Option 1 : des brevets

Entreprises et Etats ont recours au brevet en tant qu'outil juridique et économique pour soutenir l'innovation. Un cadre où le politique se fait entendre.

Quel droits ?

Traditionnellement, on distingue deux grandes catégories de droit de propriété intellectuelle :

❶ Le droit d'auteur et les droits connexes sur les œuvres littéraires, musicales, artistiques, photographiques et audiovisuelles.

❷ La propriété industrielle sur les marques de fabrique, les indications géographiques, les dessins et modèles, les schémas de circuits intégrés, les inventions couvertes par secrets, licences contractuelles et les brevets. Le brevet relève donc de la propriété industrielle.

Jusqu'à la fin du XIX^{e} siècle, l'alimentation, les produits pharmaceutiques, le vivant et l'armement n'étaient pas considérés comme des produits industriels et n'étaient pas brevetables →fiche 2. Les variétés végétales et les races animales sont aujourd'hui encore considérées comme non brevetables →fiche 5.

Les premiers brevets en pharmacie ont été accordés aux Etats-Unis en 1950 et en France en 1958. Dans les pays en développement, les exclusions portant sur les produits pharmaceutiques ont été maintenues, notamment en Argentine et en Inde, jusqu'à ce que les règles de l'OMC les contraignent à mettre en place une législation nationale de dépôt de brevets pour les procédés biotechnologiques →fiche 3.

Le brevet confère à son titulaire le droit d'interdire aux tiers l'exploitation ou la copie d'une invention. Le brevet donne un monopole exclusif d'exploitation temporaire, mais non un droit à l'exploitation. La délivrance d'un brevet ne préjuge pas de la nécessité de respecter des règles éthiques ou sanitaires. Ainsi, une plante transgénique peut être brevetée, sans pouvoir être commercialisée ou diffusée en raison des règles sur la non-dissémination d'OGM dans l'environnement. De même, la technologie GURT, dite Terminator, fait l'objet de différents brevets, pris par des organismes publics ou privés, mais ce procédé n'a pas franchi les étapes nécessaires à la commercialisation.

Vous avez dit « propriétaire » ?

Le brevet appartient à celui qui l'a obtenu, en fonction des règles du pays où il a été accordé. Selon que l'on a affaire à un inventeur indépendant, à un salarié ou à une entreprise qui a passé une commande ou établi un contrat, le titulaire du brevet ne sera pas le même. Les lois n'imposent pas que celui qui obtient le brevet soit nécessairement l'auteur de l'invention.

Afin de clarifier les droits de chacun sur l'invention brevetée, le financeur, le salarié, le laboratoire privé ou public engagés dans l'innovation devront préciser les relations qui les unissent, soit par des clauses de communication de savoir-faire, soit par des clauses d'autorisation indépendantes d'exploitation des résultats ou encore par des clauses d'exclusivité. A défaut, il sera difficile pour celui qui aura omis de faire préciser ses droits d'agir à l'encontre du déposant du brevet, présumé propriétaire de l'invention, et les tribunaux se prononcent au cas par cas.

Le brevet

Trois conditions :

❶ nouveauté : une invention doit dépasser l'état actuel de la technique et des connaissances,

❷ inventivité : l'invention ne doit pas être évidente pour l'homme de métier,

❸ application industrielle : le produit obtenu est de type industriel.

Seul le titulaire peut procéder à la commercialisation du ou des produits objets de brevet. Les efforts de recherche sont ainsi reconnus, protégés et rémunérés, via les ventes de produits élaborés à partir d'une invention.

Durée : 20 ans

Portée : Il n'est valable que dans les territoires où il a été déposé.

Passé le délai de protection, le brevet tombe dans le domaine public et l'innovation peut être utilisée par quiconque. L'accès et la transmission au public se fait par le dépôt.

Des offices sous pression

Dans un contexte de dépôt intensif de brevets et de rapides mutations techniques, les offices souffrent d'une certaine saturation. Les listes d'attente s'allongent. En 1993, 1 000 brevets attendaient les avis des offices américains et européens. En 2000, 16 000 demandes supplémentaires pour les séquences de gènes et 30 000 demandes en chimie organique ont été déposées auprès du seul bureau national américain de brevets. En 1999, l'OEB a traité plus de 120 000 demandes de brevet. L'OEB, l'Office japonais des brevets et l'Office des brevets et des marques américain gèrent plus de 80 % des demandes de brevets déposées dans le monde.

Des institutions territorialisées

Internationales. Au niveau mondial, il n'existe pas d'autorité administrative de délivrance des brevets. La convention d'Union pour la protection de la propriété industrielle, signée en 1883 à Paris, connue comme la convention de Paris, assure la coordination des droits. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), instituée par la convention de Stockholm du 14 juillet 1967, a une parenté lointaine avec le bureau de la Convention de Paris. Cette institution spécialisée du système des Nations unies a une fonction administrative (gestion des différentes conventions internationales relatives à la propriété intellectuelle, etc.) et une fonction politique (incitation à promouvoir la protection internationale de la propriété intellectuelle). C'est au titre de cette fonction politique, que l'OMPI participe depuis peu aux travaux sur la question de la biodiversité. Depuis, octobre 2000, un comité intergouvernemental, chargé d'examiner les questions de propriété intellectuelle relatives aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, s'est constitué. L'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) joue aussi un rôle majeur pour que se développent des offices nationaux de propriété intellectuelle et des législations de conformité avec les autres formes de droits de propriété, comme ceux de l'UPOV, dans les pays africains. Quant aux accords ADPIC, ils fixent des règles contraignantes pour l'homogénéisation des législations nationales en matière de propriété intellectuelle en liant droits de propriété et commerce ⇢ fiche 3.

Nationales. Le pouvoir de délivrance de brevet et de création de droits appartient aux autorités nationales. La personnalité juridique des instituts nationaux de propriété intellectuelle (INPI) leur permet de proposer des projets de lois et de travailler à leur mise en œuvre. Les décisions de délivrance ou de déchéance d'un brevet leur appartiennent et sont justiciables de recours devant les cours d'appel. Les offices nationaux ont donc un pouvoir territorial. Si certains sont de simples boîtes d'enregistrement, comme en Inde, d'autres sont les autorités nationales compétentes pour juger du pouvoir inventif de l'homme.

Spécificité européenne

Au niveau régional, il existe une autorité européenne susceptible d'exercer un pouvoir territorial dépassant celui des nations. L'Office européen des brevets (OEB) a le pouvoir de délivrer des brevets pour tous les pays européens.

L'OEB peut aussi fournir des avis techniques (recherche d'antériorités, études, mise à disposition d'informations, etc.) et développer une jurisprudence au travers des décisions de ses divisions et de ses chambres de recours. En juin 1999, le conseil d'administration de l'OEB a décidé de se conformer à la directive sur la protection des inventions biotechnologiques (98/44 CE), alors que rien ne l'y obligeait - cette organisation relevant du droit international et non du droit communautaire. En conséquence, l'OEB accepte de délivrer un brevet européen sur des séquences génétiques humaines, suivant les dispositions du deuxième alinéa de l'article 5 de la directive européenne sur la protection des inventions biotechnologiques. En clair, un élément du corps humain constitue une « matière biologique » susceptible d'obtenir la protection par brevet selon l'OEB et la directive 98/44.

Pratiquement, si l'OEB délivre un brevet européen sur une séquence partielle du gène humain, la marge de manœuvre des tribunaux nationaux dépendra de leur capacité d'interprétation des différentes dispositions. Ainsi, dans le contexte européen, pour prouver qu'un brevet n'est pas applicable en vertu de la loi française prohibant les brevets sur le corps humain, il faudra que les tribunaux nationaux fournissent une nouvelle perspective interprétative. Si les arguments ne sont pas suffisants, les autorités nationales devront appliquer les dispositions de la convention sur la délivrance de brevets européens et de son règlement d'exécution, et non le droit national.

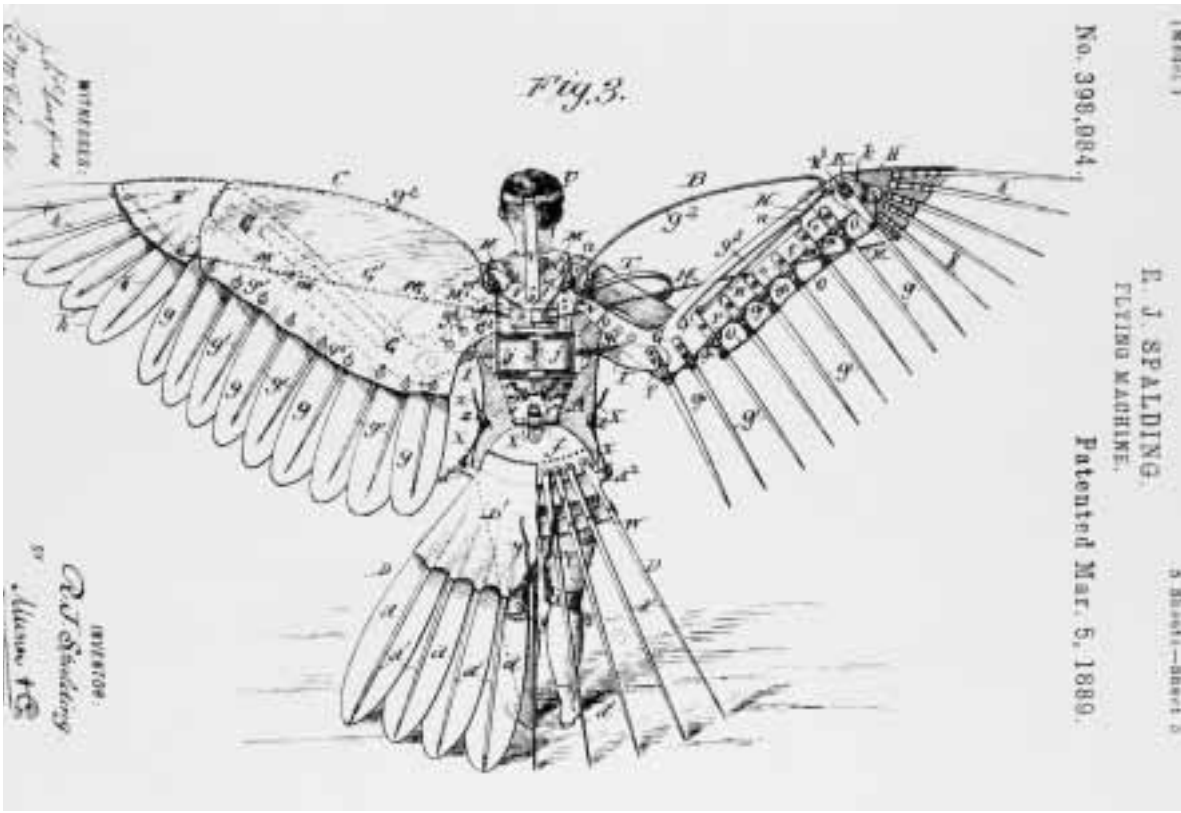
Autonomie et légitimité

Le conseil d'administration de l'Office européen des brevets (OEB) nomme les juges des chambres d'examen, sur proposition du Président. Le manque de séparation nette entre les chambres de recours technique et la Grande Chambre de recours confère à cette organisation un rôle central non contrôlé par des pouvoirs extérieurs. Cette structure, tournée sur elle-même, génère des règles et des normes internationales sans réels contre-pouvoirs.

L'autonomie d'administrations dotées de pouvoirs d'exécution est une pratique répandue aux Etats-Unis, où les responsables des législations sur le brevet sont directement sponsorisés par les firmes pharmaceutiques. Les sénateurs de l'Ohio et du Connecticut, qui plaident pour la législation du brevet, figurent parmi les personnalités qui ont le plus bénéficié des soutiens des firmes.

Le modèle américano-européen

Pour que la recherche fondamentale ne fuie pas aux Etats-Unis et que le potentiel d'innovation européen se développe, mais aussi pour que l'innovation américaine trouve un débouché sur les marchés solvables, les gouvernements européens ont cherché à harmoniser les régimes de protection des inventions biotechnologiques avec ceux des Etats-Unis. Un premier projet de directive sur la protection des inventions biotechnologiques, reconnaissant la brevetabilité du vivant, a été rendu public en 1988. Les débats sur la dignité humaine et sur l'exclusion de la brevetabilité des « éléments du corps humain en tant que tels » ont suscité de nombreux amendements et le rejet du texte par les parlementaires européens, en 1995. Le texte sera finalement voté, dans une autre version, en 1998, sous la pression des firmes pharmaceutiques et des associations de malades. La directive est en cours de transposition dans les différents pays membres. La Grèce, la Grande Bretagne, l'Irlande, le Danemark et la Finlande l'ont déjà transposé.



© CORBIS

Autorité nationale ?

La marge de manœuvre dont disposent les Etats repose donc en dernier recours sur la compétence de leur autorité administrative nationale. Dans le passé, ces chaînes de décision ont entraîné, dans d'autres domaines, des litiges d'interprétation entre la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et le Conseil d'Etat, en France par exemple. Ainsi, dans le cas du moratoire sur le maïs transgénique, les choix de préférence nationale se sont heurtés à des expertises administratives communautaires (1999). Autre cas : la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) s'est prononcée dans les années 80 pour favoriser le principe de libre circulation des marchandises, plutôt que du monopole territorial d'un brevet. Autrement dit, un même produit protégé par deux brevets nationaux parallèles, peut licitement pénétrer les marchés. Le titulaire du brevet national n'a plus de consentement à donner.

On perçoit l'émergence de chaînes de décision de plus en plus complexes et un subtil affrontement entre les organes juridictionnels. La montée en puissance d'autorités administratives larges, à vocation principalement technique et dépourvues de légitimité politique, modifie l'équilibre des choix publics. Ce qui est vrai de l'OEB, l'est évidemment pour l'OMC : les jugements de tribunaux nationaux voient leur portée infléchie par les décisions des panels, d'autant plus que cette institution internationale est dotée d'un système de sanction efficace, rendant les droits effectifs. Ce nouvel échelon du droit international public, peut modifier les décisions d'un tribunal national, comme dans le cas du panel qui oppose les Etats-Unis et l'Europe sur la protection de la marque Havana Club. L'entreprise Pernod-Ricard avait demandé, sans succès, d'enregistrer la marque auprès des autorités américaines. Pour obtenir la protection de sa marque, l'Union européenne a pris le relais via l'OMC. La décision de l'organe d'appel de décembre 2001 affirme que les marques sont incluses dans les compétences de l'OMC et que les Etats-Unis doivent offrir la même protection aux entreprises étrangères qu'aux entreprises nationales. Le litige n'est pas encore tranché, mais si la décision et l'ordre de l'OMC sont confirmés, la loi américaine devra être modifiée.

Controverses européennes

Les Pays-Bas, soutenus par la Norvège et l'Italie, ont cherché à faire annuler la directive de 1998 auprès de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Ils ont fait valoir le principe de sécurité juridique du fait de l'utilisation de termes équivoques. Par exemple, une modification génétique d'une variété végétale déterminée n'est pas brevetable, mais une modification d'une portée plus importante, portant sur une espèce, comme une souris, peut l'être.

L'arrêt de la Cour d'octobre 2001 a rejeté la requête dans son ensemble et condamné les Pays-Bas, l'Italie et la Norvège. Sans s'encombrer des définitions sur la fonction du gène, qui pour les scientifiques posent problèmes →fiche 2, les juges notent que l'on peut breveter depuis longtemps des produits naturels si une application concrète existe. La priorité est donc donnée aux applications et au marché.

Cette vision n'est pas partagée par tous les pays. La France a décidé en 2001 de transposer partiellement la directive en supprimant l'article 5 en cause. L'Allemagne, qui rejette le droit d'obtenir un brevet sur le gène ou les séquences de gènes, hésite également à transposer partiellement la directive.

Utiliser la théorie

Le droit des brevets prévoit deux grandes limites à leur portée.

❶ *Une limite temporelle.* La durée normale d'un brevet d'invention est de 20 ans dans les pays à haute technologie. Certains pays comme l'Equateur, la Colombie, le Pérou ou l'Inde ont des durées de protection plus courtes, oscillant de cinq à dix ans. Cependant la durée de vingt ans a également été retenue dans les accords spécifiques de l'ADPIC. Cette durée devient donc une norme internationale disqualifiant les autres formes de protection. En France par exemple, les certificats d'utilité, qui n'ont qu'une durée de protection de six ans en échange de procédures allégées, sont de moins en moins utilisés.

❷ *Une contrainte d'exploitation.* En cas de défaut d'exploitation ou de prix anormalement élevés, les autorités nationales peuvent prendre des licences autoritaires. Les licences dites obligatoires sont destinées à éviter les positions dominantes et les licences dites d'office, propres au droit français, visent à préserver l'intérêt de la santé publique, de l'ordre public, de la morale et de la défense nationale. Une licence de ce type ne peut pas être délivrée à un seul preneur, et habituellement, elle est accordée pour approvisionner le marché intérieur.

Droit à la santé

D'un point de vue pratique, les mécanismes de limitation du brevet n'ont quasiment pas été utilisés. Il faut attendre les années 2000 pour que les licences obligatoires deviennent un argument ayant des effets pratiques. Le procès qui a opposé le gouvernement sud-africain à 39 firmes pharmaceutiques est exemplaire du changement en cours.

Le Brésil, l'Inde, l'Afrique du Sud et d'autres pays en développement se sont appuyés sur les accords ADPIC qui prévoient deux clauses de sauvegarde : la possibilité d'importations parallèles et la possibilité de demander des licences obligatoires, à condition qu'elles soient justifiées et motivées. La déclaration de Doha de novembre 2001 rend explicite le fait que chaque pays membre a la liberté de choisir les raisons qui le poussent à demander une licence obligatoire. Les situations de crise sanitaire, incluant celles relatives au Sida, à la tuberculose, à la malaria ou à d'autres épidémies, peuvent représenter un motif d'urgence nationale. Ce qui est vrai aujourd'hui de la santé, peut l'être demain pour l'alimentation ou l'environnement.

© CARELMAN, CATALOGUE D'OBJETS INTROUVABLES; TOME II

Quand le brevet fait le prix

En demandant des prix très élevés, et en détenant des licences exclusives d'exploitation, les géants de la pharmacie mondiale bloquaient les offres de médicaments génériques mis au point par des firmes d'autres pays. Pour donner accès à ces médicaments, la loi sud-africaine a autorisé l'importation parallèle de médicaments sous licence, notamment à partir de l'Inde, de la Thaïlande ou du Brésil.

Le remplacement des molécules brevetées par des produits génériques moins coûteux (trithérapie à 200 ou 500 dollars annuels, au lieu de 10 000 à 15 000 dollars par an et personne) est sans commune mesure avec les diminutions offertes par les géants. Le procès a cependant été annulé et les firmes ont retiré leurs plaintes en acceptant une diminution des prix des médicaments, atteignant parfois 43 % de réduction, voir 80 % selon certaines annonces. Ce changement de stratégie constitue un tournant dans l'utilisation du brevet.

on retiendra...

1 **Le respect du monopole d'exploitation est lié au pouvoir du juge et des autorités administratives.**

2 **Les solutions développées par les pays dépendent de leur capacité à faire entendre leurs préférences nationales et à utiliser les règles du commerce international, telles les licences obligatoires.**