définition historique des "normes ouvertes" : "Les normes ouvertes sont des spécifications techniques qui répondent aux critères d'ouverture dans leur création, leur application et leur utilisation, conformément à la définition des organismes de normalisation (p.ex., en vertu de la résolution GSC-10/04)". Voir Richard Owens et Philippe Baechtold, *IPRs and Standards : Some Issues*, SOS InteropII, Sophia Antipolis (20 et 21 septembre 2005), à l'adresse <http://www.etsi.org/website/document/workshop/sosinterop/sosinteropiipresentation11.pdf>

“normes ouvertes” a continué d’évoluer, du moins parmi les organismes internationaux établissant des normes *de jure*⁸⁰ et même au sein de l’ANSI⁸¹. Des consortiums tels que le World Wide Web Consortium (W3C)⁸², l’Organization for the Advancement of Structured Information Standards (OASIS)⁸³ et l’Internet Engineering Task Force (IETF)⁸⁴, en revanche, semblent préférer que leurs membres aient recours à des conditions de licence de brevets sans redevance ou qu’ils apportent des contributions sous forme de technologies non brevetées (ou encore qu’ils consentent à ne pas déposer de revendications de brevet) pour promouvoir l’élaboration de “normes ouvertes” par ces organismes^{85 86 87}.

⁸⁰ Ainsi, en juillet 2008, la Global Standards Collaboration (GSC) a révisé sa définition des “normes ouvertes” afin d’y inclure les éléments fondamentaux ci-après : “...ces normes font l’objet de politiques prévoyant la concession de droits de propriété intellectuelle à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires qui, sans l’imposer, autorisent, au choix du titulaire des droits, la concession sous licence des droits de propriété intellectuelle essentiels sans contrepartie, et sont publiées et mises à la disposition du public à des conditions raisonnables (gratuitement ou à un prix raisonnable)”. Voir la *résolution 13/24 de la GSC – “Open Standards”* (document GSC13-CL-31), treizième session de la Global Standards Collaboration (17 juillet 2008), à l’adresse http://www.itu.int/dms_pub/itu-t/oth/21/04/T21040000040038MSWE.doc. La GSC est une “instance mondiale permettant aux dirigeants des organismes de normalisation participants et de l’UIT d’échanger librement des informations sur l’élaboration des normes dans les différentes régions du monde et sur l’environnement mondial dans ce domaine et de collaborer à la planification de futures activités d’élaboration de normes pour bénéficier de synergies et réduire les doubles emplois”. Voir *2.0 Scope and Mandate of GSC - Global Standards Collaboration (GSC) Governing Principles* version 1.4 (approuvée le 15 octobre 2007), à l’adresse http://www.itu.int/dms_pub/itu-t/oth/21/02/T21020000010001MSWE.doc. Voir également Dan Bart, *GSC : Standardization Advancing Global Communications*, Summary of Issues and Results From GSC-11 IPR WG (GSC11(06) (Closing _08_IPR WG Rpt), pp. 12 et 13.

⁸¹ Il semble que la définition de l’ANSI ait été étoffée pour intégrer un élément relatif au paiement de redevances raisonnables et non discriminatoires : “favorise l’accès aux droits de propriété intellectuelle par les exécutants sans charge financière excessive tout en autorisant des redevances de licence raisonnables ou d’autres conditions raisonnables et non discriminatoires”. Voir George W. Arnold, *Views on Open Standards and Interoperability*, supra, diapositive 12.

⁸² Voir *About the World Wide Web Consortium (W3C)*, site Web du W3C, à l’adresse <http://www.w3.org/Consortium>.

⁸³ Voir *About OASIS*, site Web de l’OASIS, à l’adresse <http://www.oasis-open.org/who>.

⁸⁴ Voir *Overview of the IETF*, site Web de l’IETF, à l’adresse <http://www.ietf.org/overview.html>.

⁸⁵ “La politique en matière de brevets du W3C régit le traitement des brevets dans l’élaboration de normes relatives au Web. L’objectif de cette politique est de s’assurer que les recommandations établies dans ce contexte peuvent être appliquées sans versement de redevances. W3C Patent Policy (5 février 2004), à l’adresse <http://www.w3.org/Consortium/Patent-Policy-20040205/#sec-Requirements>. “Pour participer à un groupe de travail, chaque participant (membres du W3C, membres des équipes du W3C, experts invités et membres du public) accepte de soumettre aux exigences de concession de licences sans redevance du W3C toute revendication essentielle concernant les travaux de ce groupe de travail”. *Id.*, section 3.1. *W3C RF Licensing Requirements for All Working Group Participants*. “En ce qui concerne les recommandations élaborées en vertu de cette politique, une licence W3C sans redevances s’entend d’une licence ne pouvant faire l’objet d’un transfert ni de sous-licences pour fabriquer, faire fabriquer, utiliser, vendre, faire vendre, offrir à la vente, importer et distribuer et céder les produits et services incorporant la recommandation et qui : 1. doit être accessible à tous, dans le monde entier, qu’il soit ou non membre du W3C; 2. doit couvrir toutes les revendications essentielles détenues ou contrôlées par le donneur de licences... 4. et peut être subordonnée à l’octroi d’une licence réciproque sans redevance (au sens de la présente politique) portant sur

L'ITSSD conteste les raisons avancées au paragraphe 121 pour justifier une définition des normes ouvertes fondée sur l'accès sans redevance à des normes donnant lieu à de nombreux brevets. L'ITSSD doute en particulier que *“la société dans son ensemble pourrait profiter d'un accès ouvert et gratuit aux normes ... ce modèle est le mieux apte à garantir l'interopérabilité, le développement de l'innovation et le bien-être des consommateurs ... 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”*. Certes, l'ITSSD est favorable à la préservation des droits des détenteurs de propriété intellectuelle dans un environnement de normes ouvertes. Ainsi qu'il a été dit précédemment, aucune norme, ouverte ou non, ne peut assurer l'interopérabilité, compte tenu des possibilités de conflits techniques ou autres. Et il est particulièrement difficile de s'assurer que l'augmentation des ventes de produits relatifs aux TIC incorporant des normes compensera systématiquement la perte de recettes découlant de clauses contractuelles raisonnables, non discriminatoires et sans redevance ou d'un engagement à ne pas présenter de revendications de brevet, notamment en période de restriction économique.

[Suite de la note de la page précédente]

toutes les revendications essentielles détenues ou contrôlées par le preneur de licence. La licence réciproque peut être soumise à l'obligation d'accessibilité universelle et conditionnée à l'obtention de licences réciproques de la part de tous. 5. ne peut être subordonnée au paiement de redevances, taxes ou autres contreparties...”. *Id.*, 5. *W3C Royalty-Free (RF) Licensing Requirements*.

⁸⁶ “La politique de l'OASIS en matière de droits de propriété intellectuelle régit le traitement de la propriété intellectuelle dans la production de normes OASIS Open (ci-après dénommées OASIS). Cette politique s'applique à tous les membres de l'OASIS et à leurs filiales (définies ci-après)... Dès lors qu'un contribuant détient un droit d'auteur sur sa contribution, il octroie à OASIS une licence de droit d'auteur perpétuelle, irrévocable, non exclusive, sans redevance et mondiale, ainsi que le droit de concéder directement et indirectement des sous-licences, de copier, de publier et de distribuer la contribution sous quelque forme que ce soit...” Voir section 1 introduction; 5.2 contributions – licences de droit d'auteur, politique de l'OASIS en matière de droits de propriété intellectuelle, à l'adresse <http://www.oasis-open.org/who/intellectualproperty.php>; <http://www.oasis-open.org/who/intellectualproperty-2008-05-02.php>. “Pour permettre aux membres des comités techniques et aux parties qu'ils représentent de mettre en œuvre des projets de normes OASIS en cours d'élaboration au sein de ce comité technique, chaque partie, dès lors qu'elle est représentée par un membre devant le comité technique, s'engage automatiquement, sans formalité et de manière permanente devant les autres parties de ce comité à ne pas présenter des revendications essentielles nécessaires pour mettre en œuvre ce projet de norme OASIS et couvrant la fabrication ou l'utilisation (mais non la vente ou d'autres formes de distribution) de produits sous licence incorporant ce projet de norme...” *Id.*, 6 *Limited Patent Covenant for Deliverable Development*.

⁸⁷ “Plus précisément, il est utile d'indiquer si, dès lors qu'une norme IETF est approuvée pour publication sous forme d'appel à commentaire par l'IESG, tout un chacun pourra obtenir le droit d'appliquer, d'utiliser, de distribuer et d'exercer d'autres droits sur une application a) en vertu d'une licence sans redevance et à des conditions raisonnables et non discriminatoires ou b) en vertu d'une licence prévoyant des conditions raisonnables et non discriminatoires, y compris le paiement de sommes raisonnables sous forme de redevances ou autres, ou c) sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une licence auprès du titulaire des droits de propriété intellectuelle”. Voir S. Bradner, 6.5. *What Licensing Information to Detail in a Disclosure*, RFC 3979 – Intellectual Property Rights in IETF Technology: Best Current Practice, à l'adresse <http://tools.ietf.org/html/rfc3979> (“Le présent document définit des pratiques recommandées pour les acteurs de l'Internet...”) *Id.*

Paragraphe 122. L'ITSSD est préoccupé de voir que les mouvements de promotion du logiciel libre et des normes ouvertes sans redevance, en partie, financés par des sociétés multinationales dont les modèles commerciaux qui étaient fondés sur des "produits" relatifs aux TIC s'appuient de plus en plus sur des "services" relatifs aux TIC⁸⁸, et que certains gouvernements nationaux opportunistes⁸⁹ travaillent de concert pour brouiller les différences entre ces deux notions, en vue de "modifier" (pour ne pas dire affaiblir) le paradigme traditionnel du droit international de la propriété intellectuelle, fondé sur des droits de propriété privés (brevets et droits d'auteur) pour le faire évoluer vers un système fondé sur "l'accès universel au savoir" (A2K) ou au savoir-faire gratuit. Les recherches menées par l'ITSSD ont montré que ces protagonistes avaient utilisé des arguments à la fois utilitaires et moraux pour persuader les dirigeants et les décideurs nationaux et internationaux que les savoirs produits en collaboration et largement partagés étaient plus à même de favoriser l'innovation et le transfert de technologie que les systèmes actuels de brevets et de droits d'auteur. Compte tenu de l'ampleur de ces efforts, l'ITSSD estime que paragraphe 122 devrait traiter de manière plus détaillée les raisons pour lesquelles, dans le contexte des TIC, "la notion de "source ouverte" ... ne pas doit être confondue avec celle de norme ouverte"⁹⁰. En réalité, il est possible que les logiciels libres protégés par un droit d'auteur sans redevance puissent fonctionner parallèlement et sans conflit avec des brevets fondés sur la perception de redevances qui sont à la base de ces mêmes logiciels⁹¹.

⁸⁸ De nouveaux modèles commerciaux sont apparus dans le secteur des TIC, consistant à vendre des "solutions pour entreprises" comprenant un logiciel libre et les services associés à celui-ci. Le logiciel est fourni gracieusement alors que les autres composantes de la solution informatique, à savoir matériel, adaptations logicielles et services, sont vendus. Il peut s'agir de services de conseils, de maintenance, d'appui ou d'intégration de système.

⁸⁹ Voir *Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights*, supra, II. Brazil Challenges the Established IPR Framework, B. Brazil Actively Promotes a New International Paradigm of 'Open Source'/ 'Universal Access to Knowledge (A2K)', pages 72 à 101 et notes correspondantes. Parmi ces sociétés figurent IBM, SUN, Linux, Red Hat et Novell.

⁹⁰ "Les normes ouvertes relatives aux TIC peuvent être appliquées en recourant à des instruments libres, mais ... "source libre" et "normes ouvertes" ne sont PAS la même chose". Voir Richard Owens et Philippe Baechtold, *IPRs and Standards: Some Issues*, supra, diapositive n° 4.

⁹¹ Les contrats conclus entre les sociétés et les clients portent sur des solutions et des services incorporant fréquemment le logiciel libre ou prévoyant que le consommateur télécharge celui-ci (gratuitement) sur l'Internet. *Bien qu'aucune redevance ne soit perçue pour l'utilisation du logiciel libre sous droit d'auteur, cette utilisation libre est régie par une licence prévoyant des clauses et conditions contraignantes* qui est fréquemment incorporée au sein d'un fichier avec le logiciel lui-même.

Il convient également de souligner que, bien que les auteurs du logiciel libre n'imposent pas de redevances aux sociétés qui distribuent ce logiciel pour vendre des services, cela n'empêche pas des tiers dont les droits de brevet pourraient être enfreints par le logiciel d'exiger des auteurs et des distributeurs qu'ils acquièrent une licence de brevet. Les licences de brevet concédées par des parties autres que les auteurs et les distributeurs de logiciels libres ne sont pas incompatibles avec les licences de logiciel libre. De fait, de nombreuses normes élaborées dans le contexte de conditions de licence équitables, raisonnables et non discriminatoires sont désormais incorporées dans les logiciels libres. Il y a des exemples remarquables dans lesquels des applications commerciales de normes fondées sur des conditions de licence équitables, raisonnables et non discriminatoires ont été largement adoptées en dépit de la nécessité largement reconnue d'accepter les licences de brevet de tiers (voir par exemple Open SSL). Les fournisseurs de solutions et de services sont censés indemniser les titulaires de brevets lorsqu'ils utilisent des technologies brevetées.

8. Knowledge Ecology International (KEI)

La quatrième partie du rapport de l'OMPI sur le système international des brevets met en évidence les conflits existant entre les brevets et les normes, en particulier lorsque "l'application d'une norme requiert l'utilisation d'une technologie couverte par un ou plusieurs brevets". Pour certains observateurs, ces tensions, qui se manifestent régulièrement, peuvent apparaître comme des questions difficiles et obscures sans grand rapport avec le commerce international. Les faits nouveaux intervenus au sein du Comité des obstacles techniques au commerce (OTC) de l'OMC et du Forum sur la gouvernance de l'Internet (IGF) ainsi que l'attention que le Comité permanent du droit des brevets (SCP) de l'OMPI porte à la problématique "brevets et normes" illustrent l'intérêt et l'importance de ce sujet.

Dès la réunion de mai 2004 du Groupe de travail sur la réforme du Traité de coopération en matière de brevets, KEI a insisté sur les problèmes auxquels sont confrontés les organismes de normalisation concernant la divulgation des revendications de brevet pertinentes.

Avant d'adopter une norme, les organismes de normalisation ont un intérêt légitime à savoir si aucun brevet n'est essentiel pour cette norme ou si la licence d'exploitation des brevets relatifs à cette norme sera concédée à des conditions raisonnables. C'est là un problème dont l'importance va croissant au niveau mondial. L'Internet Engineering Task Force (IETF), le World Wide Web Consortium (w3c) et d'autres organismes établissent des normes mondiales. Pour ce faire, ils doivent connaître l'ensemble du paysage international en matière de brevets. Actuellement, à l'échelle mondiale, il n'existe aucun cadre légal exigeant des titulaires de brevets qu'ils divulguent les brevets pertinents pour une norme.

En règle générale, lorsqu'un organisme de normalisation établit des normes que les technologies, protocoles et plates-formes nouveaux devraient respecter, il demande la divulgation des revendications de brevet essentielles au fonctionnement du domaine technique considéré. S'il en existe, l'organisme de normalisation va a) choisir une norme différente dont l'application n'est pas gênée par le brevet, b) demander au titulaire du brevet de ne pas opposer ses revendications existantes ou futures à la mise en œuvre de la norme, c) demander au titulaire de concéder une licence d'exploitation du brevet sans réclamer de redevances ou d) demander au titulaire du brevet de s'engager à concéder cette licence d'exploitation à des conditions raisonnables et non discriminatoires.

Actuellement, les titulaires de brevets ne sont pas tenus de divulguer les revendications pertinentes, sauf dans des certains pays et dans des cas particuliers. Par exemple, aux États-Unis d'Amérique et dans certains autres pays, les titulaires de brevets sont parfois tenus de divulguer les revendications d'un brevet lorsqu'ils sont membres de l'organisme qui adopte la norme. Toutefois, cette obligation est inappropriée parce qu'elle n'existe pas dans certains pays et parce que les titulaires de brevets qui ne participent pas au processus de normalisation n'y sont pas soumis.

Le rapport de l'OMPI met en relief les tensions qui peuvent surgir entre brevets et normes en ce qui concerne la divulgation des brevets, lesquelles "deviennent visibles lorsque l'application d'une norme requiert l'utilisation d'une technologie couverte par un ou plusieurs brevets". Comme le fait observer le Bureau international, la concurrence actuelle et les voies de droit peuvent ne pas suffire pour résoudre les frictions qui se manifestent régulièrement dans le domaine des brevets et des normes. Renouvelant la proposition faite à la douzième session du SCP, le KEI appelle l'OMPI à déterminer si la pratique actuelle

consistant à signaler aux organismes de normalisation les brevets en vigueur ou demandés fonctionne bien dans une économie mondialisée. L'OMPI devrait également examiner si elle peut ou non faciliter la divulgation à l'échelle mondiale de brevets liés aux normes proposées, le cas échéant par un instrument relatif aux brevets et aux normes qui traiterait de la question de la divulgation et des recours en cas de non-divulgation et serait destiné non seulement aux membres des organismes de normalisation, mais aussi aux tiers.

KEI note que les questions relatives aux normes sont, au niveau mondial, un sujet de préoccupation de plus en plus important qui concerne des produits et des services faisant l'objet d'un commerce international transfrontalier.

Le rapport de l'OMPI met également en exergue la question primordiale de la divulgation (et de la non-divulgation) des brevets pertinents pour la mise en œuvre d'une norme proposée. Quand des produits font l'objet d'un commerce international, les systèmes de divulgation ne peuvent être fondés sur la législation d'un seul pays et il est fortement recommandé de fixer des normes au niveau mondial dans ce domaine. Les sociétés et les titulaires de brevets agissant de bonne foi ne pratiquent pas le "guet-apens au brevet".

KEI relève que de nombreuses entreprises sont convaincues que les systèmes actuels de divulgation sont inappropriés, en partie parce qu'ils ne vont pas au-delà des membres des organismes de normalisation, et que les divulgations réalisées sont souvent volontairement improductives. La question des normes a une importance croissante pour de vastes secteurs de l'économie moderne, dont bien sûr l'information, les techniques et les services informatiques et de télécommunication ainsi que de nombreux autres secteurs tels que certaines techniques intéressant l'énergie et l'environnement et des éléments importants des techniques des transports, pour n'en citer que quelques-uns.

En mars 2005, un groupe composé de différentes parties prenantes a proposé un traité sur l'accès aux connaissances qui prévoyait un mécanisme permettant de gérer les divulgations relatives aux brevets essentiels aux normes proposées.

"Partie 6.1 et 6.2 du projet de proposition de traité sur l'accès aux connaissances, daté du 10 mars 2005

"Partie 6 – Promotion des normes ouvertes

"Article 6-1 – Comité des normes ouvertes

"Un comité des normes ouvertes est institué.

"Article 6-2 – Obligation de divulgation des brevets applicable aux organismes de normalisation.

"a) Le comité des normes ouvertes établit à l'intention des organismes de normalisation une procédure et des critères à respecter pour demander la divulgation maîtrisée des revendications de brevet essentielles au respect de normes applicables à un produit ou un service ayant trait aux savoirs. Pour faire une demande de cette nature, l'organisme de normalisation doit être international, toutes les parties doivent pouvoir y adhérer et la norme ouverte doit remplir les conditions suivantes :

“VERSION 1

- “i) elle doit être adoptée et maintenue par un organisme à but non lucratif et faire l’objet d’un développement permanent fondé sur une procédure ouverte de prise de décision accessible à toutes les parties intéressées (décision prise par consensus ou à la majorité);
- “ii) elle doit être publiée de façon que son descriptif soit disponible gratuitement ou à un prix symbolique et que chacun puisse la copier, la diffuser et l’utiliser gratuitement ou pour un prix symbolique; et
- “iii) les aspects de la norme relatifs à la propriété intellectuelle, notamment les brevets ou les informations pertinents, devront être irrévocablement mis à disposition sans redevance; et
- “iv) il n’y a pas de contrainte concernant la réutilisation de la norme.

“VERSION 2

- “i) la norme doit être publiée sans restriction (par exemple, des exécutants potentiels doivent pouvoir y accéder) dans un format électronique ou sous forme matérielle et être suffisamment détaillée pour que sa portée et sa finalité soient pleinement comprises;
 - “ii) elle doit être accessible au public gratuitement ou moyennant le paiement d’une redevance raisonnable et non discriminatoire afin que toute partie intéressée puisse l’adopter et l’appliquer;
 - “iii) les droits relatifs aux brevets ou aux données nécessaires à l’application des normes sont mis à la disposition de tous les exécutants par les auteurs du descriptif à des conditions raisonnables et non discriminatoires (gratuitement ou moyennant le paiement d’une redevance ou d’une taxe raisonnable); et
 - “iv) la procédure de mise au point, de maintien, d’approbation ou de ratification de la norme se fait par consensus, dans un organisme de normalisation axé sur le marché qui est ouvert à toutes les parties intéressées remplissant les conditions requises.
- “b) La demande de procédure de divulgation maîtrisée comprend les éléments suivants :
- “i) une description de l’organisme de normalisation;
 - “ii) une description initiale de la norme, avec indication du champ d’application prévu;
 - “iii) les avantages que le public devrait retirer de l’élaboration de la norme;
 - “iv) les divulgations de brevets essentiels pour la norme proposée qui ne préciseraient pas en quoi le brevet touche cette dernière seront rejetées.

“c) Les membres conviennent qu’un titulaire de brevet qui ne fait pas des divulgations constructives de revendications de brevet pertinentes ne pourra pas opposer son brevet à l’application de la norme ouverte.”

Recommandations et suggestions

- Le SCP devrait rassembler des informations et des éléments de preuve sur les pratiques nationales en ce qui concerne l’obligation de divulgation des brevets aux fins des normes proposées.
- Afin de faciliter le rassemblement d’informations, le SCP devrait élaborer un questionnaire destiné aux États membres de l’OMPI.
- Les entreprises innovantes et les consommateurs devraient disposer sur le site Web de l’OMPI d’un forum de discussion sur l’adéquation du système actuel de gestion des divulgations.
- Le SCP devrait envisager un mécanisme de divulgation inspiré de celui qui a été proposé dans le projet du 10 mai 2005 visant un traité sur l’accès aux connaissances.

9. Third World Network (TWN)

Les accords de licence et le transfert de technologie

Au paragraphe 99, dans un effort pour étayer la thèse que les brevets encouragent le transfert de technologie et les investissements étrangers directs, le rapport affirme de façon alambiquée que même si le fait n’est pas solidement attesté, la recherche donne à penser que les brevets et les mesures d’application encouragent le transfert de technologie mais sont que l’un des nombreux facteurs qui y contribuent dont la taille du marché, la capacité d’absorption de la technologie, les incitations financières et les infrastructures existantes, entre autres.

Si l’on ne possède guère de données bien attestées permettant d’établir une corrélation positive entre les brevets, d’une part, et le transfert de technologie et les investissements étrangers directs, de l’autre et si les brevets ne représentent qu’un seul facteur parmi beaucoup d’autres, alors cette corrélation positive n’existe pas.

Il vaut la peine de signaler que la Coalition for Intellectual Property Rights (CIPR) a constaté que si l’on abordait la question en cherchant quels étaient les facteurs les plus importants qui déterminaient l’investissement étranger, souvent les droits de propriété intellectuelle étaient totalement omis⁹².

Certes, le rapport reconnaît qu’une trop forte protection des droits de brevets en particulier dans les premiers temps de l’industrialisation lorsque l’apprentissage se fait par ingénierie inverse et imitation-répétition, en violation de ces droits, peut également entraver le transfert de technologie et augmenter le coût des licences. Le rapport gagnerait cependant à consacrer un traitement plus approfondi à ce point, sur lequel on dispose de données de plus en plus nombreuses.

⁹² CIPR, p. 27

Ainsi qu'il a été dit plus haut (voir le commentaire sur le chapitre II), l'examen du rôle des brevets dans le transfert de technologie reste lacunaire si l'on ne considère pas les faits attestant de la manière dont les pays aujourd'hui industrialisés ont acquis leur technologie et la nature des politiques qu'ils ont adoptées en matière de brevets lorsqu'ils étaient en cours de développement, ainsi que le rôle de l'ingénierie inverse et de l'imitation dans l'amélioration des capacités locales dans les pays industrialisés actuels, les économies extrême-orientales (p. ex. le Japon, la Corée et Taiwan)⁹³ et les pays en développement tels que l'Inde, qui dispose d'une industrie pharmaceutique enviable.

Le rapport examine également les accords de licence volontaire considérés comme un moyen de transfert de technologie. Il prend naturellement pour hypothèse que les titulaires de brevets sont disposés à concéder aux pays en développement des licences technologiques à des conditions favorables. Des éléments empiriques convaincants doivent être apportés à l'appui de la thèse soutenue dans le rapport car les données disponibles indiquent le contraire.

Les pays en développement, qui ont la capacité d'absorber régulièrement des techniques, ont des difficultés à obtenir des licences à des conditions favorables car ils sont considérés comme des concurrents potentiels. On trouve un exemple concret illustrant ce dernier point dans l'étude réalisée par Watal, mentionnée plus haut, qui porte sur l'incidence des droits de propriété intellectuelle sur le transfert de technologie, dans le cas de l'Inde, dans le cadre du Protocole de Montréal.

En outre, la plupart des pays en développement ne disposent pas de structures anticoncurrentielles suffisamment avancées pour traiter efficacement l'utilisation abusive des droits de brevet. Ce point n'est pas développé aux paragraphes 106 à 108 du rapport.

Par ailleurs, le chapitre omet de considérer le rôle joué par les licences obligatoires dans l'accès à la technologie, notamment lorsqu'un titulaire de brevet refuse de concéder une licence pour l'utilisation d'une technique à des conditions équitables et raisonnables. Le rapport devrait traiter de manière plus détaillée de l'utilisation des licences obligatoires pour accéder aux techniques, notamment des motifs justifiant la concession de licences obligatoires, des dispositions de l'Accord sur les ADPIC portant sur ce sujet, etc., et donner des exemples de pays ou de tribunaux ayant utilisé la licence obligatoire ou menacé d'y avoir recours pour ouvrir l'accès à des techniques ou pour contrer des pratiques anticoncurrentielles. À cet égard, on trouvera dans la note de recherche 2007:2 de KEI des exemples récents d'utilisation de licences obligatoires sur des brevets.

Normes

La question des normes est étudiée aux paragraphes 111 à 122 du rapport de l'OMPI.

Le rapport signale, à juste titre, qu'une divulgation rapide des brevets peut contribuer à un meilleur fonctionnement du processus de normalisation. Cependant, il n'expose pas le comportement actuellement observé dans l'industrie, où des entreprises utilisent stratégiquement les brevets afin d'éviter une divulgation rapide de brevets "essentiels" dont la

⁹³ Voir p. ex. Nagesh Kumar, "Intellectual Property Rights, Technology and Economic Development: Experiences of Asian Countries", étude établie pour la Comité britannique des droits de propriété intellectuelle, disponible sur http://www.iprcommission.org/graphic/documents/study_papers.htm

demande est en instance pendant le processus de normalisation. De plus, une étude des politiques en matière de divulgation de brevets et de concession de licences adoptées par les organismes de normalisation révélerait que la plupart ne fournissent pas un ensemble de règles cohérent concernant le moment de la divulgation, la désignation des brevets “essentiels”, les raisons de concéder une licence facultative (sans redevance, à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, etc.). Ajoutons qu’il n’y a pas de raison impérieuse pour ne pas rendre obligatoire la concession de licences à titre gratuit alors que certains consortiums industriels dans le domaine des technologies de l’information et des communications ont fait ce choix.

Par ailleurs, le rapport ne mentionne pas non plus les préoccupations particulières des pays en développement en matière de brevets et de normes et notamment la proposition faite par la Chine au Comité des obstacles techniques au commerce de l’OMC⁹⁴. Les industriels des pays en développement, qui sont généralement des exécutants des normes techniques situés en aval, se trouvent souvent pris dans un piège perpétuel à cause de l’échelonnement des redevances et des “guets-apens au brevet”. Le rapport devrait donc prendre en considération les préoccupations des pays en développement et de leurs industries au sujet des brevets en rapport avec des normes.

Bien que le rapport précise que les pays peuvent adopter des mesures prenant la forme de limitations et exceptions, de licences obligatoires ou de limitations à l’application des droits de brevet, des problèmes particuliers peuvent surgir lorsque des produits soumis à des normes techniques s’échangent au travers des frontières et que la législation des pays concernés ne prévoit pas ces solutions. En outre, le rapport n’évoque pas la limitation possible de la délivrance de brevets dans certains domaines technologiques en vertu de l’article 27.1 de l’Accord sur les ADPIC. Il ne traite pas non plus de la manière dont les différences d’application des lois sur la concurrence selon les pays en cas de litige né de l’utilisation abusive de brevets ou d’autres problèmes posés par des brevets en rapport avec des normes techniques, de la part de ceux qui élaborent les normes et des tiers, peuvent engendrer des problèmes de légitimité dans le processus international de normalisation technique⁹⁵.

⁹⁴ Voir la proposition faite par la Chine au Comité des obstacles techniques au commerce de l’OMC (questions relatives aux droits de propriété intellectuelle en rapport avec la normalisation – G/TBT/W/251 et G/TBT/W/251/Add.1)

⁹⁵ Voir p. ex., aux USA, la décision récente de la cour d’appel du circuit fédéral dans l’affaire *Rambus Inc c. FTC* (2008), disponible sur <http://pacer.cadc.uscourts.gov/common/opinions/200804/07-1086-1112217.pdf>. La Commission fédérale du commerce (FTC) a fait appel. Une affaire semblable est en instance auprès de la commission européenne chargée de la concurrence – Voir le communiqué de presse ECC (2007), disponible sur <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/330&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. Suite à la prise de position récente de la commission européenne chargée de la concurrence en faveur des normes ouvertes, les résultats de l’application des lois sur la concurrence aux brevets sont susceptibles d’accuser des différences plus importantes. Voir, p. ex. le communiqué de presse ECC (2008) en faveur des normes ouvertes, disponible sur <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/317>

Projets de recherche menés en collaboration : collaboration entre les secteurs public et privé

Les paragraphes 130 à 132 du rapport de l'OMPI sur les brevets présentent la loi Bayh-Dole des États-Unis d'Amérique de 1980 comme un moyen possible de diffusion de la technologie. Il faudrait cependant réaliser une analyse plus approfondie pour déterminer si tel est vraiment le cas. Un article récent, qui devrait faire l'objet d'une étude poussée aux fins de ce rapport, affirme ce qui suit :

“Bien que les universités soient en mesure de demander et obtiennent effectivement plus de brevets depuis l'entrée en vigueur de la loi Bayh-Dole que ce n'était le cas antérieurement, ni les tendances générales en matière de délivrance de brevets et de concession de licences postérieures à la loi Bayh-Dole, ni les études de cas portant sur des techniques commercialisées ne montrent que cette loi a facilité le transfert et la commercialisation de la technologie. La recherche empirique tend à indiquer qu'un nombre significatif des quelques brevets et licences universitaires qui ont abouti à des produits commerciaux (y compris certains des plus lucratifs) auraient pu être effectivement transférés en étant placés dans le domaine public ou concédés sous licence non exclusive”⁹⁶.

En outre, dans le domaine de la collaboration entre les secteurs public et privé, le seul exemple donné est celui de la loi Bayh-Dole, dont le rapport admet qu'elle comporte ses propres pièges. Dans les conclusions dudit rapport, il est dit que “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” et qu'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”. Le rapport ne donne aucun exemple du succès de certains modèles de collaboration entre les secteurs public et privé dans les pays en développement pour appuyer ses affirmations selon lesquelles le financement de ces modèles devrait être plus important.

Les auteurs du rapport nourrissent l'espoir que, en autorisant la prise de brevets sur les résultats de recherches universitaires et de recherches financées par des fonds publics, on renforcera suffisamment le savoir-faire technique et l'expertise scientifique de ces pays pour encourager la production nationale dans différentes branches d'activité. La raison de cet espoir n'est pas claire, sachant que l'on n'a guère de preuves que la loi Bayh-Dole ait été efficace pour faciliter le transfert et la commercialisation de technologie aux États-Unis d'Amérique (rien dans le rapport de l'OMPI ne l'indique).

Le rapport n'explique pas non plus pourquoi la diffusion des techniques ne se fait pas plus rapidement au moyen de publications puisque, historiquement, la contribution des organismes publics de recherche à l'économie n'est le plus souvent pas passée par le brevet mais par la diffusion des connaissances, des découvertes et des techniques au moyen de publications dans des revues, d'exposés présentés à des conférences et de programmes de formation d'étudiants⁹⁷.

⁹⁶ So AD, Sampat BN, Rai AK, Cook-Deegan R, Reichman JH, et al (2008) Is Bayh-Dole good for developing countries? Lessons from the US experience. PLoS Biol 6 (10): e262.doi:10.1371/journal.pbio.0060262

⁹⁷ So AD, Sampat BN, Rai AK, Cook-Deegan R, Reichman JH, et al (2008) Is Bayh-Dole good for developing countries? Lessons from the US experience. PLoS Biol 6 (10): e262.doi:10.1371/journal.pbio.0060262

Autre sujet qui n'est pas abordé dans le rapport : les difficultés croissantes que la loi Bayh-Dole⁹⁸ a engendrées concernant la concession de licences relatives aux outils et plates-formes de recherche en amont.

Dans le rapport, l'approche des résultats de la recherche par des organismes publics privilégie le rôle du marché. Ce parti pris a été maintes fois remis en question et nombre de commentateurs sont d'avis que cette approche, renforcée par la délivrance de très nombreux brevets, n'a pas réussi à faire progresser la science fondamentale et la recherche innovatrice et a détourné les scientifiques de la recherche fondamentale au profit des techniques appliquées⁹⁹.

CHAPITRE V. LE CADRE MULTILATERAL ACTUEL

10. Canada

e) *Coopération administrative*

i) *Classification internationale des brevets*

Paragraphe 154, deuxième phrase : il conviendrait d'envisager de remplacer la huitième édition de la CIB par la neuvième, qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et qui constituera ainsi l'édition "actuelle" lorsque le rapport sera adopté/publié en mars prochain.

ii) *Le Traité de Budapest*

Paragraphes 155 à 157 : le Traité de Budapest est le seul traité au chapitre V du présent rapport dont le nombre de parties contractantes n'est pas indiqué. Par souci de précision, il conviendrait de mentionner qu'il compte 71 parties contractantes.

f) *Système international de dépôt et de traitement*

Paragraphe 159, quatrième ligne : le PCT ne compte pas 138, mais 139 parties contractantes.

11. Third World Network (TWN)

Instruments internationaux en vigueur

Le paragraphe 133 du présent rapport fait mention de la question d'une "règle stricte d'exploitation" pour les brevets avant l'adoption, en 1883, de la Convention de Paris. Toutefois, ce paragraphe ne fournit pas d'explication quant aux raisons qui ont amené les

⁹⁸ So AD, Sampat BN, Rai AK, Cook-Deegan R, Reichman JH, et al (2008) Is Bayh-Dole good for developing countries? Lessons from the US experience. PLoS Biol 6 (10): e262.doi:10.1371/journal.pbio.0060262

⁹⁹ David Mowery, Richard Nelson, Bhaven Sampat, Arvids Ziedonis "Ivory Tower and Industrial Innovation: University-Industry Technology Transfer Before and After Bayh-Dole" *Stanford University Press* Stanford.

pays en cours d'industrialisation à appliquer des règles d'exploitation plus strictes. Des études ont affirmé que l'obligation d'exploitation locale d'un brevet figure parmi les obligations fondamentales du titulaire de brevet et que, par conséquent, elle ne peut être ignorée¹⁰⁰. Le rapport de l'OMPI devrait fournir des exemples juridiques concrets concernant l'obligation d'exploitation locale, en raison de son lien avec la notion d'efficacité lorsqu'il est question de délivrance de brevets.

Traité de coopération en matière de brevets

Les questions concernant le Traité de coopération en matière de brevets (paragraphe 158 à 166) en tant que système efficace de dépôt de demandes de brevet sont discutables compte tenu des problèmes liés à la gestion de la demande et à la qualité des brevets déposés auprès du PCT et délivrés par les offices nationaux. Il convient de noter que les critères trop souples en matière de nouveauté et d'activité inventive appliqués dans de nombreux pays ont créé une demande artificielle.

Le succès du PCT ne devrait pas reposer uniquement sur le nombre de Parties contractantes au Traité ou sur le nombre sans précédent de demandes internationales de brevet, mais plutôt sur des paramètres plus constructifs, tels que la qualité et la valeur des brevets déposés et délivrés¹⁰¹. Le système des brevets doit veiller à ne pas encourager les décisions stratégiques de breveter en facilitant les dépôts de demandes de brevet, en les rendant plus abordables et en facilitant la mise en œuvre¹⁰². Ces pratiques pourraient freiner l'innovation et la concurrence dans les secteurs complexes de la technologie¹⁰³. Par conséquent, la question reste d'actualité : peut-on considérer que le PCT a réellement apporté une contribution au système des brevets quand on sait qu'une augmentation du nombre de dépôts pourrait entraîner à une accumulation de brevets et faire obstacle par la suite aux activités stratégiques de protection par brevets, ce qui aurait pour conséquence de freiner l'innovation?

Le rapport devrait également contenir une analyse des effets d'une adhésion au PCT sur le nombre de demandes de brevet déposées dans un pays en développement. Il ressort des paragraphes 47 à 52, que les plus gros utilisateurs du système du PCT sont en général des pays développés. Aussi, si en adhérant au PCT, un pays en développement se trouve contraint de traiter un nombre nettement plus élevé de demandes de brevet (déposées par des titulaires de brevets étrangers), il devra faire face à davantage de problèmes d'accès (ce qui n'aurait pas été le cas s'il n'avait pas adhéré au PCT), en plus de devoir se doter de structures d'examen adaptées pour gérer l'augmentation des demandes de brevet.

¹⁰⁰ Micheal Halewood, *Regulating Patent Holders : Local Working Requirements and Compulsory Licensing at International Law*, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35 n° 2 p. 245 (1997).
Disponible à l'adresse : http://www.ohlj.ca/archive/articles/35_2_halewood.pdf

¹⁰¹ Dominique Guellec et Bruno van Pottelsberghe de la Potterie, *Application, Grants and the Value of Patents*, publié dans la revue *Economic Letters*, 69(1) 2000.

¹⁰² D Harhoff, *Strategic Patenting and Patent Policy*, présentation établie par l'atelier du Bureau des conseillers de politique européenne (BEPA) de la Commission européenne sur la politique européenne en matière de brevets, Bruxelles, le 19 septembre 2007, disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/docs/strategic_patenting_Harhoff.pdf

¹⁰³ James Bessan, *Strategic Patenting of Complex Technologies*, disponible à l'adresse : <http://www.researchoninnovation.org/thicket.pdf>

CHAPITRE VI. SYSTEMES DE BREVETS ET FORMES DE COOPERATION EXISTANTES

12. Congo

Exceptions et limitations des droits

S'agissant de la limitation de la licence non volontaire, le bénéficiaire ne peut, sans le consentement du titulaire du brevet, donner à un tiers l'autorisation d'accomplir les actes qu'il est autorisé à accomplir en vertu de ladite licence non volontaire. La licence non volontaire peut être transmise avec l'établissement du bénéficiaire de la licence ou avec la partie de cet établissement qui exploite l'invention brevetée. Une telle transmission n'est pas valable sans l'autorisation du Tribunal civil.

13. Institute for Trade Standards and Sustainable Development, Inc. (ITSSD)

Le paragraphe 252 tire la conclusion générale que l'innovation logicielle a des "caractéristiques propres" et que, de fait, elle n'est pas innovante en soi, que les consommateurs ont besoin de technologies de l'information et de la communication et qu'ils sont tributaires de celles-ci pour rester par définition "connectés" entre eux, et que, "Afin de communiquer et de partager informations et fichiers, l'interopérabilité doit être préservée entre les programmes, les systèmes et les composantes des réseaux" (à n'importe quel prix, vraisemblablement). En d'autres termes, ce paragraphe place les intérêts du consommateur au sommet de la "hiérarchie des intérêts" dont il a été question précédemment concernant la notion d'"équilibre des intérêts" évoquée aux paragraphes 2, 37, 106 et 119. Cela signifie que l'attribution de droits exclusifs ne peut que faire obstacle à l'interopérabilité, aux échanges entre les consommateurs et à la concurrence dans la société au sens large.

L'ITSSD estime que, sans une définition précise de la notion de "caractéristiques propres", ces déclarations pourraient amener les parties prenantes à tirer des conclusions sans fondements. En effet, certains pourraient faire valoir qu'il existe des "caractéristiques propres" aux logiciels qui s'appliquent de la même manière, ou peut être même davantage, à l'ingénierie numérique du matériel informatique et électronique.

Le paragraphe 252 stipule également que, "En d'autres termes, la valeur d'un bien ou d'un service dépend du nombre des utilisateurs de ce bien ou de ce service (effet de réseau)." Cet énoncé fait clairement référence à la notion d'antitrust utilisée pour évaluer l'effet théorique (une défaillance du marché qui résulterait) de l'exercice des droits de brevet sur la concurrence dans les "industries en réseau". L'ITSSD souhaite partager avec le SCP le fruit de ses recherches préliminaires sur la notion d'"effet de réseau". Tout d'abord, les industries en réseau ne comptent pas uniquement les logiciels, mais également "les moyens de communication, l'Internet, le matériel informatique, les intermédiaires commerciaux, les systèmes de paiement et les marchés financiers"¹⁰⁴. Ensuite, selon au moins un expert, les effets de réseau découlent des avantages perçus par les consommateurs lorsque d'autres consommateurs utilisent des biens sur le réseau" (c'est-à-dire qu'ils génèrent des avantages

¹⁰⁴ Voir Daniel F. Spulber, *Consumer Coordination in the Small and in the Large: Implications For Antitrust in Markets with Network Effects*, 4 *Journal of Competition Law and Economics* (2008), pp. 1-56, 2, disponible à l'adresse : SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1146442> .

mutuels)¹⁰⁵. “Pour que l’on puisse tirer des avantages mutuels de la consommation, il faut que les consommateurs coordonnent leurs décisions”¹⁰⁶. “La notion d’effet de réseau laisse entrevoir que, si les consommateurs ne parviennent pas à coordonner leurs décisions de consommation, il y aura une défaillance du marché. Selon les défenseurs de l’interventionnisme, les consommateurs ne seraient pas capables de comprendre quelles sont les véritables enjeux liés aux réseaux. Le problème [toutefois] avec cette notion, est qu’elle part du principe qu’il n’y a aucune coordination entre les consommateurs”¹⁰⁷. Une vision pessimiste veut que les coûts de transaction [les coûts d’un monopole sur les brevets, par exemple] empêchent toute coordination entre les consommateurs et conduisent à l’apparition de facteurs externes et à une défaillance du marché”¹⁰⁸. “Dans un [tel] environnement, les entreprises bénéficient [éventuellement] d’un avantage concurrentiel qui encourage davantage les pratiques anticoncurrentielles pouvant déboucher, notamment, sur des situations de monopole et d’exclusion”¹⁰⁹. Malgré ce point de vue, que de nombreux experts semblent partager, cet auteur estime que ces conclusions sont sans fondement. En fait, selon lui, l’utilisation de mesures antitrust (anticoncurrentielles) pour corriger les mécanismes de réglementation des “facteurs externes au réseau” pénalisera à la fois sur la concurrence et l’innovation¹¹⁰.

Troisièmement, pour que l’argument favorable à une intervention publique soit convaincant dans le contexte des brevets, il faut partir du principe que seules les entreprises dominantes sont en mesure d’obtenir des brevets dans le domaine technique en question (ce qui n’est de loin pas le cas dans le domaine des logiciels). S’il est vrai que les brevets dont sont titulaires les entreprises dominantes renforcent la position de celles-ci sur le marché, les brevets dont sont titulaires d’éventuels concurrents limitent les options des entreprises dominantes, affaiblissant ainsi leur position sur le marché. Par conséquent, la brevetabilité pourrait soit réduire, soit augmenter la concurrence sur le marché.

Quatrièmement, les notions de “monopole naturel” et d’“effet de réseau” ne sont propres ni aux logiciels, ni, en particulier, à la question de la brevetabilité. Si le SCP insiste sur le maintien d’une référence aux effets de réseau dans le rapport de l’OMPI, l’ITSSD demande que soit fournie une explication plus détaillée de la pertinence de ces effets vis-à-vis de la brevetabilité et des logiciels.

¹⁰⁵ Id., p. 2.

¹⁰⁶ Id., p. 5.

¹⁰⁷ Id., p. 3.

¹⁰⁸ Id., p. 5.

¹⁰⁹ Id., p. 4.

¹¹⁰ “Some antitrust scholars and policy makers call for additional antitrust enforcement in markets with network effects. In particular, the presence of network effects is said to restrain innovation by incumbent firms and to lead to exclusionary behavior. Also, it is alleged that network effects create conditions for natural monopoly and that as a consequence incumbent firms may be able to deter entry and monopolize markets. I demonstrate that these arguments are based on flawed economic analysis. Network effects do not constitute a major market failure. Antitrust policy that is based on correcting “network externalities” is likely to impact adversely both competition and innovation. There is no economic basis for heightened antitrust scrutiny in markets with network effects.” Id., p. 8.

14. Association latino-américaine des industries pharmaceutiques (ALAIIP)

État de la technique – nouveauté – activité inventive – délai de grâce, paragraphe 210.

Les critères qui déterminent l'étendue de la nouveauté (état de la technique) et de l'activité inventive, figurent parmi les principales flexibilités du système des brevets prévues dans l'Accord sur les ADPIC. La définition fournie par les législations nationales des critères et des conditions de brevetabilité appliqués par les offices de propriété industrielle démontre combien il est inapproprié d'établir des normes uniformes qui limitent la marge de manœuvre des pays à l'heure d'examiner et de délivrer des brevets.

Les brevets de mauvaise qualité ne favorisent ni l'innovation, ni le développement, mais permettent, en revanche, d'éviter que des tiers utilisent et produisent des inventions qui ne constituent que des modifications évidentes apportées à des technologies existantes.

Il en va de même du délai de grâce en ce qui concerne les critères de nouveauté et d'état de la technique.

Qualité, paragraphe 241

Le système des brevets a été créé pour récompenser la capacité d'innovation, stimuler le progrès et promouvoir l'innovation. La contribution de l'inventeur à la société et le besoin de ce dernier de récolter les fruits de l'investissement nécessaire à la création de cette invention servent de fondement au système.

Toutefois, la réalisation des principaux objectifs a été affectée par des problèmes de gestion et de conception du système. Cela se traduit par une baisse des critères d'exigence en termes de non-évidence ou d'activité inventive, appliqués dans le cadre des procédures de délivrance de brevets, avec pour conséquence que des brevets de mauvaise qualité et de large portée sont délivrés.

Des milliers de brevets sont délivrés pour des améliorations sans intérêt et il conviendrait de déterminer si cette croissance exponentielle du nombre annuel de dépôts de demandes de brevet est le signe d'une importance croissante des actifs fondés sur le savoir pour l'économie contemporaine ou si elle est le résultat du laisser-aller d'un système qui a baissé ses exigences.

Les incidences sur le système sont les suivantes :

a) les offices de propriété industrielle doivent faire face à une très grande demande, qui dépasse largement leurs capacités et leurs ressources. Cette situation pourrait donner lieu à un examen peu consciencieux des demandes ou au même phénomène qui apparaît dans de nombreux offices de pays développés et qui est suivi, à savoir que l'examen qui est réalisé est une garantie de qualité.

b) les brevets sans intérêt pourraient jouer un rôle important en bloquant la concurrence, étant donné qu'ils permettent de prolonger la durée de vie des brevets arrivant à échéance ou d'affecter la commercialisation de produits dans le domaine public.

c) les brevets sans intérêt sont très souvent la cause de l'"accumulation de brevets" qui peut faire un obstacle aux recherches.

Ce problème apparaît lorsque des critères trop souples et un examen peu consciencieux sont appliqués dans des domaines ayant une certaine portée socioéconomique, comme c'est le cas de l'industrie pharmaceutique. Même si le brevet peut être faible ou douteux, les ressources économiques de certaines entreprises leur permettent d'utiliser les brevets de manière agressive afin d'écarter du marché les producteurs de petite et moyenne taille qui ne peuvent faire face aux dépenses engagées et à des litiges sans fin.

L'application de la norme ISO pourrait être considérée, à tort, comme une présomption de la validité des brevets délivrés, alors qu'elle ne s'applique qu'à la procédure et non pas à la qualité de l'examen.

15. Third World Network (TWN)

Recherche et examen

La question de la recherche et de l'examen est traitée dans les paragraphes 181 à 197. Le rapport stipule au paragraphe 181 que 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 et que, 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. Cependant, cette théorie a récemment été remise en cause. Les experts en brevets attirent l'attention sur le fait que le système des brevets n'est pas assez exhaustif, car les limites définies par les demandes de brevet ou les brevets délivrés manquent souvent de clarté¹¹¹. Dans le rapport, cette théorie ne serait pas liée au manque d'efficacité dû à un système des brevets qui encourage les actions en justice plutôt que l'innovation.

Le paragraphe 188 stipule que "les pays dotés de systèmes leur permettant d'effectuer des recherches et des examens complets se posent la même question du fait du nombre croissant de demandes en instance". En réalité, le problème vient de la tendance dans les pays développés à baisser les critères et les exigences en matière de délivrance de brevets. Le nombre de brevets a triplé entre 1983 et 2002 (passant de 62 000 à 177 000), une multiplication qui s'est accompagnée d'une prolifération de brevets de nature douteuse, tels que des "inventions"; qui n'apportent aucune nouveauté ou sans intérêt¹¹². Selon Jaffe et Lerner, l'USPTO a été soumis à de telles pressions concernant la délivrance de brevets que les examens relatifs à la nouveauté et à la non-évidence sont devenus dans une grande mesure secondaires. Ainsi, il s'agirait avant tout de traiter le problème à la source et de renforcer les critères de brevetabilité.

¹¹¹ Bessen et Meurer, *Patent Failure: How Judges, Bureaucrats and Lawyers put Innovators at Risk*. Princeton University Press (2008).

¹¹² Jaffe, A. et Lerner, J. (2004), "Innovation and its Discontents", Princeton University Press.

En outre, si les raisons pour lesquelles des critères stricts de brevetabilité ne sont pas adoptés sont liées à la durée de l'examen et aux délais dans les demandes, les preuves récentes ne manquent pas pour démontrer qu'un examen plus strict n'allonge pas la période d'instance des brevets¹¹³.

Selon le rapport, "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". Même s'il y a répétition d'activités, celle-ci se justifie par le fait que l'examen devrait être fait selon les critères de brevetabilité du pays concerné et que ces critères devraient être le reflet du niveau de développement et des priorités de ce pays. Par conséquent, cette pratique ne saurait être considérée comme un problème d'efficacité.

Activité inventive

S'agissant du critère concernant le niveau d'activité inventive (paragraphe 217 à 220), le rapport stipule que "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" (paragraphe 220). Or, ce débat a un sens lorsque le critère concernant le niveau d'activité inventive adopté par le système des brevets d'un pays a le pouvoir d'exclure ou d'inclure une certaine catégorie de brevets¹¹⁴. Par ailleurs, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a récemment rendu des décisions dans lesquelles elle dénonce avec vigueur la trop grande souplesse du critère de non-évidence appliqué par l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique et propose des mesures correctives¹¹⁵. Il y a suffisamment d'exemples qui prouvent qu'un faible niveau d'activité inventive (non-évidence) peut freiner la concurrence, un aspect que le présent rapport ne prend pas en considération¹¹⁶.

CHAPITRE VII. STRUCTURES D'APPUI POUR LE SYSTEME DES BREVETS

16. Congo

Le secret professionnel devrait s'étendre aux hommes de métiers qui eux sont des conseils en propriété industrielle ou examinateurs en brevets. Ces derniers ont compétence pour recevoir des informations suffisantes afin de les transcrire sous forme de mémoire descriptif.

¹¹³ Batabyal and DeAngelo, Average Pendency and Examination Errors: A Queuing Theoretic Analysis, (2007). Disponible à l'adresse :

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=983817

¹¹⁴ Voir notamment l'article 3.d) de la Loi indienne de 1970 sur les brevets. Cet article exclut certaines formes d'inventions et prévoit que la simple découverte d'une substance connue n'est pas brevetable à moins que cette substance ne diffère sensiblement en propriété au regard de son "efficacité".

¹¹⁵ Voir *KSR c. Teleflex*, 550 U.S. ____, 127 S. Ct. 1727, 82 U.S.P.Q.2d 1385 (2007).

¹¹⁶ Voir le rapport de la Commission fédérale du commerce, To Promote Innovation: Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy (2003). Disponible à l'adresse : <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>

17. Institut de la propriété intellectuelle du Canada (IPIC)

Introduction

L'Institut de la propriété intellectuelle du Canada (IPIC) est l'association professionnelle des agents de brevets, des agents de marques et des juristes travaillant dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Nous regroupons plus de 1700 adhérents qui sont des praticiens de cabinets ou de bureaux juridiques de toutes tailles, des praticiens indépendants, des professionnels salariés de la propriété intellectuelle, des fonctionnaires et des universitaires. Nos membres représentent des petites et des grandes entreprises du Canada, des universités canadiennes et d'autres institutions détenant des droits de propriété intellectuelle (par exemple, sous la forme de brevets, de marques, de droits d'auteur ou de dessins et modèles industriels) au Canada ou ailleurs ainsi que des organismes étrangers travaillant au Canada où ils font usage de leurs droits de propriété intellectuelle.

Durant les assemblées de septembre 2008 des États membres de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, l'IPIC s'est vue octroyer le statut d'observateur en tant qu'organisme national non gouvernemental. Par le passé, l'IPIC avait assisté, sur invitation, à des réunions du Comité permanent du droit des brevets (SCP).

L'IPIC est heureux d'avoir la possibilité de faire des observations sur le document SCP/12/3 et sur les travaux futurs du SCP. Le présent rapport est axé sur l'un des aspects des structures d'appui pour le système des brevets : le privilège de la profession (section VII.b) du document SCP/12/3). Nous prenons note et nous nous félicitons de la décision du comité de charger le Secrétariat de l'OMPI de mener une étude préliminaire sur la question du privilège du secret professionnel des avocats avec leurs clients (tel que mentionné dans le document SCP/12/4). L'IPIC est conscient depuis quelque temps déjà des difficultés causées par l'absence d'uniformisation en matière de secret professionnel pour les agents de brevets, non seulement au niveau national pour le groupe de praticiens mais aussi au niveau international, et a pris note avec préoccupation de la tendance récente des tribunaux, dans leurs décisions, de limiter la portée du privilège octroyé aux praticiens de la propriété intellectuelle. Cette tendance menace de mettre à mal l'efficacité de la gestion et du respect des droits de propriété intellectuelle au détriment du système de propriété intellectuelle lui-même.

L'IPIC a effectué des recherches approfondies sur ce sujet et nous présentons ci-dessous des extraits des résultats de ces recherches. Nous serions heureux de fournir des informations plus détaillées pour autant que celles-ci soient utiles au SCP. Nous espérons que nos observations seront utiles au Secrétariat et au SCP.

Privilège du secret professionnel pour les agents de marques au Canada

Une analyse détaillée favorable à l'octroi du privilège du secret professionnel aux agents de marques au Canada a été effectuée en 2001, à la demande de l'IPIC, par un praticien canadien chevronné, M. James Fogo¹¹⁷. Dans son rapport, M. Fogo relève que les conseils dispensés par un agent de marques en matière de défense et de protection d'un enregistrement de marque sont similaires à ceux qui sont donnés par un juriste. À vrai dire, les conseils prodigués par un agent de marques pourraient bien être exactement les mêmes que ceux qui

¹¹⁷ *Privilege for Communications with Trade-mark Agents Resident in Canada and Listed under Rule 21 of the Trade-mark Regulations 1996*, James G. Fogo, septembre 2001.

sont dispensés par un juriste. Toutefois, les communications avec un juriste sont protégées par le secret professionnel alors que ce n'est pas le cas pour les communications avec un agent de marques.

Ce problème a été réglé au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande au moyen d'une loi reconnaissant le privilège du secret professionnel aux agents de marques. Au Royaume-Uni, avant que le texte législatif ne soit adopté, une décision importante avait souligné l'absence de secret professionnel pour les agents de marques en ces termes :

“Il me semble un peu étrange, voire pervers, que, lorsqu'un agent de marques est habilité à conseiller un client sur certaines questions juridiques et à mener certaines procédures juridiques en son nom, le privilège du secret professionnel ne lui soit pas accordé alors que ce serait sans aucun doute le cas si les conseils étaient donnés par un avocat et que les procédures étaient menées par celui-ci.”¹¹⁸

Il est important de noter que cette absence de privilège peut même concerner des agents-juristes. Dans au moins deux affaires, les tribunaux canadiens ont conclu que ce privilège existait lorsque l'avocat du cabinet agissait en qualité d'avocat mais non lorsqu'il agissait en qualité d'agent de marques¹¹⁹.

À terme, l'absence de privilège est problématique pour le client. Celui-ci doit pouvoir divulguer librement des informations à l'agent de son choix et obtenir les conseils qu'il souhaite dans le respect de la confidentialité. Le gouvernement autorise les agents de marques à s'acquitter de certaines tâches conformément à la loi sur les marques. Le client devrait pouvoir recourir aux services de ces agents sans courir le risque que des informations confidentielles soient divulguées.

M. Fogo, dans sa conclusion, fait astucieusement observer que, en reconnaissant officiellement le privilège du secret professionnel aux agents de marques, le Canada se rangerait parmi les nations chef de file dans le domaine de la propriété intellectuelle.

Privilège du secret professionnel pour les agents de brevets au Canada

M. William Hayhurst, praticien chevronné, a développé, à la demande de l'IPIC, la question du soutien au privilège du secret professionnel pour les agents de brevets au Canada, et effectué des recherches dans ce domaine¹²⁰. Dans son rapport remis en 2001, M. Hayhurst examine l'anomalie qui fait qu'un client ayant besoin de conseils sur des questions concernant les inventions et les brevets ne bénéficie pas du privilège du secret professionnel dans ses communications avec un agent de brevets qualifié pour donner les conseils nécessaires¹²¹. Ce même client bénéficierait du privilège pour des communications identiques avec un juriste ne connaissant pas la législation sur les brevets, ni la pratique dans ce domaine et ne sachant pas comment appliquer celles-ci aux techniques en question.

¹¹⁸ *Dormeil Trade Mark* [1983] R.P.C. 131

¹¹⁹ *Visa International Service Association c. Visa Travel International Ltd.*, 74 C.P.R. (2d) 243; *Rentokill Group Ltd. c. Barrigar & Oyen*, 75 C.P.R. (2d) 10

¹²⁰ *Privilege for Communications with Registered Patent Agents who are Residents in Canada*, William Hayhurst, Q.C., 24 juillet 2001

¹²¹ L'article 15.a) des règles sur les brevets (DORS/96-423) dispose que le commissaire inscrit au registre des agents de brevets "... tout résident du Canada qui, en réussissant l'examen de compétence, a démontré une bonne connaissance de la pratique et du droit canadiens en matière de brevets".

Le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et d'autres pays ont adopté des droits reconnus par la loi pour le secret professionnel des communications avec les agents de brevets et les avocats spécialisés dans le droit des brevets. Même aux États-Unis d'Amérique, aucune protection officielle n'a encore été reconnue, les communications avec un agent des brevets ayant été considérées comme protégées par la doctrine de "common law".

Au Canada, la protection par brevet peut être gênée par l'inexistence du secret professionnel pour les agents de brevets. Un inventeur à la recherche de conseils peut rechigner à communiquer certaines informations à un agent des brevets canadien n'ayant pas la formation de juriste, préoccupé par le fait que le contenu de ses communications peut constituer une preuve en cas d'action en justice. Cette absence de divulgation intégrale et franche peut empêcher un agent des brevets de donner des conseils fiables et avisés.

Le fait qu'il n'existe pas de normes homogènes applicables au privilège du secret professionnel et à la reconnaissance de ce privilège d'un pays à l'autre a une incidence sur les droits des clients ainsi que sur les choix qui s'offrent à eux. Par exemple, au Royaume-Uni où ce privilège s'applique aussi à la correspondance avec les agents de brevets, les clients ont été avertis qu'ils devaient faire preuve de prudence dans leurs contacts avec les agents de brevets canadiens car la correspondance avec ces agents n'était pas protégée par le secret professionnel. Pour certains clients, l'octroi de ce privilège peut revêtir une importance tellement vitale que son inexistence peut facilement les amener à écarter les avantages qu'ils tireraient d'une consultation avec un praticien local.

Pour obtenir des conseils juridiques d'un agent de brevets, les conditions doivent être les mêmes que celles qui découlent du privilège reconnu aux avocats : le client doit pouvoir avoir des entretiens librement, en toute confiance. Actuellement, les agents de brevets canadiens peuvent donner à leurs clients l'assurance du caractère confidentiel mais pas celle du privilège du secret professionnel.

M. Hayhurst fait des propositions de mise en œuvre bien argumentées et examine leurs résultats, concluant que conférer officiellement aux agents de brevets canadiens le privilège du secret professionnel serait dans l'avantage des utilisateurs du système des brevets et renforcerait la position internationale des membres de la profession.

Législation canadienne sur le privilège du secret professionnel pour les agents de brevets et les agents de marques

Dans leurs jugements, de nombreux tribunaux canadiens ont estimé que les communications entre les agents de brevets ou de marques et leurs clients n'étaient pas protégées par le secret professionnel. Dans un exposé présenté à la Conférence sur le privilège du client concernant les conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle, organisée par l'OMPI et l'AIPPI et ayant eu lieu en mai 2008, Steven B. Garland et Glen Kurokawa ont fait une analyse approfondie de la jurisprudence intéressant les praticiens canadiens¹²². On trouvera ci-dessous un résumé de cette analyse.

¹²² Intellectual Property Advisor-Client Privileged Communications: Canada and Other Jurisdictions, Steven B. Garland et Glen Kurokawa, mai 2008.

L'optique canadienne a pour fondement l'ancienne affaire anglaise *Moseley c. Victoria Rubber Co.* (1886), 3 R.P.C. 351, 55 L.T. 482 (tribunal de première instance, Chancery Division) [*"Moseley"*] dans laquelle il a été estimé que les communications entre un individu et son agent des brevets n'étaient pas protégées par le secret professionnel. Le juge en l'espèce a aussi considéré que toute communication avec un avocat agissant en qualité d'agent de brevets n'était pas protégée par le secret professionnel.

Il est instructif, aux fins des présentes délibérations, de noter que l'approche du Royaume-Uni et l'approche canadienne du privilège du secret professionnel, si elles ont les mêmes origines, ont depuis lors incontestablement évolué d'une manière différente. S'il existe aujourd'hui au Royaume-Uni une disposition légale sur le privilège du secret professionnel pour les communications entre un agent et son client conformément à l'article 280 de la loi du Royaume-Uni sur le droit d'auteur, les dessins et modèles industriels et les brevets, une telle disposition n'existe pas au Canada. Le Canada n'a pas non plus de disposition équivalente, reconnue par la jurisprudence, pour ses agents. En réalité, l'approche jurisprudentielle canadienne du privilège du secret professionnel pour les agents a permis à des parties de parvenir, par l'intermédiaire du système des brevets canadien, à percer le secret professionnel dont avait bénéficié un client conformément au système des brevets du Royaume-Uni. Ainsi, dans l'affaire *Lilly Icos LLC c. Pfizer Ireland Pharmaceuticals* (2006), 55 C.P.R. (4th) 457, la Cour fédérale a conclu que les communications entre les inventeurs et les avocats spécialisés dans le droit des brevets du Royaume-Uni ne bénéficiaient pas de ce privilège et constituaient une preuve exigible dans le cadre d'une action en justice relevant du droit canadien, malgré le fait qu'elles bénéficiaient du privilège du secret professionnel au Royaume-Uni conformément à l'article 280 de la loi de 1988 du Royaume-Uni sur le droit d'auteur, les dessins et modèles industriels et les brevets, pays dans lequel les communications avaient eu lieu. Le tribunal canadien a estimé que la courtoisie judiciaire entre pays n'exigeait pas du Canada que celui-ci reconnaisse un privilège n'existant pas dans ce pays.

Aux États-Unis d'Amérique où les tribunaux, d'une manière générale, respectent et appliquent ce privilège aux communications régies par une pratique juridique étrangère, certains d'entre eux ont aussi décidé que, lorsque l'agent étranger n'était pas lié par le privilège du secret professionnel à son client, ce ne serait pas non plus le cas dans une procédure aux États-Unis d'Amérique (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 52 U.S.P.Q. 2d 1897, 188 F.R.D. 189 (tribunal de district des États-Unis d'Amérique, Southern New York, 1999) [*"Rhone-Poulenc"*]).

Le fait que les approches nationales du droit au privilège pour les clients des agents ne soient pour l'instant pas harmonisées semble être à l'origine d'une fragilisation de ce droit. Au Canada, ainsi qu'il apparaît ci-dessous, les tribunaux considèrent systématiquement que les communications entre les agents et leurs clients ne sont pas protégées par le secret professionnel. Il n'est apparemment pas du ressort des tribunaux canadiens, que ce soit en recourant aux mécanismes de la courtoisie judiciaire ou à d'autres mécanismes, de rendre des décisions tenant compte du caractère international du système des brevets et, par conséquent, de l'existence du privilège du secret professionnel.

Une décision canadienne faisant référence sur la question du privilège est celle qui a été rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Lumonics Research Ltd. c. Gould et al.* (1983), 70 C.P.R. (2d) 11 (Cour d'appel fédérale) [*"Lumonics Research"*] : la cour a estimé que le privilège juridique ne s'étendait pas aux communications entre les agents de brevets et leurs clients pour la simple raison que les agents de brevets n'étaient pas membres de la

profession juridique. Il convient de noter que cette décision a été rendue malgré le fait que les agents de brevets canadiens agréés, qu'ils soient juristes ou non, sont les seules personnes qualifiées, conformément à la loi sur les brevets et aux règles sur les brevets du Canada, pour représenter leurs clients devant l'Office de la propriété intellectuelle canadien. S'il est vrai que les observations de la cour concernaient les agents de brevets, il n'en reste pas moins que la décision s'applique de la même manière aux agents de marques (voir, par exemple, *Rentokil Group Ltd. c. Barrigar & Oyen* (1983), 75 C.P.R. (2d) 10 (Cour fédérale, Section de première instance) et *Visa International Service Assn. c. VisaTravel International Ltd.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 243 (Cour fédérale, Section de première instance)).

Il a été considéré dans l'affaire *Procter & Gamble Co. c. Calgon Interamerican Corporation et al.* (1980), 48 C.P.R. (2d) 63 (Cour fédérale, Section de première instance) [*“Procter & Gamble”*] que, pour pouvoir revendiquer un privilège, le conseiller juridique avec lequel le demandeur avait communiqué devait avoir été professionnellement habilité à le conseiller en droit canadien (*United States of America c. Mammoth Oil Co.*, [1925] 2 D.L.R. 966, 28 O.W.N. 22 (Ont. C.A.)). Il a été estimé que si ces communications avec un employé qualifié étaient protégées par le privilège du secret professionnel comme les communications avec un praticien d'exercice privé qualifié, tout juriste de ce type devait être qualifié pour pratiquer le droit au Canada en tant qu'avocat ou avoué et non en tant qu'agent de brevets.

Si le privilège du secret professionnel *peut* s'appliquer à des communications avec un agent de brevets ou de marques dans des circonstances particulières, plus précisément sous la forme d'un privilège relatif au litige (voir, par exemple, *ABC Extrusion Co. c. Signtech Inc.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 474 (Cour fédérale, Section de première instance)), la Cour fédérale du Canada a systématiquement retenu que les communications entre clients et agents en tant que telles n'étaient pas protégées par le privilège du secret professionnel contrairement aux communications des juristes avec leurs clients (pour d'autres exemples, voir aussi *Sperry Corporation c. John Deere Ltd. et al.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (Cour fédérale, Section de première instance); *Scientific Games, Inc. c. Pollard Banknote Ltd.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 22 (Cour fédérale, Section de première instance) et *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 444 (Cour fédérale, Section de première instance)).

Tout aussi préoccupant est le nombre de décisions canadiennes selon lesquelles ce privilège ne s'applique pas nécessairement aux communications entre un client et un juriste qui est aussi un agent de marques ou de brevets lorsque ce juriste agit en sa qualité d'agent et non en sa qualité de juriste. Dans ce cas, le tribunal détermine en quelle qualité le juriste a agi au moment où il a prodigué ses conseils. Si, en réalité, le juriste, de l'avis du tribunal, a agi en sa qualité d'agent de brevets ou de marques et non en sa qualité de juriste, les communications ne sont alors pas protégées par le secret professionnel. Voir, par exemple, *Montreal Fast Print (1975) Ltd. c. Polylok Corporation* (1983), 74 C.P.R. (2d) 34 (Cour fédérale, Section de première instance) [*“Montreal Fast Print”*], dont le réexamen et la nouvelle audience ont été refusés par (1983), 75 C.P.R. (2d) 95 (Cour fédérale, Section de première instance). Très récemment, le juge Snider de la Cour fédérale a confirmé cet avis.

Dans l'affaire *IBM Canada Ltd. c. Xerox of Canada Ltd. et al.* (1977), 32 C.P.R. (2d) 205 (Cour d'appel fédérale), la Cour d'appel fédérale canadienne a aussi statué que les communications émanant d'un conseiller salarié qui est aussi agent de brevets ne sont protégées par le privilège du secret professionnel que lorsque le conseiller salarié agit en sa qualité de juriste.

Les tribunaux provinciaux du Canada ont tranché dans le même sens dans plusieurs affaires. Dans l'affaire *Sunwell Engineering Co. c. Mogilevsky* (1986), 9 C.P.R. (3d) 479 (Cour suprême de l'Ontario), il a été estimé que, même s'il n'était pas inhabituel que la même personne soit à la fois avocate et agent de brevets, il était nécessaire, devant une telle situation, de déterminer si les communications entre l'avocat et le client impliquaient l'avocat en tant qu'avocat ou en tant qu'agent de brevets.

La Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Lumonics Research* susmentionnée, a reconnu implicitement que les agents de brevets donnaient des conseils juridiques en énonçant ce qui suit :

... toutes les communications confidentielles impliquant un membre de la profession juridique ayant pour objet l'obtention de conseils ou d'une assistance juridiques sont protégées par le privilège du secret professionnel, que ces communications concernent ou non le type de conseil ou d'assistance juridiques dispensés normalement par les agents de brevets. Les conseils juridiques ne cessent pas d'être des conseils juridiques uniquement parce qu'ils ont trait à une procédure devant l'office des brevets. Cette procédure soulève habituellement des questions juridiques; pour cette raison, lorsque l'assistance d'un avocat est demandée aux fins d'une telle procédure, ce qui est en réalité demandé sont des conseils et une assistance juridiques. Et ceci malgré le fait qu'un avocat, en tant que tel, ne peut pas représenter un déposant dans une procédure devant l'office des brevets.

Néanmoins, cette dichotomie dans la conception du statut des juristes qui sont aussi des agents existe bel et bien au Canada et a amené par le passé des tribunaux à conclure que le contenu de certaines communications entre un juriste et son client pouvait être produit en justice.

La législation visant à permettre de déterminer si les communications entre clients et agents non-juristes travaillant dans des cabinets juridiques sont protégées par le privilège du secret professionnel se montre tout aussi incertaine. Dans l'affaire *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 444 (Cour fédérale, Section de première instance), le juge Teitelbaum J. de la Cour fédérale a relevé ce qui suit :

Le fait qu'un agent de brevets fasse partie d'un cabinet qui, aux fins de ses activités, regroupe des avocats et des avoués agissant aussi, sous le même nom, en qualité d'agents de brevets, ne constitue pas un élément. Ainsi que le juge Mahoney l'a apprécié à la page 65 de la décision rendue dans l'affaire *Calgon* susmentionnée, la correspondance dont il est question en l'espèce a été échangée avec un agent des brevets plutôt qu'avec l'un des juristes du cabinet.

Dans l'affaire *Procter & Gamble Co.* susmentionnée, la correspondance échangée avec l'un des agents de brevets et non avec un juriste du cabinet juridique a été réputée ne pas être protégée par le privilège du secret professionnel. De même, dans l'affaire *Montreal Fast Print* susmentionnée, les agents de brevets, malgré le fait qu'ils travaillaient pour un cabinet juridique, n'ont pas pu revendiquer ce privilège pour leurs communications car ils n'avaient agi qu'en leur qualité d'agents de brevets.

Dans la mesure où elle ajoute à l'incertitude qui règne au Canada, cette approche peut ne pas être définitive. Ainsi, dans l'affaire *Group Tremca Inc. c. Techno-Bloc Inc.* (1998), [1998] F.C.J. n° 1458 (Cour fédérale, Section de première instance), dont le jugement a été

confirmé par (1999), [1999] F.C.J. n° 1813 (Cour d'appel fédérale) et l'autorisation de déposer un pourvoi a été refusée par (2000), 2000 CarswellNat 1723 (Cour suprême du Canada), le tribunal a apparemment estimé que le lien avec l'agent de brevets était un lien par extension avec le cabinet d'avocat pour lequel l'agent de brevets travaillait, ce qui par conséquent donnait naissance au privilège.

Il est tout à fait possible que des informations obtenues en consultant le dossier d'un conseiller en propriété intellectuelle puissent être utilisées à l'appui d'une ordonnance à l'encontre du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, ou du défendeur, lorsque qu'il s'agit de coûts. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire canadienne *Stamicarbon B.V. c. Urea Casale S.A.* (2002), 17 C.P.R. (4th) 377 (Cour d'appel fédérale), pour laquelle l'autorisation de déposer un pourvoi a été refusée par (2002), 2002 CarswellNat 2821 (Cour suprême du Canada) et dans laquelle le titulaire du brevet (défendeur), dans une action en invalidation, a été forcé de divulguer la teneur des communications entre l'entreprise et son agent de brevets canadien n'ayant pas la formation de juriste. Le demandeur a réussi à obtenir une ordonnance de référé au niveau du jugement et les dossiers de l'agent de brevets ont servi à obtenir le dédommagement partiel, de la part du titulaire du brevet, des honoraires de l'avocat et des frais supportés par le client. Bien que le défendeur ait réussi à faire appel de l'ordonnance au fond (l'ordonnance pour les coûts a aussi été annulée), l'affaire *Stamicarbon* montre comment les voies de recours dans le domaine de la propriété intellectuelle peuvent subir l'effet de l'absence de privilège.

Le privilège du secret professionnel applicable au droit de propriété lui-même

Lorsque les conseils d'un agent sont recherchés, la procédure de respect des droits de propriété intellectuelle relève de la gestion de l'information. En ce qui concerne les brevets, l'information est recueillie non seulement grâce aux efforts au caractère quasiment accusatoire déployés par l'office de propriété intellectuelle pour autoriser ce qui est brevetable mais aussi grâce aux efforts de coopération de l'inventeur et de son agent aussi bien avant que la demande de brevet ne soit déposée que pendant que la demande est instruite. Dans un monde où les offices de propriété intellectuelle sont sans conteste confrontés à des problèmes de charge de travail, il semble approprié qu'un système de propriété intellectuelle international promeuve des mécanismes encourageant la coopération entre l'inventeur et son agent de brevets pour délimiter et défendre la portée du monopole auquel l'inventeur a véritablement droit, ni plus ni moins.

Lorsqu'un brevet a pour fondement des informations et peut être attaqué dans une procédure contradictoire fondée sur des informations, il semble approprié que les obstacles à un examen exhaustif des informations présentant un intérêt aux fins de la brevetabilité de l'invention proposée soient éliminés dès que possible.

Il a été mis en évidence que l'échange d'informations entre un inventeur et son agent de brevets peut, lorsque le privilège du secret professionnel n'existe pas, être préjudiciable à l'inventeur. Si elle semble promouvoir l'utilisation de tous les moyens rationnels permettant d'établir la vérité durant la procédure accusatoire (tel qu'il ressort de l'affaire *M. (A.) c. Ryan* (1997), [1997] 1 S.C.R. 157 (Cour suprême du Canada)), l'absence de privilège a des répercussions très claires et désagréables lorsque la formation et l'évaluation en matière de propriété intellectuelle sont concernées. Sans privilège du secret professionnel, il existe un danger très réel que les informations pertinentes ne soient pas échangées, que l'examen des

informations n'ait pas lieu et, en conséquence, que le brevet soit délivré et imposé au public alors que la portée de la protection à laquelle l'inventeur a véritablement droit peut être inexacte, c'est-à-dire qu'elle peut être trop étroite ou trop vaste.

Dans un contexte conflictuel où il n'existe pas de privilège du secret professionnel, l'aspiration à examiner et respecter les limites d'un droit de brevet au moyen de discussions exhaustives et franches avec un agent est contraire aux intérêts de la partie procédant aux recherches. Par conséquent, il est bien trop facile de "contourner" le brevet (en lui attribuant une portée supérieure à celle qu'il mérite réellement) ou, à l'inverse, sans s'en rendre compte, de franchir ses limites (ce qui entraîne des différends coûteux et imprévus). En d'autres termes, les discussions sur le respect des limites du brevet n'ont tout simplement pas lieu, les limites du brevet ne sont donc pas corrigées ou demeurent non acquises, au détriment de l'intérêt public.

Avec l'apparition plus récente de différentes formes de marchés de la propriété intellectuelle, celle-ci est de plus en plus souvent considérée dans le monde comme une forme unique de propriété, par opposition simplement à un droit défensif, prévu par la loi, à dimension unique. Dans le rapport SCP, le Secrétariat examine la question de la création d'un marché de la propriété intellectuelle. Bien entendu, l'idée d'une propriété intellectuelle en tant que bien pouvant efficacement attirer des capitaux et d'autres ressources aux fins d'une activité à long terme dépend des systèmes que celle-ci appuie. Pour les brevets, un système tel qu'un privilège du secret professionnel harmonisé favoriserait la certitude car il encouragerait les efforts déployés par l'inventeur et son agent pour investir dans la création de droits de brevet mérités. Des droits de brevet mérités encourageraient à leur tour l'efficacité des marchés, permettant aux capitaux de librement aller vers les droits de brevet et les activités à long terme en découlant.

En l'absence d'harmonisation générale, au niveau mondial, du privilège du secret professionnel, la défense des droits de brevet et, par conséquent, la répartition des capitaux dans le monde peuvent facilement être faussées en faveur des pays qui reconnaissent la protection générique (c'est-à-dire un droit de brevet un peu plus sûr) plutôt qu'en faveur des possibilités commerciales à long terme.

Soutien aux modifications législatives permettant d'introduire au Canada un privilège du secret professionnel légal pour les agents de brevets ou de marques

Il existe un large soutien au Canada à une protection juridique de la divulgation des communications confidentielles entre clients et agents de brevets ou de marques. Les organismes qui y sont favorables le sont notamment pour les raisons suivantes :

- permettre aux clients de discuter franchement et librement avec leur agent;
- permettre aux entreprises canadiennes de ne pas être pénalisées lorsqu'elles forment une action en justice dans d'autres pays;
- s'assurer que les entreprises étrangères qui investissent au Canada, y effectuent des travaux de recherche-développement et y obtiennent une protection par la propriété intellectuelle, ne voient pas leurs actifs de propriété intellectuelle (y compris ceux ne relevant pas du droit canadien) courir des risques en raison de leurs activités.

L'IPIC promeut depuis un certain nombre d'années l'idée d'une protection juridique des communications confidentielles. À ces fins, les membres de l'IPIC ont rencontré un certain nombre de représentants d'organismes pour en débattre. Ces organismes se sont déclarés préoccupés par la situation actuelle. Pour convaincre le gouvernement d'adopter un texte législatif à cet effet, ces organismes ont écrit à l'IPIC ou au ministre de l'industrie ou ont répondu à une consultation publique tenue par le Gouvernement du Canada.

Ainsi, John P. Molloy, président et directeur général de PARTEQ (bureau de transfert de technologie de la Queen's University) a écrit dans une lettre au ministre de l'industrie le 4 décembre 2006 ce qui suit :

“La protection des communications est essentielle à la réussite des actions en justice dans le domaine de la propriété intellectuelle. Si nous devons vivre dans la peur d'un procès parce que nos communications ne sont pas protégées par le privilège du secret professionnel, nous ne bénéficions donc pas d'une protection de notre propriété intellectuelle équivalente à celle dont bénéficierait une université des États-Unis d'Amérique pour le même brevet.”

Thomas d'Aquino, président et directeur général du Conseil canadien des chefs d'entreprise, a écrit dans une lettre au ministre de l'industrie le 24 février 2003 ce qui suit :

“L'absence de privilège du secret professionnel au Canada semble mettre à mal la compétitivité des entreprises ayant leur siège au Canada, soit en les exposant à des risques de procès supérieurs à ceux auxquels sont exposées des entreprises d'autres pays, soit en les forçant à payer des frais plus élevés pour recourir aux services d'agents de brevets ou de marques à l'extérieur du Canada avec lesquels les communications sont protégées par le principe du secret professionnel.”

Ainsi qu'il ressort de ce qui suit, les organismes ayant officiellement exprimé leur soutien constituent un échantillonnage varié de l'économie canadienne :

- *Associations commerciales :*
 - Chambre de commerce du Canada
 - Conseil canadien des chefs d'entreprise (représente les directeurs généraux des 150 entreprises les plus importantes)
 - Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (représente plus de 100 000 petites et moyennes entreprises)
 - Association canadienne des fabricants de produits chimiques
 - Association des industries aérospatiales du Canada (représente des entreprises telles que Bombardier et Pratt & Whitney Canada)
 - Centre de recherche et d'innovation d'Ottawa (représente des entreprises à forte valeur technologique dans le Secteur de la capitale nationale)

- *Universités :*
 - University Health Network (hôpitaux de la région torontoise associés à des universités)
 - PARTEQ (bureau de transfert de la technologie de la Queen's University)
 - Bureau de liaison université-entreprises de l'University of British Columbia

- *Entreprises :*
 - Nortel
 - DuPont Canada
 - IBM Canada
 - OncoGenex Pharmaceuticals
 - et un certain nombre de petites et moyennes entreprises

- *Cabinets juridiques généraux et cabinets de propriété intellectuelle*
 - Lang Michener
 - Ogilvy Renault
 - Stikeman Elliott
 - Gowling Lafleur Henderson
 - Heenan Blaikie
 - Miller Thomson
 - Smart & Biggar
 - Blake, Cassels & Graydon
 - Sim & McBurney
 - Bereskin & Parr
 - Ridout & Maybee
 - L'Espérance & Martineau
 - Kirby Eades Gales Baker
 - Shapiro Cohen

Conclusion

L'IPIC est convaincu que le privilège du secret professionnel constitue une partie importante d'un système des brevets (et des marques) fonctionnant bien. Malheureusement, ainsi que nous l'avons expliqué dans le présent document, l'IPIC est en mesure de faire cette observation en raison même de l'inexistence du privilège du secret professionnel au Canada. Nous espérons qu'il sera finalement remédié à cette situation étant donné le soutien manifesté à la nécessité de résoudre ce problème. Dans l'intervalle, compte tenu de l'importance du privilège du secret professionnel et du caractère international du système des brevets, nous encourageons vivement le Comité permanent du droit des brevets à poursuivre l'examen de cette question et à chercher l'harmonisation entre États membres aux fins de la protection des communications confidentielles entre clients et agents. L'IPIC serait heureux de participer à ces travaux.

18. Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI)

Communication de l'AIPPI adressée à l'OMPI concernant le rapport de l'OMPI sur le système international des brevets (document SCP/12/3) – secret professionnel; protection contre la divulgation des communications concernant “les conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle”, y compris le secret professionnel

La présente communication constitue la réponse de l'AIPPI à la lettre d'invitation adressée par l'OMPI, signée de M. Francis Gurry, alors vice-directeur général, datée du 24 juillet 2008. Cette invitation, ainsi que la présente communication, portent sur la partie consacrée au secret professionnel du document SCP/12/3.

L'invitation de l'OMPI et la présente communication font partie de l'historique important des relations entre l'OMPI et l'AIPPI, qui comprend notamment la proposition faite par l'AIPPI à l'OMPI dans un courrier adressé à l'OMPI, daté du 26 juillet 2005, concernant

l'établissement d'un traité sur "le secret professionnel des conseils en propriété intellectuelle". Cette proposition a été soumise par l'AIPPI afin qu'elle serve de document de travail à l'OMPI lors d'études futures sur la question.

L'AIPPI se réfère à cette communication principalement en raison de l'urgence du sujet. Ce qui était urgent alors, l'est d'autant plus aujourd'hui. L'AIPPI considère que ce sujet est même plus urgent que jamais.

L'historique des relations entre l'OMPI et l'AIPPI comprend également la Conférence sur le privilège du client ("client privilège") concernant les conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle, organisée par l'OMPI en coopération avec l'AIPPI, qui s'est tenue à Genève, en mai 2008 (http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=15183). Les documents fournis lors de cette conférence ont servi de références pour la rédaction de la présente communication.

De nombreux points traités lors de cette conférence sont abordés dans la présente communication. Nous nous référons ici en particulier à l'établissement des points suivants, mais ils ne sont pas exhaustifs.

- Il est urgent que soient harmonisées les législations nationales et que soient élaborées des lois nationales pour que soit mis en œuvre un mécanisme de protection contre la divulgation forcée des conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle.
- Les pouvoirs publics et privés sont favorables à la mise en place d'une obligation de secret professionnel ou d'une protection équivalente contre ce type de divulgation.
- Il est également urgent que soient étudiées les lois nationales auxquelles sont soumis les juristes salariés, c'est-à-dire ceux qui sont employés par les entreprises (également appelés "juristes internes") et les conseils en brevets employés par des entreprises qui appliquent le principe du secret professionnel ou une protection équivalente (comme c'est déjà le cas dans de nombreux pays) contre la divulgation forcée de leurs conseils en matière de propriété intellectuelle à leurs employeurs. (Cette question n'est pas traitée dans la présente communication; elle fait l'objet d'une enquête et d'une étude qui seront menées par un comité spécial de l'AIPPI.)

1. Contexte

- 1.1 Le Comité permanent du droit des brevets (SCP) examine les sujets pouvant faire l'objet d'une étude approfondie par l'OMPI. Celle-ci a sollicité des contributions, auprès des tiers intéressés, sur le rapport du SCP figurant sous la cote SCP/12/3. Parmi les sujets de ce rapport qui pourraient faire l'objet d'une étude approfondie figure celui du secret professionnel. L'AIPPI remercie l'OMPI (et par l'intermédiaire de l'OMPI, les États membres) de lui avoir permis de faire la présente communication.
- 1.2 La notion de "secret professionnel" désigne le droit dont dispose le client d'un conseil en propriété intellectuelle de ne pas divulguer des communications échangées entre ce conseil en propriété intellectuelle et des tiers, concernant les conseils qu'il a obtenus auprès de ce conseil en propriété intellectuelle. Les pays n'appliquent pas tous ce principe. Nombreux sont ceux, en effet, qui disposent d'autres formes de protection permettant d'éviter qu'une personne ne doive divulguer des conseils en matière de

propriété intellectuelle, c'est-à-dire le secret professionnel ou le principe de confidentialité. Ce point a été soulevé dans la partie consacrée au secret professionnel du document SCP/12/3.

- 1.3 Par conséquent, les travaux menés sur la question du “secret professionnel” doivent répondre à la nécessité urgente de résoudre les problèmes liés au manque d’harmonie entre les législations nationales ou aux lacunes des lois nationales, ainsi qu’aux mécanismes qui s’appliquent ou qui devraient être appliqués pour obtenir une protection contre la divulgation des conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle, d’une manière générale.
- 1.4 La présente communication concerne toute forme de protection contre la divulgation des conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle. Elle couvre à la fois le droit des personnes de ne pas divulguer les conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle et les mécanismes concrets dont elles pourraient disposer dans un pays en particulier, qui annulerait toute tentative visant à forcer le client à divulguer des communications, tels que le secret professionnel en France. Afin de traiter les deux aspects de la protection (plutôt que le “secret professionnel” uniquement), nous utiliserons le sigle “**DMND**” qui signifie “droits ou mécanismes concrets de non-divulgation” des conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle, quels qu’ils soient.

2. *Résumé et communication principale*

- 2.1 L’état actuel des DMND et des législations nationales, qui ne prévoient aucune protection contre la divulgation des conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle, est au cœur du problème.
- 2.2 La réelle nécessité d’une harmonie entre les législations nationales touche en premier les utilisateurs d’actifs de propriété intellectuelle, mais également ceux qui créent, qui développent et qui commercialisent ces actifs, ainsi que les produits et les procédés liés à la propriété intellectuelle.
- 2.3 Il est également nécessaire qu’un soutien soit apporté aux pays qui disposent de mécanismes de protection contre la divulgation, mais dont la législation nationale est sans portée juridique concrète sur le plan international.
- 2.4 Des mécanismes nationaux de protection contre la divulgation des communications échangées entre les clients et leurs conseils en propriété intellectuelle, concernant les conseils en matière de propriété intellectuelle, sont utilisés dans le monde entier.
- 2.5 La promotion et le développement de la propriété intellectuelle dans le monde impliquent la transmission des conseils en matière de propriété intellectuelle obtenus au niveau national (et des documents dans lesquels figurent ces conseils ou concernés par ceux-ci) à d’autres conseils en propriété intellectuelle.
- 2.6 Souvent, lorsque des conseils en matière de propriété intellectuelle sont transmis d’un pays à un autre, les lois nationales auxquelles ces conseils sont soumis dans le pays de départ ne sont pas reconnues dans les pays d’arrivée et, par conséquent, les communications qui sont protégées au niveau national perdent, non seulement leur

protection au niveau national, mais ne sont également plus protégées contre la divulgation au niveau national et au niveau international.

- 2.7 Étant donné que les clients doivent transmettre des communications relatives à la propriété intellectuelle sur le plan international (pour rationaliser les conseils obtenus dans différents pays, par exemple), les législations nationales des pays concernés doivent pouvoir bénéficier d'un soutien international pour être efficaces à la fois au niveau national et au niveau international.
 - 2.8 Tout pays ne disposant pas actuellement de mécanismes de protection contre la divulgation des conseils en matière de propriété intellectuelle devrait être encouragé à appliquer ce type de mécanisme au niveau national, afin de bénéficier, dans son propre pays, des mêmes avantages dont bénéficient les pays qui disposent de tels mécanismes de protection au niveau national. Ces avantages sont notamment les suivants : le client obtient le meilleur conseil et la loi est appliquée conformément aux conseils judiciaires obtenus et appliqués par le client. L'effet positif de ce "meilleur conseil" peut se refléter dans la qualité de la rédaction des documents liés aux droits de propriété intellectuelle enregistrés. Les questions abordées dans ce paragraphe sont traitées dans un contexte où les intérêts des pouvoirs publics sont en harmonie avec ceux des pouvoirs privés.
 - 2.9 Voilà pourquoi l'AIPPI souligne qu'il est essentiel que l'OMPI soit rapidement mandatée pour mener une étude approfondie sur les moyens pouvant être mis en œuvre pour harmoniser les législations nationales, avec un soutien international, afin d'obtenir, au niveau national et au niveau international, une protection contre la divulgation des conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle.
3. *La notion de "secret professionnel" aux paragraphes 259 à 262 du rapport SCP/12/3*
 - 3.1 Le rapport stipule, au paragraphe 261, que le secret professionnel peut ne pas être garanti (comme cela a été précisé ci-dessus). Au paragraphe 260, le rapport stipule que la protection contre la divulgation peut revêtir une autre forme que celle du secret professionnel en soi. Ainsi, d'autres formes de protection (c'est-à-dire le secret professionnel) pourraient également de ne pas s'appliquer hors des frontières d'un pays et être perdues. Le rapport met ainsi en évidence les lacunes des législations nationales et leurs failles, au niveau international, en ce qui concerne l'absence de reconnaissance par les législations nationales, du secret professionnel et d'autres formes de protection contre la divulgation, au niveau international.
 - 3.2 Ce sont ces deux problèmes (l'absence de reconnaissance par les législations nationales et les lacunes des législations nationales) qui, indépendamment ou non, empêchent de répondre aux besoins des utilisateurs des systèmes nationaux et internationaux de propriété intellectuelle en ce qui concerne la protection contre la divulgation des conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle.
4. *Autres arguments à faire valoir pour que l'OMPI soit mandatée par les États membres pour mener rapidement une étude approfondie sur les DMND*
 - 4.1 L'AIPPI demande instamment aux États membres qu'ils considèrent l'étude approfondie sur les DMND comme une affaire urgente pour l'OMPI, pour les raisons suivantes, notamment.

- 4.2 En effet, le manque d'harmonisation des législations en ce qui concerne les DMND (en particulier l'absence d'application de normes minimales), au niveau international, signifie que, dans certains cas (dont certains ont fait l'objet d'actions en justice, ce qui renforce cet argument), les législations nationales se sont avérées inefficaces pour les conseils en propriété intellectuelle, à l'étranger. Dans le cas présent, lorsqu'il est question d'un soutien apporté aux "législations nationales", il s'agit, bien évidemment, des législations de certains États membres.
- 4.3 Suite à des actions en justice, certaines législations nationales ont même présenté des lacunes au niveau national (en Australie notamment). En Australie et au Canada, Pfizer, la plus grande entreprise pharmaceutique au monde, a entamé, dans ces pays, une procédure en reconnaissance de protection contre la divulgation de documents concernant des conseils fournis par un conseil en brevets salarié au Royaume-Uni. Nonobstant le fait que ces documents soient couverts par le secret professionnel au Royaume-Uni, les tribunaux respectifs ont décidé que ces documents n'étaient pas protégés contre la divulgation en Australie et au Canada. Ces affaires sont décrites plus en détail dans les documents fournis par le Canada et l'Australie lors de la Conférence sur le secret professionnel organisée par l'OMPI en mai 2008 (ces documents sont disponibles à l'adresse mentionnée ci-dessus).
- 4.4 Ces décisions sont contraires non seulement aux objectifs de base des législations nationales, mais également à ceux de la Convention de Paris (en matière de transfert efficace de technologie) et aux besoins en matière de commerce d'actifs de propriété intellectuelle.
- 4.5 Lorsque des pays prévoient, dans leur législation nationale, des droits ou des mécanismes de non-divulgation, les raisons invoquées sont en général semblables d'un pays à un autre. Ces législations sont l'expression d'une volonté manifeste de servir les objectifs sociaux et économiques de leur pays. Si le pays concerné est un signataire de la Convention de Paris (la plupart le sont), les droits ou les mécanismes de non-divulgation en vigueur servent d'instrument international de transfert de technologie et de commerce.
- 4.6 La titularité de droits de propriété intellectuelle implique souvent l'enregistrement international d'actifs de propriété intellectuelle et la commercialisation internationale qui s'en suit après obtention des droits de propriété intellectuelle dans au moins un pays. Les titulaires de ces droits de propriété intellectuelle (c'est-à-dire les entreprises) ont très souvent l'obligation légale de rationaliser les conseils obtenus lorsque ceux-ci présentent des différences.
- 4.7 Même si l'on considère que les droits de propriété intellectuelle obtenus ou appliqués d'un pays à un autre sont fondamentalement identiques, les dispositions prévues par les législations nationales concernant (notamment) l'enregistrabilité, le champ d'application, l'interprétation et la contrefaçon diffèrent souvent. Les demandeurs ou les titulaires de droits de propriété intellectuelle n'ont pas d'autre solution que d'accepter ces différences, c'est pourquoi il est nécessaire qu'ils déterminent si ces différences sont véritablement fondées ou si elles sont simplement le résultat (par exemple) d'incompréhensions ou d'un manque de précisions. La question de la nécessité d'un conseil juridique en matière de propriété intellectuelle qui prenne en compte ces différences (notamment en termes de conseils) d'un pays à un autre, ne

semble pas, jusqu'ici, avoir reçu l'attention qu'elle mérite. Pour répondre à cette nécessité, il faut que les personnes fréquemment exposées à ce type de problème transmettent les conseils (qu'elles ont obtenus pour un pays) à leurs homologues dans les autres pays.

- 4.8 Les raisons pour lesquelles les droits et les mécanismes de non-divulgence perdent leur valeur juridique au niveau national peuvent être diverses, mais elles sont généralement liées au fait que les compétences des conseils en propriété intellectuelle, en ce qui concerne la confidentialité des communications entre avocat et client, dans un pays, ne sont pas reconnues dans un autre pays.
- 4.9 Par conséquent, l'esprit de ces législations nationales n'est plus respecté, car les clients, conscients des risques évoqués dans le précédent paragraphe, ne peuvent communiquer toutes les informations à leurs conseils par crainte que celles-ci (ou des aspects sensibles liés à celles-ci) ne soient éventées. Rien d'étonnant, par conséquent, à ce que les clients adaptent leur comportement commercial pour éviter ces risques (voir le point 6 ci-dessous). Toutefois, ce comportement va à l'encontre de ce que la législation nationale vise à encourager, à savoir la divulgation de toutes les communications échangées entre les clients et leurs conseils en propriété intellectuelle.

5. *Raisons de la nécessité d'une étude approfondie sur les DMND par l'OMPI*

5.1 L'étude menée jusqu'ici par l'OMPI, tel qu'il ressort du document SCP/12/3, n'a pas (semble-t-il) abordé certaines questions fondamentales pour résoudre les problèmes soulevés dans ce contexte. L'AIPPI estime qu'il est nécessaire que ces questions fassent l'objet d'une étude approfondie pour que soient trouvées des solutions. L'AIPPI est pleinement consciente du fait que l'OMPI sera confrontée, au cours de cette étude, à des problèmes que l'AIPPI n'a elle-même pas encore rencontrés. Ainsi, il va de soi que, jusqu'ici, les problèmes à résoudre n'ont pas tous été recensés.

5.2 L'AIPPI suggère que les questions suivantes (parmi d'autres) fassent l'objet d'études approfondies.

- 1) Les différences qui existent entre les pays de common law et les pays de droits romains, en ce qui concerne les droits et les mécanismes de non-divulgence, pourraient-elles être étudiées sur la base de normes minimales consensuelles, afin que soient harmonisées les législations nationales de ces pays en ce qui concerne la non-divulgence des conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle?
- 2) Si l'on part du principe que la protection contre la divulgation doit s'appliquer à ces conseils en matière de propriété intellectuelle, dans quelle mesure cette protection s'appliquerait-elle, comment serait-elle décrite et quelle serait sa portée minimale acceptable?
- 3) Comment les normes minimales requises devraient-elles être décrites afin qu'elles présentent un intérêt pour les pays qui ne disposent actuellement pas de droits ou de mécanismes de non-divulgence et qu'elles soient adoptées par ces pays?
- 4) Comment les compétences des conseils en propriété intellectuelle pourraient-elles être définies plus précisément de sorte qu'elles répondent aux critères du plus grand nombre de pays en ce qui concerne les exigences nationales et la reconnaissance des conseils en propriété intellectuelle à l'étranger?

- 5) Un nombre raisonnable d'États membres pourraient-ils envisager (comme d'autres l'ont déjà fait) d'adopter ou de mettre en place des DMND, dans un but social et économique, pour promouvoir la divulgation de toutes les communications échangées entre les clients et leurs conseils en propriété intellectuelle, en adoptant des normes minimales pour la protection contre la divulgation des conseils en matière de propriété intellectuelle?
- 6) Quelle serait la meilleure façon de procéder – un traité ou toute autre forme d'instrument international?

6. *En conclusion*

- 6.1 L'AIPPI observe qu'il est impossible d'évaluer, au niveau national, le coût engendré par les pratiques et les mesures utilisées actuellement chaque jour par les clients et leurs conseils en propriété intellectuelle pour pallier aux lacunes des législations nationales et des accords internationaux dans ce contexte. Ces pratiques et ces mesures sont bien connues des conseils en propriété intellectuelle dans le monde. Elles consistent à ne jamais consigner de conseils sur des sujets sensibles. Ce défaut de communication est aux antipodes du principe de divulgation intégrale. En outre, cela n'apporte aucune certitude ou preuve au client quant à la responsabilité des conseils en propriété intellectuelle vis-à-vis des conseils qu'il aura obtenus et qui lui serviront à agir par la suite.
- 6.2 Les professionnels consacrent des milliers d'heures à déterminer, d'une part, si une question est soumise ou non à des droits ou à des mécanismes de non-divulgation et, d'autre part, quelles seraient les conséquences de la divulgation ou de la non-divulgation d'informations qui seraient soumises à ces droits ou à ces mécanismes de non-divulgation. Ces questions doivent absolument trouver des réponses, car elles détournent souvent, en y ajoutant un coût, le client et le public de questions essentielles, telles que les droits du client, le champ d'application, l'interprétation et la contrefaçon en matière de propriété intellectuelle. Des clients ont même dû porter certaines questions devant les tribunaux pour parvenir à déterminer ce qui était couvert par des droits ou des mécanismes de non-divulgation et ce qui ne l'était pas. Toutefois, là n'est pas ce que les clients et le public souhaitent savoir.
- 6.3 Ce manque de certitudes et d'harmonie autour de la question de la protection de la confidentialité des conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle signifie que les utilisateurs des systèmes de propriété s'exposent, à la fois sur le plan national et sur le plan international, à des coûts énormes pour résoudre les questions qui s'éloignent des questions de fond pour les utilisateurs et le public. Ces cas de figure embarquent les clients dans des affaires coûteuses.
- 6.4 Forts de leur expérience, les conseils en propriété intellectuelle ont constaté que certains clients ont tout simplement décidé de ne pas faire de transactions ou de ne pas essayer de faire valoir leurs droits dans certains pays, craignant que ne soient divulgués des conseils obtenus dans un autre pays, par manque de reconnaissance des droits ou des mécanismes de non-divulgation appliqués dans ce pays.
- 6.5 L'AIPPI se félicite que l'OMPI, ainsi que ses États membres, acceptent le mandat de l'OMPI portant sur une étude des problèmes et des solutions potentiels liés aux différences qui existent entre les législations nationales en ce qui concerne la protection

contre la divulgation des conseils professionnels en matière de propriété intellectuelle, afin que soient élaborées des normes minimales adaptées et que soient harmonisées les législations nationales.

19. Chambre de commerce internationale (CCI)

I. La conférence organisée par l'OMPI en coopération avec l'AIPPI qui s'est tenue les 22 et 23 mai 2008

1. Le thème de la conférence qui s'est tenue au siège de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), à Genève, les 22 et 23 mai 2008, a été le secret professionnel dans le cadre des consultations de spécialistes de la propriété intellectuelle. La CCI félicite l'OMPI d'avoir organisé cette conférence (en coopération avec l'AIPPI¹²³); celle-ci a représenté un véritable tour de force en termes de consultation pour une organisation intergouvernementale.

2. Les délégués à la conférence ont pu assister à des présentations sur le thème du secret professionnel et sur la façon dont il est appliqué dans le monde. Il était clair que la question du secret professionnel devait faire l'objet d'une attention au niveau international. Les parties II à VI du présent document font état de la situation générale au moment de la conférence; l'article 7 expose les problèmes qui ont été recensés durant la conférence; et l'article 8 présente la recommandation de la CCI pour traiter ces problèmes, à savoir que l'OMPI devrait entamer les travaux sur un traité international.

II. Le secret professionnel dans les pays de common law

3. Le secret professionnel est la contrepartie nécessaire à la notion de "communication des pièces" (ou de "divulgation") dans les pays de common law, tels que le Royaume-Uni, les États-Unis d'Amérique, l'Australie, le Canada, l'Inde et la Malaisie. Dans ces pays, les tribunaux ont longtemps pu jouir de pouvoirs discrétionnaires, dont ils font encore régulièrement usage, notamment celui d'exiger des parties à un contentieux de produire des pièces¹²⁴; cette opération s'appelle la "communication des pièces". Ces pouvoirs s'étendent à la présentation des pièces de conseillers professionnels, tels que des docteurs; une partie peut demander à son docteur de lever le secret professionnel et de fournir des dossiers médicaux à la cour. Toutefois, en général, la cour ne peut ordonner que soient présentées des pièces relatives aux communications entre une partie et son conseiller juridique (ni à l'action en justice ou aux faits qui l'ont précédée¹²⁵). En bref, ces communications sont "couvertes par le

¹²³ L'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle.

¹²⁴ Ces dernières années, les documents informatiques ont été ajoutés.

¹²⁵ Prenons l'exemple d'une action en contrefaçon de brevet. Les communications échangées entre le titulaire du brevet et son conseiller juridique, relatives à la conduite à adopter, ainsi que celles échangées entre le titulaire du brevet et le conseiller juridique qui a rédigé la demande de brevet, ne peuvent être divulguées, et ce longtemps avant qu'une quelconque action en justice soit concrètement envisagée.

secret professionnel”. En général¹²⁶, la cour n’est pas non plus autorisée à tirer de conclusion négative sur la base d’une volonté exprimée par une des parties de ne pas lever le secret professionnel.

4. Couvrir par le secret professionnel les communications échangées entre les clients et les conseillers juridiques sert les intérêts de la justice et, par conséquent, l’intérêt général. Si un client présente à son conseiller juridique tous les faits relatifs à la ligne de conduite qu’il entend adopter et si le conseiller juridique peut faire part à son client de ses opinions ouvertement et par écrit, alors les probabilités que le client agisse de manière légitime et qu’il évite une action en justice augmentent. Toutefois, si le client et le conseiller juridique craignent que ces communications soient révélées ultérieurement à la cour (c’est-à-dire, s’il y a un quelconque doute au sujet du secret professionnel), ces communications auront tendance à être limitées, incomplètes, de nature implicite et orales. Cela signifie qu’il y a plus de risques que le client agisse de manière illégitime et que, par conséquent, il fasse l’objet d’une action en justice; de plus, s’il n’obtient pas de conseils juridiques consignés, formels, fondés sur des informations exhaustives, il n’obtient pas, en réalité, ce pour quoi il a payé.

5. Le système du secret professionnel fonctionne généralement bien pour les questions couvertes entièrement par une seule juridiction de common law¹²⁷. Par exemple, dans les actions en justice portant sur des brevets au Royaume-Uni, les conseils fournis à tout moment par un notaire, un avocat ou un conseil en brevets, au demandeur, concernant la validité de son brevet au Royaume-Uni, ou au défendeur, concernant une atteinte à un brevet au Royaume-Uni, sont incontestablement couverts par le secret professionnel. Chacune de ces professions est régie de sorte que ses représentants ont des obligations envers la cour qui prévalent contre leur devoir de servir leurs clients. Ainsi, le secret professionnel ne peut servir à dissimuler la malhonnêteté dont fait preuve le client. (Les communications échangées entre un client et un conseiller juridique dont la profession n’est pas réglementée¹²⁸ ne sont pas couvertes par le secret professionnel.)

III. La propriété intellectuelle est une question essentiellement internationale

6. La propriété intellectuelle est une question essentiellement internationale à la fois du point de vue légal et commercial. En vertu de diverses conventions internationales et régionales,

i) la protection au titre du droit d’auteur est accordée à une œuvre sur le plan international, quelle que soit l’origine de cette œuvre;

¹²⁶ Une exception existait auparavant aux États-Unis d’Amérique en ce qui concerne les dommages-intérêts triplés pour contrefaçon de brevet, mais celle-ci a été récemment limitée.

¹²⁷ Le Canada fait figure d’exception, en particulier pour tout ce qui touche aux questions de propriété intellectuelle.

¹²⁸ La simple question de la validité des conseils juridiques fournis par des personnes dont la profession n’est pas réglementée, varie d’un pays à un autre (au Royaume-Uni, ces conseils sont valides); mais le secret professionnel est toujours appliqué pour les clients de personnes dont la profession est réglementée.

ii) le dépôt d'une demande de brevet, d'une demande d'enregistrement d'une marque ou d'un dessin ou modèle industriel dans un pays, confère un droit de priorité aux fins de l'octroi de ces droits dans d'autres pays; et

iii) il existe divers systèmes régionaux et internationaux pour demander des droits de propriété intellectuelle (tels que le PCT, la CBE, le Protocole de Madrid ou l'OHMI, par exemple).

Ces arrangements remontent au XIX^e siècle, ce qui indique que la propriété intellectuelle est depuis longtemps une affaire mondiale. Par ailleurs, le droit matériel de la propriété intellectuelle est remarquablement uniforme dans le monde grâce à une volonté délibérée d'imitation et d'harmonisation formelle exprimée dans les traités internationaux et régionaux. Il serait étonnant, pour une grande entreprise, de ne pas chercher à obtenir une protection par brevet pour une invention importante dans au moins quatre États sélectionnés parmi les pays du G7, les entreprises pharmaceutiques déposant régulièrement des demandes de brevet dans de très nombreux États. De la même manière, les entreprises commercialisent fréquemment de nouvelles marques internationales. Dans ce cas, la procédure "classique" consiste à sélectionner une marque parmi plusieurs choix, après une recherche d'antériorité dans le domaine des marques de tiers (ou une recherche sur les noms de marques disponibles), puis à déposer ses demandes d'enregistrement internationales pour ces marques. La distribution de livres, de musique et d'œuvres cinématographiques bénéficiant d'une protection au titre du droit d'auteur fait depuis longtemps l'objet d'un commerce international, récemment modifié et développé par l'Internet.

7. Les activités des entreprises se sont plus que jamais mondialisées. De plus en plus fréquemment, des litiges de propriété intellectuelle sur des affaires pratiquement identiques sont traités en parallèle dans au moins deux États.

IV. Ce qui est inhabituel, dans le domaine de la propriété intellectuelle, c'est que les conseils juridiques sont régulièrement donnés par des conseillers juridiques qui ne sont pas des "avocats"

8. Peu d'"avocats" (au sens où on l'entend généralement¹²⁹) ont un bagage scientifique et/ou technique suffisant pour être compétents dans le domaine des brevets. Par conséquent, on trouve dans de nombreux pays des conseillers juridiques portant le titre de "conseils en brevets"¹³⁰ ou d'"agents de brevets" sortant de l'Université avec un diplôme en science ou en ingénierie, qui passent ensuite des examens en propriété intellectuelle et en droits connexes. Dans certains pays, on trouve également des "agents de marques" ou des "conseils en marques" ayant suivi une formation sanctionnée par un diplôme. En général, la formation juridique suivie par ces agents et ces conseils a davantage une portée internationale que celle suivie par les "avocats".

¹²⁹ Dans le présent document, le terme "avocat" est utilisé de la même manière qu'à la conférence dont il est question au paragraphe 1, et prend le sens de "attorneys" aux États-Unis d'Amérique, de "barristers" et de "solicitors" au Royaume-Uni, de "avocats" en France, de "Rechtsanwälte" en Allemagne, et ainsi de suite.

¹³⁰ Parmi les pays où exercent des "conseils en brevets" de ce type figurent le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Australie et le Japon. Il existe également des "conseils en brevets européens" inscrits auprès de l'Office européen des brevets. Les États-Unis quant à eux, réservent le terme de "conseils en brevets" aux "avocats" possédant des compétences supplémentaires.

9. Il n'y a aucun doute, ces professions sont constituées de "conseillers juridiques", bien que le terme "avocat" ne s'applique généralement pas à eux¹³¹. Ces professions (vieilles d'au moins 100 ans pour certaines) sont nées des besoins des clients. Les représentants de ces professions ne sont pas subordonnés aux "avocats" (contrairement aux assistants d'avocats) et sont responsables en dernier ressort de leurs décisions. Dans de nombreux pays, ces professions constituent la principale source de conseils en matière de dépôt de demandes de brevets, d'enregistrement de marques et de dessins et modèles industriels, et une source importante de conseils sur un grand nombre de questions, tel qu'il ressort du chapitre V ci-dessous.

V. La portée des conseils en matière de propriété intellectuelle donnés, soit par des "avocats", soit par des conseillers juridiques "qui ne sont pas considérés comme des avocats", est large et souvent "d'un intérêt capital" pour les entreprises.

10. Les conseillers en propriété intellectuelle, quels que soient leur formation et leur titre, couvrent une large gamme de questions de droit. Par exemple, les conseils en brevets et les agents de brevets "qui ne sont pas considérés comme des avocats" ne fournissent pas que des conseils relatifs aux demandes de brevets – en effet, ils feraient souvent preuve de négligence si tel était le cas. Voici des exemples des conseils demandés par les clients et de l'importance du secret professionnel pour ces derniers :

i) Des chercheurs dans des entreprises obtiennent des résultats techniques qui, selon eux, pourraient offrir des perspectives commerciales. Ces chercheurs et le département commercial de l'entreprise pour laquelle ils travaillent souhaitent assurer la protection de leurs résultats par un brevet. Pour autant que le secret professionnel soit garanti, leur conseiller juridique peut lancer un débat provocateur, mais constructif, en se faisant l'avocat du diable et en anticipant les éventuelles objections à la brevetabilité des offices de brevets et des tiers. À la fin de ce débat, le conseiller peut en conclure qu'il y a un créneau commercial important à exploiter, puis procéder au dépôt des demandes de brevet dans des territoires présentant un intérêt commercial. En revanche, sans le secret professionnel, ce débat ne peut avoir lieu en raison des craintes que suscite l'utilisation, dans d'éventuels procès à venir, d'opinions consignées de manière imprécise ou sans pleine connaissance de cause, ou hors contexte, pour contester la validité du brevet. Dans ces circonstances, le secret professionnel augmente les chances que la demande déposée auprès de l'Office des brevets soit de bonne qualité et qu'un brevet de bonne qualité soit délivré, ce qui, dans les deux cas, est de l'intérêt général du public.

ii) Pour autant que le secret professionnel soit garanti, un conseiller juridique peut indiquer à une entreprise, par écrit, "Je pense que si vous décidez de commercialiser le produit X, alors votre concurrent A pourrait probablement avoir gain de cause s'il décidait d'intenter une action en contrefaçon de son brevet n° 123456." Ce conseil, formulé de manière claire et consigné par écrit, va certainement dissuader l'entreprise de commercialiser le produit X, ou plutôt l'encourager à obtenir une licence auprès du concurrent A. Si ce même conseil ne peut être donné sans crainte qu'il ne porte un préjudice au client si ce dernier décidait de ne pas l'appliquer, alors ce conseil ne serait pas donné et le risque d'action en justice augmente.

¹³¹ Y compris au Royaume-Uni, malgré l'utilisation du terme "avocat" pour désigner les "conseils en brevets" et les "conseils en marques", ainsi que les "solicitors" et les "barristers" dans la loi de 2007 sur les services juridiques au Royaume-Uni.

iii) Par analogie avec les points i) et ii), les conseillers juridiques peuvent être amenés à s'exprimer sur la validité d'autres droits de propriété intellectuelle et sur des infractions à ces mêmes droits, qu'il s'agisse de droits consignés (c'est-à-dire des droits ayant fait l'objet d'une demande auprès d'un office) ou de droits qui ne doivent pas être enregistrés. Ces droits portent sur les marques déposées¹³², les dessins et modèles industriels déposés, les droits d'auteur et d'exécution, les droits sur les dessins et modèles non déposés, les droits relatifs à la topographie de semi-conducteurs, les droits relatifs à l'extraction des bases de données et les droits d'obtenteur.

iv) Un conseil juridique peut également être nécessaire sur :

a) la législation concernant la *titularité* de droits de propriété intellectuelle;

b) les notions de *confiance* ou de "secrets d'affaires" (le savoir-faire technique confidentiel qui s'apparente, au niveau commercial, aux droits de propriété intellectuelle, cette notion étant également liée, dans certains cas, à la validité d'un brevet);

c) les notions de *plagiat*, de *concurrence déloyale*, de *noms de domaine* et d'*indications géographiques* qui complètent la législation sur les marques déposées;

d) la notion de *contrats* en ce qui concerne la concession de droits de propriété intellectuelle et les accords de licence de savoir-faire;

e) le *droit de la concurrence (anti-trust)* concernant les contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle et à l'abus de position dominante, ainsi que les dispositions prévues dans les lois de propriété intellectuelle concernant l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle et les licences obligatoires; et

f) la législation *pénale* concernant les infractions aux droits de propriété intellectuelle.

VI. *Problèmes liés au secret professionnel dans le domaine de la propriété intellectuelle*

11. Lors de la conférence citée au paragraphe 1, les problèmes suivants ont été traités souverainement et en détail :

A) *Actions en justice dans un pays de common law lorsqu'une des parties est également originaire d'un pays de common law (ou légalement établie dans ce pays).*

12. La "meilleure méthode" actuelle (qui est notamment appliquée dans des actions en justice aux États-Unis d'Amérique) consiste, pour le tribunal du pays où l'action en justice est intentée, à respecter le secret professionnel appliqué dans un autre pays de common law. Cependant, cette méthode requiert tout de même un "minijugement" pour établir la nature précise des conseils qui sont couverts par le secret professionnel dans l'autre pays.

¹³² Le dernier paragraphe du paragraphe 6 apporte plus de précisions sur les marques. Il est à noter que, si un conseiller juridique fournissant des conseils sur la question de savoir si une nouvelle marque proposée enfreint les droits d'un tiers relatifs à une marque, hésite à fournir ses conseils de manière explicite et par écrit par crainte qu'ils ne soient divulgués ultérieurement, le risque que la marque soit commercialisée et qu'une action en justice soit intentée augmente.

13. Les tribunaux australiens et canadiens ont eu une vision plus restreinte que les tribunaux américains¹³³, et on a pu voir des justiciables britanniques devoir divulguer leurs documents établis au Royaume-Uni (pour qu'ils soient rendus public au monde entier), ce qui n'aurait pas été le cas au Royaume-Uni ou aux États-Unis d'Amérique.

B) Actions en justice dans un pays de common law lorsqu'une des parties est originaire d'un pays de droit romain (ou légalement établie dans ce pays).

14. La partie originaire du pays de droit romain est en général injustement désavantagée, car (sans une tradition de découverte) les pays de droits romains ne disposent pas de lois précises sur le secret professionnel. Ainsi, dans un "minijugement" coûteux sur une affaire de secret professionnel qui a eu lieu aux États-Unis d'Amérique (où l'une des parties était constituée d'une entreprise française), des documents ont pu être divulgués, car la législation française ne comporte aucune disposition relative au secret professionnel. Cependant, il est évident qu'un tribunal français n'aurait pas, dans les faits, eu accès à ces documents.

C) Actions en infraction à la propriété intellectuelle dans les pays de droit romain de l'Union européenne.

15. Récemment, la notion de "divulgaration" en ce qui concerne les défendeurs a été "importée" du Royaume-Uni dans les pays de droit romain par l'intermédiaire de la directive de l'Union européenne sur l'application des droits de propriété intellectuelle. Cette directive est actuellement utilisée de manière agressive dans certains pays de droit romain de l'Union européenne. Toutefois, cette directive ne compense pas l'obligation de divulgation par des dispositions relatives au secret professionnel. Cela posera inévitablement des problèmes semblables à ceux décrits au point B ci-dessus.

D) Conseils en propriété intellectuelle internes

16. Toutes les grandes entreprises ont des conseillers juridiques internes. Ces conseillers disposent d'informations de référence dont ne disposent pas les conseillers externes et sont par conséquent en mesure de conseiller leurs employeurs sur les possibilités légales qui s'offrent à eux et de les mettre en garde contre les risques juridiques encourus, avec une précision et une confiance que ne pourraient garantir des conseillers externes¹³⁴. Les conseillers internes sont plus en mesure d'encourager ou de mettre en garde leurs employeurs ou leurs clients que les conseillers externes. Par exemple, un conseiller juridique interne responsable des demandes de brevets d'une entreprise peut être conscient, contrairement à un conseiller externe, de la véritable portée d'une réalisation technique, malgré l'impression plus faible que cette réalisation pourrait faire sur une personne qui n'aurait aucune expérience dans le domaine technique concerné; inversement, il peut être au fait de l'état de la technique dans ce domaine, même sans effectuer des recherches, qui rend une invention invoquée

¹³³ L'Australie prend des mesures pour remédier à cette situation.

¹³⁴ Cela ne signifie pas que les conseillers externes ne sont pas essentiels. Par exemple, les conseillers internes dans un pays A font régulièrement appel à des services privés dans un pays B pour déposer des demandes relatives à des brevets, des marques ou des dessins ou modèles industriels dans ce pays ou pour intenter des actions en justice. Aussi, les conseillers internes choisissent fréquemment de mandater des conseillers externes dans des actions en justice.

non brevetable. De la même manière, les conseils en marques internes occupent une position très avantageuse pour établir des contacts avec le monde des affaires et pour comprendre les enjeux du marché.

17. Les entreprises ne choisissent pas d'avoir des conseillers juridiques internes uniquement pour faire d'éventuelles économies, mais car ils constituent la meilleure solution pour certaines tâches. Les entreprises pharmaceutiques, parmi d'autres, sont à un tel point tributaires des brevets pour continuer à exister que leurs conseils en propriété intellectuelle internes jouent un rôle essentiel dans leurs affaires.

18. Dans certains pays (tels que les États-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni et les Pays Bas, par exemple), les conseillers juridiques internes et les conseillers juridiques privés figurent sur les mêmes listes et sont soumis au même règlement disciplinaire. Dans ces pays, les tribunaux permettent aux clients et aux employeurs de conseillers juridiques internes de bénéficier du secret professionnel de la même manière que s'ils avaient recours à des conseillers juridiques externes. Cela vient du fait que le règlement disciplinaire exige d'eux qu'ils soient "indépendants" de leurs employeurs, car ils ont des obligations devant les tribunaux qui prévalent contre leurs devoirs envers leurs employeurs et leurs clients (l'interdiction de mentir à la cour ou aux offices de brevets, même sur demande des clients ou des employeurs, en est un exemple). Parmi les organisations intergouvernementales qui privilégient les communications avec les conseillers internes figure l'Office européen des brevets; cela se justifie par le fait que les conseils en brevets européens sont tous inscrits sur une même liste et soumis au même règlement disciplinaire, qu'ils soient internes ou privés.

19. Cependant, dans certains autres pays (tels que la France et l'Allemagne, par exemple), les conseillers juridiques internes sont inscrits sur des listes différentes ou alors leur indépendance n'est pas présumée. Pour anticiper les recommandations de la CCI énumérées ci-dessous, il ne semble pas nécessaire qu'un traité international dicte la façon dont les pays devraient régir l'exercice de leurs propres professions juridiques. Toutefois, les clients craignent, à raison, que les tribunaux des pays dans lesquels les conseillers internes sont supposés ne pas être indépendants refusent de respecter le secret professionnel vis-à-vis des clients des conseillers internes étrangers qui *sont* reconnus comme étant indépendants par leurs propres juridictions (au même titre que les conseillers juridiques britanniques et américains et les conseils en brevets européens, par exemple)¹³⁵.

¹³⁵ Dans les faits, bien qu'on ne dispose pas de cas concrets, en plus des points (A) à (D) énumérés, il existe un cinquième domaine pouvant poser des problèmes, à savoir (E) l'application des droits au niveau international. Supposons qu'une entreprise se voit attribuer des dommages-intérêts dans un pays A contre une entreprise établie dans un pays B, car cette dernière avait enfreint le brevet de la première entreprise en exportant un produit vers le pays A. Supposons, ensuite, que l'entreprise à l'origine de l'infraction ne possède aucun actif dans le pays A, ce qui signifie que le titulaire du brevet souhaite faire exécuter le jugement dans le pays B. Si la cour du pays B considère que les conseils juridiques couverts par le secret professionnel dans le pays B ont été divulgués au cours de l'action en justice menée dans le pays A, elle peut considérer, en vertu des traités internationaux pertinents, que l'action en justice menée dans le pays A était inique et refuser de faire exécuter le jugement.

VII. Conséquences générales sur le commerce international d'actifs de propriété intellectuelle

20. La propriété intellectuelle sert de fondement à un grand nombre de pratiques commerciales modernes, pratiques qui se développent de plus en plus sur le plan international. Les entreprises souhaitent, dans la mesure du possible, rester éloignées des tribunaux et, pour ce faire, obtenir des conseils juridiques sur des questions liées à la propriété intellectuelle au niveau international. Si, toutefois, ces entreprises doivent tenter des actions en justice pour des questions liées à la propriété intellectuelle, elles souhaitent que les tribunaux se concentrent sur les questions de fond du droit de la propriété intellectuelle.

21. À contrario, dans l'état actuel des choses, les entreprises

i) sont dissuadées d'obtenir des conseils juridiques en matière de propriété intellectuelle auprès d'experts, en particulier par écrit et tout particulièrement dans certaines juridictions,

ii) sont dissuadées d'entamer des actions en contrefaçon légitimes contre des contrevenants dans certaines juridictions,

iii) sont dissuadées de mettre en place des structures de recherche et de développement dans les pays où les communications échangées entre les inventeurs et les conseillers en propriété intellectuelle locaux ne sont pas couvertes par le secret professionnel¹³⁶,

iv) sont dissuadées de faire appel aux conseils en propriété intellectuelle internes alors qu'ils sont plus efficaces et,

v) sont contraintes, lorsque des actions en justice sont menées, de s'embarquer dans des "miniprocès" coûteux sur le secret professionnel qui retardent l'examen des questions essentielles liées aux infractions et à la validité en matière de propriété intellectuelle.

VIII. Recommandations de la CCI

22. Bien que la CCI salue les mesures unilatérales prises par certains États, tels que l'Australie, pour résoudre ces problèmes, elle estime que pour qu'une solution efficace soit trouvée dans un délai raisonnable, les actions doivent être menées sous la direction de l'OMPI. Par conséquent, les recommandations de la CCI sont les suivantes :

i) Un Traité de l'OMPI devrait exiger de chaque État contractant¹³⁷ qu'il précise des catégories de conseillers dont les communications échangées avec les clients sont couvertes par le secret professionnel devant les tribunaux, les offices de propriété intellectuelle et les

¹³⁶ Une des entreprises présentes lors de la conférence citée au paragraphe 1 l'a affirmé publiquement.

¹³⁷ Par souci de simplicité, nous utilisons dans le cas présent le terme "État" sans toutefois perdre de vue que le développement de formules d'accession internationales pourrait également être souhaité, en particulier si un système européen de règlement des différends en matière de brevets venait à voir le jour.

experts nationaux. Dans ces catégories devraient figurer les avocats généralistes locaux et les conseillers spécialisés en propriété intellectuelle locaux dont les activités sont régies par l'État, ainsi que (dans le cas de membres de la CBE) les conseils en brevets européens locaux (à la fois privés et internes).

ii) Dans chaque État contractant, les communications suivantes (ainsi que tout document, matériel et information servant de référence ou lié à ces communications) entre les catégories de conseillers précisées et les clients, devraient être couvertes par le secret professionnel :

“Toute communication relative à une invention, à un dessin ou modèle industriel, à des informations techniques, à un secret d'affaire, à une marque, à une indication géographique, à un nom de domaine, à une œuvre littéraire ou artistique, à une exécution, à un logiciel, à une variété végétale, à une base de données ou à une topographie de semi-conducteurs, ou à toute autre question concernant un plagiat¹³⁸ ou une concurrence déloyale.”

iii) Les tribunaux, offices de propriété intellectuelle et experts de chaque État contractant, sont tenus de respecter le secret professionnel en ce qui concerne les communications, telles qu'elles sont définies ci-dessus au point ii) (ainsi que tout document, matériel et information de référence ou associé) échangées entre les clients et les catégories de conseillers (à la fois privés et internes), précisées au point i) ci-dessus, tel qu'il est appliqué par d'autres États, et dans tous les cas, entre les clients et les conseils en brevets européens (à la fois privés et internes) résidant dans des États membres de la Convention sur le brevet européen.

23. Noter dans la proposition faite par la CCI le statut particulier qui est proposé pour les conseils en brevets européens. Une proportion élevée et croissante de conseillers en propriété intellectuelle des pays membres de la CBE exerce en tant que conseil en brevets européens et possède certainement d'autres compétences nationales locales. Par conséquent, même si les gouvernements des États membres de la CBE ne sont pas entièrement satisfaits de la façon dont l'exercice de la profession de conseils en propriété intellectuelle est régi, et par conséquent ne souhaitent pas apporter de précisions en vertu du point i) ci-dessus, le problème sera en grande partie résolu par la précision des compétences des conseils en brevets européens locaux en vertu du point i), ainsi que par l'exigence concernant les conseils en brevets européens en vertu du point iii).

20. Association latino-américaine des industries pharmaceutiques (ALAIIP)

Structures de soutien pour le système des brevets, paragraphe 254

Les formations dispensées aux ressources humaines devraient être directement liées au niveau de développement des pays qui bénéficient de ces formations. Les informations fournies devraient être de caractère général et suffisamment diversifiées afin que chaque pays puisse disposer des connaissances et des outils nécessaires pour interpréter les règles et les accords internationaux et fixer ses propres critères pour évaluer et délivrer des brevets.

¹³⁸ Le terme de “plagiat” est utilisé par certaines juridictions du common law et renvoie à certains aspects de la concurrence déloyale dans d'autres juridictions.

Ces lignes directrices devraient être suivies à la fois au cours de la formation des examinateurs et dans les programmes de formation pour les juges et les autres acteurs impliqués (universités, sociétés).

Le caractère uniforme de ces règles pourrait s'avérer contraire aux besoins et aux niveaux de développement de nombreux pays.

CHAPITRE VIII. MENACES PESANT SUR L'EFFICACITE DES BREVETS EN TANT QUE FACTEURS D'INCITATION A L'INNOVATION

21. Third World Network (TWN)

Il est écrit dans le rapport de l'OMPI que les problèmes découlant des frictions constatées dans le système des brevets du fait des techniques émergentes seront réglés dans un avenir proche car “[o]n 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”. Mais cela reste une question ouverte car la sécurité juridique offerte par le système des brevets est de plus en plus souvent contestée¹³⁹. En outre, il est erroné d'opter pour une approche uniforme du système des brevets car celle-ci comporte des faiblesses fondamentales dès lors qu'il s'agit d'évaluer le juste degré de facteurs d'incitation nécessaires compte tenu de la nature des techniques, des marchés, de la dynamique de l'innovation, etc. On prévoit que le système des brevets évoluera selon deux axes : l'un protégeant les objets “traditionnels” (chimie, mécanique et autres inventions) et l'autre, les nouveaux objets appelant des mesures d'incitation douces¹⁴⁰. À cet égard, il est louable de trouver dans le rapport de l'OMPI une question très pertinente, à savoir “... ce droit des brevets est-il un mécanisme approprié pour favoriser l'innovation dans un nouveau domaine de technologie spécifique?”

On lit dans le rapport que le recours aux brevets en tant que mécanismes financiers a conduit à l'apparition de “patent trolls” ou “chasseurs de brevets”. Toutefois, le rapport n'examine pas de manière critique ce problème. Il ne dit pas en premier lieu pourquoi les chasseurs de brevets sont apparus – alors qu'il devrait probablement chercher à déterminer s'ils sont apparus en raison d'une dépendance injustifiée à l'égard du système des brevets? Third World Network (TWN). Il existe de plus en plus de preuves à l'appui du fait que les chasseurs de brevets entravent l'innovation et la concurrence et qu'ils constituent donc l'antithèse de la prospérité tout en étant à l'origine d'une mauvaise utilisation des ressources¹⁴¹. Même la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, dans une décision récente,

¹³⁹ Bessen and Meurer, *Patent Failure: How Judges, Bureaucrats and Lawyers put Innovators at Risk*. Princeton University Press (2008).

¹⁴⁰ Voir Office européen des brevets, *Scénarios pour l'avenir* (2007).

¹⁴¹ Magliocca, *Blackberries and Barnyards: Patent Trolls and the Perils of Innovation*, *Notre Dame Law Review* (2007). Consultable à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921252#

s'est prononcée avec véhémence contre le fonctionnement des chasseurs de brevets¹⁴². On a en outre constaté que ces chasseurs de brevets faisaient la course au “mieux-disant judiciaire” afin d’obtenir les jugements les plus favorables des tribunaux nationaux spécialisés¹⁴³.

Même si le rapport mentionne les procédures en matière de brevets comme l’une des menaces pesant sur l’efficacité réelle ou imaginaire du système des brevets, il suppose que c’est un résultat logique de ce système. Il omet de poser les questions essentielles à propos de la perte d’efficacité due au type de procès et aux procès guidés par l’opportunisme et les visées monopolistiques en matière de brevets¹⁴⁴. Certaines actions en justice auraient pu être évitées si l’éventail des objets à protéger, tels les logiciels ou les méthodes commerciales, dans le cadre du système des brevets avait été réduit. L’accumulation de brevets débouche sur la tragédie des anti-communs sur de nombreux marchés techniques, essentiellement pour les inventions biotechniques. Si la concession de licences réciproques et la communauté de brevets constituent des mesures “après coup” pour parvenir à des solutions, les mesures prises à l’avance peuvent comprendre l’utilisation d’éléments de flexibilité avant la reconnaissance d’un droit sous la forme de critères de brevetabilité plus élevés et de l’exclusion de certains objets du système des brevets – ce que le rapport ne prend pas en considération. Par conséquent, pour être plus efficaces, les solutions aux problèmes posés par l’accumulation de brevets devraient simplement privilégier la mise en place, avant la délivrance des droits, de seuils pour les brevets.

CHAPITRE IX. L’INCITATION A L’INNOVATION DANS LE CADRE DES OBJECTIFS DE LA POLITIQUE DES POUVOIRS PUBLICS

22. Canada

Paragraphe 293, dernière phrase concernant les “projets pilotes” : le rapport mentionne des projets pilotes entrepris par l’OMPI, en collaboration avec l’OMS, dans le domaine de la santé publique. Est-ce que le bureau pourrait évoquer plus amplement cette initiative et, si possible, fournir un lien vers ces travaux ou davantage d’informations sur ce projet?

b) *Diversité biologique et savoirs traditionnels*

D’une manière générale, le Canada suggère l’utilisation de l’expression “**loyal(e) et équitable**” lorsque l’expression “partage équitable des avantages” apparaît car cela est conforme à l’esprit de la CDB (par exemple, dans le paragraphe 295 à la page 90 : “et le partage **loyal** et équitable des avantages découlant de **l’utilisation des ressources génétiques**” dans la deuxième ligne ainsi que “le partage **loyal** et équitable des avantages” dans l’ensemble du paragraphe).

¹⁴² *eBay Inc c. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006).

¹⁴³ Voir Techdirt, Why Patent Trolls Worldwide Love Marshall – Texas, consultable à l’adresse : <http://www.techdirt.com/articles/20060203/0332207.shtml>

¹⁴⁴ Meurer, Controlling Opportunistic and Anticompetitive Intellectual Property Litigation, Boston College Law Review (2003), consultable à l’adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=361760

Paragraphe 294, premier tiret : en ce qui concerne les “définitions juridiques”, est-ce que le Bureau pourrait préciser à quelles définitions il se réfère? (La définition des ressources génétiques figurant dans la CDB? La définition de la matière brevetable?) Le Canada serait reconnaissant s’il pouvait obtenir davantage d’explications sur l’objet de ce tiret.

Paragraphe 294, deuxième tiret : le système des brevets est conçu pour ne récompenser que les innovations nouvelles et non évidentes et non les savoirs déjà tombés dans le domaine public. Si les procédures judiciaires ayant trait aux brevets ne peuvent pas garantir des brevets sans défaut, il existe plusieurs mécanismes permettant de contester la validité de brevets délivrés à tort (par exemple, le réexamen, l’opposition, la contestation judiciaire). Les propositions visant à créer des bases de données pour les savoirs traditionnels ont pour objet de grandement réduire les risques de délivrance de brevets par antériorité en fournissant aux examinateurs de demandes de brevet des sources supplémentaires pour déterminer l’état de la technique éventuel.

Paragraphe 297 : s’il existe certaines propositions exhaustives “d’exigence de divulgation”, on ne trouve aucune mention d’autres propositions soumises auprès de différentes instances internationales pour traiter de la question des ressources génétiques, de l’accès et du partage des avantages, ni non plus de propositions en faveur de la création d’une base de données sur les ressources génétiques pour faciliter les recherches sur l’état de la technique des examinateurs de demandes de brevet, l’utilisation de contrats entre utilisateurs et fournisseurs de ressources génétiques et les accords de transfert de matériel.

Paragraphe 296 : le terme “savoirs traditionnels” est un terme technique pouvant recouvrir un large éventail de sujets. Les travaux de l’OMPI mettent en évidence le fait qu’il n’y a pas de définition des savoirs traditionnels approuvée au niveau international. L’absence d’un accord net sur ce que l’on entend par l’expression “savoirs traditionnels” soulève un grand nombre de questions potentielles. Par exemple, lorsque le document examine les liens éventuels entre la reconnaissance ou l’exercice de droits de brevet sur des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes, établit-il aussi un lien avec les expressions culturelles traditionnelles, dont celles qui peuvent être déjà protégées par la législation sur le droit d’auteur?

c) *Éthique*

Paragraphe 302, deuxième tiret : on y trouve une analogie entre le consentement préalable donné en connaissance de cause pour les aspects humains de la bioéthique et le consentement préalable donné en connaissance de cause conformément à l’article 15.5) de la Convention sur la diversité biologique, lequel renvoie au consentement des Parties contractantes de la CDB. Les deux semblent très différents étant donné que l’obligation de consentement préalable donné en connaissance de cause aux termes de la CDB ne concerne pas les particuliers mais plutôt les pays.

23. Association latino-américaine des industries pharmaceutiques (ALIFAR)

L’incitation à l’innovation dans le cadre des objectifs de la politique des pouvoirs publics (paragraphe 286)

Les débats sur les incidences de la protection de la propriété intellectuelle sur l’accès aux soins de santé menés à l’Organisation mondiale de la santé (OMS), ainsi qu’à la lumière de la Décision du 30 août 2003 de l’OMC et du Plan d’action pour le développement

préconisé par un groupe de pays, montrent les problèmes que pose la propriété intellectuelle dans certains domaines techniques sensibles. Les soins de santé semblent constituer le domaine où l'utilisation des éléments de flexibilité à disposition est le plus nécessaire en lieu et place de règles d'harmonisation qui impliqueraient de nouvelles normes plus rigoureuses dans l'intérêt des titulaires de droits et qui pourraient avoir une incidence sur l'accès aux soins de santé dans certains pays.

24. Third World Network (TWN)

Le rapport de l'OMPI est inopérant et absurde lorsqu'il dénombre les conflits entre le système de propriété intellectuelle et les questions d'intérêt public et les tensions dues au système des brevets (que les pays en développement ont dû adopter à cause de l'Accord sur les ADPIC) et à l'incidence de celui-ci sur les objectifs des pouvoirs publics dans les domaines de la santé, des savoirs, de la biodiversité, de l'agriculture, etc.

Par exemple, à propos du domaine de la santé, il ignore les questions visant à déterminer pourquoi les répercussions de la prévoyance sociale sur le système des brevets font l'objet d'un examen critique des plus approfondis dans le domaine de la santé publique. Il ne mentionne pas le coût élevé des médicaments que doivent supporter les patients à cause du système des brevets (harmonisé dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC); par exemple, les médicaments de marque visant à traiter le VIH/SIDA coûtent 10 000 dollars É.-U. par personne et par année, c'est-à-dire qu'ils sont hors de portée de la plupart des patients. Ce n'est qu'après l'apparition sur le marché de médicaments génériques provenant de l'Inde (qui a pu en fabriquer car il n'y avait pas de protection par brevet) que le prix des médicaments a chuté pour se situer à environ 350 dollars É.-U. par personne et par année. De plus en plus de concurrents pénétrant le marché, le prix des médicaments contre le VIH/SIDA a chuté pour se situer à environ 200 dollars É.-U. Il est résulté de cette concurrence que les entreprises productrices de médicaments de marque ont aussi baissé le prix de leurs médicaments. L'existence de médicaments génériques est l'une des raisons pour lesquelles le nombre de patients traités a augmenté. Bien entendu, la question du coût élevé des médicaments s'applique aujourd'hui aux traitements antirétroviraux de deuxième ou troisième intention, aux médicaments contre le cancer et le diabète et contre d'autres maladies.

Le rapport ne mentionne pas non plus les pressions exercées sur les gouvernements de pays en développement, ni sur les entreprises de ces pays qui souhaitent faire usage des éléments de flexibilité à disposition. Bien entendu, cela remet en question toute la raison d'être du système des brevets puisque les mesures valables visant à améliorer l'accès sont systématiquement rejetées lorsqu'il s'agit des pays en développement. Ces pressions et ces tensions sur l'accessibilité économique des médicaments, qui résultent des brevets en vigueur dans les pays en développement, ont finalement conduit à l'adoption de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique. Mais, une fois de plus, le rapport passe sous silence l'existence de cette déclaration politique novatrice des membres de l'OMC.

Même lorsque le rapport mentionne la Décision d'août 2003 (et l'amendement à l'Accord sur les ADPIC), il n'accorde aucune attention aux frictions initiales, ni aux éventuels compromis qui ont permis de parvenir à cette décision. Le rapport passe aussi outre les

nombreuses questions soulevées quant à l'efficacité de la Décision d'août 2003 (et de l'amendement à l'Accord sur les ADPIC) aux fins de la fourniture d'un accès rapide aux médicaments économiquement accessibles aux pays en développement¹⁴⁵.

Le rapport de l'OMPI ne mentionne pas non plus l'utilisation d'éléments de flexibilité tels que les licences obligatoires pour les pays en développement, leurs répercussions positives sur la promotion de l'accès (malgré l'existence de certaines preuves)¹⁴⁶ et les réactions des pays développés¹⁴⁷.

Enfin, dans le domaine de la santé, il y a aussi le problème que pose le système des brevets dans la mesure où il constitue uniquement une mesure d'incitation à la recherche sur les problèmes de santé des pays développés alors que les besoins en recherche-développement des pays en développement sont ignorés, ce qui donne un écart de 10/90. Une fois de plus, cette question n'est pas explicitement traitée dans les paragraphes 291 à 293.

Dans les paragraphes 294 à 302, la question de la brevetabilité des résultats de la recherche dans le domaine des sciences de la vie ainsi que des ressources génétiques (y compris les plantes et les animaux) est ramenée à une question d'éthique et d'adaptation des différents systèmes de valeurs. Les considérations économiques et sociales posées par la brevetabilité de formes vivantes, notamment pour les pays en développement, ne sont pas examinées alors qu'il existe de nombreux éléments d'information sur cette question¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Voir le document de Médecins Sans Frontières intitulé "The WTO Decision on Compulsory Licensing: Does it Enable Import of Medicines for Developing countries with Grave Public Health Problems?" (2008), consultable à l'adresse http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/Arbetsomr%C3%A5den/WTO/Handel%20och%20kydd%20f%C3%B6r%20immateriella%20r%C3%A4ttigheter%20-%20TRIPS/Rapport%20The_WTO_decision_on_compulsory_licensing.pdf

¹⁴⁶ Voir, par exemple, Khor, M., "Malaysia's Experience in Increasing Access to Antiretroviral Drugs: Exercising the 'Government Use' Option", Intellectual Property Rights Series No. 9, consultable à l'adresse http://www.twinside.org.sg/IP_IPRS.htm; Khor, Martin., "Patents, Compulsory license and Access to medicines (février 2007), consultable à l'adresse <http://www.twinside.org.sg/pos.htm>; Oh, Cecilia, & Musungu, Sisule, "The use of flexibilities in TRIPS by developing countries: can they promote access to medicines?" consultable à l'adresse <http://www.who.int/intellectualproperty/studies/en/>; KEI Research Note 2007:2 on "Recent examples of the use of compulsory licenses on patents" consultable à l'adresse www.keionline.org; voir aussi le Ministère de la santé publique et l'Office national de la sécurité alimentaire de la Thaïlande (février 2008), "The 10 burning questions regarding the Government Use of Patents on the four anti-cancer drugs in Thailand", consultable à l'adresse <http://eng.moph.go.th/>, le Ministère de la santé publique et l'Office national de la sécurité alimentaire de la Thaïlande (février 2007), "Facts and Evidences on the 10 Burning Issues Related to the Government Use of Patents on Three Patented Essential Drugs in Thailand", consultable à l'adresse <http://eng.moph.go.th>

¹⁴⁷ Voir aussi les menaces du commissaire européen en ce qui concerne la question de la concession de licences obligatoires par la Thaïlande et les pressions exercées par les États-Unis d'Amérique. Voir <http://www.twinside.org.sg/title2/health.info/2008/twnhealthinfo20080402.htm>; voir aussi <http://www.cptech.org/ip/health/cl/recent-examples.html#Brazil>

¹⁴⁸ Voir, par exemple, ActionAid (1999), "Crops and Robbers: Biopiracy and the Patenting of Staple Food Crops"; Centre for Food Safety (2005), rapport sur "Monsanto vs US Farmers"; ETC Group, (octobre 2007), "The World's Top 10 Seed Companies – 2006", www.etcgroup.org; ETC Group, (mai-juin 2008) par l'ETC Group (Action Group on Erosion,

De nombreuses études mettent en évidence le nombre infini de revendications de brevet (certaines d'entre elles extraordinairement vastes) sur les semences, les gènes, les plantes, les protéines et d'autres formes de vie¹⁴⁹. Selon une étude d'ActionAid¹⁵⁰, les techniques visant à décoder et à identifier les meilleurs gènes végétaux se développent rapidement et l'industrie biotechnologique fait la course pour établir la cartographie des génomes des aliments de base dans le monde en vue de faire breveter les gènes essentiels les plus intéressants. On peut aussi lire dans cette étude ce qui suit : "Seuls 10% des semences sont achetées dans le commerce par les pays en développement et de nombreux agriculteurs, pauvres, n'achètent des semences qu'une fois tous les cinq ans ... Nous sommes convaincus que le droit aux moyens de subsistance – un droit de l'homme fondamental – est menacé par les brevets sur la vie dans l'alimentation et l'agriculture. Notre analyse est que ces brevets constituent une menace aux moyens de subsistance des agriculteurs et à la sécurité alimentaire mondiale. Ils peuvent restreindre l'accès des agriculteurs aux semences à un prix abordable, réduire les efforts de création variétale des pouvoirs publics, accroître la perte de la diversité génétique et empêcher des formes traditionnelles de partage des semences et des plantes."

Dans certains pays, les agriculteurs sont déjà poursuivis pour violation alléguée de droits de propriété intellectuelle. Une étude du Center for Food Safety¹⁵¹ montre comment les agriculteurs américains sont influencés par les actions en justice découlant de l'utilisation (parfois non intentionnelle) de semences génétiquement modifiées brevetées, produites par Monsanto. Le rapport fait observer que, au moment où il a été rédigé, Monsanto avait poursuivi en justice 147 agriculteurs américains pour utilisation de semences génétiquement modifiées et que l'entreprise employait 75 personnes pour uniquement mener des enquêtes et poursuivre les agriculteurs. Selon les statistiques de l'époque, Monsanto a touché plus de 15 millions de dollars É.-U. à la suite de jugements en sa faveur et a encaissé le paiement unique le plus important, versé par un seul agriculteur, à savoir 3 052 800 dollars É.-U. Cette tendance constatée dans les pays développés peut apparaître dans les pays en développement.

Il est aussi intéressant de noter que le début du XXI^e siècle a été marqué par un accroissement sensible de la domination de l'industrie des semences en raison de diverses fusions et acquisitions. Selon un rapport de l'ETC Group, en octobre 2007¹⁵², environ 57% du marché mondial des semences commerciales, dont la valeur était estimée à 13 014 millions de dollars É.-U., étaient détenus par 10 multinationales. Le rapport indique que la part de marché des 10 premières entreprises de semences est encore plus importante, puisqu'elle s'élève à 66% compte tenu du marché des semences de marque (c'est-à-dire des semences commerciales protégées par une marque, donc objet de propriété intellectuelle). En réalité, les quatre premières entreprises représentent plus de la moitié (51%) du total du marché des semences de marque.

[Suite de la note de la page précédente]

Technology and Concentration) sur "Patenting the "Climate Genes" And Capturing the Climate Agenda", www.etcgroup.org; voir aussi <http://www.no-patents-on-seeds.org/>

149

ibid.

150

ActionAid (1999), "Crops and Robbers: Biopiracy and the Patenting of Staple Food Crops".

151

Center for Food Safety (2005), rapport sur "Monsanto vs US Farmers".

152

ETC Group, (octobre 2007), "The World's Top 10 Seed Companies - 2006", www.etcgroup.org

En ce qui concerne les technologies climatiques, il convient de noter qu'un rapport récent de l'ETC Group¹⁵³ relève que les plus grandes entreprises de semences et entreprises agrochimiques du monde revendiquent des brevets sur des gènes de plantes pouvant faire face aux stress environnementaux tels que la sécheresse, la chaleur, le froid, les inondations, etc. Il y a environ 532 documents de brevet relatifs à des gènes d'adaptation au climat déposés auprès d'offices de brevets du monde entier par des entreprises. Selon le rapport, les cinq joueurs majeurs, surnommés "Gene Giants", revendiquent des brevets sur des gènes concernés par les stress environnementaux – pas ceux qui se trouvent uniquement dans une espèce végétale unique génétiquement modifiée – ainsi que sur une séquence génétique en grande partie analogue dans presque toutes les plantes alimentaires génétiquement modifiées. On y lit aussi que ces techniques commercialisées sous une marque déposée serviront au final à concentrer le pouvoir des entreprises, à faire augmenter les coûts, à entraver la recherche indépendante et à porter un peu plus atteinte aux droits des agriculteurs de conserver et d'échanger des semences.

Les questions de brevetabilité des résultats de la recherche dans le domaine des sciences de la vie et des ressources génétiques doivent être examinées à la lumière de ces répercussions, pour les pays en développement, sur l'accès à ces ressources lorsqu'il s'agit d'atteindre les objectifs des pouvoirs publics tels que le droit à l'alimentation, l'accès aux techniques de l'environnement, l'accès aux semences, aux variétés végétales et aux variétés animales, etc. Cette question devrait aussi être traitée compte tenu des répercussions de la tendance actuelle aux fusions, qui entraîne une appropriation plus importante du portefeuille des brevets par les nouvelles multinationales.

À cet égard, le rapport de l'OMPI doit aussi mentionner l'examen de l'article 27.3.b) ainsi que les propositions pertinentes et les documents de l'OMC sur cette question.

CHAPITRE X. PREOCCUPATIONS RELATIVES AU DEVELOPPEMENT

25. Canada

Paragraphe 305 : le Plan d'action pour le développement comprend 45 recommandations; est-ce que le Bureau international considère que la création du CDIP constitue une recommandation?

Paragraphe 311 : dernière phrase concernant le système international des brevets : alors que le débat fait rage à propos de la question de savoir si le système international des brevets doit être utilisé à l'appui des objectifs de la CDB, ce paragraphe part du principe qu'il existe un lien entre le système des brevets et la biodiversité et que l'utilisation du système des brevets est nécessaire.

Paragraphe 315 : le Canada est quelque peu préoccupé par la phrase suivante : "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"; cette phrase suggère qu'il y a actuellement une incompatibilité entre le système international

¹⁵³ ETC Group, (mai-juin 2008) par l'ETC Group (Action Group on Erosion, Technology and Concentration) sur "Patenting the "Climate Genes" And Capturing the Climate Agenda", www.etcgroup.org

des brevets et les objectifs de politique nationale. Il serait plus approprié d'énoncer ce qui suit : "La première question consiste à savoir si le système international des brevets actuel, ou un futur système, pourrait être considéré comme incompatible avec les objectifs nationaux de politique générale."

26. Third World Network (TWN)

Dans le paragraphe 306, on peut lire ce qui suit : "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'investissement privés" et "[l]e système international des brevets vise à atteindre ou du moins à faciliter la réalisation de ces objectifs au niveau international".

Parmi les observations sur le chapitre II, plusieurs concernent le système des brevets et son lien avec le transfert de technologie et les flux d'investissement. Le rapport de l'OMPI doit tenir compte de ces observations et éviter de faire des déclarations absolues comme celles qui figurent dans le paragraphe 306. Il ne s'agit pas uniquement des craintes concernant le fait que le système international des brevets aille à l'encontre du développement national, il s'agit du lien entre les brevets, le transfert de technologie et le développement dans les pays en développement ainsi que les flux d'investissement vers les pays en développement qui est faible. Si on souhaitait mieux comprendre le développement économique des pays nouvellement industrialisés, on constaterait sans nul doute que l'absence de protection par brevet a joué un rôle fondamental dans leur mise à niveau technique.

Dans les paragraphes 307 et 308, on part du principe que les pays en développement ont les capacités novatrices de se mobiliser et que les entreprises de ces pays se précipiteront pour revendiquer des brevets si l'information sur les brevets est à disposition et que le montant des coûts est réduit. Bien entendu, les fondements de cette hypothèse ne sont pas clairs. Mais ce que nul n'ignore est que la plupart des pays en développement ne disposent pas des systèmes d'innovation des pays développés pour pouvoir exploiter le système des brevets (voir les observations sur les chapitres II et III).

Dans le paragraphe 309, la valeur de l'ingénierie inverse, imitation permettant de rattraper le retard technique et de parvenir au développement industriel, n'est pas reconnue bien qu'elle soit utilisée avec succès par les pays nouvellement industrialisés. Pour tirer parti de l'ingénierie inverse, un pays doit être très précautionneux quant au type de brevets qu'il délivre. Des critères de brevetabilité mal définis permettent de breveter davantage de techniques dans le pays et donc d'exclure la possibilité d'ingénierie inverse. Voir aussi les observations sur le chapitre IV.

À propos du paragraphe 315, on part du principe que la Décision du 30 août 2003 sera efficace pour fournir un accès rapide aux médicaments. Une fois encore, le rapport de l'OMPI ignore toutes les frictions et tensions ainsi que tous les débats qui ont eu lieu et qui continuent d'avoir lieu à propos de la Décision du 30 août 2003 (et de l'amendement ultérieur à l'Accord sur les ADPIC). Il est incontestablement trop tôt pour affirmer, comme le fait le rapport de l'OMPI, qu'un "forum multilatéral" peut se prononcer sur les questions d'intérêt public. Les paris sont toujours ouverts à propos du protocole portant amendement de l'Accord sur les ADPIC (qui, soit dit en passant, n'est toujours pas en vigueur).

En réalité, il existe beaucoup de preuves à l'appui du contraire. Par exemple, malgré la réaffirmation figurant dans la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, les pays développés qui font partie du forum multilatéral et de ses industries continuent de persécuter les pays en développement et de menacer ces derniers de prendre des sanctions à l'encontre de ceux qui feraient usage des éléments de flexibilité tels que la licence obligatoire, même lorsqu'il s'agit de sauver la vie des patients dans des pays en développement.

[Fin de l'annexe III et du document]