



**Brevet pharmaceutique et intérêt  
général : essai sur la prise en compte  
de l'intérêt général en droits  
international, canadien et européen  
des brevets**

**Thèse**

**Midjohodo Franck Gloglo**

**Doctorat en droit  
Docteur en droit (LL.D.)**

Québec, Canada

© Midjohodo Franck Gloglo, 2015



## Résumé

Aussi loin que l'on remonte dans le temps, la protection de l'intérêt général est associée au système des brevets. Pourtant, ce concept flou a suscité une vive controverse au sujet du brevet pharmaceutique souvent accusé d'être un obstacle à l'accès aux innovations pharmaceutiques et de perpétuer la fracture sociale. À vrai dire, le brevet est un instrument juridique au service d'enjeux socio-économiques; il confère à l'invention une valeur marchande et n'a pas vocation à être un obstacle à l'accès aux innovations pharmaceutiques.

En effet, des études concordantes ont montré que, d'une part, sans le brevet une très grande proportion d'innovations pharmaceutiques ne serait pas mise au point et, d'autre part, l'écartement ou l'expiration du brevet n'ont pas été accompagnés d'un achat massif de produits pharmaceutiques. En tout état de cause, le monopole lié au brevet est précaire et le refus du brevet pharmaceutique s'accompagnera, sans doute, d'un manque d'intérêt à investir dans les activités de recherche et développement pharmaceutiques. En outre, le droit des brevets apporte assez de correctifs pour favoriser la disponibilité des innovations pharmaceutiques pour résoudre le problème de leur accès.

Cette thèse sort des sentiers battus pour proposer une relecture du brevet pharmaceutique, sous l'angle de l'analyse économique du droit; elle démontre qu'il sert l'intérêt général. La théorie suivant laquelle le brevet pharmaceutique protège et promeut l'intérêt général n'est pas liée à la question de l'accès aux innovations pharmaceutiques; elle s'entend des intérêts scientifiques et socio-économiques qui y sont associés.



## **Abstract**

As far as we go back in history, protecting the public interest has always been associated with the patent system. However, the vagueness of the concept of public interest has very often raised a huge controversy about pharmaceutical patent, particularly the affordability of innovative and patented pharmaceuticals. Nevertheless, no one can deny the usefulness of pharmaceutical innovations, and the patent system strongly contributes to fostering inventions in this sector. In fact, a patent is a legal tool favourable to socio-economic growth, and the need for patented inventions justifies their economic value. Therefore, the patent system cannot, as such, be viewed as hindering access to pharmaceutical innovations.

According to major studies, first without the patent system, a very large proportion of pharmaceuticals would have never been brought to market, and second the exclusion or expiration of patents do not promote a massive purchase of pharmaceutical products. Furthermore, the patent monopoly has time limitation, and the ban of pharmaceutical patents will certainly be accompanied with a lack of investment in research and development activities in the sector. Moreover, the patent system provides flexibilities for access to innovative pharmaceuticals.

In short, this dissertation breaks new ground, from a Law and economics perspective, by overturning the traditional understanding of pharmaceutical patents that have generally been viewed as contrary to the protection of the public interest. In fact, the notion that pharmaceutical patents protect and promote the public interest refers to their worthy scientific and socio-economic advantages.



# Table des matières

|  |            |
|--|------------|
| RÉSUMÉ.....  | III        |
| ABSTRACT .....   | V          |
| TABLE DES MATIÈRES .....   | VII        |
| ABRÉVIATIONS ET SIGLES.....  | XIII       |
| ACRONYMES .....  | XIX        |
| AVANT-PROPOS.....  | XXI        |
| INTRODUCTION GÉNÉRALE .....  | 1          |
| <b>1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA MIXITÉ ENTRE BREVET<br/>PHARMACEUTIQUE ET INTÉRÊT GÉNÉRAL .....</b>          | <b>21</b>  |
| 1.1 EXPOSÉ SUR LE RAPPORT ENTRE LE SYSTÈME DES BREVETS ET L'INTÉRÊT GÉNÉRAL.....                                   | 22         |
| <b>1.1.1 L'intérêt général: un argument fondateur du système des brevets</b> .....                                 | <b>24</b>  |
| 1.1.1.1 La construction de l'intérêt général.....  | 26         |
| 1.1.1.1.1 La conception volontariste de l'intérêt général .....  | 28         |
| 1.1.1.1.2 La paix sociale : objet de l'intérêt général .....   | 34         |
| 1.1.1.1.3 Les critères d'une définition de l'intérêt général en droit .....  | 36         |
| 1.1.1.2 Le cadre d'expression de l'intérêt général.....  | 42         |
| 1.1.1.2.1 La sphère étatique : cadre privilégié et garant de l'intérêt général... 42                               |            |
| 1.1.1.2.2 L'intérêt général et la coopération internationale en droit des<br>brevets.....                          | 46         |
| <b>1.1.2 L'intérêt général: un argument finaliste du système des brevets</b> .....                                 | <b>54</b>  |
| 1.1.2.1 L'utopie d'une hiérarchie entre intérêt général et intérêts particuliers... 56                             |            |
| 1.1.2.1.1 L'harmonie entre l'intérêt général et les intérêts particuliers..... 57                                  |            |
| 1.1.2.1.2 La satisfaction de l'intérêt général par la recherche du profit<br>personnel .....                       | 61         |
| 1.1.2.1.3 La nécessité d'une hétérorégulation entre intérêts particuliers et<br>intérêt général.....               | 67         |
| 1.1.2.2 La recherche de l'intégration des considérations d'intérêt général en<br>droit des brevets .....           | 73         |
| 1.1.2.2.1 La notion d'intérêts rivaux au carrefour de l'invention brevetable..... 74                               |            |
| 1.1.2.2.2 Les modalités de conciliation des intérêts concurrents mis en relief<br>par le système des brevets ..... | 79         |
| <b>1.1.3 Le brevet : un incitatif pour le développement économique</b> .....                                       | <b>84</b>  |
| 1.1.3.1 Le brevet : support de l'investissement.....   | 85         |
| 1.1.3.1.1 La pertinence du brevet en matière de recherche pharmaceutique... 86                                     |            |
| 1.1.3.1.2 Le brevet : une garantie institutionnelle du crédit.....   | 89         |
| 1.1.3.2 L'influence de l'économie du brevet.....   | 95         |
| 1.1.3.2.1 Le développement des startups ou jeunes pousses.....   | 95         |
| 1.1.3.2.2 Le brevet : un critère d'appréciation de l'efficacité de l'employé .....                                 | 98         |
| CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION 1.1 .....  | 100        |
| 1.2 GENÈSE ET ÉVOLUTION DE LA CONTROVERSE SUR LE BREVET PHARMACEUTIQUE.....  | 101        |
| <b>1.2.1 Les origines de la controverse sur le brevet pharmaceutique</b> .....                                     | <b>106</b> |
| 1.2.1.1 Les fondements idéologiques de la controverse .....  | 107        |
| 1.2.1.1.1 Les doctrines contestataires du système des brevets.....   | 108        |

|   |            |
|---|------------|
| 1.2.1.1.2 L'effet des idéologies contestataires sur le brevet pharmaceutique .....  | 112        |
| 1.2.1.2 Le brevet pharmaceutique sous l'empire de l'OMPI : un frein à l'autorité du droit international des brevets ..... | 118        |
| 1.2.1.2.1 L'autorité du droit international des brevets dans l'ordre juridique des membres de l'OMPI .....                | 119        |
| 1.2.1.2.2 La gêne des États-Unis d'Amérique sur les disparités du brevet pharmaceutique .....                             | 122        |
| 1.2.2 <i>La crise du brevet pharmaceutique</i> .....  | 126        |
| 1.2.2.1 L'émergence de revendications développementalistes .....  | 127        |
| 1.2.2.1.1 Les appréhensions des pays en développement au sujet du brevet pharmaceutique .....                             | 129        |
| 1.2.2.1.2 La lutte contre la biopiraterie .....   | 136        |
| 1.2.2.2 Les tentatives d'apaisement de la crise du brevet pharmaceutique .....  | 139        |
| 1.2.2.2.1 Les théories d'apaisement .....   | 139        |
| 1.2.2.2.2 L'Accord sur les ADPIC : un consensus ou un compromis? .....  | 142        |
| CONCLUSION DE LA SECTION 1 .....  | 147        |
| <b>2. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LA PRODUCTION DU BREVET PHARMACEUTIQUE</b> .....   | <b>151</b> |
| 2.1 LES PARTICULARITÉS DU BREVET PHARMACEUTIQUE .....   | 152        |
| 2.1.1 <i>Les conditions d'octroi du brevet</i> .....  | 154        |
| 2.1.1.1 L'utilité de l'invention en industrie .....   | 167        |
| 2.1.1.1.1 Le rejet des formules scientifiques et principes théoriques non applicables en industrie .....                  | 169        |
| 2.1.1.1.2 Le problème des méthodes de traitement et de diagnostic et des inventions contraires à l'ordre public .....     | 170        |
| 2.1.1.2 La nouveauté et l'inventivité .....   | 180        |
| 2.1.2.1.2 L'inventivité .....   | 191        |
| 2.1.2 <i>L'intérêt de la biotechnologie à la vitalité du brevet pharmaceutique</i> .....                                  | 197        |
| 2.1.2.1 La réification du matériel issu du vivant .....   | 199        |
| 2.1.2.1.1 Les problèmes liés au vivant appropriable par brevet .....  | 201        |
| 2.1.2.1.2 Les fondements de la réification du vivant .....  | 206        |
| 2.1.2.2 Quelques exemples d'application des biotechnologies en matière de brevet pharmaceutique .....                     | 213        |
| 2.1.2.2.1 L'application des biotechnologies aux brevets de produit .....  | 215        |
| 2.1.2.2.2 L'application des biotechnologies aux brevets de procédé .....  | 218        |
| 2.1.2.2.3 L'application des biotechnologies aux brevets portant sur les utilisations .....                                | 221        |
| 2.1.3 <i>L'intérêt des renseignements confidentiels à la fortification du brevet pharmaceutique</i> .....                 | 224        |
| 2.1.3.1 La protection des renseignements confidentiels .....  | 224        |
| 2.1.3.1.1 Les fondements de la protection des renseignements non divulgués .....  | 225        |
| 2.1.3.1.2 La nécessité d'une protection assurée par l'administration .....  | 230        |
| 2.1.3.2 L'étendue de la protection des renseignements non divulgués .....   | 231        |
| 2.1.3.2.1 La limitation quant à la commercialisation du produit princeps .....  | 232        |
| 2.1.3.2.1 La durée de protection des renseignements non divulgués .....   | 234        |
| CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION 2.1 .....   | 236        |



|  |     |
|--|-----|
| 2.2 L'ACCÈS À L'INFORMATION CONTENUE DANS LE BREVET .....  | 237 |
| <b>2.2.1 Le brevet : un moyen d'information</b> .....  | 240 |
| 2.2.1.1 L'utilité de l'information contenue dans le brevet .....   | 241 |
| 2.2.1.1.1 L'exploitation de la documentation sur le brevet au sein de<br>l'entreprise.....                       | 241 |
| 2.2.1.1.2 La disponibilité de l'information contenue dans le brevet au-delà de<br>l'entreprise.....              | 244 |
| 2.2.1.2 Le brevet : un moyen de transfert de technologie .....   | 253 |
| 2.2.1.2.1 Les mécanismes du transfert de la technologie brevetée.....  | 254 |
| 2.2.1.2.2 L'effectivité du transfert de la technologie brevetée .....  | 256 |
| <b>2.2.2 Le brevet : un motif de coopération</b> .....   | 259 |
| 2.2.2.1 La coopération entre les entreprises et les centres académiques de<br>recherche.....                     | 259 |
| 2.2.2.2 La coopération entre entreprises d'un même domaine.....  | 265 |
| 2.2.2.3 Deux constantes liées au brevet.....   | 269 |
| 2.2.2.3.1 L'existence d'une pression socio-économique sur le breveté .....                                       | 270 |
| 2.2.2.3.2 L'absence de lien entre le brevet et la rentabilité du produit fini.....                               | 272 |
| CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION 2.2 .....  | 274 |
| <b>CONCLUSION DE LA SECTION 2</b> .....  | 275 |
| <b>3. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS L'EXPLOITATION DU BREVET PHARMACEUTIQUE</b><br>.....                                | 279 |
| 3.1 L'ÉPUISEMENT DES DROITS LIÉS AU BREVET ET LES IMPORTATIONS PARALLÈLES .....                                  | 280 |
| <b>3.1.1 L'atténuation du monopole lié au brevet par la théorie de<br/>        l'épuisement des droits</b> ..... | 282 |
| 3.1.1.1 Les fondements de la doctrine de l'épuisement des droits du breveté .....                                | 283 |
| 3.1.1.1.1 Les explications de la théorie de l'épuisement des droits du breveté<br>.....                          | 283 |
| 3.1.1.1.2 La rationalité économique de la continuité des actes d'exploitation<br>du brevet.....                  | 289 |
| 3.1.1.2 Les formes classiques d'application de la théorie de l'épuisement dans<br>l'espace .....                 | 292 |
| 3.1.1.3 La nécessité d'adoption d'une application de l'épuisement international<br>des droits du breveté .....   | 295 |
| <b>3.1.2 Les importations parallèles de produits pharmaceutiques</b> .....                                       | 297 |
| 3.1.2.1 La justification du marché parallèle .....   | 299 |
| 3.1.2.2 L'intérêt des importations parallèles de produits pharmaceutiques<br>brevetés.....                       | 301 |
| 3.1.2.2.1 L'intérêt économique des importations parallèles .....   | 302 |
| 3.1.2.2.2 Les limitations aux importations parallèles de produits<br>pharmaceutiques .....                       | 306 |
| CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION 3.1 .....  | 311 |
| 3.2 LES LICENCES OBLIGATOIRES POUR LA FABRICATION DE MÉDICAMENTS GÉNÉRIQUES EN DÉPIT DU<br>BREVET.....           | 312 |
| <b>3.2.1 Les fondements des licences obligatoires</b> .....  | 314 |
| 3.2.1.1 La justification des licences obligatoires en matière de brevet<br>pharmaceutique .....                  | 316 |
| 3.2.1.1.1 Les licences obligatoires : une sanction contre la démesure du<br>breveté .....                        | 317 |

|   |            |
|---|------------|
| 3.2.1.1.2 La non-exploitation du brevet et l'approvisionnement insuffisant du marché..... | 322        |
| 3.2.1.1.3 La licence obligatoire : un moyen pour répondre à l'urgence sanitaire .....     | 324        |
| 3.2.1.2 Les modalités de mise en œuvre des licences obligatoires .....                    | 327        |
| 3.2.1.2.1 La production locale de versions génériques de médicaments sous brevet.....     | 328        |
| 3.2.1.2.2 La licence obligatoire à fins d'importation .....                               | 331        |
| 3.2.2 <i>Aménagement des intérêts du titulaire du brevet</i> .....                        | 337        |
| 3.2.2.1 La préservation de la redevance due au titulaire du brevet.....                   | 339        |
| 3.2.2.2 L'étendue de la licence obligatoire.....  | 343        |
| 3.2.2.2.1 La limitation quant au droit concédé .....                                      | 344        |
| 3.2.2.2.2 La durée de la licence obligatoire.....   | 346        |
| CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION 3.2 .....   | 347        |
| <b>CONCLUSION DE LA SECTION 3 .....</b>   | <b>349</b> |
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>  | <b>365</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>   | <b>371</b> |

## **Remarques sur le manuscrit**

**Mots clés** : brevet pharmaceutique, biotechnologie, intérêt général, droit international, droit canadien, droit européen et de l'Union européenne.

**Keywords**: Pharmaceutical Patent, Biotechnology, Public Interest, International Law, Canadian Law, European Law and European Union Law.

**Nombre de pages en Microsoft Word** / Number of pages in Microsoft Word: 369.

**Nombre de pages incluant la bibliographie** / Number of pages including the bibliography: 439.

**Notes de bas de page** / Footnotes : 1201.

**Nota bene** : Les citations itératives sont présentées sans renvoi à la première référence par souci de faciliter l'identification de nos sources, excepté le cas des citations se trouvant à la même page, où le renvoi approprié est utilisé.

**La recherche est à jour au 15 janvier 2015.**



## **Abréviations et sigles**

ADN : Acide désoxyribonucléique

Aff. : affaire

Ann. : Annuaire

Ann.prop.ind. : Annales de la propriété industrielle

ANRS : Agence Nationale de la recherche sur le SIDA

Art. : Article

Bull. : Bulletin

C.c.Q. : Code civil du Québec

C.S.Qué : Cour Supérieure du Québec

CA : Cour d'Appel

Cass. civ. : Cour de cassation française, chambre civile

Cass. com. : Cour de cassation française, chambre commerciale

Cass. crim. : Cour de cassation française, chambre criminelle

CBE : Convention pour le Brevet Européen

CDB : Convention des Nations Unies pour la Diversité Biologique

CE : Conseil d'État de France

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

Ch. : Chambre d'une juridiction

Chap. : Chapitre d'un ouvrage

CIFRE : Conventions Industrielles de Formation par la REcherche

CJCE (CJUE): Cour de Justice des Communautés Européennes (ou Cour de Justice de l'Union Européenne)

CNRS : Centre National de Recherche Scientifique de France

CPJI : Cour Permanente de Justice Internationale

D.: Revue Dalloz

DC: District of Columbia

Div. Opp. : Division d'opposition de l'office européen des brevets

DP : Dalloz périodique

DPI : droit de propriété intellectuelle

Éd. : Édition

EP : European patent (Brevet européen)

FMI : Fonds Monétaire International

GEÉ : Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies

HAS : Haute autorité de la santé

Ibid. (Ibidem) : même ouvrage ou article que précédemment cités

J.-C. : Jésus-Christ

JCP : Juris Classeur Périodique

JOOEB : Journal officiel de l'office européen des brevets

L.R.C. : Lois révisées du Canada

N.-B. : Province du Nouveau-Brunswick

N° : numéro

NS : Province de la Nouvelle Écosse

OAPI : organisation Africaine de la Propriété intellectuelle

Obs. : observation

OCDE : Organisation de Coopération pour le Développement Économique

OEB (ou EPO) : Office Européen des Brevets (European Patent Office)

OMC ou WTO: Organisation Mondiale du Commerce ou World Trade Organization

OMPI ou WIPO: Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle ou World Intellectual Property Organization

OMS : Organisation Mondiale de la Santé

ON : Province de l'Ontario

ONG : Organisation Non-gouvernementale

OPIC : Office de la propriété intellectuelle du Canada

ORD ou DSB : Organe de Règlement des Différends de l'OMC ou Dispute Settlement Body

P.I. : Propriété Intellectuelle

Paragr. : paragraphe

PCT : Traité de coopération en matière de brevet (Patent Co-operation Treaty)

PDN : Présentation de la drogue nouvelle

PIBD : Propriété industrielle bulletin documentaire

PMA : Pays Moins Avancés

Pref. : Préface

PVD : Pays en Voie de Développement

QC : Province de Québec

R&D: Recherche-développement

Rec. : Recueil

Req. : Chambre des requêtes

Rev. Dr. Propr. Intell.: Revue de droit de la propriété intellectuelle

Rev. Trim. Dr. Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RIDE : Revue internationale de droit économique

RJT : Revue juridique Thémis

RQDI : Revue québécoise de droit international

t. : tome

TGI : Tribunal de Grande Instance

Trib. : Tribunal



U.S. Pat. & Trademark Off: Office américain de brevets et de marques

UE: Union Européenne

UPMC : Université Pierre et Marie Curie

USA: United States of America

USD : Dollar des États-Unis d'Amérique

Vol. : Volume



# Acronymes

ACAC : Accord Commercial Anti-Contrefaçon

Accord sur les ADPIC (ou TRIPS Agreement): Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce

ALÉNA (ou NAFTA) : Accord de Libre Échange Nord-américain (ou North American Free Trade Agreement)

CÉIPI : Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle

CNUCED (ou UNCTAD) : Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement / United Nations Conference on Trade and Development

GATT : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (General Agreement on Tariffs and Trade)

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

SIDA : Syndrome de l'immunodéficience acquise

U.P.O.V. : Union internationale pour la Protection des Obtentions Végétales

UNESCO : Organisation des Nations Unies pour l'Éducation la Science et la Culture



## **Avant-propos**

Rédiger cette thèse de doctorat a été un travail à la fois éprouvant et fascinant. Mais si j'y ai pu mettre en lumière les éléments au soutien de l'hypothèse suivant laquelle le brevet pharmaceutique sert l'intérêt général, du moins je l'espère, je n'ai point la prétention d'avoir fait une étude exhaustive, tant au regard de l'immensité des travaux qui clament la théorie contraire, la tâche est périlleuse - j'emprunte l'expression à la professeure Bourassa Forcier dans son rapport de prélecture-. D'ores et déjà, je souhaite préciser que les erreurs, omissions et opinions sont miennes.

Je suis particulièrement redevable à mon directeur de recherche, le professeur Georges Azzaria pour ses conseils tout au long de mes recherches doctorales. Mon cher professeur Azzaria, durant ce parcours, nous avons eu, des échanges de vues, parfois, interminables, mais jamais vous ne m'avez ménagé, à aucun moment, votre disponibilité maïeutique et vos encouragements. C'est pourquoi, au-delà de la politesse d'un élève envers son maître, je souhaite vous remercier très sincèrement, en espérant que mon travail est à la hauteur de votre accompagnement constant.

Je souhaite exprimer ma profonde gratitude à la professeure Mélanie Bourassa Forcier pour les remarques pertinentes soulevées, tant à la prélecture qu'à l'examen final de ma thèse. De même, je remercie les professeurs Richard Ouellet et Sophie Verville qui, ayant accepté de participer à l'évaluation de ma thèse, y ont apporté des contributions que j'apprécie énormément. Vos remarques, chers mesdames et monsieur, m'ont permis d'améliorer ce travail que je ne saurais imaginer exhaustif.

Je souhaite étendre mes remerciements à :

- la professeure Sophie Verville pour sa disponibilité et sa présence à chaque étape du processus de mes études doctorales;
- le Centre d'Études en Droit Économique de la Faculté de Droit pour m'avoir gratifié d'une bourse alors que mon projet était encore en gestation;
- la Faculté de Droit pour son appui inestimable à travers le fonds de soutien aux études doctorales;
- le Centre de Recherche en Droit Public (CRDP) pour m'avoir accordé une bourse de soutien;
- mes ami(e)s pour les moments agréables qu'ils m'ont accordés; leurs soutiens furent une source inestimable de motivation pour accomplir ce travail.

Je souhaite dédier cette thèse :

- À feu ma mère qui m'a enseigné la dignité du travail et le courage pendant les moments d'épreuves. Ma dette à sa mémoire est immense et sacrée. Les années passent, mais non le souvenir de ses nombreux sacrifices.
- À Pierre Arthur, mon père, qui m'a souvent rappelé que la longueur d'un parcours n'est plus importante que son accomplissement, qu'avec la volonté et la foi, l'on peut accomplir énormément de choses, j'exprime mon amour infini.
- À tous mes frères et sœurs, pour leur affection fraternelle et leurs encouragements car « C'est dans la tranquillité et le repos que sera votre salut, C'est dans le calme et la confiance que sera votre force », Esaïe, 30:15.

[Parce] qu'il nous a fallu longtemps être gouvernés par nos appétits et nos précepteurs, qui étaient souvent contraires les uns aux autres [...], il est presque impossible que nos jugements soient si purs, ni si solides qu'ils auraient été, si nous avions eu l'usage entier de notre raison dès le point de notre naissance et que nous n'eussions jamais été conduits que par elle.

René Descartes, *Discours de la méthode* (1967), *Notes et bibliographie* par Laurence Renault, *Traduction, notes et bibliographie* par Michelle et Jean-Marie Beyssade, Paris, Flammarion, 2008, seconde partie à la p. 7.





# Introduction générale

**Bref aperçu sur l'intérêt général.** Selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, ce qui est à l'avantage commun de tous les membres de la société humaine désigne l'intérêt général<sup>1</sup>, par opposition aux intérêts particuliers et, dans une certaine mesure, aux intérêts collectifs tels que, par exemple, ceux « [d]es groupes de consommateurs ou [d]es fabricants de médicaments génériques »<sup>2</sup>. En effet, lorsqu'il tente de déterminer ce qui est dans l'intérêt général par rapport à son intérêt personnel, l'individu pense naturellement et spontanément que la question se résume à élargir les horizons au-delà de ses préférences personnelles ; il essaie ainsi de prendre en considération les besoins et les souhaits de ses semblables<sup>3</sup>. L'intérêt général s'identifie ainsi au « bonheur du groupe dans son ensemble »<sup>4</sup>. L'on comprend alors que l'intérêt général attaché à une chose justifie l'établissement d'un régime juridique spécial dérogeant aux règles du droit commun pour sa gestion.

Pendant longtemps, l'on a pensé que la gestion d'une chose dans un but d'intérêt général devrait être confiée à une personne publique que l'on a prétendue seule vertueuse de l'intérêt général. Mais en réalité, il est bien établi aujourd'hui que la puissance publique n'a pas le monopole de

---

<sup>1</sup> Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 2007.

<sup>2</sup> Mélanie Bourassa Forcier, *La rationalité organisationnelle: Une explication possible de l'état de la politique canadienne de brevets pharmaceutiques?*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, mai 2010 [non publiée] à la p 54.

<sup>3</sup> Leif Lewin et Donald Lavery, *Self-Interest and Public Interest in Western Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1991 à la p 13.

<sup>4</sup> Alain Strowel, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit autour de Bentham et Posner » (1992) 37 *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 143 à la p 155.

l'intérêt général<sup>5</sup>, tant et aussi longtemps que des règles juridiques visent à y pourvoir. L'ambition du droit à proposer une organisation de la société en vue de reconnaître à chacun ses prérogatives, mais aussi à lui assigner des obligations, peut déjà être analysée comme susceptible de servir l'intérêt général.

Dans un cadre notionnel trop général, le droit peut bien être assimilé à la loi. Ainsi, chez Thomas Hobbes (1588-1679) qui eut le mérite de remplacer la loi de Dieu par celle d'un État fort (Le Léviathan), le droit c'est la loi voulue par le souverain. Chez Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), par contre, le droit résulte d'un rapport contractuel qui lie le souverain au peuple. Hegel (1770-1831) estime, pour sa part, que « ce qui est droit en soi, est posé dans son être-là objectif, c'est-à-dire déterminé par la pensée pour la conscience et connu comme ce qui est droit et vaut comme droit : la LOI ; le droit est positif, de façon générale [...] »<sup>6</sup>. En d'autres termes, « chaque loi juridique est énoncée en un langage du droit »<sup>7</sup>.

Dans un cadre conceptuel plus profond, le droit a une dimension plus large, allant bien au-delà de la loi *stricto sensu* ; il inclut les principes généraux du droit, ainsi que les actes des autorités publiques et les décisions de justice. En ce sens, le droit suppose une interaction et une conjonction de toutes les composantes de la société. Cependant, toute la question du droit procède de cette première acception selon laquelle il est formé de règles écrites et, dans une certaine mesure, non écrites

---

<sup>5</sup> Bénédicte Fauvarque-Cosson et al., *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz, 2007 à la p 17.

<sup>6</sup> G. G. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit* (1821), cité par Mustapha Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004 à la p 89.

<sup>7</sup> Georges Kalinowski, « Loi juridique et loi logique : contribution à la sémantique de la loi juridique » (1980) 25 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 123 à la p 123.

destinées à réguler les rapports entre les humains, à organiser la société. L'on parle à cet égard du droit positif.

**L'intérêt général et le droit.** Le droit positif peut être assimilé à la loi de l'État; la puissance publique, ayant pour vocation première la défense l'intérêt de toute la société, fonde ses actions sur les règles qui organisent les rapports sociaux. À vrai dire, les transformations sociales se reflètent dans le droit<sup>8</sup>, ce qui autorisait les Romains, peuple éminemment juriste, qui ne fut pas particulièrement brillant législateur<sup>9</sup>, à déclarer : *ubi societas ibi jus*. En effet, bien qu'il soit considéré comme « le véritable idéal scientifique d'une histoire du droit »<sup>10</sup>, tout le droit de l'Empire romain était constitué de la loi des *Douze Tables*, ce qui justifiait une abondante intervention des empereurs dans le domaine juridique. Or, « le droit est un produit organique, une émanation de la conscience nationale, et que, par conséquent, il se conforme aux besoins, [...], à tout l'être d'un peuple donné [...]. »<sup>11</sup>. Ainsi, ayant atteint un niveau élevé de conscience sociale que l'on a pu qualifier de civilisation<sup>12</sup>, les humains ont rejeté l'idée d'un droit transcendant et immuable qui procéderait d'un ordre naturel, au profit de la création d'un ordre juridique positif et perfectible.

---

<sup>8</sup> Henri Rolin, *Introduction historique au droit romain*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1900 à la p 37.

<sup>9</sup> Jean Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2002 à la p 225; Michel Morin, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004 à la p 6.

<sup>10</sup> Pietro Bonfante, *Histoire du droit romain*, Paris, Sirey, 1928 à la p 3.

<sup>11</sup> *Ibid.*, à la p 4.

<sup>12</sup> Le concept « civilisation » est susceptible d'une pluralité d'acceptions. Historiens, philosophes, sociologues, ethnologues, anthropologues et juristes s'en intéressent, suivant des approches assez variées. Il s'agirait d' « un vague ensemble de techniques, de mœurs, de coutumes, d'institutions, de croyances ou de créations artistiques et intellectuelles [...] – la civilisation c' [est un] état hautement policé [...] l'acquis matériel d'une société, le progrès de ses techniques et de ses institutions [...] ». Voir Neagu M. Djuvara, *Civilisations et lois historiques : essai d'étude comparée des civilisations*, Paris, N.M. Djuvara et Mouton et Cie, 1975 aux pp 9, 11 et 13.

L'idée capitale, qu'on entrevoit à sa base, [...] c'est que le droit positif est chose trop complexe et trop mouvante, pour qu'un individu ou une Assemblée, fussent-ils investis de l'autorité souveraine, puissent prétendre en dresser, d'un seul coup, les préceptes, de façon à suffire toutes les exigences de la vie juridique<sup>13</sup>.

Le droit procède, en effet, des aspects complexes et du développement de la société<sup>14</sup>. De fait, le positivisme propose une explication rationnelle du droit placé à l'échelle d'un ordre institué et étudié dans une perspective à la fois exégétique et analytique<sup>15</sup>. Il existe plusieurs variantes du positivisme juridique. D'une part, le positivisme étatique justifie le droit par la seule volonté de l'État<sup>16</sup> et, de l'autre, le positivisme sociologique<sup>17</sup>, tel « un rameau qui s'est détaché de la sociologie générale [a] pour objet d'étudier cette variété de phénomènes sociaux que sont les phénomènes juridiques »<sup>18</sup> par l'observation et l'analyse. Le marxisme est une forme du positivisme sociologique puisqu'il définit le droit comme un phénomène social, dont la seule source réside dans un rapport de forces, une sorte d'affrontements entre divers intérêts, *a priori*, antinomiques. Le droit positif chez Karl

---

<sup>13</sup> François Gény, *Méthode d'interprétation et Sources en droit positif*, t. 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954 à la p 327.

<sup>14</sup> Kotaro Tanaka, « Du droit international au droit mondial » dans *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, 547 à la p 551.

<sup>15</sup> Philippe Chiappini, « Le droit et le sacré » dans Karim Benyekhlef, dir, *Les cultures du droit*, Montréal, Thémis, 2012, 35 à la p 53.

<sup>16</sup> C'est le sens de la doctrine de Hegel ou encore de Hans Kelsen (1881-1973) qui lui, eut le mérite d'élaborer la théorie de la hiérarchie des normes juridiques. Cette doctrine postule que toutes les normes de droit forment un ensemble structuré et hiérarchisé et sont subordonnées l'une à l'autre, en fonction de leur autorité. Il s'agit là d'une explication rationnelle par laquelle le normativisme kelsenien détruit toute l'idéologie du droit naturel.

<sup>17</sup> L'Allemand Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), les Français Auguste Comte (1789-1853), Emile Durkheim (1858-1917), Léon Duguit (1859-1928) sont associés à ce courant de pensée.

<sup>18</sup> Jean Carbonnier et al., *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit : archéologie d'une discipline/présentation et commentaires de Simona Andriani et André-Jean Arnaud*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995 à la p 73.

Marx, c'est l'expression des intérêts de la classe dominante<sup>19</sup>. Ainsi, le capitalisme s'est imposé en raison de sa capacité à contraindre la classe ouvrière; quand le prolétariat aura triomphé de la bourgeoisie, il établira son droit fondé sur le socialisme, étape préliminaire à l'édification du communisme qui abolirait la contrainte du droit. En fait, cette ultime étape conduirait inexorablement à l'absence de régulation des rapports sociaux et établirait le règne de l'injustice parce que, selon Giuliano Marini et, à sa suite, le professeur Alfred Dufour, le droit « est intrinsèquement juste parce qu'il représente ce que sent à un moment donné la conscience populaire »<sup>20</sup>. Cette nécessité du droit s'exprime dans les choses et les institutions qu'il crée et auxquelles la société accorde de l'importance.

La recherche de l'ordre utile<sup>21</sup> qui est au fondement du droit et des institutions qui en résultent peut recevoir diverses applications. Par exemple, la nécessité de protéger le travailleur tout en préservant l'entreprise de l'employeur justifie la naissance du droit du travail. Pareille nécessité justifie les règles de la propriété privée, une prérogative reconnue à l'individu. Aussi, l'intérêt général recommande-t-il de circonscrire les prétentions du titulaire d'une chose en définissant ses pouvoirs ainsi que les obligations des tiers. Ce faisant, le droit objectif organise l'assiette des droits subjectifs de l'individu, à la catégorie desquels relève le brevet, en tant que prérogative privée<sup>22</sup>. Ce

---

<sup>19</sup> Jérôme Bonnard, *Introduction au droit*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Ellipses, 2004 à la p 14.

<sup>20</sup> Alfred Dufour, «De l'école du droit naturel à l'école du droit historique : étude critique pour le bicentenaire de la naissance de Savigny» (1981) 26 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 303 à la p 317.

<sup>21</sup> Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, Thémis, 1978 à la p 222.

<sup>22</sup> Carsten Fink, «Enforcing Intellectual Property Rights: An Economic Perspective» dans International Center for Trade and Sustainable Development (ICTSD), *The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries*, Document n° 22, Genève, Publications de ICTSD, 2009, xiii à la p xv.

rôle organisateur reconnu à l'État a pu permettre à Thomas Jefferson d'affirmer:

Inventions [...] cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody<sup>23</sup>.

**L'intérêt général, le droit et le brevet.** L'intérêt marqué pour le brevet, aujourd'hui, est plus manifeste que jamais. En effet, dès le début des années 1980, devant l'accroissement exponentiel des demandes de brevet qu'ils avaient à gérer, les trois principaux offices de brevet dans le monde (américain, japonais et européen)<sup>24</sup> décidèrent d'établir une coopération en vue de mieux organiser les recherches d'antériorité, la première réunion du triumvirat ayant eu lieu à Washington DC en 1983<sup>25</sup>. Les récentes statistiques de l'office européen des brevets sont, à cet égard, illustratives de l'intensité des activités relatives au brevet : 58108 brevets délivrés en 2010 sur une demande totale de 235731, 62112 brevets délivrés en 2011 sur 244991 demandes, 65657 brevets délivrés en 2012 sur 258478 demandes et

---

<sup>23</sup> Extrait de la lettre de Thomas Jefferson (1743-1826) à Isaac McPherson, Monticello, 13 août 1813. Défenseur des droits des peuples, agronome, architecte, Thomas Jefferson fut président des États-Unis d'Amérique de 1800 à 1808 ; il fonda l'Université de Virginia en 1819. Thomas Jefferson fut aussi un inventeur ; le versoir qui a servi dans l'agriculture, le tourniquet réglable pour la tenue de livres, la grande horloge qui domine le hall d'entrée de Monticello sont ses principales œuvres.

<sup>24</sup> Pour une illustration de l'importante activité de brevetabilité des offices américain, japonais et européen de brevet, il faut préciser qu'en 2012, les demandes internationales de brevet par la voie du PCT qu'ils ont reçues, se chiffrent respectivement à 51677, 42787 et 32593. Voir WIPO, *PCT Yearly Review: The International Patent System*, Genève, Publications de l'OMPI, 2013 à la p 24.

<sup>25</sup> Shinjoro Ono, «Trilateral Cooperation – Mutual Exploitation of Search and Examination Results Among Patent Offices with a View to Establishing a System of Rationalized Work-Sharing» dans Toshiko Takenaka, ed, *Patent Law and Theory : A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar, 2008, 271 aux pp 271-288.

66712 brevets délivrés en 2013 sur 265690 demandes<sup>26</sup>, soit un taux moyen d'efficacité de 25% des activités de recherche. Certes, ces chiffres témoignent d'une impressionnante activité de brevetabilité, mais ils ne semblent pas exprimer la meilleure croissance en matière d'activités de recherche et développement. En effet, avec environ quarante mille demandes de brevet reçues par année, tous domaines technologiques confondus, l'office de la propriété intellectuelle du Canada bat le record de la croissance en matière de brevetabilité, ce dynamisme allant de 1,6 à 226% dans les secteurs à forte intensité d'activités de recherche et développement, étant toutefois précisé que cette comparaison s'appuie sur les données des pays membres de l'OCDE<sup>27</sup>. À titre illustratif, pour l'exercice 2011-2012, la direction des brevets de l'office de la propriété intellectuelle du Canada a délivré 20911 brevets sur une demande totale de 36926<sup>28</sup>, soit 56,62% des demandes de brevets présentées, ce qui représente, pour la même période, plus de deux fois le taux d'efficacité des travaux de recherche à l'échelle européenne.

Au plan mondial, les demandes de brevet gérées par l'OMPI<sup>29</sup> sont passées de 800.000 en 1980 à 1.800.000 en 2009, avec une réduction

---

<sup>26</sup> Office européen des brevets, *Rapport annuels et statistiques - Rapport annuel 2013*. En ligne : [http://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics\\_fr.html](http://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics_fr.html).

<sup>27</sup> Mohammed Rafiquzzaman et Lori Whewell, *La hausse récente des demandes de brevets et la performance des principaux pays industrialisés sur le plan de l'innovation – tendances et explications*, Document de travail n° 27 d'Industrie Canada, Ottawa, 1998 aux p 15 et s.

<sup>28</sup> OPIC, *Statistiques sur le volume de production de 2011-2012*. En ligne : <http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr03546.html>.

<sup>29</sup> L'OMPI a succédé en 1967 aux Bureaux Internationaux Réunis de la Propriété Industrielle et de la Propriété Littéraire et Artistique institués en 1893 pour remplacer le Bureau International de l'Union pour la Protection de la Propriété Industrielle (1883) et le Bureau International pour la protection de la propriété littéraire et artistique (1886). Voir Alfredo Ilardi, *Propriété intellectuelle : principes et dimension internationale*, Paris, L'Harmattan, 2005 à la p 9; *Convention instituant l'OMPI*, Stockholm, 14 juillet 1967, modifiée le 28 septembre 1979.

substantielle de l'écart entre pays industrialisés et pays en développement, en raison notamment du développement des activités liées au brevet en Corée du Sud et en Chine, entre autres<sup>30</sup>. Il faut noter à ce sujet qu'avec 29% des 205300 demandes de brevet reçues par l'OMPI en 2013, la Chine s'est classée deuxième, juste derrière les États-Unis d'Amérique<sup>31</sup>. Par ailleurs, alors qu'il a fallu à l'OMPI vingt-six années d'activités pour atteindre le premier million de demande de brevet, c'est-à-dire de 1978 à 2004, moins de sept ans lui ont suffi pour battre le record du deuxième million en 2011<sup>32</sup>. Parallèlement,

depuis 1979, le nombre de demandes internationales de brevets déposés selon le système du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) par les universités et les organismes publics de recherche a augmenté régulièrement de 5% et 29% respectivement [...].

Pour la période 1980-2010, les données montrent que les brevets délivrés aux universités et aux organismes publics de recherche se situent essentiellement dans les secteurs des sciences biomédicales et pharmaceutiques<sup>33</sup>.

Tous ces « brevets sont une source précieuse d'informations techniques [...], une véritable bibliothèque technologique mondiale [...] à la disposition du public »<sup>34</sup>. En effet, « la divulgation de l'information scientifique constitue un avantage important apporté par les brevets par

---

<sup>30</sup> OMPI, *World Intellectual Property Report: The Changing Face of Innovation*, Genève, Publications de l'OMPI, 2011 aux pp 8 et s.

<sup>31</sup> WIPO, *PCT Yearly Review: The International Patent System*, Genève, Publications de l'OMPI, 2014 à la p 29.

<sup>32</sup> WIPO, *PCT Yearly Review: The International Patent System*, Genève, Publications de l'OMPI, 2012 à la p 10.

<sup>33</sup> Pluvia Zuniga et Sacha Wunsch-Vincent, « La recherche financée par les pouvoirs publics : comment en tirer pleinement parti? » (2012) 3 Magazine de l'OMPI 35 à la p 36.

<sup>34</sup> Irène Kitsara, « Tour d'horizon des techniques de désalinisation » (2012) 3 Magazine de l'OMPI 31 à la p 31.



rapport à d'autres formes de protection d'inventions »<sup>35</sup>. En outre, le contenu des brevets donne une meilleure compréhension de leurs données brutes sous forme d'un aperçu des innovations technologiques dans chaque domaine scientifique. De fait, une étude approfondie des inventions brevetées permet d'identifier les pôles de recherche et de faire une analyse, d'une part rétrospective du flux des connaissances, et d'autre part prospective des marchés. En d'autres termes, le brevet présente un énorme potentiel pour créer de la richesse, réduire les inégalités et favoriser le développement socio-économique en général. Aussi, faut-il admettre, à la suite du professeur Jean-Marc Mousseron, que l'intérêt personnel associé au brevet « ne signifie nullement que l'intérêt public ne soit intéressé à l'institution »<sup>36</sup>. D'ailleurs, Abraham Lincoln remarquait déjà que « the inventor had no special advantage from his invention [...]. The patent system added the fuel of interest to the fire of genius in discovery and production of new and useful things »<sup>37</sup>. Dans le même sens, l'Honorable Pierre Blais, Juge en chef de la Cour d'appel fédérale du Canada, affirme péremptoirement qu'« un brevet fait davantage que d'accorder des droits exclusifs à l'inventeur ou de le récompenser pour sa créativité intellectuelle »<sup>38</sup>; il sert encore plus

---

<sup>35</sup> Mélanie Bourassa Forcier, *Analyse des glissements juridiques de la politique canadienne en matière de brevets quant à son objectif d'équilibre entre la promotion des intérêts de l'industrie pharmaceutique novatrice et ceux de l'industrie du médicament générique*, mémoire de Maîtrise en droit, Université de Montréal, 31 décembre 2003, [non publiée] à la p 12. En ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2389>.

<sup>36</sup> Jean-Marc Mousseron, *Le droit du brevet d'invention : contribution à une analyse objective*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961 à la p 264.

<sup>37</sup> Justin Hughes, « The Philosophy of Intellectual Property » dans Christopher May, ed, *The Political Economy of Intellectual Property Rights*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing Inc., 2010, 287 à la p 304.

<sup>38</sup> Honorable Pierre Blais, « Législation sur la propriété intellectuelle au Canada : stratégies pour les années 1990 » dans Murray G. Smith, ed, *Global Rivalry and Intellectual Property : Developing Canadian Strategies*, Halifax, The Institute for Research on Politic Policy / Institut de recherches politiques, 1990, 79 à la p 85.

les intérêts de la société puisque « l'intérêt public est primordial dans le droit des brevets »<sup>39</sup>. En est-il pareil du brevet pharmaceutique?

**Le brevet pharmaceutique.** Le concept de brevet pharmaceutique n'a reçu, ni en droit international, ni dans aucun ordre juridique national, aucun traitement qui en fait une institution autonome. C'est qu'en dépit de son particularisme, le brevet pharmaceutique ne saurait faire l'objet d'un droit nouveau des brevets. Il n'empêche que beaucoup d'auteurs<sup>40</sup> y ont consacré des travaux de grand intérêt, notamment depuis la conclusion de l'Accord de l'OMC sur les *aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*<sup>41</sup>. Cet accord, faut-il le rappeler, impose à tous les membres de l'OMC la brevetabilité dans tous les domaines de l'activité humaine, y compris pharmaceutique. Dans le cadre de cet accord, les pays en développement et les pays les moins

---

<sup>39</sup> E. Ernest Goldstein, « L'incidence du droit antitrust sur les accords internationaux de licence de brevets et de know-how et sur les échanges transatlantiques » dans Homer G. Angelo et Michel Waelbroeck, dir, *Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1986, 149 à la p 154. Voir également Krisen Nugent, « Patenting Medical Devices: The Economic Implications of Ethically Motivated Reform » (2008) 17:1 *Annals of Health Law: The Health Law Policy and Law Review of Loyola University Chicago School of Law* 135 à la p 137.

<sup>40</sup> À titre d'exemple : Alex Kabinda Ngoy, *Brevets pharmaceutiques et accès aux médicaments dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne*, thèse de doctorat en droit, Université catholique de Louvain, 2008 [non publiée]; Bernard Rémiche et Hubert Desterbecq, « Les brevets pharmaceutiques dans les accords du GATT : l'enjeu ? » (1996) 7 : 1 *RIDE* 9; Carlos M. Correa, dir, *Guide sur les brevets pharmaceutiques*, Genève, Publications du Centre Sud, 2008 ; Georges Azzaria, « Les brevets pharmaceutiques et l'accès aux médicaments » dans Christian Deblock, dir, *L'Organisation mondiale du commerce. Où s'en va la mondialisation?*, Québec, éd. FIDES, 2002, 243 ; Hélène D'Iorio, « Pharmaceutical Patents – Useful or Not ? The Evolution of the Doctrine of the Promise » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2013, 69 ; Marie-Catherine Chemtob-Concé, « Brevets pharmaceutiques et santé publique des pays en développement » (2005) 70 *Médecine & Droit* 23.

<sup>41</sup> *Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)*, Marrakech, 14 avril 1994.

avancés (PMA)<sup>42</sup> membres de l'OMC avaient obtenu la possibilité de différer la mise en application du brevet pharmaceutique dans leur législation jusqu'en 2016<sup>43</sup>, une dérogation maintenant étendue au 1<sup>er</sup> juillet 2021 pour les PMA<sup>44</sup>. À certains égards, cette nouvelle prorogation de délai révèle une contrariété, peut-être une opposition au brevet pharmaceutique, d'autant que la plupart des PMA ont, à l'heure actuelle, une législation sur les brevets adoptée ou révisée postérieurement à l'entrée en vigueur dudit accord<sup>45</sup>. Pourtant, la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC* repose sur le fait que les mesures dont il est porteur sont nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour

---

<sup>42</sup> Les PMA membres de l'OMC sont retenus comme tels suivant le classement du système des Nations Unies. Pour autant, il est utile de préciser que l'OMC est une institution indépendante du système des Nations Unies, dont la compétence matérielle se rapporte à trois types accords (*Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises*, l'*Accord général sur le commerce des services* dont l'origine remonte au GATT, et l'*Accord sur les ADPIC*) et un mécanisme de règlement des différends. À date, les PMA membres de l'OMC sont : Angola, Bangladesh, Bénin, Burkina Faso, Burundi, Cambodge, Djibouti, Gambi, Guinée, Guinée Bisau, Haïti, Îles Salomons, Lesotho, Madagascar, Malawi, Mali, Mauritanie, Mozambique, Myanmar, Népal, Niger, Ouganda, République centrafricaine, République démocratique du Congo, République démocratique populaire du Laos, Rwanda, Samoa, Sénégal, Sierra Léone, Tanzanie, Tchad, Togo, Vanuatu, Zambie. Voir OMC, *Comprendre l'OMC – Pays les moins avancés*. [http://www.wto.org/french/thewto\\_f/whatis\\_f/tif\\_f/org7\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org7_f.htm).

<sup>43</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 65 et 66 ; WTO, *The Council of TRIPS, Extension of the Transition Period under Article 66.1 of the TRIPS Agreement for Least-Developed Country Members for Certain Obligations with Respect to Pharmaceutical Products*, Document IP/C/25, 27 juin 2002, point 1.

<sup>44</sup> WTO, *The Council of TRIPS, Extension of the Transition Period under Article 66.1 for Least Developed Country Members*, Document IP/C/64, 11 juin 2013, point 1.

<sup>45</sup> Voir à titre illustratif: l'*Accord de Bangui* du 2 mars 1977 instituant l'Organisation Africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) qui regroupe dix-sept pays africains francophones à savoir : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Tchad et Togo, tel que révisé le 24 février 1999 ; l'*Accord de Lusaka* du 9 décembre 1976 instituant l'African Regional Intellectual Property Organization qui regroupe essentiellement des pays africains anglophones (Botswana, Gambia, Ghana, Kenya, Lesotho, Malawi, Mozambique, Namibia, Sierra Leone, Liberia, Rwanda, Somalia, Sudan, Swaziland, Tanzania, Uganda, Zambia and Zimbabwe), amendée la dernière fois le 30 Novembre 2001; Bangladesh *Patents and Designs Act* (Act n° II of 1911), révisée en 2003; Cambodge (Loi du 22 janvier 2003 sur les brevets, modèles d'utilité et dessins industriels) ; Nepal *Patent, Design and Trade Mark Act*, n° 2022 of 1965, révisée in 2006; Loi n° 2 sur les Brevets du Vanuatu, 21 juillet 2003. En ligne : <http://www.wipo.int/wipolex/fr/national.jsp>.

promouvoir l'intérêt public dans les secteurs d'importance vitale pour le développement socio-économique<sup>46</sup>.

**Bref aperçu du débat sur le brevet pharmaceutique.** Beaucoup d'auteurs sont assez sceptiques sur cette mixité entre le brevet pharmaceutique et l'intérêt général, en raison notamment du lien qu'il entretient avec la santé. Par exemple, Aurélien Audouze estime que le brevet pharmaceutique pose « de multiples questions d'éthique et de justice, sur fond d'une vive querelle entre droit à la santé [...] et droit des brevets »<sup>47</sup>. Dans le même sens, le professeur Frederic Mike Scherer pense que les seuls intérêts associés au brevet pharmaceutique sont réalisés au détriment d'une perte élevée du bien-être des populations des pays en développement<sup>48</sup>. D'autres auteurs, plus critiques, rejettent d'emblée la possibilité d'une mixité entre brevet pharmaceutique et intérêt général. Dans cette catégorie, le professeur Fabrice Siirainen déclare que la prolifération des droits de propriété intellectuelle en général, est nuisible à l'innovation et leur exercice néfaste au consommateur<sup>49</sup>. Le professeur Bernard Remiche va plus loin et affirme que le brevet pharmaceutique et, au-delà, l'*Accord sur les ADPIC* méconnaissent les intérêts des pays en développement<sup>50</sup>; de plus, l'auteur estime que le système des brevets est conçu et fonctionne par

---

<sup>46</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 8.

<sup>47</sup> Aurélien Audouze, *Le brevet à l'épreuve de l'accès aux soins. Biotechnologies de santé. Pays du Sud*, thèse de doctorat en Sciences politiques, Institut d'Études politiques de Toulouse, 10 mars 2008 [non publiée] à la p 81.

<sup>48</sup> Frederic Mike Scherer, « Pricing, Profits and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry » (1993) 7:3 *Journal of Economic Perspectives* 97 aux pp 107-115.

<sup>49</sup> Fabrice Siirainen, « Propriété intellectuelle et concurrence : problématique de la convergence » dans Jean-Michel Bruguière, dir, *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Paris, Dalloz, 2009, 31 à la p 35.

<sup>50</sup> Bernard Remiche, « Conclusions : le brevet pharmaceutique entre intérêts privés et publics : un équilibre impossible ? » (2000) 1 *RIDE* 197 à la p 207.

et pour les grandes entreprises multinationales des pays du Nord où il constitue un obstacle à la libre et forte concurrence, contre les pays du Sud dont il absorbe les intérêts essentiels<sup>51</sup>. En fait, la doctrine dépeint le brevet pharmaceutique comme un moyen de surenchère au pouvoir de l'industriel du médicament. Aussi, le professeur Maurice Cassier affirme-t-il que l'extension des droits exclusifs sur la matière vivante, au moyen de brevets de produit sur les organismes vivants et leurs composants, exprime l'émergence de monopoles sur les marchés de la science et de la santé<sup>52</sup>. Dans le même sens, Alex Kabinda Ngoy défend la thèse selon laquelle le seul intérêt de la santé publique supplante toutes les valeurs associées à une invention qui en a quelque lien, justifiant, de ce fait, l'effacement du recours à la marchandisation<sup>53</sup>.

**Question de recherche et hypothèse de base.** À l'analyse, ces positions doctrinales semblent réduire l'intérêt général à la santé publique. Pourtant, il est peu contestable que les nouvelles solutions et les nouveaux produits issus de la recherche et développement dans le domaine pharmaceutique soient le fruit de l'activité humaine qui profite à la société et, sur ce fondement, une prime à l'innovateur peut bien se justifier<sup>54</sup>. De fait, la question à laquelle cette thèse veut apporter une réponse est la suivante : **le brevet pharmaceutique ne comporte-t-il pas assez d'avantages scientifiques et socio-économiques, tant**

---

<sup>51</sup> Bernard Remiche, « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets » (2002) XVI : 1 RIDE 83 aux pp 90-93.

<sup>52</sup> Maurice Cassier, « L'expansion du capitalisme dans le domaine du vivant : droits de propriété intellectuelle et marchés de la science, de la matière biologique et de la santé » (2003) 2 : 34 Actuel Marx, Presses universitaires de France, 63 à la p 74.

<sup>53</sup> Alex Kabinda Ngoy, *Brevets pharmaceutiques et accès aux médicaments dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne*, thèse de doctorat en droit, Université Catholique de Louvain, 2008 [non publiée] à la p 327.

<sup>54</sup> Thierry Sueur, « Recherche et grande entreprise » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, Paris, TEC & DOC, 2005, 165 à la p 168.

**pour son titulaire que pour la société tout entière, pour que l'on puisse dire qu'il défend et promeut l'intérêt général?** Il y a alors lieu d'identifier les éléments constitutifs de cet intérêt général associé au brevet pharmaceutique et leur mécanisme opératoire. Pour ce faire, cette étude part de **l'hypothèse que le brevet pharmaceutique sert l'intérêt général.** Sans doute que l'analyse d'une « articulation entre la protection et la non-protection »<sup>55</sup> de l'innovation pharmaceutique par le brevet permettrait de construire une théorie du brevet pharmaceutique protecteur de l'intérêt général. Autrement dit, nous nous proposons une réappropriation de la mixité entre le brevet pharmaceutique et l'intérêt général proclamée en droit international. Cette réappropriation est nécessaire, parce que même si le système des brevets est mis à l'épreuve par le développement de la recherche pharmacologique, les enjeux éthiques et techniques liés au brevet pharmaceutique ne sont pas insurmontables puisqu'il paraît, non seulement adapté à ceux-ci<sup>56</sup>, mais encore, il peut bien prendre en compte les besoins de la société. Pour autant, nous ne tenons pas pour acquise l'hypothèse que le brevet pharmaceutique sert l'intérêt général; une telle assertion doit être démontrée et c'est l'objet de cette thèse.

**Cadre de l'étude.** La démonstration de notre hypothèse sur la nécessité du brevet pharmaceutique pour servir l'intérêt général aura pour cadre de référence l'ordre juridique canadien, européen et international. L'analyse puisera aussi des arguments tirés de sources extérieures à ce cadre de référence, car la richesse des sources juridiques est de l'essence même du droit, notamment du droit

---

<sup>55</sup> Mireille Buydens et Séverine Dusollier, eds, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008 à la p 118.

<sup>56</sup> Yann Joly, « Biotechnologies et brevets : le cas de la pharmacogénomique » (Été – Automne 2005) 10 : 2 *Lex Electronica* 1 à la p 8.

international<sup>57</sup>; ces autres sources de droit peuvent, en effet, servir de balise pour conforter l'analyse proposée. Ce recours aux sources externes du cadre de l'analyse s'appuie sur l'idée que la recherche de solutions aux problèmes juridiques peut prendre la forme de ce qu'en doctrine, l'on désigne par la transplantation<sup>58</sup>. En d'autres termes, l'argumentation se propose d'être une combinaison, la plus harmonieuse possible, de diverses sources juridiques, tout en évitant les écueils d'une séparabilité qui apparaîtrait comme la construction d'îlots d'études dans un travail qui se veut indivisible.

Une question préalable peut, à bon droit, être soulevée, relativement au véritable effet du droit international dans l'ordre juridique interne; beaucoup d'auteurs<sup>59</sup> se la posent d'ailleurs, parce que la force du droit international dans l'ordre juridique des États repose sur deux principes abstraits et formalistes que sont l'égalité et la souveraineté, lesquels occultent malheureusement la réalité des inégalités entre les États<sup>60</sup>. Aussi, la volonté expresse des gouvernants demeure-t-elle la condition

---

<sup>57</sup> *Statuts de la Cour internationale de Justice*, juin 1945, art. 38.

<sup>58</sup> Pour plus de détails sur la transplantation juridique, voir Peter K. Yu, « Can the Canadian UGC Exception Be transplanted Abroad? » (2014) 26:2 *Revue de propriété intellectuelle* 175.

<sup>59</sup> Émilie Grenier et Véronique Talbot, « Chronique de la jurisprudence canadienne et québécoise portant sur le droit international public » (2007) 20:2 *RQDI* 229; Michel Robert, « Le droit international et le droit interne : perspectives d'avenir » dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *Race, femme, enfant, handicap : les conventions internationales et le droit interne à la lumière des enjeux pratiques du droit à l'égalité*, Montréal, Yvon Blais, 2010, 7; Nicole Duval Hesler, « L'influence du droit international sur la Cour d'appel du Québec » (2013) 54:1 *Les Cahiers de droit* 177; Olivier Delas et Myriam Robichaud, « Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien : préoccupations légitimes ou alibis? » (2008) 21:1 *RQDI* 1; René Provost, « Le juge mondialisé : légitimité judiciaire et droit international au Canada » dans Marie-Claire Belleau et François Lacasse, dir, *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 569; Stéphane Beaulac, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont liés par le droit international » (2004) 38 *RJT* 359.

<sup>60</sup> Ahmed Mahiou, « Du droit économique au nouvel ordre économique international : quelques réflexions » (2013) 4 *RIDE* 523 à la p 529.

nécessaire et suffisante pour que le droit international reçoive application effective dans l'ordre interne<sup>61</sup>. Mais la jurisprudence affirme que « même si elles ne lient pas les tribunaux en l'absence d'une mise en œuvre législative, les normes internationales sont utiles pour l'interprétation des droits sur le plan national »<sup>62</sup>. Il faut remarquer dans cette formule jurisprudentielle la logique d'une immanence du droit international dans l'analyse juridique, une ouverture sur le monde extérieur qui, à bien d'égards, conforte l'occurrence de recours à une diversification des éléments de notre argumentation. En fait, malgré les divergences doctrinales sur l'effectivité du droit international, l'on convient qu'il se ramène à une pensée juridique illimitée<sup>63</sup>. Cependant, cet élargissement des sources de l'argumentation ne prendra pas la forme d'une étude de droit comparé; les raisons fondamentales de cette distance vis-à-vis d'une étude comparative résident dans le fait que les entités de notre référence ne sont pas de même nature. En effet, le système européen des brevets est encore un faisceau de prérogatives nationales<sup>64</sup>, contrairement à l'unicité du brevet en droit canadien. Mais, les deux entités sont parties au cadre général de l'*Accord sur les ADPIC* qui est le point d'ancrage de cette recherche.

**Énoncé sur la méthodologie.** De manière accessoire et sans en faire une approche exhaustive, cette étude s'appuiera sur l'analyse

---

<sup>61</sup> Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002 à la p 146.

<sup>62</sup> *R. c. Shape*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, paragr. 175, cité par Daniel Gervais et Elisabeth F. Judge, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 2006 à la p 583.

<sup>63</sup> Kotaro Tanaka, « Du droit international au droit mondial » dans *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, 547 aux pp 553-555.

<sup>64</sup> En attendant l'effectivité des *Règlements n° 1257/2012 et n°1260/2012* du Parlement européen et du Conseil, du 17 décembre 2012, sur la mise en œuvre de la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire.



économique du droit, une approche qui étudie « l'efficacité des normes juridiques, soit leur capacité d'engendrer [...] du bien-être social »<sup>65</sup>. Au fait, l'analyse économique se propose d'étudier le droit, non pas simplement sous le prisme de la normativité, mais en tant qu'élément du calcul rationnel tendant vers la maximisation des intérêts des sujets auxquels il s'applique; il s'agit d'une interprétation déductive des faits de manière à construire un modèle économique<sup>66</sup>. Elle étudie donc l'efficacité du droit par rapport aux comportements du genre humain. En particulier, l'analyse économique de la propriété intellectuelle a fait l'objet d'une abondante littérature. Pour Alain Strowel par exemple, il s'agit des actions qu'un individu peut entreprendre par rapport aux œuvres de l'esprit vues sous l'angle de biens marchands et, corrélativement celles que les tiers doivent tolérer sur ces mêmes biens<sup>67</sup>. En ce qui concerne le cas particulier des brevets d'invention, l'école de Chicago, que l'on considère comme le berceau de l'analyse économique du droit<sup>68</sup>, enseigne, sous l'autorité de l'honorable juge et professeur Richard Posner : « in a world without patents, inventive activity would be biased toward inventions that could be kept secret, in just the same way property rights in physical goods would bias production toward things that involve minimum preparatory investment »<sup>69</sup>. En d'autres termes, la brevetabilité est un moyen

---

<sup>65</sup> Christine Chappuis et Bénédicte Winiger, eds, *Le préjudice : une notion en devenir*, Genève, Schulthess Medias Juridiques, 2005 à la p 94.

<sup>66</sup> Anne-Lise Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008 aux pp 150-151.

<sup>67</sup> Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyrights : divergences et convergences : études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1993 à la p 196.

<sup>68</sup> Peter H. Huang, « Emotional Reactions to Law and Economics, Market Metaphors, and Rationality Rhetoric » dans Mark D. White, ed, *Theoretical Foundations of Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 163 à la p 170.

<sup>69</sup> Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 7<sup>ème</sup> éd., Austin/Boston/Chicago/New York, Wolters Kluwer, 2007 à la p 38.

efficace pour inciter l'innovation, sans qu'elle permette au titulaire du brevet de restreindre drastiquement les intérêts du public destinataire de l'innovation<sup>70</sup>. En fait, sous le prisme de l'analyse économique du droit, le système des brevets est un outil pour atteindre des objectifs particuliers, même si en dernière analyse, les opinions de la doctrine divergent sur la question de savoir si, effectivement, le brevet remplit les buts qui lui sont assignés<sup>71</sup>. Nous nous servons de l'analyse économique du brevet pharmaceutique pour étudier sa capacité à servir l'intérêt général. Il est entendu que le recours aux sciences économiques et politiques permettra une compréhension plus élargie des termes « brevet pharmaceutique » et « intérêt général », qui sont la matrice de cette étude, laquelle sera structurée en trois parties « pour les besoins de l'argumentation »<sup>72</sup>.

**Démarche démonstrative.** Associer le brevet pharmaceutique à l'intérêt général mérite une réflexion sur le rapport entre le système des brevets et l'intérêt général; ceci nous permettra d'étudier ce lien sous sa dimension économique. En outre, un examen relativement approfondi de la controverse entretenue à propos du brevet pharmaceutique sera présenté. À propos justement de cette polémique, largement articulée autour la marchandisation de la santé, il sera démontré que la question mérite d'être relativisée, d'un point de vue structurel **(1)**. En fait, la revendication des « valeurs non marchandes »<sup>73</sup> que l'on fait au sujet du

---

<sup>70</sup> Richard A. Posner, «Intellectual Property: The Law and Economics Approach» (2005) 19:2 *Journal of Economic Perspectives* 57 à la p 57.

<sup>71</sup> F. Scott Kieff, « On the Economics of Patent Law and Policy » dans Toshiko Takenaka, ed, *Patent Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2008, 3 à la p 3.

<sup>72</sup> Guillaume Bisseuil et al., « Chronique de jurisprudence. Chronique commentée des décisions de l'Organe de Règlement des Différends (juin 2010 – novembre 2011) » (2012) 2 *RIDE* 161 à la p 177.

<sup>73</sup> Guillaume Bisseuil et al., « Chronique de jurisprudence. Chronique commentée des décisions de l'Organe de Règlement des Différends (juin 2010 – novembre 2011) »

brevet pharmaceutique fait courir à son titulaire une « perte de droits irrémédiable »<sup>74</sup>, c'est-à-dire un sacrifice des intérêts de ce dernier. Le cas échéant, il y a lieu de se poser la question de savoir si le brevet pharmaceutique défend toujours l'intérêt général, entendu sous l'angle d'un intérêt englobant et inclusif. Au demeurant, la revendication à la non marchandisation pose le problème de l'extracommercialité en droit international, c'est-à-dire la situation complexe d'une chose écartée du commerce au sein d'un ordre juridique étatique, pendant que d'autres États considèrent cette même chose juridiquement commercialisable au sein de leurs ordres juridiques respectifs<sup>75</sup>. En fait, prétendre que certains biens qui, au demeurant, proviennent d'un effort personnel de production, doivent échapper à la marchandisation est discutable; une telle occurrence ouvre une énorme brèche contre la nécessité de protéger les droits de chacun dans un contexte mondial assez mouvant qui a montré les limites du protectionnisme étatique, justifiant de ce fait une harmonisation des règles de régulation du marché planétaire. En effet, n'importe quel État peut exciper d'un tel prétexte pour verrouiller l'espace de son marché national à la circulation de ces biens dits non marchands, ce qui paraît même contraire à la nature ubiquitaire de l'invention. Il faudrait donc éviter les écueils d'un régime juridique du brevet pharmaceutique à géométrie variable, tel est du moins un de nos postulats. Ce préalable réglé, nous nous évertuerons à démontrer que l'octroi du brevet pharmaceutique se justifie par rapport à l'intérêt

---

(2012) 2 RIDE 161 à la p 164. Il faut mentionner que l'expression « valeurs non marchandes » est apparue et a été développée par la doctrine avec l'avènement de l'OMC. Pour plus de détails, lire Véronique Guèvremont, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

<sup>74</sup> Eskil Waage, *L'application de principes généraux de procédure en droit européen des brevets*, Paris, Litec, 2000 à la p 289.

<sup>75</sup> Clotilde Jourdain-Fortier, *Santé et commerce international : contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Vol. 26, Paris, Litec, 2006 à la p 115.

général; il s'agit, ici, d'étudier le lien entre brevet pharmaceutique et intérêt général sous l'angle d'un paradigme matériel qui met l'accent sur les avantages scientifiques de l'innovation dans le domaine pharmaceutique **(2)**. Enfin, nous démontrerons que l'exploitation du brevet pharmaceutique est orientée, à travers les législations en vigueur, vers l'objectif de satisfaire l'intérêt général **(3)**.

En tout état de cause, il faut préciser que le brevet pharmaceutique, en tant qu'un instrument économique, est alternativement objet d'utilité et porte-valeur<sup>76</sup>. En tant qu'objet d'utilité, le brevet pharmaceutique sert, tant les intérêts de son titulaire que ceux de la société; sa valeur, même si elle peut être un sujet de discussion, se détermine, d'une part, par l'octroi du titre et, d'autre part, par rapport à sa capacité à produire de la richesse.

---

<sup>76</sup> Jean-Jacques Friboulet, *Histoire de la pensée économique : XVIII<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècles*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009 à la p 93.

# 1. Considérations générales sur la mixité entre brevet pharmaceutique et intérêt général

Le système des brevets a ses racines dans les libertés économiques qui, elles-mêmes, visent l'équilibre économique<sup>77</sup>. Au regard de l'histoire du droit moderne, les libertés économiques résultent du principe suivant lequel,

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi<sup>78</sup>.

La détermination de ces bornes soulève quelquefois des interrogations. Par exemple, en matière de brevetabilité, l'on se demande si les règles de la société marchande doivent prévaloir sur des préoccupations majeures, tel que la santé ou même la vie. Poser le problème sous cet angle, c'est évoquer la discorde qu'il y a au sujet du brevet pharmaceutique (1.2). Pourtant, le système des brevets ne profite pas seulement à l'inventeur, puisque son objet est aussi disponible pour la société tout entière et, en tout état de cause, « l'intérêt personnel [du breveté] n'est pas négatif en soi tant qu'il demeure bien compris et [...] qu'il améliore l'équité »<sup>79</sup>. Ainsi, le système des brevets peut être vu comme un ensemble porté par l'objectif de servir l'intérêt général (1.1). De fait, son étanchéité en assure la pérennité, car toute variabilité dans sa mise en œuvre est une source de déséquilibre socio-économique et, par conséquent, peut en précipiter le déclin.

---

<sup>77</sup> Philippe Malaurie, «Réglementations contraignantes et libertés économiques : le cadrage du cercle?» dans Nicolas Thirion, dir, *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation : actes du 1<sup>er</sup> colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, Larcier, 2007, 125 à la p 129.

<sup>78</sup> *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789, art 4.

<sup>79</sup> OMPI, « WIPO Re:search – Les actifs de la propriété intellectuelle au service de la société » (2011) 6 Magazine de l'OMPI 2 à la p 4.

## 1.1 Exposé sur le rapport entre le système des brevets et l'intérêt général

La question fondamentale que soulève le brevet en tant que monopole conféré à son titulaire met, *a priori*, en conflit les divers intérêts portés par la solution inventive, en l'occurrence l'intérêt du breveté et celui de la société. Mais une telle opinion peut être un peu trop hâtive, puisque l'intérêt général a une vocation inclusive; il défend les droits de chacun et de tous. Ainsi, « les procès de malveillance faits aux entreprises [pharmaceutiques] et la présomption de leur insensibilité à la réalisation de l'intérêt général ne sont probablement pas les meilleures voies d'accès à une juste connaissance des faits »<sup>80</sup>. Il est vrai qu'en associant la protection de l'intérêt général au système des brevets, les différents textes de loi qui proclament cette mixité n'en ont généralement pas formulé une définition. Il en est ainsi de l'article 8 de l'*Accord sur les ADPIC*. Pareille ambition fut à l'origine des premières législations sur le droit des brevets, lesquelles sont restées évasives sur l'association entre le système des brevets et l'intérêt général; même le Royaume-Uni, très agité par les réformes sur le droit des brevets au XIX<sup>ème</sup> siècle par exemple, avait escamoté tout débat sur l'inventivité et les fondements économiques qui justifient le brevet<sup>81</sup>.

L'intérêt général et le système des brevets ont donc en commun, d'être inspirés par l'action de la puissance publique et, en cela, ils trouvent leur fondement en droit, en tant que justification de l'action publique. Il est

---

<sup>80</sup> Raymond Hudon, « Lobbying et politiques publiques » dans Stéphane Paquin, Luc Bernier et Guy Lachapelle, dir, *L'analyse des politiques publiques*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2010, 193 à la p 215.

<sup>81</sup> Christine MacLeod, «Concepts of Invention and the Patent Controversy» dans Robert Fox, ed, *Technological Change Methods and Themes in the History of Technology*, Amsterdam, Harwood Academic Publishers, 1998, 137 à la p 141, cité par Clare Pettitt, *Patent Inventions – Intellectual Property and the Victorian Novel*, New York, Oxford University Press, 2004 aux pp 57-58.

ainsi possible d'écrire une histoire du droit des brevets qui serait le fil d'Ariane de l'histoire de l'intérêt général.

Historiquement, la notion d'intérêt général remonte à l'Antiquité gréco-romaine et s'entend d'un service à vocation nationale<sup>82</sup>; mais le concept a véritablement pris toute son importance au cours du XVIII<sup>ème</sup> siècle. Il est « à la fois le moteur et la justification fondamentale de l'action des personnes publiques »<sup>83</sup>, justifiant de ce fait un régime juridique dérogatoire au droit commun; mais il est alors dénué de tout fondement économique<sup>84</sup>. « Ennemi des mesures fallacieuses et des projets utopiques »<sup>85</sup>, l'intérêt général est au cœur de l'action de la puissance publique qui est seule compétente pour octroyer le brevet d'invention, définir les privilèges y afférant et limiter les pouvoirs de son titulaire. En cette occurrence, l'intérêt général se rapporte à des considérations précises et comporte une double valeur quantitative et qualitative. Au plan quantitatif, l'intérêt général vise l'intérêt du plus grand nombre. Sur le plan qualitatif, il transcende les privilèges particuliers de chaque personne, prise dans sa singularité. Certes, le concept ne se prête pas à une définition aisée, variant selon le niveau de développement, la culture et l'histoire, ainsi que les exigences des peuples dans ces domaines, mais il « fait référence au bien-être général et aux droits du

---

<sup>82</sup> Répondant au Jury constitué pour son procès, Socrate invité à se défendre contre les chefs d'accusation d'incitation à la révolte et d'introduction d'autres croyances dans la cité, affirma qu'il méritait d'« être logé dans le Prytanée et nourri aux frais de l'État » parce qu'il a consacré son temps et ses enseignements à servir l'intérêt public. Voir Platon, « Phédon, ou de l'âme » (Traduction É. Chambry). En ligne : [http://www.ledroitcriminel.free.fr/le\\_phenomene\\_criminel/crimes\\_et\\_proces\\_celebres/condamnation\\_socrate.htm](http://www.ledroitcriminel.free.fr/le_phenomene_criminel/crimes_et_proces_celebres/condamnation_socrate.htm).

<sup>83</sup> Bartha Maria Knoppers et Yann Joly, *La santé et le bien commun*, Montréal, Thémis, 2008 à la p 8.

<sup>84</sup> François Lévêque, « Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public » dans Thierry Kirat et Evelyne Serverin, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS éditions, 2000, 179 à la p 183.

<sup>85</sup> Conseil d'État, *Rapport public 1999*, partie thématique « l'intérêt général », « Études et documents », Paris, La Documentation française, 1999, n° 50 à la p 245.

public, au sens large, qui doivent être reconnus, protégés et améliorés »<sup>86</sup>. Ainsi, l'Accord sur les ADPIC proclame que « la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer [...] d'une manière propice au bien-être social et économique, [...] »<sup>87</sup> des créateurs et consommateurs des œuvres de l'esprit. Il est donc possible que l'intérêt général justifie l'institution du système des brevets dont la finalité est alors de préserver ce même intérêt général.

### **1.1.1 L'intérêt général: un argument fondateur du système des brevets**

L'origine du système des brevets remonte à l'Antiquité gréco-romaine; l'on en retrouve des indices dans la constitution d'Hippodamos de Milet qui prévoyait l'attribution de distinctions honorifiques aux auteurs de découvertes utiles à la cité<sup>88</sup> pour récompenser leur science et savoir-faire. Ainsi, au VI<sup>ème</sup> siècle avant J.-C., pour encourager les traiteurs et chefs de cuisine à exceller dans l'art culinaire, la colonie grecque de Sybaris leur accordait un droit exclusif d'exploitation d'une année pour l'invention d'une cuisine de qualité exceptionnelle<sup>89</sup>, rapporte Athénée dans *Le banquet des sept sages*. Cette pratique suscita une véritable compétition dans le but de satisfaire l'appétit des populations<sup>90</sup>. Cependant, il fallut attendre la deuxième moitié du XV<sup>ème</sup> pour voir

---

<sup>86</sup> Ermias Tekeste Biadgleng, *Droits de propriété intellectuelle dans les accords d'investissement: les répercussions de type ADPIC-plus sur la protection de l'intérêt général et son application*, Genève, publications du Centre Sud, 2006 à la p 14.

<sup>87</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 7.

<sup>88</sup> Aristote, *La politique*, Paris, Hermann Éditeur des Sciences et des Arts, 1996 à la p 48.

<sup>89</sup> Serge Lapointe, « L'histoire des brevets » (1999-2000) 12 : 3 *Les cahiers de la propriété intellectuelle* 635 à la p 635 ; Shu Zhang, *De l'OMPI au GATT : la protection internationale des droits de propriété intellectuelle : évolution et actualité*, Paris, Litec, 1994 à la p 34.

<sup>90</sup> Jean Foyer et Michel Vivant, *Le droit des brevets*, Paris, Presses universitaires de France, 1991 à la p 11.



élaborer la première législation moderne sur le système des brevets, en l'occurrence la *Pacta Veneziana* du 19 mars 1479 de la république de Venise. Ce texte érigea formellement l'intérêt général comme un des motifs justifiant l'institution du système des brevets, lequel doit s'appuyer sur quatre principes :

- l'encouragement à l'activité inventive,
- la compensation des frais encourus par l'inventeur,
- le droit de l'inventeur sur sa création et
- l'utilité sociale de l'invention<sup>91</sup>.

La première partie des motifs de la *Pacta Veneziana* en dit d'ailleurs long, lorsqu'elle précise :

Il existe dans cette ville (...), en raison de sa grandeur et de sa bonté, des hommes de différentes régions, d'une grande ingéniosité et aptes à concevoir [*excogitar*] et trouver [*trovar*] de nombreuses choses artificielles et ingénieuses. Et si on pouvait faire en sorte que leurs œuvres et inventions ne puissent pas être fabriquées par d'autres, qui les auraient vues, et que leur honneur ne puisse être blessé, ces hommes mettraient leurs facultés en œuvre, trouveraient et fabriqueraient des choses qui ne seraient pas d'une médiocre utilité ni d'un médiocre bénéfice pour notre État<sup>92</sup>.

Il faut remarquer que l'intérêt général, comme justificatif du système des brevets s'identifie ici à l'utilité sociale. À ce propos, la doctrine reconnaît que les expressions « intérêt public », « utilité publique », « utilité sociale », « intérêt national » ou « bien commun »<sup>93</sup> sont

---

<sup>91</sup> Serge Lapointe, « L'histoire des brevets » (1999-2000) 12:3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 635 à la p 638.

<sup>92</sup> Mireille Buydens, « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique » (2006) XX : 4 RIDE 433 à la p 441.

<sup>93</sup> Il y a lieu de faire une distinction entre « bien commun » (toujours au singulier) et « biens communs » (toujours au pluriel) qui, en Droit patrimonial de la famille,

synonymes de l'intérêt général<sup>94</sup>, expression apparue au XVIII<sup>ème</sup> siècle<sup>95</sup>. Le mot « bien » fait appel à deux remarques importantes. Sur le plan notionnel, le bien se réfère davantage à la richesse, au bénéfice, à l'utilité dans une dimension tout à la fois présente et prospective<sup>96</sup>. Dans un cadre conceptuel et au sens juridique, le bien renvoie au patrimoine, ou à une valeur, d'un point de vue économique. Quant à l'intérêt, il évoque un avantage, concernant principalement l'individu, et lorsqu'il est étendu à un ensemble plus vaste de personnes, il vise un profit déterminé. Ainsi, le bien semble avoir un champ d'appréhension plus large que l'intérêt. Il y a en effet, dans le bien un élément moral, un sens de justice. Toutefois, suivant les auteurs et les époques, l'intérêt et le bien sont des termes assimilés, servant à désigner la satisfaction des besoins des individus parce que, même si « les biens survivent aux personnes »<sup>97</sup>, ils n'ont de valeur que par rapport à l'individu. Le bien commun, ou plus précisément l'intérêt général est donc fait de référents ; il est en même temps une fin et le moyen pour y parvenir. En d'autres termes, l'intérêt général a une dimension constructive; il requiert la participation de la puissance publique qui s'est vue, à travers les époques, reconnaître le pouvoir de décider au nom et pour le compte des personnes privées soumises à son autorité.

### **1.1.1.1 La construction de l'intérêt général**

---

désignent l'ensemble constitué par le patrimoine appartenant aux époux en commun. Voir C.c.Q., L.Q. 1991, c-64, art. 414.

<sup>94</sup> Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977 aux pp 23 et 277.

<sup>95</sup> Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, dir, *L'intérêt général et la norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007 aux pp 1-10.

<sup>96</sup> Bartha Maria Knoppers et Yann Joly, *La santé et le bien commun*, Montréal, Thémis, 2008 aux pp 3-4.

<sup>97</sup> Jean Carbonnier, *Droit flexible. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988 à la p 265.

L'intérêt général est un concept en perpétuelle construction depuis l'Antiquité gréco-romaine. Platon et, à sa suite, Aristote furent les premiers à en élaborer une théorie sous l'expression « intérêt public ». Alors que le premier a construit une théorie purement étatique<sup>98</sup> de l'intérêt général, le second, défendant une thèse axée sur l'intérêt de la société, place l'individu au cœur du débat sur l'intérêt général<sup>99</sup> qui justifie la création de la cité.

Au Moyen-âge, sous l'influence de la doctrine chrétienne, Saint Thomas d'Aquin développa la théorie du bien commun d'inspiration divine<sup>100</sup> qui fonde la légitimité du pouvoir politique. Le bien commun chez Thomas d'Aquin est l'œuvre de chaque individu et justifie le pouvoir temporel dont l'église est garante. En ce sens, Saint Paul peut professer, dans sa première lettre apostolique aux Corinthiens, chap. 12, verset 7, qu'« à chacun la manifestation de l'Esprit est donnée en vue du bien commun. [...] ; à tel autre un discours de science, [...] ». En faisant une parallèle avec l'invention, fruit du travail scientifique d'une seule personne ou d'un groupe de personnes, il est possible de dire que l'inventeur est un artisan du bien commun.

Cependant, toutes ces approches doctrinales, aussi élaborées soient-elles, expriment une forme d'intérêt général qui ne semble pas démontrer les fondements de son ancrage sociétal, ou plus précisément son processus juridique. C'est pourquoi il convient de reconnaître à

---

<sup>98</sup> L'intérêt public est fréquemment évoqué par Platon dans *Protagoras* et *Les lois*, comme principale mission des gouvernants. Aussi, l'auteur expose-il dans *La République*, que les gouvernants doivent renoncer à toute activité de nature privée pour se consacrer exclusivement à l'intérêt public qui supplante absolument les intérêts privés. L'intérêt public platonicien est unitaire, totalitaire, extérieur aux intérêts particuliers desquels il se différencie. Voir Platon, *La République*, Paris, Les Belles lettres, 1932-1934, livre VI.

<sup>99</sup> Aristote, *La politique*, Paris, Hermann Éditeur des Sciences et des Arts, 1996 à la p 1.

<sup>100</sup> François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986 à la p 60.

Jean-Jacques Rousseau<sup>101</sup>, l'accomplissement du pas méthodologique qui fait passer l'intérêt général d'une théorisation philosophique à une réalité juridique.

#### **1.1.1.1.1 La conception volontariste de l'intérêt général**

L'intérêt général s'appuie sur la libre participation des individus, une thèse volontariste défendue par Jean-Jacques Rousseau, même si d'autres auteurs avant lui avaient consacré d'importants travaux à la théorie. En effet, avant Rousseau, Thomas Hobbes avait déjà élaboré une doctrine sur la création de l'État dont le rôle principal est de pourvoir au bien public, en assurant la sécurité de la personne et des biens de chaque citoyen. Plus précisément, le grand Léviathan de Hobbes a pour mission d'assurer le bien de tous les citoyens par une juste rétribution pour sinon éviter, du moins limiter les conflits. De fait, par un calcul intéressé, chaque individu devrait prendre part à l'institution de cet État. Aussi, Thomas Hobbes peut-il proclamer : « *salus populi suprema lex esto* »<sup>102</sup>, c'est-à-dire le salut du peuple est la loi suprême. Cette thèse fut reprise par John Locke, pour qui « le bien public a pour fonction principale de fixer les limites, les bornes du pouvoir souverain »<sup>103</sup>. Toutefois, la doctrine rousseauiste eut le mérite de décrire l'intérêt général comme émanant de la loi à laquelle l'individu participe à travers le pacte social : « tout ce que chacun aliène, par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est

---

<sup>101</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (précédé de Jean-Pierre Siméon, *La démocratie selon Rousseau*), Paris, Seuil, 1977.

<sup>102</sup> Thomas Hobbes, *De cive ou les fondements de la politique*, Paris, Sirey, 1981, chap. XIII, paragr. II, 236, cité par Olivier Delas et Christian Deblock, dir, *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003 à la p 35.

<sup>103</sup> Cité par François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986 à la p 96.

seulement la partie de cela dont l'usage importe à la communauté »<sup>104</sup>. En d'autres termes, c'est par la prise d'une décision raisonnable, qui vise à maximiser ses intérêts que chaque citoyen participe à l'institution d'un État, dans la perspective de l'intérêt général. Ce faisant, le citoyen prend la mesure des avantages que l'association lui procure et minimise les risques liés à une défection. En effet, « la conception ontologique des individus qui appartiennent à une association dont ils ne contrôlent pas la constitution a pour conséquence logique l'existence d'une dépendance naturelle. Il s'agit d'une solidarité innée dont il est impossible de se dégager »<sup>105</sup>. En ce sens, une doctrine bien autorisée affirme : « ce qu'un membre individuel de la communauté produit et met au jour par ses forces créatrices, il le fait sur la base des possibilités de développement que la protection de la société lui a assurées [...] »<sup>106</sup>. La création d'un État civil, protecteur de l'intérêt général et des intérêts particuliers du citoyen implique alors l'expression non équivoque de la volonté de ce dernier.

**L'expression de la volonté comme source de l'intérêt général.** La mise en forme de la volonté générale conduit à la construction de l'intérêt général auquel le citoyen participe, tant au niveau individuel que collectif, étant précisé que le consentement au pacte social est une démarche personnelle.

---

<sup>104</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (précédé de Jean-Pierre Siméon, *La démocratie selon Rousseau*), Paris, Seuil, 1977 à la p 84.

<sup>105</sup> Ghislain Tabi Tabi, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, Automne 2011 [non publiée] à la p 5.

<sup>106</sup> Paul Roubier, « L'influence des conceptions nationales-socialistes sur le droit de l'inventeur » dans *Introduction à l'étude du droit comparé – Mélanges en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, 1938 à la p 293, cité par Mireille Buydens et Séverine Dusollier, eds, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008 à la p 11.

Au plan individuel, l'intérêt général réside dans une convention toute au profit de l'individu en tant qu'il prend part au pacte social, et toute à la charge de l'État cocontractant<sup>107</sup>. En mettant « en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale »<sup>108</sup>, l'individu recherche « une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune [s]a personne et [s]es biens [...], et par laquelle s'unissant à tous [il] n'obéisse pourtant qu'à lui-même »<sup>109</sup>. C'est en effet dans la perspective d'un intérêt partagé que se forme le contrat social, l'expression de la volonté donnant une onction sacrée à ce contrat. En ce sens, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »<sup>110</sup>. Cette conception implique deux remarques. D'une part, le contrat s'intègre dans un ordre juridique au nom de l'intérêt général. D'autre part, l'intérêt général s'apprécie davantage par référence à un ordre juridique ; il est légitimé par cet ordre juridique et, par conséquent, il a une dimension fonctionnelle. L'intérêt général n'est pas alors un projet chimérique, mais bien le fondement même du droit et s'impose tant aux particuliers, qu'à la puissance publique, tous parties au contrat.

La théorie contractuelle du brevet s'inscrit parfaitement dans cette logique puisqu'elle fonde les intérêts de l'inventeur et ceux de la société en une unité portée par l'État<sup>111</sup> qui octroie le titre. L'on comprend alors que Stanislas de Boufflers, dans son rapport au soutien de la loi

---

<sup>107</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (précédé de discours sur l'économie politique et de contrat social, première version et suivi de Fragments politiques), Paris, Gallimard, 1993, livre 1<sup>er</sup>, chap. IV-VI.

<sup>108</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (précédé de discours sur l'économie politique et de contrat social, première version et suivi de Fragments politiques), Paris, Gallimard, 1993, livre 1<sup>er</sup>, chap. IV-VI, à la p 183.

<sup>109</sup> *Ibid.*, à la p 182.

<sup>110</sup> *Code civil français*, art. 1134, alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>111</sup> Paul Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952 à la p 68.

française de 1791 sur le brevet d'invention, puisse déclarer, sur un ton à la limite de la raillerie :

Ceux qui voudraient donner à un pacte aussi raisonnable et aussi juste le nom devenu odieux de privilège exclusif, reviendraient bientôt de cette erreur et reconnaîtraient la différence immense qui existe entre la protection assurée à tout inventeur et la prédilection accordée à tout autre privilège<sup>112</sup>.

Ainsi, les brevets autrefois délivrés en France, « sans examen préalable [...], c'est-à-dire sans garantie de l'État »<sup>113</sup>, ne sont guère autre chose que l'expression d'une méconnaissance grossière du rôle de l'État. Pour autant, même si la recherche et l'examen quant au fond sont indispensables à l'octroi du brevet<sup>114</sup>, il est nécessaire de se prémunir contre un éventuel risque d'abus des gouvernants, en définissant les clauses d'un tel contrat dans la loi. C'est dire qu'au plan collectif, l'intérêt général peut s'exprimer mieux dans la loi.

Au plan collectif, Rousseau lui-même avertit qu'en dehors de la loi, il règne un état de nature où tout est commun et où il n'est reconnu à autrui que ce qui est inutile à soi. Il n'en va pas ainsi dans l'état civil où tous les droits sont fixés par la loi : « car alors seulement l'intérêt public gouverne »<sup>115</sup>. Ainsi, « l'ordre juridico-politique permet de structurer ce qui est permis et ce qui n'est pas permis »<sup>116</sup>. Seuls la loi et plus généralement le droit peuvent définir l'intérêt général, en déterminer le contenu et en assurer la protection et la promotion. En ce sens, le

---

<sup>112</sup> Paul Olgner, *Le droit des savants*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1937 à la p 81.

<sup>113</sup> Paul Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952 à la p 45.

<sup>114</sup> Lise Dybdahl, *Les brevets européens*, Paris, Litec, 2005 à la p 61.

<sup>115</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (précédé de discours sur l'économie politique et de contrat social, première version et suivi de Fragments politiques), Paris, Gallimard, 1993, livre II. Chap. 6 à la p 201.

<sup>116</sup> Claude Rochet, *Gouverner par le bien commun, un précis d'incorrection politique à l'usage des jeunes générations*, Paris, François-Xavier de Guilbert, 2001 à la p 172.

professeur Sabatier parlant du brevet, peut affirmer : « que la loi recherche à concilier intérêt collectif et intérêt personnel, ou des intérêts particuliers opposés, elle poursuit un même but : l'intérêt général »<sup>117</sup>. Si la protection de l'intérêt général s'impose donc comme objet du droit à la formation duquel chaque individu participe par son consentement, l'expression de cette volonté doit alors produire des effets.

**Les effets de la manifestation de la volonté.** La volonté confère à l'intérêt général sa validité. Sa conformité, tant au contrat qu'à la loi, desquels il tire sa légitimité, lui donne force obligatoire. D'abord, le consentement à être lié pour la protection de l'intérêt général en force l'autorité. L'intérêt général devient ainsi une union d'intérêts en vertu de laquelle, selon le célèbre juriste René Démogue « chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun »<sup>118</sup>. S'opposant à la course solitaire aux intérêts particuliers, généralement antagonistes, l'intérêt général est alors un point d'intersection, une mutualisation des différents intérêts particuliers. Pour autant, il convient de se demander si cette mutualisation des intérêts peut être assimilée à ce que le professeur Kenneth Joseph Arrow appelle les préférences collectives, que l'auteur qualifie de bien-être collectif, ces préférences devant fonctionner dans le même sens que les valeurs individuelles<sup>119</sup>. À vrai dire, il faut avouer d'emblée que le bien-être collectif d'Arrow est plutôt idéaliste, en raison

---

<sup>117</sup> Marc Sabatier, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Strasbourg, Librairies techniques, 1967 à la p 7.

<sup>118</sup> René Démogue, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931 à la p 9, cité par Mustapha Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, à la p 710. Cette opinion rejoint aussi la théorie aristotélicienne de l'intérêt général formé de la somme des différents intérêts particuliers portés et défendus par chaque citoyen.

<sup>119</sup> Kenneth Joseph Arrow, *Choix collectif et préférences individuelles*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Calmann-Lévy, 1974 aux pp 58 et 62.



de l'exigence d'un certain degré d'unanimité des choix<sup>120</sup> et de l'universalité des besoins. Sans verser dans la formule mathématique par laquelle l'auteur illustre la fonction de ce bien-être collectif, il convient simplement de dire l'exigence d'un nombre déterminant d'individus exprimant un choix collectif<sup>121</sup> ne suffit pas pour construire le modèle de l'intérêt général, lequel doit être circonscrit dans les limites de la loi.

Sur le plan de la loi, l'intérêt général s'impose en tant que fin poursuivie par la volonté collective ; il est alors une œuvre commune, ainsi que l'affirme Rousseau lui-même : « le peuple soumis aux loix en doit être l'auteur »<sup>122</sup>. En ce sens, l'intérêt général unit les droits aux devoirs en vue de ramener la justice à son objet. Au-delà de la question principale de la validité, la loi soumet l'intérêt général à son autorité. Aussi, la doctrine qualifie-t-elle les règles juridiques d'impératifs techniques ou conditionnels<sup>123</sup>. En effet, une fois adoptée, l'autorité de la loi ne dépend plus de l'assentiment de ses sujets, sauf l'hypothèse où elle offre la possibilité aux opérations facultatives. Elle définit l'objet de l'intérêt général, en établissant des règles qui tendent à réduire toutes les distorsions et entraves à la jouissance des droits subjectifs de chaque partie au pacte social, en vue du règne de la paix.

---

<sup>120</sup> Kenneth Joseph Arrow, *Choix collectif et préférences individuelles*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Calmann-Lévy, 1974 à la p 139.

<sup>121</sup> *Ibid.*, à la p 104.

<sup>122</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (précédé de discours sur l'économie politique et de contrat social, première version et suivi de Fragments politiques), Paris, Gallimard, 1993 à la p 202.

<sup>123</sup> Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950 à la p 90.

### **1.1.1.1.2 La paix sociale : objet de l'intérêt général**

La détermination de l'intérêt général par le droit produit un changement très remarquable, en substituant l'instinct à la justice, en donnant aux actions humaines la moralité dont elles sont dépourvues dans l'état de nature. D'ailleurs, Jean-Jacques Rousseau dénie vigoureusement à la force la prétention de fonder le droit, car la force établit un simple fait précaire, essentiellement révocable par une autre force susceptible de la supplanter. C'est qu'en instituant le droit et en s'y conformant, les humains recherchent la paix.

Ayant directement ou indirectement pris part à l'élaboration du droit, les individus doivent s'y conformer puisqu'ils n'obéissent qu'à eux-mêmes, sans rien perdre de leur liberté originaire<sup>124</sup>. La liberté, d'un point de vue social, s'identifie à l'autorité du droit dans une perspective solidaire<sup>125</sup>. Ce respect s'impose de prime abord à l'État dont la compétence se définit par le droit et en droit, car « l'ignorance, l'oubli ou le mépris [du droit] sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements [...] »<sup>126</sup>. De là, il suit que tout gouvernement doit conduire les affaires publiques, tant au plan national qu'international, dans le seul but de satisfaire l'intérêt général. Ainsi, les conventions conclues au plan international par les gouvernements ont autorité dès lors qu'elles ont été reçues en droit interne. En ce sens, l'*Accord sur les ADPIC* proclame : « les Membres donneront effet aux dispositions du présent accord [et] seront libres de déterminer la

---

<sup>124</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (précédé de discours sur l'économie politique et de contrat social, première version et suivi de Fragments politiques), Paris, Gallimard, 1993, Livre I, chap. 4.

<sup>125</sup> Irène Pereira, *L'anarchisme dans les textes. Anthologie libertaire*, Paris, Éditions Textuel, 2010 à la p 34.

<sup>126</sup> Voir le préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de la révolution française*, 26 août 1789. Ce premier texte de portée générale, est considéré comme limitant la sphère du pouvoir d'État.

méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques »<sup>127</sup>. Le mépris du droit expose au règne de l'anarchie tandis que son respect vise une paix durable dont chaque personne pourra tirer le plus grand profit. En d'autres termes, l'autorité du droit établit la paix, qui non seulement s'éclot dans la sphère de l'État, mais aussi dans les relations interétatiques en raison de l'interdépendance entre les États.

La recherche d'une paix durable à travers la coopération internationale se « retrouve dès la période classique lors de la négociation des grands traités internationaux qui vont fonder les ordres européens successifs, de la paix de Westphalie (1648) au congrès de Vienne (1814) »<sup>128</sup>. Cette recherche de la paix fut systématisée durant le Siècle des Lumières<sup>129</sup>, dans les travaux de divers auteurs<sup>130</sup> comme gage du développement. Elle suppose que les États substituent l'anarchie et les rapports de force à un ordre juridique. Aussi, le président américain Thomas Woodrow Wilson souhaitait-il : « le retrait, autant que possible, de toutes les barrières économiques, et l'établissement d'une égalité des conditions de commerce parmi toutes les nations désirant la paix et s'associant pour la maintenir. »<sup>131</sup>. La paix est alors un argument finaliste de

---

<sup>127</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 1<sup>er</sup> (1).

<sup>128</sup> Guillaume Devin, « Les États-Unis et l'avenir du multilatéralisme » (2003) 51 *Cultures et Conflits* 157 aux pp 157-174.

<sup>129</sup> Dans l'historiographie française, il est classique de situer le siècle des Lumières au lendemain de la mort de Louis XIV en 1715 à l'avènement de la révolution de 1789.

<sup>130</sup> Jean-Jacques Rousseau, Emmanuel Kant, John Locke et Benjamin Franklin sont entre autres, les principaux défenseurs de cette recherche sur le lien entre la paix et le développement.

<sup>131</sup> Extrait du discours prononcé devant le Congrès des États-Unis d'Amérique le 8 janvier 1918. Dans ce discours, le président Thomas Woodrow Wilson soumettait au Congrès ses quatorze propositions pour une sortie de la crise qui secouait le monde en ce temps, en l'occurrence la grande guerre et la crise économique. Voir Philippe Moreau-Defarge, « Le multilatéralisme et la fin de l'histoire ». En ligne : [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0104-MOREAU\\_DEFARGES-FR2-2pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0104-MOREAU_DEFARGES-FR2-2pdf).

l'intérêt général; elle crée les conditions nécessaires à la jouissance des droits des particuliers. En un mot, la paix concrétise la satisfaction de l'intérêt général. Puisque l'ordre juridique tend à l'émergence d'un espace propice à l'intérêt général, il peut offrir l'opportunité de proposer une définition du concept.

### **1.1.1.1.3 Les critères d'une définition de l'intérêt général en droit**

L'on a pu dire de l'intérêt général qu'il est « à la fois indéfinissable et irremplaçable »<sup>132</sup>, non pas au sens qu'il serait un concept sans contenu, mais certainement parce que la formulation d'une définition comporte le risque d'enfermer la notion dans une formule définitive. Néanmoins, aux fins d'une analyse purement juridique, il faut admettre que l'intérêt général peut se justifier dans les actions individuelles, pourvu qu'elles trouvent leur source en droit.

**L'intérêt général : justificatif de l'action individuelle.** L'intérêt général est un concept employé pour appréhender la réalité d'une représentation intellectuelle. Aussi, l'opposait-on aux intérêts particuliers qui seraient, par nature, égoïstes. Mais à la vérité, la plupart des actions de l'individu concourent au bien de la communauté à laquelle il appartient. C'est ce qu'exprime Aristote en affirmant que le salut de la communauté est l'œuvre de tous ses membres qui, malgré leurs différences, parviennent à construire un État<sup>133</sup>. Pour Aristote en effet, la cité n'est pas une entité séparée de ses membres et, par

---

<sup>132</sup> François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, préf. du doyen Georges Vedel. Voir dans le même sens Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977 à la p 264; OCDÉ, *Politique de concurrence et propriété intellectuelle*, Paris, Publications de l'OCDÉ, 1989 à la p 43.

<sup>133</sup> Aristote, *La politique*, Paris, Hermann Éditeur des Sciences et des Arts, 1996 aux pp 74-75.

conséquent, ne peut avoir d'intérêt propre, distinct des intérêts de ses membres, étant entendu que

Chacun se soucie avant tout de ce qui lui appartient en propre, mais beaucoup moins des biens de la communauté, sauf quand son intérêt personnel est en jeu. [...] Ainsi, les fonds de terre peuvent être des propriétés séparées, tandis que leurs produits sont mis en commun pour la consommation de tous<sup>134</sup>.

En cela, il s'oppose radicalement à Platon qui enseigne que la société représente ses membres en une entité unifiée, mais défend un intérêt général fondamentalement distinct des intérêts desdits membres. Chez Aristote, l'intérêt général est un argument susceptible d'emporter l'adhésion de tous. « Il devient alors difficile de réduire l'intérêt général au schéma classique qui consistait à en faire l'exclusivité de l'État que l'on oppose aux intérêts particuliers »<sup>135</sup>. Par exemple, en décidant que

l'enregistrement des marques de couleur [gris argent] contreviendrait à l'intérêt général à ne pas restreindre indûment, pour les autres opérateurs qui offrent des forêts, le choix de couleurs de base susceptibles d'être appliquées sur des formes intrinsèquement non distinctives<sup>136</sup>,

le juge communautaire européen laisse entendre qu'une activité commerciale réalisée par un particulier contribue à satisfaire l'intérêt général, tant et aussi longtemps qu'elle n'entrave pas la liberté d'entreprendre d'autres personnes privées. À ce sujet, Jeremy Bentham affirmait: « it is in vain to talk of the interest of the community, without

---

<sup>134</sup> Aristote, *La politique*, Paris, Hermann Éditeur des Sciences et des Arts, 1996, livre II, aux pp 30 et 34.

<sup>135</sup> Mustapha Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 2004 à la p 24 ; Bénédicte Fauvarque-Cosson et al., *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz, 2007 à la p 15.

<sup>136</sup> CJCE, 03 février 2011, *Gühring OHG c. OHMI*, T-299/09 et T-300/09, [2011].

understanding what is the interest of the individual »<sup>137</sup>. De fait, les œuvres individuelles, dans une addition consensuelle, promeuvent l'intérêt général.

**L'intérêt général : une somme consensuelle des intérêts particuliers.** Partant du principe qu'un individu peut, par ses actions, agir dans un but d'intérêt général, il est aisé de postuler que la multitude des intérêts particuliers est susceptible d'accroître l'intérêt général. D'ailleurs, en doctrine anglo-saxonne<sup>138</sup>, les groupes d'intérêts, en particulier les lobbies sont considérés comme concourant à l'intérêt général par leurs actions. De fait, l'on conviendrait que « l'intérêt général n'est que l'addition des intérêts individuels et le marché est apte à servir cet intérêt »<sup>139</sup>. Cependant, « l'intérêt général n'est pas naturel [puisqu'] l'homme recherche [...] par nature, son intérêt particulier »<sup>140</sup>. Autrement dit, l'intérêt général ne peut se construire sur la base d'une simple addition arithmétique des divers intérêts particuliers. En effet, certains intérêts particuliers peuvent être joints, d'autres peuvent même être contraires à l'esprit associatif. Or, c'est précisément en vue de fonder une société unie pour une même cause, par la création d'un État protecteur de l'intérêt général, que les individus ont décidé de rompre avec « la situation morale dans laquelle [ils] se retrouv[ent] dès le moment de [leur] naissance, indépendamment de toute volonté

---

<sup>137</sup> John Stuart Mill, *Utilitarianism: On liberty: Essay on Bentham: Together with selected writings of Jeremy Bentham and John Austin*, Oxford, Mary Warnock, 1962 à la p 35.

<sup>138</sup> La doctrine anglo-saxonne de l'intérêt général, pour l'essentiel, a été l'objet des travaux d'Adam Smith, Jeremy Bentham et John Stuart Mill. La théorie ricardienne de l'avantage comparé s'inscrit également dans cette optique.

<sup>139</sup> Marie-Anne Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation*, Paris, Presses universitaires de France, 2011 à la p 84.

<sup>140</sup> François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Économica, 1986 à la p 97.

humaine »<sup>141</sup>. L'intérêt général prend alors une forme particulière et se place au-dessus des desideratas de chaque individu et groupe particuliers de la société.

**L'intérêt général : un intérêt transcendantal.** La recherche, en toutes circonstances de l'intérêt général, c'est-à-dire ce qui profite à la société, « n'est pas seulement une activité inhérente à la politique elle-même, c'est aussi le devoir de tous »<sup>142</sup>. Cette conception a le mérite de transcender les différents intérêts particuliers dont la protection ne saurait se faire au détriment de l'intérêt général<sup>143</sup>, lequel se trouve incarné dans la loi comme instrument de régulation sociale. Ainsi, reprenant Renouard, Keeverer peut professer : « les pouvoirs publics, institués pour gouverner, non seulement dans l'intérêt général mais aussi dans l'intérêt de chaque citoyen pris individuellement, ne font point acte de propriété lorsqu'ils créent et promulguent les lois »<sup>144</sup>. En d'autres termes, la loi a pour rôle d'organiser la société en régulant les rapports humains. C'est pourquoi, dans son rapport au soutien du vote de la loi française sur le brevet d'invention de 1791, Stanislas de Boufflers précisait :

[...] comme les avantages que l'inventeur promet à la société et qu'il se promet à lui-même, seront encore éloignés et douteux, et que la protection qu'il en réclame et la sécurité qu'il [l'État] lui doit sont un

---

<sup>141</sup> Ada Neschke-Hentschke, *Platonisme politique et théorie du droit naturel : contribution à une archéologie de la culture politique européenne*, Louvain/Paris, Peeters, 2003 à la p 468.

<sup>142</sup> François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986 à la p 46.

<sup>143</sup> Conseil d'État, *Rapport public 1999*, partie thématique « l'intérêt général », « Études et documents », Paris, La Documentation française, 1999, n° 50 à la p 267.

<sup>144</sup> Jean-Michel Bruguière, « Propriété intellectuelle et choses communes » dans Jean-Michel Bruguière, Nathalie Mallet-Poujol et Agnès Robin, dir, *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-En-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007 à la p 51.

bien actuel et réel, il convient qu'il dépose des arrhes entre les mains du corps social<sup>145</sup>.

Concrètement, le postulant au brevet doit prouver que son invention justifie l'octroi des prérogatives qu'il réclame.

**La santé publique : un exemple particulier d'intérêt général.** La protection de la santé publique, la nutrition, l'environnement, la sécurité nationale, le maintien de l'ordre public, ainsi que d'autres intérêts socio-économiques sont, entre autres, les principaux domaines où prospère l'intérêt général<sup>146</sup>.

Selon l'OMS, la santé est « un état de bien-être physique, mental et social complet et ne consiste pas seulement en l'absence de maladie ou d'infirmité »<sup>147</sup>. Cette définition est à la fois idéaliste et incomplète. D'une part, elle fait de la santé un projet trop ambitieux que l'on ne peut réaliser; elle manque de contours. D'autre part, elle ne renseigne pas du tout sur le caractère marchand de la santé, du moins, en tant que bien économique. En effet, la santé jouit d'une double légitimité; elle est écartelée entre la reconnaissance comme un droit fondamental et une ressource marchande<sup>148</sup>. Par exemple, la santé publique, vue sous l'angle de la prestation des soins de santé y compris la fourniture de

---

<sup>145</sup> Paul Olganier, *Le droit des savants*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1937 à la p 81.

<sup>146</sup> Ermias Tekeste Biadgleng, *Droits de propriété intellectuelle dans les accords d'investissement: les répercussions de type ADPIC-plus sur la protection de l'intérêt général et son application*, Genève, Publications du Centre Sud, 2006 à la p 9.

<sup>147</sup> Voir le premier point du préambule de la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé, tel qu'adoptée par la Conférence Internationale sur la Santé, à New York les 19-22 juin 1946 ; la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé a été signée le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 États, et est entrée en vigueur le 7 avril 1948.

<sup>148</sup> Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, dir, *Libertés économiques et droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011 à la p 95.



produits pharmaceutiques, est un bien de consommation<sup>149</sup>. Certes, l'on a pu dire du produit pharmaceutique qu'il ne peut être réduit à une simple marchandise<sup>150</sup>. Mais en admettant que la santé implique la mise en œuvre d'une politique publique qui promeut le bien-être de l'individu, l'on touche déjà à l'impact économique de la santé, en tout cas, à son financement. À cet égard, l'OMS fait observer :

Des hôpitaux coûteux, qui appliquent une technologie relativement sophistiquée, accaparent d'ordinaire une part exagérée des fonds disponibles au profit d'une clientèle choisie relativement restreinte. Dans nombre de pays en développement, beaucoup plus de la moitié du budget national de la santé va aux soins de santé dans les zones urbaines, qui regroupent tout au plus un cinquième de la population totale<sup>151</sup>.

La santé publique est donc désormais soumise à la loi de la rareté économique, même si les gouvernants, dans la plupart des pays du monde, tentent d'en maîtriser les dépenses<sup>152</sup>. En d'autres termes, « la santé publique représente une activité directe ou indirecte généralement prise en charge par l'État qui assure en la matière des services et met en jeu sa responsabilité »<sup>153</sup>; elle exige donc un investissement qui renvoie à la marchandisation. Néanmoins, « le droit individuel à la protection de la santé [s'] inscrit [...] dans une socialisation qui conduit à

---

<sup>149</sup> Nathalie Ferraud-Ciandet, *Protection de la santé et sécurité alimentaire en droit international*, Bruxelles, Larcier, 2009 à la p 127.

<sup>150</sup> Bernard Remiche, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, Paris, Dalloz, 2004, 119 à la p 136.

<sup>151</sup> OMS, *Le financement des services de santé*, Série de rapports techniques 625, Genève, Publications de l'OMS, 1978 aux pp 19-20.

<sup>152</sup> Danièle Cristol, « Le droit à la protection de la santé face aux exigences de maîtrise des dépenses » dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2000, 103 à la p 108.

<sup>153</sup> Jonathan Mann, « L'impact de la Santé sur les Droits de l'Homme. L'impact des Droits de l'Homme sur la Santé » dans Jonathan Mann, dir, *Santé publique et droits de l'Homme*, Paris, Publications de l'Espace Éthiques de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, 1997, 35 à la p 35.

imposer à l'État de véritables obligations positives [...] »<sup>154</sup>. En effet, si « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour [...] les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires »<sup>155</sup>, c'est bien à l'État qu'incombe cette responsabilité incombée. Le cadre étatique offre de ce fait l'espace où s'éclaire l'intérêt général.

### **1.1.1.2 Le cadre d'expression de l'intérêt général**

L'intérêt général, tel qu'il vient d'être présenté, trouve son fondement en droit. Or, le droit lui-même n'a d'assise que dans un cadre étatique. Par conséquent, l'intérêt général ne saurait trouver meilleur cadre d'expression que l'espace étatique. En d'autres termes, l'État incarne l'intérêt général, aussi bien dans ses activités à l'interne comme dans ses engagements internationaux.

#### **1.1.1.2.1 La sphère étatique : cadre privilégié et garant de l'intérêt général**

L'individu ne peut s'épanouir et savoir ses intérêts protégés en dehors des périmètres de l'État<sup>156</sup>. C'est en raison de l'opposition des intérêts particuliers qu'il faille nécessairement mettre en accord, que les individus ont décidé de créer l'État, alors seul garant de leur sécurité et protecteur de leurs biens. Ainsi, l'État doit s'identifier au peuple afin de mieux défendre ses intérêts. Qu'est-ce qu'un État qui ressemble au peuple?

---

<sup>154</sup> Christian Byk, « La place du droit à la protection de la santé au regard du droit constitutionnel français » (2001) 31 *Revue générale de droit* 327 à la p 340.

<sup>155</sup> *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 10 décembre 1948, art. 25.

<sup>156</sup> Jean Carbonnier, *Droit flexible. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988 à la p 190.

**Problème de définition de l'État.** Il n'est pas aisé de s'entendre sur la définition de l'État. Philosophes, socio-politistes, juristes et, dans une certaine mesure, les politiques<sup>157</sup> rivalisent d'ardeur pour conceptualiser l'État, chacun à sa manière. Les anarchistes<sup>158</sup>, et en particulier les marxistes souhaitaient l'extinction de l'État qu'ils estiment sacrificateur de l'individu sous le prétexte de défendre l'intérêt général ou la justice sociale. Ainsi, Friedrich Nietzsche ne voit dans l'État que « la mort des peuples [...], le plus froid de tous les monstres froids [qui] ment froidement [quand il dit :] je suis le peuple »<sup>159</sup>. L'on comprend alors que le professeur Maurice Duverger reproche aux juristes de confondre les textes avec la réalité des faits en prêtant « la main à cette mystification fondamentale qui déifie l'État et les gouvernants qui l'incarnent, et, ainsi, plus ou moins inconsciemment, se faisaient les auxiliaires des groupes dominants »<sup>160</sup>. Chez John Locke comme chez Thomas Hobbes, l'État est né du passage de l'état de nature à l'état civil ; mais contrairement à la thèse de Hobbes, la doctrine de John Locke ne fait pas de place à l'existence de l'état de nature. Les auteurs

---

<sup>157</sup> Devant le Parlement de Paris le 13 avril 1655, par suite de la contestation de la légalité des édits qu'il avait signés et qui étaient destinés à faire rentrer de l'argent dans les caisses de l'État, Louis XIV invité par le président du Parlement à s'expliquer sur l'intérêt de l'État, aurait répondu : « l'État, c'est moi ».

<sup>158</sup> Pour Pierre Joseph Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?*, Paris, Librairie Internationale, 1867 à la p 224 : « Le gouvernement de l'homme par l'homme, sous quelque nom qu'il se déguise est oppression ». En outre, l'auteur précise qu'« il faut avoir vécu dans cet isolement qu'on appelle Assemblée Nationale, pour concevoir comment les hommes qui ignorent le plus complètement l'état d'un pays sont presque toujours ceux qui le représentent ». Voir Pierre Joseph Proudhon, *Confessions d'un révolutionnaire* (1849), cité par Edward Castleton, « L'infréquentable Pierre-Joseph Proudhon » dans *Le monde diplomatique*, janvier 2009. Pour sa part, Mikhaïl Bakounine, *Fédéralisme, socialisme et antithéologisme* (1867), déclare : « C'est l'État, c'est l'autel de la religion politique sur lequel la société naturelle est toujours immolée : une universalité dévorante, vivant de sacrifices humains comme l'Église ».

<sup>159</sup> Friedrich Nietzsche, *Œuvres*, Paris, Robert Laffont, 1993 à la p 320.

<sup>160</sup> Dominique Turpin, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 2007 à la p 3.

contemporains<sup>161</sup> voient l'État à travers la réunion de trois éléments fondamentaux, que sont un territoire, une population attachée à ce territoire et un gouvernement exerçant une autorité effective et irrésistible sur les deux premiers éléments. L'État du juriste qui semble le plus à même de valablement représenter et défendre les intérêts du peuple, tant à l'intérieur, qu'à l'extérieur de ses frontières, doit être une communauté nationale particularisée par son unité, un vécu commun et la conscience collective de ses citoyens et, même s'il importe de distinguer les gouvernants des gouvernés, ayant une « communauté d'intérêts »<sup>162</sup>. Un tel État agit dans la perspective de satisfaire les besoins du peuple, c'est-à-dire dans la seule vue de l'intérêt général.

**Le mécanisme de la protection de l'intérêt général par l'État.** La volonté générale qui préside à la création de l'État « est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique »<sup>163</sup>. Mais, pour qu'il en soit réellement ainsi, l'État doit s'identifier au peuple. Sur ce point précis, le « soyez vous-mêmes les auteurs des lois qui doivent faire votre bonheur »<sup>164</sup> de Jean-Jacques Rousseau paraît insuffisant, sinon tout au plus proclamatoire ; il faut lui adjoindre un complément indispensable. Ce complément au pacte social, dans la perspective d'un État défenseur de l'intérêt général, fut mis en évidence par Charles-Louis de Secondat, plus connu sous le nom de Montesquieu (1689-1755). En effet, puisque la loi incarne l'intérêt général, son élaboration ne doit pas être confiée aux gouvernants, car il faut craindre le risque de confusion des rôles.

---

<sup>161</sup> Dominique Turpin, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 2007; Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson Lafleur, 2004 ; Pierre Pactet, *Droit constitutionnel*, 26<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007.

<sup>162</sup> Pierre Pactet, *Droit constitutionnel*, 26<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007 à la p 36.

<sup>163</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social (précédé de discours sur l'économie politique et de contrat social, première version et suivi de Fragments politiques)*, Paris, Gallimard, 1993, livre II, chap. 3.

<sup>164</sup> *Ibid.*

Or, le peuple n'est pas lui-même apte à élaborer la loi qui, au demeurant, n'a pas voulu qu'une seule personne s'en arroge l'élaboration, l'exécution et apprécie en même temps cette exécution ; il faut donc séparer ces fonctions. Ainsi, Montesquieu eut le mérite d'élaborer sa théorie de la distribution des fonctions par lequel le peuple reste effectivement, mais virtuellement l'auteur des lois qui doivent lui assurer le bien commun. « Le corps législatif ayant la confiance du peuple, et étant plus éclairé que lui, il pourrait le faire revenir des mauvaises impressions qu'on lui aurait données, et calmer ses mouvements »<sup>165</sup>. Par conséquent, le peuple confie l'exécution de la loi aux gouvernants et sa sanction aux tribunaux. Aussi, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique déclare-t-elle : « *la philosophie économique derrière clause donnant pouvoir au Congrès d'autoriser la délivrance des brevets et des copyrights est la conviction que l'encouragement de l'effort individuel est la meilleure manière de favoriser le bien-être public [...]* »<sup>166</sup>. Dans le même sens, le Conseil d'État français se reconnaît le pouvoir de veiller que « la protection des intérêts individuels ne se [fasse] pas au détriment de l'intérêt général »<sup>167</sup>. En d'autres termes, c'est par un mécanisme de collaboration des différents pouvoirs au sein de l'État, chacun agissant dans le cadre de ses compétences, que l'intérêt général est assuré.

Au-delà de ses frontières nationales, l'État évolue dans un contexte international ouvert et compétitif. Aussi, en tant que sujet principal du

---

<sup>165</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Genève, (1748), livre XI., chap. 6.

<sup>166</sup> *Mazer c. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954), cité par Mireille Buydens et Séverine Dusollier, eds, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008 à la p 32.

<sup>167</sup> Conseil d'État, *Rapport public 1999*, partie thématique « l'intérêt général », « Études et documents », Paris, La Documentation française, 1999, n° 50 à la p 267.

droit international, l'État doit-il coopérer avec d'autres entités de même nature en vue de promouvoir l'intérêt général.

### **1.1.1.2.2 L'intérêt général et la coopération internationale en droit des brevets**

En admettant que l'État né de la volonté générale doit agir essentiellement pour assurer le bien-être de sa population, l'on peut penser que la possible asymétrie des intérêts d'un peuple par rapport à un autre, constituerait un handicap à la coopération interétatique. D'ailleurs, le principe de la souveraineté des États les autorise à faire défection en matière de coopération. Mais, à quoi peut bien servir à un État la prétention à l'isolationnisme dans un contexte international très dynamique particularisé par un changement perpétuel des centres d'intérêt? En fait, l'intérêt général, étant « le concept fondateur de la société et de l'État [...] inséparable de la constitution de l'État moderne »<sup>168</sup>, la coopération interétatique s'impose comme une alternative crédible pour accroître l'intérêt général, puisque « chaque État est comme une entreprise en compétition sur le marché international »<sup>169</sup>. La coopération devient alors pour chaque État une nécessité.

**Le concept de coopération internationale.** Du latin *cooperare*, cum (avec) et opera (œuvres), la coopération signifie une action concertée tendant vers un but commun. Elle renvoie ainsi au concept d'association cher à Jean-Jacques Rousseau. En droit international, la coopération désigne toute

---

<sup>168</sup> Conseil d'État, *Rapport public 1999*, partie thématique « l'intérêt général », Paris, La Documentation française, « Études et documents », 1999, n° 50 à la p 267.

<sup>169</sup> Robert Reich, « L'économie mondialisée », *Économica*, 1993, cité par Claude Rochet, *Gouverner par le bien commun : un précis d'incorrection politique à l'usage des jeunes générations*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2001 à la p 238.

action conjointe et coordonnée de deux ou plusieurs États ou d'États et de personnes privées dans un domaine déterminé (militaire, scientifique, technique, culturel, national ou financier, fiscal, monétaire, commercial, maritime, international, spatial), en vue de parvenir à des résultats communs dans un ou plusieurs domaines de la vie internationale; cette coopération peut se réaliser soit dans le cadre de l'exécution d'un traité ou d'une organisation internationale, soit en dehors de tout cadre contractuel<sup>170</sup>.

La coopération suppose donc un intérêt partagé, ou tout au moins la convergence d'objectifs distinctement poursuivis par chacune des parties prenantes; elle s'inscrit dans un ou plusieurs domaines précis. En un mot, la coopération internationale c'est un moyen de coordonner les efforts des États en leur proposant des accords internationaux qu'ils acceptent sans de très longs retards<sup>171</sup>. En effet, la coopération internationale a pour ambition de placer toutes les parties prenantes sur un pied d'égalité, sans égard à leur capacité ou puissance intrinsèques. En ce sens, elle est le fil d'Ariane qui conduit à la mondialisation<sup>172</sup> qui,

---

<sup>170</sup> Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 2007.

<sup>171</sup> Julien Luchaire, « Principes de la coopération intellectuelle internationale » (1925) Académie de droit international, *Recueil des cours*, t. 9, Paris, Librairie Hachette, 1925, 311 aux pp 368-369.

<sup>172</sup> La mondialisation (ou globalization en doctrine anglo-saxonne) est le phénomène de l'extension à l'échelle planétaire des rapports, plutôt économiques, que l'on a parfois qualifié de récent. La doctrine politique emploie l'expression « multilatéralisme ». En fait, la préhistoire de la mondialisation remonte au troisième millénaire avant notre ère par le biais du commerce entre États-cités; elle prit une forme hégémonique au V<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ, sous la colonisation grecque et perse en Europe. Mais elle fut systématisée sous une forme civilisée au XVII<sup>e</sup> siècle, dans les travaux de Hugo Grotius (1583-1645), théoricien du « iuris gentium »(droit des gens); John Locke (1637-1704), auteur de la nature double du droit des gens (un droit positif entre les États et une perspective éthique à réaliser dans les rapports entre les sociétés civiles); Jean-Jacques Rousseau, auteur de l'État civil; Emmanuel Kant (1724-1804) auteur « du droit cosmopolite » (droit des individus) qui s'associe forcément au droit des gens pour « la paix perpétuelle » et Jeremy Bentham (1748-1832) auteur du concept du « droit international », qui s'interrogeaient sur la *société des États*, ainsi que les moyens d'y assurer la paix. La paix perpétuelle, selon Emmanuel Kant, requiert un pacte en les États, fixant leurs droits et obligations et instituant un mécanisme de règlement des différends. Voir Alex Macleod et Dan O'meara, dir, *Théories des relations internationales : contestations et résistances*, Outremont, Athéna, 2007 aux pp 90-91; Andrew W. Knight, « Multilatéralisme ascendant et descendant : deux voies

elle, a rendu impossible l'isolement des États<sup>173</sup>. Par conséquent, la coopération internationale vise à « remédier aux dysfonctionnements du marché, aux carences de l'action politique, rechercher une efficacité accrue, préserver l'intérêt public, établir une règle en ayant à l'esprit [que] l'intérêt public sont les objectifs traditionnels »<sup>174</sup>. En s'appuyant sur la définition de la coopération internationale par son objet, en tant qu'elle se forme autour d'arrangement négocié en vue de satisfaire des intérêts communs, il est possible qu'elle conduise à satisfaire les différents intérêts, même divergents, des parties prenantes. L'action coopérative peut prendre, suivant la pratique des États, des formes variées en fonction des besoins de la cause et en fonction de son objet.

**Les différentes formes de coopération internationale en droit des brevets.** La caractéristique fondamentale à toutes les formes de coopération demeure l'objet de son fonctionnement, c'est-à-dire la matière qui en constitue le socle. La doctrine politique, en l'occurrence Arthur Stein distingue « les arrangements de collaboration, de coordination et de persuasion »<sup>175</sup> qui peuvent valablement recevoir application en droit des brevets. Il sera cependant nécessaire de limiter

---

dans la quête d'une gouverne globale » (1995) 26 : 4 *Études Internationales* 685 aux pp 685-710. Dans la pratique, la mondialisation avait d'abord revêtu une forme institutionnelle avec la création de l'Union du Télégraphe International (1865), l'Union Postale Générale (1874) devenue Union Postale Universelle (1878). Voir Andrew W. Knight, *Ibid.* ; Philippe Moreau-Defarge, « Le multilatéralisme et la fin de l'histoire ». En ligne : [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0104-MOREAU\\_DEFARGES-FR2-2pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0104-MOREAU_DEFARGES-FR2-2pdf).

<sup>173</sup> Wendelin Ettmayer, *Von der Welt der Staaten zum Weltstaat, und zurück*, traduction et adaptation par Sandrine Woelffel, *État-Nation ou État mondial?*, Strasbourg, Éditions HIRLÉ, 2008 à la p 100.

<sup>174</sup> Laurent Crémeux, « Vers une régulation multilatérale des marchés agricoles mondiaux ? Le cas du marché céréalière » dans Lorena Pirini, dir, *États et Mondialisation : stratégies et rôles*, Paris, L'Harmattan, 2001, 129 à la p 133.

<sup>175</sup> Arthur A. Stein, « Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic World » dans Stephen D. Krasner, ed, *International Regimes*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1983, 115 aux pp 116-117.



la réflexion aux arrangements de collaboration et de coordination, le cas typique de la persuasion symbolisé par l'*Accord sur les ADPIC* étant au cœur même de cette thèse.

En fait, c'est dès le XIX<sup>ème</sup> siècle que l'intérêt d'une coopération internationale a été vivace en droit des brevets, donnant lieu, en marge de la foire internationale de Vienne du 4 au 9 août 1873, à la tenue d'un congrès sur la question des disparités des systèmes nationaux de brevet. L'invitation adressée aux représentants des États à participer à ce congrès est assez évocatrice à ce propos :

Suivant une suggestion du Gouvernement des États-Unis [d'Amérique], la Direction générale de l'exposition universelle souhaite adjoindre à l'exposition, un congrès international qui discutera la question du droit des brevets ; au cas où cette discussion, comme on peut le prévoir, entraînerait un vote en faveur de la protection par brevet, ce sera la tâche de ce congrès, sur la base de l'expérience des divers pays et des documents rassemblés, de formuler une déclaration sur les principes fondamentaux d'une réforme internationale de la législation sur les brevets<sup>176</sup>.

À la vérité, l'idée d'un tel congrès avait été précédemment émise par le prince consort Albert, alors président de la grande foire internationale des travaux de l'industrie tenue à Hyde Park, à Londres en mai 1851<sup>177</sup>, faisant de l'objet de cette collaboration un projet en avance sur sa concrétisation.

**Les accords de collaboration en droit des brevets.** Les premiers traités internationaux en droit des brevets reposaient pour l'essentiel sur

---

<sup>176</sup> Universal Exhibition 1873 in Vienna, International Congress for the Consideration of Patent Protection, National Archives, Washington DC, Records of the Office of the Secretary of the Interior; Patent and Miscellaneous Division, Letter received concerning Patents (Box 82), at. 3., cité par Shu Zhang, *De l'OMPI au GATT: la protection internationale des droits de propriété intellectuelle: évolution et actualité*, Paris, Litec, 1994 à la p 46.

<sup>177</sup> Clare Pettitt, *Patent Inventions – Intellectual Property and the Victorian Novel*, New York, Oxford University Press, 2004 à la p 85.

une logique de collaboration entre États ayant des systèmes différents, mais poursuivant un intérêt commun : se doter d'un régime juridique propre tendant vers des résultats identiques. L'enjeu de cette première tendance est de ne pas évoluer en solitaire dans un domaine empreint d'un fort caractère ubiquitaire, car le brevet a « une vocation impérieuse à l'universalité - son objet, par sa nature même, requiert une protection partout et de la même façon quelle que soit la diversité des régimes politiques, sociaux ou économiques »<sup>178</sup>. Ainsi, toutes les parties aux accords de collaboration doivent avoir un régime de brevet et s'engager à atteindre un même but sous l'empire de leur propre législation. La *Convention d'union de Paris*<sup>179</sup> s'inscrit parfaitement dans ce registre. Elle organise toutes les parties à collaborer dans le cadre d'une union dont elle définit les principes fondamentaux :

- la règle du traitement national suivant laquelle toute demande de brevet faite auprès d'un État membre doit être traitée par cet État sans égard à la nationalité du demandeur<sup>180</sup>, sans même que le défaut pour le demandeur d'avoir établi un domicile dans ledit État préjudicie à ses intérêts. En un mot, un étranger demandeur ou même titulaire d'un brevet doit bénéficier, sur le territoire de l'État où il exerce ses activités, d'un traitement identique à celui que cet État accorde à ses nationaux<sup>181</sup>;

---

<sup>178</sup> Philippe Lafarge, « Le barreau de Paris et la propriété industrielle » dans *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990, 13 à la p 13.

<sup>179</sup> *Convention d'union de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, Paris, 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et modifiée le 28 septembre 1979 [*Convention d'union de Paris*].

<sup>180</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>181</sup> Sur ce fondement, le TGI du Wouri, Douala-Cameroun, Ch. civ. et com., 06 décembre 2004, n° 164, obs. Hervé Ndédi Penda, (avril 2008) 0001 Revue La GAZELLE, dispense la société de droit américain Mc Cann Ericson, demanderesse en

- le droit de « priorité unioniste »<sup>182</sup> qui instaure une véritable prise en compte du droit acquis à l'étranger. L'effet de la priorité unioniste est de permettre à tout déposant d'une première demande régulièrement enregistrée dans n'importe quel pays membre de l'union, de procéder à une nouvelle demande pour la même invention dans un autre pays, sans que lui soit opposée l'antériorité de son invention en raison de la première demande;
- la règle de l'indépendance absolue<sup>183</sup> des différents brevets nationaux octroyés pour une même invention; même si le postulant ne peut prétendre au brevet auprès d'un État sur le fondement d'un brevet antérieur pour la même invention, ses droits ne doivent pas non plus être affectés par une décision rendue sur le territoire d'un autre État;
- la règle de la non-obligation de manufacturer localement<sup>184</sup> l'invention qui promeut, en fait, la protection des droits liés au brevet lorsqu'à défaut d'exploiter son industrie sur le territoire de l'État ayant accordé le titre, le breveté y importe les produits fabriqués depuis un pays tiers.

---

annulation de marque contre le sieur Bernard Azria, du paiement de la cautio judicatum solvi en ces termes : «[...] en vertu de l'article 2 de la Convention de Paris dite Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967, signée par les États-Unis d'Amérique respectivement le 30 mai 1887 et le 10 mai 1964, les ressortissants des pays signataires de la convention sont considérés comme les ressortissants d'un même pays c'est-à-dire ses nationaux étant dispensés du paiement de la caution judicatum solvi » ; cet attendu peut trouver application en matière de brevet. Voir Paulin Edou Edou, *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI*, 1<sup>ère</sup> éd., Yaoundé, Publications de l'OAPI, 2009 à la p 39.

<sup>182</sup> *Convention d'union de Paris*, art. 4 C (1).

<sup>183</sup> *Ibid.*, art. 4 bis.

<sup>184</sup> *Ibid.*, art. 5 A (1).

La voie de la collaboration en matière de coopération internationale laisse toutefois à chaque partie la liberté d'adopter des comportements opportunistes en essayant de tirer profit du système coopératif, tout en créant des distorsions dans le fonctionnement du système pris dans son ensemble. Aussi, est-il nécessaire que les parties coordonnent leurs efforts afin d'assurer une réelle étanchéité à la coopération dont elles pourront tirer le plus grand bénéfice.

**Les accords de coordination en droit des brevets.** La coopération internationale basée sur la coordination suppose l'adoption au préalable de règles semblables dans le domaine intéressé. Les arrangements de coordination visent le recours à des règles d'intégration et offrent ainsi, une visibilité sur les failles du système de la coopération internationale.

En matière de brevet, il faut distinguer, selon l'OMPI, les accords de coordination visant la classification des brevets et ceux relatifs au dépôt des demandes de brevet. Pour ce qui est des conventions relatives à la classification, il s'agit notamment de *l'Arrangement de Strasbourg* dont l'ambition est de répondre à l'intérêt général par l'établissement d'une coopération internationale plus étroite et, ainsi de favoriser l'harmonisation des systèmes juridiques<sup>185</sup>. Par contre, le *Traité de Budapest*<sup>186</sup> et le *Traité de coopération en matière de brevet*<sup>187</sup> relèvent des arrangements qui concernent le dépôt de la demande de brevet; ils visent, respectivement, à faciliter la description de l'invention par le

---

<sup>185</sup> *Arrangement de Strasbourg concernant la classification internationale des brevets*, Strasbourg, 24 mars 1971, préambule. L'*Arrangement de Strasbourg* a repris les principes posés par la *Convention européenne* du 19 décembre 1954 sur la classification internationale des brevets d'invention ; il fut modifié le 28 septembre 1979.

<sup>186</sup> *Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale de dépôt de micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevet*, 28 avril 1977.

<sup>187</sup> *Traité de coopération en matière de brevet*, Washington DC, 19 juin 1970 [PCT].

dépôt de l'échantillon d'une matière biologique et à permettre l'extension aisée des territoires visés par la demande de brevet.

La coordination maximise l'intérêt de la coopération par l'élimination de formalités superfétatoires qui peuvent alourdir les peines des prétendants au brevet. Ainsi, en matière de demande de brevet par la voie du PCT, certaines formalités comme l'examen formel de la demande, la recherche internationale d'antériorité<sup>188</sup>, la publication internationale de la demande, la recherche internationale supplémentaire facultative et l'examen préliminaire international facultatif<sup>189</sup> sont communes, sans égard à leur lieu d'accomplissement. Dans la même logique, le dépôt de microorganisme en matière de brevet, bien qu'ayant une valeur complémentaire à la description, rend la matière biologique accessible au public<sup>190</sup>, peu important l'office de brevet chargé de sa réception. Les accords de coordination en droit des brevets réduisent la charge de travail de certains offices de brevet disposant de peu de moyens puisqu'ils peuvent bénéficier de la qualité du travail accompli par d'autres offices plus outillés et, au-delà, conduisent à une réelle harmonisation.

La préservation ou la protection de l'intérêt général ne signifie pas l'établissement d'un vrai équilibre qui, en tous les cas, n'est pas réalisable en matière de coopération internationale. En d'autres termes, la coopération internationale n'a pas vocation à faire disparaître les inégalités de départ, c'est-à-dire les capacités propres à chaque partie

---

<sup>188</sup> Dix-sept offices nationaux ou régionaux sont actuellement compétents pour faire cette recherche d'antériorité, dont entre autres les Office européen et canadien de brevet. Voir, University of New Hampshire, Franklin Pierce Center for Intellectual Property, *Patent Treaty Cooperation*, Concord, Document de séminaire de formation, 29-30 avril 2011.

<sup>189</sup> PCT, art. 11, 15, 18 et 21.

<sup>190</sup> Jacques Peuscet, *Brevetabilité de la biologie en France en 2006*, Paris, Litec, 2006 aux pp 49-52.

avant la conclusion des accords de coopération. Certes, toutes les parties seront sur un pied d'égalité, jouissant des mêmes droits et assumant les mêmes obligations. Mais pour parvenir à satisfaire l'intérêt général, les accords de coopération internationale ont vocation à proposer un « deal mondial constructif [et inclusif] »<sup>191</sup> qui prenne en compte aussi bien les intérêts essentiels des parties les plus favorisées que les préoccupations des parties qui pourraient s'estimer trop perdantes, car toute association est intéressée. C'est dire que les règles de la mondialisation de l'économie, aussi impériales qu'elles puissent paraître doivent fédérer les intérêts essentiels de tous les États, dans une perspective consensuelle.

### **1.1.2 L'intérêt général: un argument finaliste du système des brevets**

Le système des brevets s'associe au libre-échange; celui-ci n'est pas l'apanage des XX<sup>ème</sup> et XXI<sup>ème</sup> siècles qui l'ont, certes, vu prendre de l'importance. En fait, les racines de cet ordre mondial remontent à l'antiquité gréco-romaine. À cette époque, Aristote mettait par exemple l'accent sur la primauté de l'individu et la propriété<sup>192</sup>. Mais, il s'agit là d'un libéralisme primaire. Il fallut attendre le « Siècle des lumières » pour voir éclore en théories<sup>193</sup> et en faits le libre-échange. Cette

---

<sup>191</sup> Bernard Remiche, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Paris, Dalloz, 2004, 119 à la p 136.

<sup>192</sup> Aristote, *La politique*, Paris, Hermann Éditeur des Sciences et des Arts, 1996 à la p 35 et 48-49.

<sup>193</sup> Je fais ici référence à la doctrine des physiocrates dont les principaux représentants furent François Quesnay (1694-1774), Vincent de Gournay (1712-1759), Anne Robert Jacques Turgot (1727-1718). Rompant avec le mercantilisme étatique, les physiocrates font de la production agricole la seule source de valeur, professant un « gouvernement de la nature », lequel ne peut être rendu possible que par la recherche de l'intérêt particulier. La doctrine libérale et en particulier, Adam Smith (1723-1790), Jean-Baptiste Say (1767-1832), théoricien de la doctrine des débouchés, David Ricardo (1772-1823), théoricien de l'avantage comparatif des coûts, Jeremy Bentham (1748-

époque fut marquée par l'adoption le 25 mai 1624, en Angleterre, du *Statute of monopolies* qui fait de l'intérêt général la finalité attachée au système des brevets, en reprenant une solution précédemment admise en jurisprudence :

When any man by his own charge and industry, or by his own wit and invention doth bring any new trade into the realm or any engine tending to the furtherance of a trade that was never used before; and that for the good of the realm; in such cases the King may grant him a monopoly patent for some reasonable time, until the subjects may learn the same, in consideration of the good that he doth bring by his invention to the Commonwealth<sup>194</sup>.

Désormais, érigé au rang des instruments de l'économie, le brevet ne doit pas porter préjudice au commerce par une hausse des prix, pas plus qu'il ne peut être contraire à l'intérêt général, précisait le texte du *Statut of monopolies* :

Provided also, and be declared and enacted, that any declaration before mentioned shall not extend to any letters patent and grants of privileges for the term of fourteen years or under, here after to be made, of the sole working or making of any manner of new manufactures within this realm, to the true and first inventor and inventors of such manufactures, which others at the time of making such letters patents and grant shall not use, so as also they be not contrary to the law nor mischievous to the state, by raising prices of commodities at home, or hurt of trade, or generally inconvenient<sup>195</sup>.

En pratique, le libéralisme économique prône la loi du marché-régulateur, qui se traduit juridiquement par la liberté des conventions suivant les intérêts des parties, et une intervention minimale de l'État.

---

1832) et John Stuart Mill (1806-1873), se servira des thèses avancées par les physiocrates pour élaborer la dialectique de l'intérêt général à partir des intérêts particuliers.

<sup>194</sup> *Edward Darcy v. Allein* (1602) 1 WPC 1 (Court of Queen's Bench), cité par Philip W. Grubb, *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology : Fundamentals for Global Law, Practice, and Strategy*, Oxford, Oxford University Press 2004 à la p 8.

<sup>195</sup> *Statute of monopolies*, 25 mai 1624, sec. 6. Voir aussi Paul Olganier, *Le droit des savants*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1937 à la p 74; Philip W. Grubb, *Ibid.*, à la p 9.

L'intérêt général serait alors la résultante des divers intérêts particuliers qui ne semblent plus hiérarchisés par rapport à cet intérêt général. En effet, les lois du marché sont par nature évolutives, « pour se maintenir à la hauteur de leur destinée »<sup>196</sup> afin de toujours satisfaire tous les intérêts.

### **1.1.2.1 L'utopie d'une hiérarchie entre intérêt général et intérêts particuliers**

Avec la montée en puissance de l'individualisme et de l'étatisme, l'on a pu croire que « l'État seul [serait] apte à représenter l'intérêt commun et [délièrerait] le monopole de cette représentation. Rien n'est plus faux que ce préjugé fondé sur toute une série d'erreurs logiques et démenti plusieurs fois par la réalité des faits »<sup>197</sup>. Cette fausse représentation résulte de l'imprécision de l'adjectif général, vu sous l'angle de ce qui serait abstrait, ou identique chez tous les individus. En réalité, l'idéologie de l'*homo oeconomicus*<sup>198</sup>, personnage toujours rationnel dans ses choix, bat en brèche cette conception d'un État

---

<sup>196</sup> Philippe Dupin, *Rapport à la chambre des Députés (5 juillet 1843)*- Mon Univ. 7 juillet 1843, n° 188 Supplément A, cité par Jean-Marc Mousseron, *Le droit du brevet d'invention : contribution à une analyse objective*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961 à la p 14.

<sup>197</sup> Georges Gurvitch, *L'idée du droit social. Notion et système du Droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Paris, Sirey, 1932 à la p 39.

<sup>198</sup> L'« Homo Oeconomicus » est un modèle de raisonnement économique, qui fonde le concept de rationalité et d'utilisation optimale des ressources pour atteindre une fonction objective qualifiée de fonction d'utilité. Le concept a été systématisé pour la première fois par le néolibéral Vilfredo Pareto, *Manuale di economia politica con una introduzione alla scienze sociale* (1906), traduit de l'Italien par Alfred Bonnet, *Manuel d'économie politique*, t. 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963. Il se réfère à la transitivité des choix de l'individu (ordonner ses choix suivant des préférences), la capacité de celui-ci de maximiser sa satisfaction au mieux de ses ressources et son anticipation des situations en vue de prendre des décisions allant toujours dans le sens de la maximisation de ses intérêts. À partir de cette observation, Pareto précise que l'intérêt général consiste dans la recherche du maximum du bien-être collectif que l'on atteint seulement par la recherche des moyens d'améliorer la situation d'un individu sans détériorer celle d'un autre.



providentiel. En effet, l'accroissement du profit gouverne toutes les décisions des individus. En ce sens, le professeur Jean-Marc Mousseron rapporte que « l'esprit d'invention n'a soufflé sur l'Occident qu'à l'époque de la Renaissance au moment où elle substituait à l'ascétisme chrétien du Moyen-Âge la recherche de toutes les jouissances de la vie, de tous les moyens d'être heureux non plus dans un autre monde, mais dans celui-ci »<sup>199</sup>. En d'autres termes, l'intérêt général n'a d'importance que dans un monde du matériel, en perpétuelle construction, et ce, grâce aux actions individuelles.

#### **1.1.2.1.1 L'harmonie entre l'intérêt général et les intérêts particuliers**

Au dogmatisme du juridisme salvateur de l'État providence s'est substituée, en doctrine économique libérale, l'idéologie du marché. L'agent économique, rationnel et optimisateur, œuvre pour le bien de tous; il facilite le rapprochement de l'intérêt général par ses choix personnels. L'intérêt général est essentiellement matériel en analyse économique; il procède du penchant naturel de l'individu à rechercher le bonheur, c'est-à-dire un maximum de plaisir et un minimum de souffrance.

**L'intérêt général chez Jeremy Bentham.** L'intérêt général benthamien se confond avec l'utilité des actions personnelles; cette utilité réside dans sa conformité avec les intérêts de ses destinataires. C'est par ce postulat que Bentham récuse la doctrine du droit naturel. En fait, tout jugement consistant à croire que l'État, ou ceux qui en sont les représentants, assurent toujours le bien commun méconnaît les

---

<sup>199</sup> G. Renard et W. Wenlarsse, « Le travail dans l'Europe moderne », cité par Jean-Marc Mousseron, *Le droit du brevet d'invention : contribution à une analyse objective*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961 à la p 29.

risques d'erreur et les astuces des calculs des humains dans la conduite des affaires publiques<sup>200</sup>; il est donc impératif d'analyser les actions de la puissance publique suivant leur finalité. De fait, l'auteur se présente comme le précurseur de l'analyse économique du droit, fondée sur le calcul des intérêts<sup>201</sup>.

La règle de l'utilité des actions chez Bentham se résume ainsi qu'il suit :

By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question. I say of every action whatsoever; and therefore not only of every action of a private individual, but every measure of government<sup>202</sup>.

Sur la base de cette approche axée sur la finalité de l'action, le célèbre juriste allemand Rudolf Von Jhering, repris par le professeur Henri Battifol, peut affirmer que la loi « ne recherche pas le bien de l'individu comme une fin en soi, mais seulement comme un moyen d'assurer le bien de la collectivité »<sup>203</sup>. C'est ce que Bentham lui-même désigne par « le plus grand bonheur du plus grand nombre », que l'on ne saurait atteindre qu'en s'adressant aux intérêts personnels de chaque individu. La mission de l'État en matière de protection de l'intérêt général prend alors une dimension englobante. Elle consiste en l'adoption de toutes « mesures législatives, administratives, budgétaires, judiciaires, promotionnelles, et autres mesures adéquates pour parvenir au plein

---

<sup>200</sup> Jeremy Bentham, *Principles of Legislation* (1789) édité par J. H. Burns et H. L. A. Hart, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, New York, Oxford University Press, 1970, chap. III à la p 37.

<sup>201</sup> Alain Strowel, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit autour de Bentham et de Posner » (1992) 37 Archives de philosophie du droit, Paris Sirey 143 à la p 145.

<sup>202</sup> J. H. Burns et H. L. A. Hart, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, New York, Oxford University Press, 1970, chap. I., aux pp 11-12.

<sup>203</sup> Henri Battifol, *Problème de base de philosophie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979 à la p 389.

exercice »<sup>204</sup> des droits fondamentaux qualifiés de droits-créances<sup>205</sup>. Les droits-créances confèrent « à leur titulaire, non pas un pouvoir de libre option et de libre action, mais une créance contre la société, tenue de lui fournir, pour y satisfaire, des prestations positives impliquant la création de services publics »<sup>206</sup>. L'action individuelle consistant dans la production de biens et services pour satisfaire les besoins de la société s'inscrit dans cette optique.

En somme, la doctrine benthamienne de l'intérêt général repose sur la maximisation du bien-être général, suivant la règle voulant que toute action, qu'elle émane d'un particulier ou de l'État, concourt de manière significative à accroître la quantité du bien-être humain<sup>207</sup>. Ce bien-être général ne peut alors trouver meilleur champ de fertilité que le marché, pris dans son acception économique comme lieu d'expression des divers intérêts particuliers.

**La logique du marché.** Le marché est un concept à la fois économique et juridique. Pour le juriste, il se réfère au point de contact oscillant

---

<sup>204</sup> Richard Elliott et al., « Recourir au droit pour améliorer l'accès au traitement » (Déc. 2002) 7 : 2-3 Revue canadienne VIH/sida et droit 1 à la p 3.

<sup>205</sup> Les droits-créances ou droits fondamentaux dits de la deuxième génération (par opposition aux droits-libertés ou droits civils et politiques, dits de la première génération, qui imposent à l'État une abstention) sont des droits de statut positif; ils impliquent une action concrète de l'État à assurer leur jouissance. La doctrine regroupe sous ce concept le droit au travail, le droit à des conditions nécessaires au développement individuel et familial, le droit à la santé incluant l'accès aux nouveaux traitements conformes aux données acquises de la science, le droit à la sécurité matérielle, le droit à des moyens convenables de subsistance, le droit à la solidarité en cas de calamité nationale, le droit à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture, le droit à un environnement sain. Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* du 16 décembre 1966 est cité comme le principal instrument de consécration des droits-créances.

<sup>206</sup> Cécile Rapoport, « L'opposabilité des droits-créances constitutionnels en droit public français ». En ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/RapoportTXT.pdf>.

<sup>207</sup> J. H. Burns et H. L. A. Hart, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, New York, Oxford University Press, 1970, chap. II, aux p 17 et s.

« entre la prééminence accordée soit à la défense d'un intérêt individuel, soit à un intérêt global »<sup>208</sup>, mais susceptible de promouvoir une protection accrue de l'intérêt de toute la société.

Le marché est un processus qui organise en masse les échanges marchands, en les fondant (liquidité du marché) et en les ajustant d'une façon permanente. Le marché a pour effet de neutraliser les rapports concrets de force, puisque l'acheteur faible va bénéficier d'un prix à la baisse sur lequel aura pu influencer un acheteur puissant avant lui. C'est en cela que l'on peut analyser le marché comme ce qui neutralise les rapports de violence entre puissants et moins puissants<sup>209</sup>.

L'on comprend alors que le professeur Karounga Diawara définisse le marché comme une représentation « ouverte et dynamique à l'image des faits économiques complexes qu'elle est appelée à régir »<sup>210</sup>. À ce mécanisme, la neutralisation des spécificités particulières joue pour les individus comme pour les biens. Par exemple, le consommateur est un personnage concret en droit de la consommation, mais un simple instrument de mesure des marchés pertinents et des comportements anticoncurrentiels en droit de la concurrence. De même, les produits proposés sur le marché sont des biens, en ce qu'ils permettent de satisfaire un besoin, mais leur rareté<sup>211</sup> justifie la détermination d'un prix. Sur la base de cette analyse, certains auteurs affirment au sujet de l'innovation pharmaceutique :

---

<sup>208</sup> Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, dir, *Libertés économiques et droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011 à la p 81.

<sup>209</sup> Marie-Anne Frison-Roche, « Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés » (2002) 1 RIDE 67 à la p 72.

<sup>210</sup> Karounga Diawara, *Le contrôle de la puissance de marché : contribution à une approche juridique du marché*, Montréal, Yvon Blais, 2011 à la p 19.

<sup>211</sup> En doctrine économique, la rareté d'un bien signifie qu'il n'est pas libre et gratuit et, par conséquent il est le fruit d'une activité humaine. L'objet de l'Économie est d'ailleurs l'étude de la gestion des biens et ressources rares. En droit, cette notion de rareté renvoie à la propriété, par opposition au « *res nullius* » (choses sans maître). Les choses deviennent des biens, d'un point de vue juridique, lorsqu'elles sont appropriées ou susceptibles d'appropriation. Voir Gaston Griolet et Charles Vergé, *Dictionnaire pratique de droit*, Paris, Dalloz, 1909.

L'amélioration du niveau de vie dans les pays émergents et les progrès thérapeutiques à venir (sur les 18 000 pathologies recensées par l'Organisation mondiale de la santé, 12 000 n'auraient pas encore de traitement satisfaisant) permettent de supposer que la tendance à la croissance du marché est durable<sup>212</sup>.

La logique du marché repose donc sur un droit de la consommation et, plus généralement un droit de la concurrence, dont « la fonction est de maintenir les prix au niveau le plus bas et de favoriser la circulation des produits »<sup>213</sup>. En ce sens, le raisonnement peut se faire par rapport à l'intérêt de l'offreur des produits qui circulent sur le marché ou inversement par rapport à celui des demandeurs, mais « l'intérêt particulier abandonné à lui-même produira plus sûrement le bien général que les opérations du gouvernement, toujours fautives et nécessairement dirigées par une théorie vague et incertaine »<sup>214</sup>. En un mot, l'intérêt général peut bien s'appuyer sur la recherche de l'intérêt personnel, dans les conditions normales de marché.

#### **1.1.2.1.2 La satisfaction de l'intérêt général par la recherche du profit personnel**

L'intérêt général résulte de l'interaction des acteurs du marché, comme le fruit d'une négociation à succès. Autrement dit, la société marchande peut être considérée comme l'espace mythique pour la réalisation de l'intérêt général. Cette idéologie, qui fut la trame de la métaphore dans

---

<sup>212</sup> Philippe Abecassis et Nathalie Coutinet, « Caractéristiques du marché des médicaments et stratégies des firmes pharmaceutiques » (2008) 1 : 7 Horizons stratégiques, Paris, La documentation française, 111 à la p 112.

<sup>213</sup> Anne-Lise Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008 à la p 107.

<sup>214</sup> Turgot, *Éloge de Vincent de Gournay* (1759) aux pp 602 et 606, cité par Philippe Steiner, « Les revues économiques de langue française au XVIII<sup>ème</sup> siècle (1751-1776) » dans Luc Marco, *Les revues d'économie en France : genèse et actualité, 1751-1994*, Paris, L'Harmattan, 1996, 33 à la p 41.

l'œuvre philosophique de Bernard Mandeville<sup>215</sup>, où l'auteur démontre que la satisfaction des vices de l'individu est à l'avantage du public, sera systématisée par Adam Smith vers la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, à travers sa théorie du système des prix (la main invisible) dont les résultats sont très souvent bénéfiques<sup>216</sup>. Pour l'auteur,

L'homme a presque continuellement besoin du secours de ses semblables, et c'est en vain qu'il l'attendrait de leur seule bienveillance. Il sera bien plus sûr de réussir, s'il s'adresse à leur intérêt personnel et s'il leur persuade que leur propre avantage leur commande de faire ce qu'il souhaite d'eux [...]. Tout en ne cherchant que son intérêt personnel, il travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y travailler<sup>217</sup>.

En d'autres termes, la préservation et la défense des intérêts particuliers sur le marché conduisent nécessairement et inexorablement à satisfaire d'autres besoins plus généraux. Or, l'intérêt général, d'un point de vue quantitatif, c'est la somme consensuelle des différents intérêts qui s'expriment autour d'un même bien. L'intérêt général prend alors une dimension fonctionnelle. Ainsi, le législateur belge de 1854, pouvait déclarer, au sujet du brevet d'invention : « Il y a, [...], dans ce projet de loi deux grands intérêts à protéger : c'est d'abord l'intérêt des inventeurs qui ont droit à jouir du produit de leur invention; en second lieu l'intérêt du travail national, qui se confond avec l'intérêt de la

---

<sup>215</sup> Bernard Mandeville, *La fable des abeilles, ou les fripons devenus honnêtes gens*, t. 1<sup>er</sup>, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Bibliothèque nationale de France, 1740. En ligne : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k822239/f2.image>.

<sup>216</sup> Ronald Coase, *Le coût du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2000 à la p 108.

<sup>217</sup> Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776), édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, Chicoutimi, 26 février 2002, livre 1, chap. 2 et livre 4, chap. 2. En ligne: <http://fr.scribd.com/doc/73406567/La-Richesse-Des-Nations>.

société »<sup>218</sup>. La protection de l'intérêt personnel du breveté peut donc promouvoir l'intérêt général, car

étant égoïste par nature, l'homme n'investira son temps dans la recherche que s'il peut croire son investissement directement profitable : la collectivité qui bénéficie de ces inventions, veillera donc à lui donner cet incitant individuel sous la forme de revenus et de reconnaissance sociale<sup>219</sup>.

L'analyse des considérations du marché montre ainsi que les concepts « intérêt particulier » et « intérêt général » ne sont pas nécessairement en opposition. Toutefois, s'il advenait un risque de collision, le droit peut réduire la primauté de certains intérêts particuliers en vue de mieux satisfaire les besoins de la société, mais avec la plus grande parcimonie, car l'activité humaine consistant dans la production des biens susceptibles de produire le bien-être général suppose que les consommateurs desdits biens s'en reconnaissent redevables. En analyse économique, la production se justifie au regard des avantages compétitifs dont dispose un producteur par rapport à ses désavantages substantiels et, si les désavantages paraissent plus grands, ce producteur doit pouvoir recourir à des alternatives.

**Le recours aux choix alternatifs.** Toutes proportions gardées, la théorie d'Adam Smith peut bien fonctionner sur le marché interne d'un État. Mais, l'intérêt général s'est externalisé du cadre étatique sous l'influence de la mondialisation. Par conséquent, la défense de l'intérêt général ne peut plus reposer exclusivement sur ce schéma restreint. À

---

<sup>218</sup> Extrait de l'exposé des motifs de la *Loi belge sur les brevets d'invention*, présentée le 24 mai 1854 par le ministre de l'intérieur Charles Rogier, cité par Geertrui Van Overwalle, « L'intérêt général, le domaine public, les commons et le droit des brevets d'invention » dans Mireille Buydens et Séverine Dusollier, eds, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008 à la p 150.

<sup>219</sup> Mireille Buydens, *La propriété intellectuelle: évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012 à la p 163.

cet égard, David Ricardo a élaboré la théorie de l'avantage comparatif<sup>220</sup>, suivant laquelle il est plus intéressant pour chacun (ou chaque État) de se spécialiser dans la production des biens pour lesquels il a un avantage absolu ou le désavantage le moins prononcé. Commentant la doctrine ricardienne, Michel Rainelli constate :

si la spécialisation internationale se fait selon ce principe et si les nations entrent dans l'échange, elles peuvent alors simultanément gagner en un sens très précis : les [...] nations obtiennent, grâce à l'échange international, une quantité de biens plus importante que celle dont elles disposent en autarcie<sup>221</sup>.

Autrement dit, nul avantage personnel ne doit être poursuivi lorsqu'il comporte des coûts trop élevés par rapport à la dynamique du marché. Sur la base de cette analyse, il est plus indiqué que les nations disposant de capacités évidentes pour la production des innovations très onéreuses, tel que la recherche et développement d'un nouveau produit l'on estime qu'il faut un long, trop risqué (1/4000 de succès) et coûteux (entre 802 millions et 1 milliard de USD ou entre 400 et 600 millions d'euros) travail de recherche et développement pour mettre au point un nouveau produit pharmaceutique dont la commercialisation n'intervient qu'au bout d'environ dix ans<sup>222</sup>. Suivant une étude relativement récente, « l'industrie pharmaceutique dépense deux fois plus en recherche et développement qu'elle ne le faisait il y a dix ans et, malgré cela, ne produit que 2/5<sup>e</sup> des nouveaux médicaments qu'elle ne produisait

---

<sup>220</sup> David Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 3<sup>ème</sup> éd., (1821), Kitchener, Batoche Books, 2001, chap. VII, aux pp 85 et s.

<sup>221</sup> Michel Rainelli, *La nouvelle théorie du commerce international*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, La Découverte, 2003 à la p 10.

<sup>222</sup> Jean-Louis Vanherweghem, « La médecine académique est-elle à vendre? » dans Bernard Remiche, dir, *Brevet, innovation et intérêt général : le brevet : pourquoi et pour faire quoi?*, Bruxelles, Larcier, 2007, 111 à la p 112; Vincent Ost, « Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques » dans Bernard Remiche, dir, *Ibid*, 131 à la p 132; Karen Godnick, « Profitability versus the Public Interest : Is International Patent Law Hindering Third World Countries Access to HIV/AIDS Medications? » (2006-2007) 86: 10 *Richmond Journal of Law and the Public Interest* 85 à la p 92.



alors »<sup>223</sup>. Cette étude porte sur les données agrégées des sociétés regroupées au sein de la *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America*, un ensemble de sociétés ayant dépensé en 2006 environ 43 milliards USD, alors que les sociétés n'appartenant pas à ce groupement ont dépensé 12,2 milliards USD au cours de la même période<sup>224</sup>. Nonobstant ces investissements, la production légale et moins onéreuse des médicaments génériques peut être une alternative<sup>225</sup>, pour autant qu'elle ne décourage pas les firmes pharmaceutiques innovatrices à investir dans les activités de recherche et développement. En fait, la sécurité des investissements des entreprises pharmaceutiques est mieux assurée par le brevet. À ce sujet, certains auteurs remarquent:

The good aspect [of TRIPS Agreement] is the potential «incentive effect» [...]. TRIPS, by insisting on a shift to product patents from process patents for all manufactured products, shifts the compensation for innovation creation, from second innovators to first innovators. [...], this means that firms will now be motivated to invest in the creation of innovation and become first innovators. [...]. According to a recent report, there are currently about 23,000 manufacturing units in the Indian pharmaceutical industry (Gross

---

<sup>223</sup> Bruno Boidin et Lucie Lesaffre, « L'accès des pays pauvres aux médicaments et la propriété intellectuelle : quel apport des partenariats multiacteurs? » (2010) 3 RIDE 325 à la p 331.

<sup>224</sup> Bruno Boidin et Lucie Lesaffre, « L'accès des pays pauvres aux médicaments et la propriété intellectuelle : quel apport des partenariats multiacteurs? » (2010) 3 RIDE 325 à la p 331.

<sup>225</sup> Le 27 décembre 2004, en promulguant l'ordonnance modifiant la loi indienne sur les brevets pour la mettre en conformité avec l'*Accord sur les ADPIC*, à la suite de la condamnation de l'Inde par l'OMC, (OMS, ORD, 24 août 1998, WT/DS 79), le ministre de l'industrie et du commerce extérieur, Kamal Nath, déclarait: « Il y a dix ans les exportations indiennes de médicaments étaient inférieures au milliard de dollars. Aujourd'hui nous en sommes à trois milliards de dollars, soit plus d'un tiers de la production nationale en valeur. Près de soixante milliards de dollars de médicaments vont tomber dans le domaine public dans les toutes prochaines années. L'industrie indienne peut arracher la part de lion de ce pactole - si tant est que nous soyons un membre de la Communauté commerciale internationale digne de confiance, et que nous ne mettions dans une position douteuse, exposée au risque de mesures de rétorsion ou de sanctions qui menaceraient nos exportations, non seulement pharmaceutiques mais aussi celui de secteurs clés - y compris celui des textiles [qui font travailler tant de personnes ». En ligne : [http://www.actuparis.org/IMG/pdf/Action\\_97.pdf](http://www.actuparis.org/IMG/pdf/Action_97.pdf), à la p 24.

and Patel, 2002). It is common knowledge that among these thousands of firms, there are at most a hundred firm, which have the financial and technological wherewithal to undertake research and development (R&D) activities to create radical innovations<sup>226</sup>.

C'est dire que la possibilité de recours aux copies génériques d'un produit pharmaceutique innovant, doit être limitée durant le cours du brevet, pour ne pas décourager l'innovation.

À certains égards, l'avantage comparatif ricardien est une théorie favorable à l'exportation et exprime une dimension finaliste de l'intérêt général à une échelle plus grande, par la réduction de charges inutiles qui sont susceptibles d'influer sur le bien marchand. Certains auteurs estiment que la théorie ricardienne de l'avantage comaparif n'est pas adaptée à la globalisation de l'économie<sup>227</sup>, tandis que pour d'autres, il faut plutôt rechercher un « avantage absolu, grâce aux avancées technologiques et aux résultats de la recherche-développement qui favorisent l'exportation exclusive de biens nouveaux par la firme du pays qui les aura mis au jour »<sup>228</sup>. Cette dernière analyse se fonde sur l'idée que le marché peut s'autogérer sur la seule base d'une confrontation entre les coûts de production des biens et les bénéfices sociaux. En d'autres termes, le recours aux choix alternatifs comporte trop d'inconvénients pour l'innovation et, par conséquent, doit être évité. En fait,

la recherche et l'emploi des outils aptes à augmenter la transparence du calcul économique, la prévisibilité des variables qui pèsent sur les

---

<sup>226</sup> Shyama Ramani, Mahesh Ravi et Preeti Pradhan, « The biotech segment of the Indian pharmaceutical industry in the brave new post-trips world » dans Marie-Anne Frison-Roche and Alexandra Abello, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, 185 aux pp 195-196.

<sup>227</sup> Michele Boldrin et David K. Levine, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 à la p 174.

<sup>228</sup> Hervé Agbodjan Prince, *Le droit de l'OMC et l'agriculture : analyse critique et prospective du système de régulation des subventions agricoles*, Montréal, Thémis, 2012 à la p 15.

choix individuels (économiques et rationnels) dans le marché, et finalement l'efficacité d'une politique répressive des distorsions du marché<sup>229</sup>

posent un sérieux problème sur la capacité de la logique exclusive du marché à trouver application en toutes circonstances. Il faut donc se demander si la seule maîtrise spontanée par la logique du marché peut suffire à préserver l'intérêt général. En réalité, il est toujours nécessaire que le marché soit sous la pression d'une force extérieure et neutre qui constitue un moyen qui neutralise une propension à la perversité des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général.

#### **1.1.2.1.3 La nécessité d'une hétérorégulation entre intérêts particuliers et intérêt général**

Le concept de régulation est susceptible de diverses acceptions ; son importance est liée au développement du libre-échange. Avec le modèle sociétal fondé sur le consumérisme apparu avec le développement des sciences et techniques au XIX<sup>ème</sup> siècle, le terme régulation s'est imposé comme le « fait d'agir sur un système complexe et d'en coordonner les actions en vue d'en obtenir un fonctionnement correct et régulier »<sup>230</sup>. En effet, la logique du marché comporte le risque d'une alternance constante de déséquilibres en sens contraires, cette contrariété ne pouvant toujours suffire à maintenir l'équilibre nécessaire à son fonctionnement régulier. La régulation s'impose alors comme une réponse aux difficultés inhérentes au jeu spontané du marché, étant toutefois précisé que des spécificités propres à certains types de marché peuvent exiger une régulation particulière, car exposer l'intérêt général à l'autorégulation opérée par les flux de l'offre et de la demande sur un

---

<sup>229</sup> Carla Acocella, « Droit punitif et valeur de certitude. Le cas de la clémence dans le cadre du droit de la concurrence » (2013) 1 Revue de droit international et de droit comparé 7 à la p 33.

<sup>230</sup> Claude Champaud, « Régulation et droit économique » (2002) 1 RIDE 23 à la p 35.

marché repose sur l'idée que la sagesse et la vertu gouvernent naturellement les actions des agents économiques. En d'autres termes, il n'est pas certain que la logique du marché se suffise à lutter contre « l'appétit des profits sans mesure »<sup>231</sup> des marchands. Par exemple, les nombreuses exhortations des physiocrates à l'endroit des marchands de se contenter d'« une juste compensation des avances, des peines et des dangers, car on ne peut espérer qu'une classe nombreuse, riche et instruite avance des capitaux considérables, donne beaucoup de soins continuels et s'expose à de grands risques, sans retirer cette juste compensation »<sup>232</sup>, n'ont pas toujours permis de maîtriser les déséquilibres. Il n'est donc pas prudent d'espérer qu'en le livrant à s'autoréguler, le marché fonctionne suivant les exigences d'une normativité extérieure susceptible de garantir la « justice sociale »<sup>233</sup>. C'est pourquoi, au sujet de la propriété intellectuelle, la doctrine avise :

La propriété intellectuelle s'adosse [...] sur des arguments théoriques [...] selon lesquels la connaissance ne peut être prise en charge de façon optimale par le marché. En effet, si le coût initial et l'incertitude entourant une nouvelle connaissance sont élevés, sa reproduction est au contraire quasiment gratuite, favorisant des comportements de « passager clandestin » consistant à ne pas s'engager en premier dans les dépenses de recherche développement (RD). Le brevet permettrait alors d'inciter les firmes à investir dans la RD<sup>234</sup>.

Pour le professeur Michel Vivant,

---

<sup>231</sup> Platon, *Les lois*, Paris, Flammarion, 2006, livres VII à XII.

<sup>232</sup> Nicolas Baudeau (1730-1792), cité par Brigitte Castell, *L'épuisement du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Paris, Presses universitaires de France, 1989 à la p 22.

<sup>233</sup> Marie-Anne Frison-Roche, « Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés » (2002) 1 RIDE 67 à la p 79.

<sup>234</sup> Bruno Boidin et Lucie Lesaffre, « L'accès des pays pauvres aux médicaments et la propriété intellectuelle : quel apport des partenariats multiacteurs? » (2010) 3 RIDE 325 à la p 327.

le passager clandestin est un agent économique qui utilise un bien, en général collectif – un bien public ou un bien « partagé » comme par exemple un panier de brevets – qui ne paye pas sa quote-part qui est alors supportée par les autres usagers. Ce « passager clandestin », qui est normalement un resquilleur comme son nom le laisse entendre, peut aussi tout simplement profiter de certaines particularités du marché; à petite échelle, ce sera le cas du consommateur qui va rechercher des informations dans les magasins spécialisés pour finalement acheter à meilleur prix dans une grande surface<sup>235</sup>.

Il s'agit alors de comportements répréhensibles rappelant le parasitisme défini en jurisprudence comme « l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire »<sup>236</sup>. Cependant, toute intervention extérieure visant à réguler le marché doit avoir un double objectif : encourager l'idéologie du marché et réduire à la stricte proportion indispensable pour le public, les comportements opportunistes qui, autrement, risqueraient de créer un sentiment d'aversion pour le marché. Deux modalités de régulation peuvent alors être envisagées.

**Un raisonnement favorable à l'activité économique.** Pour l'avocat général Jacobs près la CJUE, le concept d'activité économique va plus loin qu'une simple opération consistant « à offrir des biens et des services sur un marché donné »<sup>237</sup> ; elle englobe une dimension qui « semble consister dans la question de savoir si [cette opération]

---

<sup>235</sup> Michel Vivant, « La fantastique explosion de la propriété intellectuelle : une rationalité sous le big bang? » dans *Mélanges Victor Nabhan*, Montréal, Yvon Blais, 2004, 393 à la p 402.

<sup>236</sup> Cass. com., 26 janv. 1999, (1999) 100 *Rev. Dr. Propr. Intell.* à la p 49.

<sup>237</sup> CJCE, 16 juin 1987, *Commission c. Italie*, 118/85, [1987]; CJCE, 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commission*, C-113/07 P, [2009] point 126.

pourrait, à tout le moins en principe, être exercée par une entreprise privée en vue de réaliser un but lucratif »<sup>238</sup>.

Favoriser l'activité économique a pour but de satisfaire la demande du public. En ce sens, l'intervention extérieure, de nature étatique peut être indirecte, sous la forme d'un appui à la productivité dont l'augmentation aura pour effet de réduire les prix proposés. Cet encouragement peut consister en des dégrèvements fiscaux sur les produits indispensables à la satisfaction de besoins fondamentaux, comme la santé, la nutrition. L'intervention de la puissance publique peut aussi s'exercer de façon directe par le contrôle des prix, en l'occurrence dans les secteurs où prévaut le monopole à l'instar du brevet. À cet égard, certains font observer que :

Contrôler le prix des médicaments est un autre moyen d'accroître l'accessibilité des traitements. L'intervention gouvernementale est une facette nécessaire et fréquente du marché des médicaments dans la majorité des pays industrialisés, où plus des trois quarts des dépenses pour des médicaments sont financées par les deniers publics d'une manière ou d'une autre<sup>239</sup>.

En somme l'hétérorégulation soumet le marché à l'intervention d'un « l'État calculateur (accordant les moyens aux fins qui sont celles du nouveau bien commun) »<sup>240</sup>. Cette forme d'hétérorégulation doit permettre la substitutivité des biens proposés au public, c'est-à-dire faire jouer la concurrence en offrant une diversité de biens répondant à un même besoin.

---

<sup>238</sup> CJCE, 16 mars 2004, *AOK-Bundesverband*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, [2004], conclusions présentées le 22 mai 2003, paragr. 27, Rec. à la p I-2493.

<sup>239</sup> Richard Elliott et al., « Recourir au droit pour améliorer l'accès au traitement » (Déc. 2002) 7 : 2-3 *Revue canadienne VIH/sida et droit* 1 à la p 11.

<sup>240</sup> Jean-Jacques Sueur, « Le marché du non-marchand. À propos de deux ouvrages récents » (2008) 4 *RIDE* 459 à la p 469.

## **Un raisonnement fondé sur l'encadrement juridique classique.**

L'encadrement juridique classique a pour but de coordonner « les actions individuelles de la même manière que le marché l'aurait fait s'il avait pu fonctionner »<sup>241</sup>. En effet, la logique de marché conduit généralement l'offrant à fonder sa politique commerciale sur les informations relatives à la vente tant de ses propres produits que des produits de ses concurrents. À cela, il faut ajouter que, dans les hypothèses de monopole, « l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif »<sup>242</sup>. En fait, le titulaire d'un droit qui l'exerce de manière déraisonnable peut être convaincu d'exploitation abusive<sup>243</sup>.

[...] la notion d' « exploitation abusive » est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence<sup>244</sup>.

Ainsi,

Le refus, opposé par une entreprise qui détient une position dominante et qui est titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur

---

<sup>241</sup> Samuel Ferey, *Une histoire de l'analyse économique du droit : calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2008 à la p 4.

<sup>242</sup> CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP c. Commission*, C-241/91 P et C-242/91 P., [1995] I Rec. à la p I-743.

<sup>243</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas E.A. c. Elliniko dimosio*, C- 367/96, [1998] I Rec. à la p I-2843, point 28. Sur le fondement de cette affaire, il est possible de croire que l'interdiction de l'abus de droit acquiert la valeur d'un véritable principe général du droit, la jurisprudence ayant autorisé l'invocation d'une disposition de droit interne pour briser l'exercice d'un droit reconnu par une norme communautaire.

<sup>244</sup> CJUE, 6 décembre 2012, *AstraZeneca c. Commission européenne et European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA)*, C-457/10 P, [2012], ponit 74.

une structure modulaire indispensable pour la présentation de données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques dans un État membre, d'octroyer une licence pour l'utilisation de cette structure à une autre entreprise, qui souhaite également fournir de telles données dans le même État membre, constitue un abus de position dominante<sup>245</sup>.

À ce sujet, la doctrine a développé la théorie des facilités essentielles suivant laquelle la « situation de monopole soumet le titulaire [d'une] infrastructure [essentielle] à des obligations particulières vis-à-vis des autres opérateurs désirant entrer sur le marché »<sup>246</sup>. À certains égards, la théorie des facilités essentielles peut être considérée comme une tolérance au développement des produits « me-too » qui sont une reprise des produits offerts par un innovateur bien établi dans son domaine par des substituts; les produits « me-too », dont le coût de production est généralement inférieur à celui des produits innovants, n'étant alors d'aucune avancée scientifique significative<sup>247</sup>. Mais, la nuance avec les produits du requérant aux facilités essentielles réside dans le fait que ce dernier doit pouvoir proposer des produits que n'offre pas l'innovateur, c'est-à-dire différents au regard des besoins qu'ils visent à satisfaire. Aussi, le professeur Georges Decocq affirme-t-il que la théorie des facilités essentielles « s'apparente davantage à une sorte de servitude établie dans l'intérêt général qu'à une expropriation pour cause d'utilité publique »<sup>248</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, l'objectif

---

<sup>245</sup> CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co OHG et NDC Health GmbH & Co KG c. Commission*, C-418/01, [2004].

<sup>246</sup> Laurence Boy, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence » (2005) 1 RIDE 27 à la p 40.

<sup>247</sup> Jacques Lendrevie, Julien Lévy et Denis Lindon, *Mecator : théories et nouvelles pratiques du marketing*, 9<sup>ème</sup> édition, Paris, Dunod, 2009 aux pp 735-736.

<sup>248</sup> Georges Decocq, « Regard sur le droit des abus de position dominante – Droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante ». En ligne : [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2006/AFEC\\_regards\\_droit\\_abus\\_position\\_dominante\\_de\\_cocq.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/AFEC_regards_droit_abus_position_dominante_de_cocq.pdf), à la p 27. En ce sens, Épicure (341-270, av. J.C.) recommandait: « Ne repousse pas la demande d'un ennemi qui est dans le besoin [...] ».



poursuivi est d'assurer la compétitivité qui garantit la satisfaction des besoins du consommateur.

Le contrôle du marché constitue donc un moyen pour atteindre certains objectifs, notamment « le bien-être<sup>249</sup> général (maximise welfare), la meilleure distribution des ressources »<sup>250</sup>. De ce point de vue, les produits offerts sur un marché répondent à cette exigence ; il en va ainsi des innovations brevetées.

### **1.1.2.2 La recherche de l'intégration des considérations d'intérêt général en droit des brevets**

Le système des brevets, en tant qu'institution juridique, ambitionne la satisfaction de l'intérêt général parce que « filles du temps et de l'expérience, il faut qu'elles [les lois] marchent avec leur siècle, qu'elles suivent les mouvements de la législation, qu'elles satisfassent tous les intérêts [...] »<sup>251</sup>. En fait, la recherche de la satisfaction de tous les intérêts passe par la conciliation entre les droits légitimes de type marchand du titulaire du brevet et les besoins éprouvés par la société. Il s'agit alors de favoriser la fluidité nécessaire aux échanges et à la production des biens servant au bien-être général, étant précisé que ces biens n'en deviennent pas pour autant publics, encore que, même public, un bien peut faire l'objet de convoitises concurrentes. Il faut

---

<sup>249</sup> Le « bien-être » est un concept du courant néolibéral qui s'intéresse aux conditions conduisant à une économie de marché qui en définitive, est le seul facteur favorisant la maximisation du bonheur de la communauté. Suivant cette école, le libéralisme doit s'accommoder de certaines interventions de l'État pour la satisfaction maximale de tous les agents économiques. Voir Pierre Bezbakh et Sophie Gherardi, dir, *Dictionnaire de l'économie*, Paris, Larousse, 2008.

<sup>250</sup> Laurence Boy, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence »(2005) 1 RIDE 27 à la p 30.

<sup>251</sup> Philippe Dupin, *Rapport à la chambre des Députés* (5 juillet 1843)-Mon Univ., 7 juillet 1843, n° 188 Supplément A, cité par Jean-Marc Mousseron, *Le droit du brevet d'invention : contribution à une analyse objective*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961 à la p 15.

reconnaître, à cet égard, que la conception juridique du bien public s'oppose à l'acceptation qu'en donne la doctrine économique, où la question de la rivalité entourant un tel bien est absente. En analyse économique, un bien public est un bien dont l'utilisation est non-rivale et non-exclusive ; c'est-à-dire un bien dont la consommation par un individu n'est pas de nature à faire obstacle au libre accès au même bien par les autres. Le concept très voisin de « bien collectif » s'emploie pour désigner la catégorie des nombreux services rendus par la puissance publique (la santé publique, la justice, les services publics d'accès à l'information, ... etc.)<sup>252</sup>. L'on remarque qu'en économie, le concept de bien public est beaucoup plus accentué sur la consommation dudit bien que sur son appropriation qui est au cœur de l'analyse juridique.

#### **1.1.2.2.1 La notion d'intérêts rivaux au carrefour de l'invention brevetable**

Le développement de l'économie de marché a eu pour conséquence de favoriser « le changement du centre d'intérêt [...] depuis de nombreuses années »<sup>253</sup> et ce, dans tous les domaines de l'activité humaine, en particulier en matière d'invention. Certes, l'invention est souvent l'œuvre d'un individu (ou d'un groupe d'individus), mais dès lors qu'elle est révélée, apparaissent divers intérêts, parfois âprement discutés. Une analyse de ces considérations, tant économiques, que morales a amené la doctrine à admettre, à la suite de la Juge en chef McLachlin de la Cour suprême du Canada que « *the Strongest economic argument is that, without the protection of copyright and patent, research and creative*

---

<sup>252</sup> Pierre Bezbakh et Sophie Gherardi, dir, *Dictionnaire de l'économie*, Paris, Larousse, 2008.

<sup>253</sup> Bernard Remiche, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?* Paris, Dalloz, 2004, 119 à la p 127.

*thought would not be financed by the groups – business firms, manufacturers and publishers – who traditionally finance such entreprises* »<sup>254</sup>. En fait, les entreprises commerciales sont aujourd’hui de plus en plus au cœur du système des brevets<sup>255</sup>, ce qui autorise la doctrine à déclarer que les droits attachés au brevet sont passés « de l’homme-inventeur à l’entreprise-investisseur »<sup>256</sup>. En d’autres termes, le brevet se présente comme un instrument pour la rentabilité de l’investissement, en même temps qu’il assure un flux important de revenus pour les entreprises. C’est un actif important de l’entreprise, mais aussi un bien de consommation dans une économie libérale.

**Le brevet : expression d’une économie de la qualité se substituant à une économie de la demande.** Le brevet permet de distinguer et de faire connaître un produit nouveau et, ainsi de modifier le fonctionnement du marché. Certains auteurs estiment que dans une économie de marché, le système des brevets est porteur « de paradoxes, opposant l’intérêt individuel de l’inventeur et la revendication d’une récompense à l’intérêt général et au partage des richesses

---

<sup>254</sup> Marc Couture, Marcel Dubé et Pierrick Malissard, *Propriété intellectuelle et Université : entre la libre circulation des idées et la privatisation des savoirs*, Québec, Presses de l’Université de Québec, 2010 à la p 53.

<sup>255</sup> Giorgio Sirilli, « Patents and Inventors: An Emprical Study » (1987) 16 Research policy 157 aux pp. 160-161. À titre illustratif, les statistiques relatives aux demandes de brevet français montrent une évolution croissante des demandes faites par des entreprises, comme en témoignent les chiffres suivants : 11349 faites par des entreprises en 2005 sur un total de 17275 demandes; 11728 faites par des entreprises en 2006 pour un total de 17245 demandes; 12113 faites par des entreprises en 2007 sur un total de 17107; 12308 demandes de brevet faites par des entreprises en 2008 sur un total de 16707; et 11844 demandes faites par des entreprises en 2009 sur un chiffre total de 16106. En ligne : [http://www.inpi.fr/fileadmin/mediatheque/pdf/INPI\\_2009.pdf](http://www.inpi.fr/fileadmin/mediatheque/pdf/INPI_2009.pdf).

<sup>256</sup> Bernard Remiche, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, Paris, Dalloz, 2004, 119 à la p 127.

procurées par l'invention et l'innovation »<sup>257</sup>. Mais, l'on convient que le brevet substitue une économie de la qualité reposant sur la rareté à une économie de la demande fondée sur le besoin. Le critère de la qualité est attesté par l'octroi du brevet. Par conséquent, un régime de brevet de type déclaratif nourrirait l'appétit « de nombreux charlatans et fourbes prêts à s'en servir »<sup>258</sup>, et conduirait à l'explosion de brevets insusceptibles de répondre à un besoin réel. De fait, le brevet ne saurait être un droit naturel, mais bien un droit lié à l'intérêt social, car « l'utilité est une composante essentielle de la définition légale du mot invention »<sup>259</sup>. En d'autres termes, le brevet est tout à la fois soumis à l'onction de l'État et à la sanction de la société qui apprécie l'innovation dont il est porteur. Au brevet, s'attache alors une espérance certaine pour la société. C'est d'ailleurs par référence à la société que l'invention a une utilité. Dans l'affaire *Hoechst Pharmaceuticals of Canada c. Gilbert and Company*, la Cour suprême du Canada avait, de fort belle manière, mis en relief cette utilité :

The value and importance of tolbutamide lies in its usefulness in the treatment of diabetes. Until shortly before its introduction in the latter part of 1956 treatment of the common form of this illness, known as diabetes mellitis, consisted mainly, if not entirely, in putting the patient on a diet designed to bring about and maintain a proper level of sugar in his blood and if this was not successful or sufficient to accomplish the desired result, to administer insulin. Insulin could not be taken orally and thus had the disadvantages associated with administration by needle including those due to the reluctance of the patient and those due to his own short comings when administering it himself resulting in administering at times too much and at other times too little. Insulin also had undesirable effects on the tissue adjoining the site of injections carried out over a long period. Early in 1956 a substance known as carbutamide which was known to have blood sugar lowering activity, and which

---

<sup>257</sup> Sophie Chauveau, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, *Ibid.*, 105 à la p 105.

<sup>258</sup> Paul Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952 à la p 69.

<sup>259</sup> *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153.

had bacteriostatic activity as well, came into use as an oral antidiabetic. The bacteriostatic activity was undesirable as it tended to destroy bacteria necessary to normal body functions and in October 1956 carbutamide was withdrawn from use in Canada and the United States apparently because of reported undesirable long term effects on the livers and kidneys of patients by whom it had been used. Tolbutamide had already been synthesized and, to some extent, tested before carbutamide was introduced and shortly before the latter was withdrawn it came into use in Canada for the same purpose. The evidence of Dr. J. B. R. McKendry satisfies me that tolbutamide has proven to be a satisfactory oral antidiabetic and has been of considerable value in the treatment of many cases where dieting alone has been insufficient to establish and maintain a proper blood sugar level. Since its introduction at least two other oral antidiabetics have come into use for the same purpose one of which, chlorpropamide, has more pronounced and longer lasting blood sugar lowering activity than tolbutamide but at the same time involves increased danger of undesirable long term effects. These substances are not suitable for the treatment of all types of diabetes nor are they effective for all patients or for what I shall call the severe cases of diabetes mellitis. For these insulin remains the standard remedy. But in a considerable proportion of the cases of diabetes mellitis tolbutamide is effective as a blood sugar lowering agent, and has the advantage of oral administration, and at the same time a satisfactory record of comparatively low toxicity and freedom from harmful side effects<sup>260</sup>.

Cette utilité se suffit à justifier la demande du brevet en tant que bien de consommation. Les revendications autour desquelles se définit l'invention sont l'expression justement des besoins de la société. De fait, le brevet s'inscrit dans une logique de profit ; il s'agit d'une marchandise au sens plénier du terme. Aussi, le professeur Scott Kieff peut-il affirmer: « patents bring new inventions and new business lines to market, thereby improving both access to these new technologies and competition for customers »<sup>261</sup>. En tout état de cause, c'est le marché

---

<sup>260</sup> *Hoechst Pharmaceuticals of Canada c. Gilbert and Company*, [1966] S.C.R. 189.

<sup>261</sup> F. Scott Kieff, « The Case for Preferring Patent-Validity Litigation over Second-Window Review and Gold-Plated Patent: When One Size Doesn't fit all, How Could Two Do the Trick? » (2009) 157 *University of Pennsylvania Law Review* 1937 à la p 1942. En ligne: <http://www.pennumbra.com/issues/pdfs/157-6/Kieff.pdf>.

qui juge l'invention, en l'occurrence sa capacité à répondre à un besoin réel.

**Le brevet : un bien commun?** Dans un sens conceptuel, le *bonus communis* (bien commun) implique l'existence d'enjeux plus importants que les seuls intérêts de son titulaire. La protection par brevet a, en effet, pour ambition de permettre l'accès à l'invention en favorisant sa diffusion. Cette diffusion est nécessaire à l'acquisition du savoir et, partant, à l'amélioration du bien-être de la société, destinatrice de l'invention. Par contre, le brevet assure une barrière au développement des comportements de passager clandestin, sans faire obstacle à la concurrence.

Il est de l'intérêt public [précise la jurisprudence] qu'il y ait une concurrence dans la production et le service commercial de[s] produits provenant d'un procédé breveté afin qu'ils soient « accessibles au public au plus bas prix possible, tout en accordant à l'inventeur une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention »<sup>262</sup>.

En tant qu'objet de commerce, le brevet cherche à satisfaire les besoins des inventeurs et ceux de toutes les personnes qui recourent à l'invention pour acquérir de nouvelles idées pour leur bien-être<sup>263</sup>. Ainsi, le brevet poursuit deux objectifs : récompenser le « producteur de richesses »<sup>264</sup> et promouvoir l'intérêt du public en fournissant des moyens innovants. C'est dire que le brevet ne soutient pas les seuls intérêts de son titulaire; il satisfait aussi les besoins de tous ceux qui

---

<sup>262</sup> *Hoffman-La Roche Ltd. c. Bell-Craig Pharmaceuticals Division of L.D. Craig Ltd.*, [1966] S.C.R. 313.

<sup>263</sup> Murray G. Smith, « Introduction de l'édition : élaboration de stratégies canadiennes en matière de propriété intellectuelle » dans Murray G. Smith, ed, *Global Rivalry and Intellectual Property : Developing Canadian Strategies*, Halifax, The Institute for Research on Politic Policy / Institut de recherches politiques, 1990, 11 à la p 13.

<sup>264</sup> Gérard Farjat et Bernard Remiche, dir, *Liberté et droit économique*, 1<sup>ère</sup> éd., Bruxelles, De Boeck, 1989 à la p 133.

peuvent s'en servir, depuis les intermédiaires du processus de production, jusqu'aux consommateurs finaux, mais il ne s'identifie pas à un bien public. Ainsi, Alain Casalonga, à la suite du doyen Paul Roubier, peut affirmer que le brevet « doit procurer un avantage utilitaire ou technique pour l'industrie et pour le consommateur, ce qui permet de ne breveter que les inventions ayant quelque valeur »<sup>265</sup>. Même si l'invention pouvait être un bien commun, le brevet qui en résulte ne serait pas pour autant un bien public. Il y a, en effet, quelque gêne à qualifier le brevet de bien public; s'il en était un, le brevet ne serait pas soumis à l'épreuve de la loi du marché. Dans l'absolu, le titulaire du brevet n'a pas souvent trop de choix que de mettre en marché son innovation. Au demeurant, l'intérêt du brevet se mesure par rapport au besoin qu'il est susceptible de satisfaire.

#### **1.1.2.2 Les modalités de conciliation des intérêts concurrents mis en relief par le système des brevets**

Selon le professeur Bernard Remiche, le système des brevets doit être analysé sur la base de trois éléments cumulatifs :

- sa nécessité ou, à tout le moins son utilité,
- sa capacité à assurer l'équilibre des intérêts qu'il met en exergue,
- et l'application non critiquable, sinon non abusive du droit positif des brevets<sup>266</sup>.

L'examen de ces critères conduit, en fait, à porter un jugement sur la justesse du système des brevets. Certes, le brevet confère à son

---

<sup>265</sup> Alain Casalonga, *Supplément au traité technique et pratique des brevets d'invention*, t. 3, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958 à la p 42.

<sup>266</sup> Bernard Remiche et Jorges Kors, dir, *L'Accord sur les ADPIC : dix ans après, regards croisés Europe-Amérique latine*, Bruxelles, Larcier, 2007 aux pp 535-536.

titulaire une position de monopole, mais la violence économique marquée par une concurrence souvent féroce et les contraintes juridiques dont le titre est grevé sont une épée de Damoclès qui contraint le breveté à commercialiser son bien.

**Le développement de l'innovation par la concurrence.** Citant Hanns Ullrich, le professeur Friedrich-Karl Beier affirme : « le système de brevet ne garantit pas une part de marché ou un profit déterminé, il ne distribue que des chances économiques dont le résultat dépend uniquement de la capacité d'entreprise et de la situation concurrentielle du marché »<sup>267</sup>. Même si en dernière analyse, le marché est le lieu par excellence où se juge le brevet, il ne peut être contesté que le système des brevets modifie le jeu du marché. En d'autres termes, le brevet n'est source de bien-être et plus généralement, ne peut satisfaire l'intérêt général, que dans la mesure où le marché reconnaît l'innovation dont il est porteur. En ce sens, la jurisprudence précise que : « the policy of free competition runs deep in our law [...] but the policy of stimulating invention that underlies the entire patent system runs no less deep »<sup>268</sup>. À vrai dire, le monopole attaché au brevet n'est pas antinomique de la concurrence. Il la stimule au contraire, en incitant les individus à l'innovation et les entreprises à l'investissement. En effet, pour mieux conquérir le marché, les entreprises ont besoin d'innover. C'est dire que le système des brevets assure une protection plus efficace de l'innovation que tous autres moyens de protection. En ce sens, Christian Le Stanc convient avec le professeur Jean-Marc Mousseron que

---

<sup>267</sup> Friedrich-Karl Beier, « Licences obligatoires en matière de dessins et modèles » dans *Mélanges dédiées à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990 à la p 56.

<sup>268</sup> *Dawson Chem. Co c. Coriat. Rohm & HAAS Co.*, 448 U.S. 176 [1980], cité par Jean-Frédéric Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, Bruxelles, Larcier, 2007 à la p 89.



le brevet doit, [...], être envisagé non pas comme un droit naturel de l'inventeur, mais comme une technique juridique d'incitation à la recherche industrielle, permettant de réserver à l'entrepreneur qui investit en recherché-développement, le profit exclusif de ses investissements<sup>269</sup>.

Inversement, l'exercice des droits monopolistiques attachés au brevet par son titulaire ne peut constituer une excuse pour faire obstacle à la libre concurrence<sup>270</sup>. Ce qui importe en fait, c'est de donner une réelle chance à la liberté de créer et de produire, tout en garantissant la liberté du marché, c'est-à-dire la prospérité publique. En d'autres termes, la libre concurrence est un instrument tant au service des producteurs de biens de consommation que des consommateurs<sup>271</sup>; elle assure la protection de l'intérêt général par la garantie aux consommateurs de prix raisonnables et l'utilisation maximale des ressources économiques<sup>272</sup>.

Cette interaction entre les droits d'un brevet incitant à l'innovation et limités dans leur effet potentiellement néfaste est à l'avant-garde de la protection de l'intérêt général. En somme, dans l'économie de marché, le brevet favorise la recherche et le développement de nouveaux

---

<sup>269</sup> Christian Le Stanc, *L'acte de contrefaçon de brevet d'invention*, Paris, Litec, 1977 à la p 181.

<sup>270</sup> *Accord de Libre-Échange Nord-Américain* du 1<sup>er</sup> janvier 1994, art. 1704.

<sup>271</sup> Charlaïne Bouchard et Diane Serres, « Du livre papier au livre numérique, les nouveaux défis de l'industrie face aux gros joueurs de l'Internet : les mécanismes de la concurrence et de la régulation du prix du livre », conférence du Centre d'Étude en Droit Économique, Faculté de Droit, Université Laval, 24 novembre 2010. Selon Charlaïne Bouchard en effet, même si les outils de la concurrence n'ont qu'un effet limité, parce qu'ils ne visent qu'à sanctionner les distorsions à la libre concurrence, ils favorisent l'innovation qui est de nature à répondre aux besoins des consommateurs, une opinion partagée par d'autres auteurs. Voir à ce sujet Dina Kallay, « Antitrust and Intellectual Property », communication, Université d'été de l'OMPI, Alexandria (VA, États-Unis d'Amérique), 23 août, 2010; Laurence Boy, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence » (2005) 1 RIDE 27 aux pp 27-50.

<sup>272</sup> Charlaïne Bouchard, « Les mécanismes de la concurrence et la régulation du prix du livre » (2013) 115:2 La revue du notariat 229 aux pp 235-236.

produits et services qui vont contribuer substantiellement à influencer sur l'idéologie du marché.

**L'accès à l'innovation : entre transparence et exigibilité.** Pour certains auteurs, « l'intérêt public à assurer un large accès aux inventions brevetées est considéré comme plus important que l'intérêt particulier des détenteurs de brevets à exploiter leur droit exclusif »<sup>273</sup>. Le paradoxe d'une telle affirmation est que la brevetabilité s'appuie d'abord sur la capacité de l'invention à promouvoir l'intérêt public. En effet, pour l'avocat général Yves Bot près la CJUE,

La brevetabilité, c'est-à-dire en fait la mise sur le marché avec les conditions de production qui en résultent, doit, par ailleurs, être conforme aux conditions édictées par la directive 98/44 dans un but d'harmonisation intégrant des considérations éthiques de nature à éviter que le fonctionnement économique du marché ne donne lieu à une concurrence se faisant au prix du sacrifice des valeurs fondatrices de l'Union<sup>274</sup>.

En fait, le brevet ne peut profiter au public, qu'à la double condition de servir comme un moyen d'incitation suffisant pour permettre aux firmes d'investir dans les activités de recherche et développement, et de ne pas favoriser l'abus de la position dominante qu'il confère, car cet abus priverait le public du bénéfice des inventions<sup>275</sup>. En d'autres termes, les considérations de bien-être social justifient que soit limitée et encadrée

---

<sup>273</sup> Benjamin Coriat, Fabienne Orsi et Cristina d'Almeida, « L'Accord sur les ADPIC et ses implications en matière de santé publique pour les pays du Sud : bilan et perspectives pour l'après 2005 » dans Bernard Remiche et Jorge Kors, dir, *L'Accord sur les ADPIC : dix ans après, regards croisés Europe-Amérique latine*, Bruxelles, Larcier, 2007, 219 à la p 231.

<sup>274</sup> CJCE, *Oliver Brüstle c. Greenpeace.V.*, C-34/10, [2011], conclusions présentées le 10 mars 2011, paragr. 44.

<sup>275</sup> Benjamin Coriat, Fabienne Orsi et Cristina d'Almeida, « L'Accord ADPIC et ses implications en matière de santé publique pour les pays du Sud : bilan et perspectives pour l'après 2005 » dans Bernard Remiche et Jorge Kors, dir, *L'Accord sur les ADPIC : dix ans après, regards croisés Europe-Amérique latine*, Bruxelles, Larcier, 2007, 219 à la p 223.

la portée du droit monopolistique conféré par le brevet<sup>276</sup>. En tout état de cause, le système des brevets se justifie sur la base de certaines considérations. D'une part, tout individu a un droit sacré à la protection des œuvres dont il est auteur, y compris celles de l'esprit<sup>277</sup>. Toute tentative par laquelle la société les lui ravirait sans récompense, ni reconnaissance, paraît relever d'un déni du désir de sécurité qui préside à la socialisation. La justice et l'équité voudraient que quiconque contribue au bien-être de la société reçoive un salaire en proportion de son activité. Ainsi, l'inventeur qui, par sa création, participe au bien-être général, devient créancier de la société bénéficiaire de son œuvre. D'autre part, les inventions et leur exploitation peuvent contribuer au développement de l'industrie et, de ce fait, promouvoir l'intérêt général au sens économique du concept. En conséquence, il convient d'inciter l'inventeur à agir activement dans cette perspective.

---

<sup>276</sup> Benjamin Coriat, Fabienne Orsi et Cristina d'Almeida, « L'Accord ADPIC et ses implications en matière de santé publique pour les pays du Sud : bilan et perspectives pour l'après 2005 » dans Bernard Remiche et Jorge Kors, dir, *L'Accord sur les ADPIC : dix ans après, regards croisés Europe-Amérique latine*, Bruxelles, Larcier, 2007, 219 à la p 223.

<sup>277</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, art. 15.1 (c).

### 1.1.3 Le brevet : un incitatif pour le développement économique

« Le développement, voire la survie, aussi bien de l'Entreprise que de la Nation, elle-même, dépendant de sa capacité créatrice, sa stratégie technologique représente un élément essentiel de sa politique, à moyen et long termes »<sup>278</sup>. En particulier, « the pharmaceutical industry plays an important role in building a country's human capital »<sup>279</sup>. Cette capacité de l'industrie pharmaceutique s'exprime dans le brevet non seulement, parce qu'il est porteur de l'information destinée à propulser le développement industriel, mais aussi un facteur de dynamisme économique<sup>280</sup>. Par exemple, en raison du potentiel économique des nanotechnologies, leur développement s'est accru ces dernières années<sup>281</sup>. Au regard de l'engouement que le brevet a suscité ces dernières années dans l'industrie pharmaceutique, une analyse économique rigoureuse de son efficacité est plus que jamais nécessaire<sup>282</sup>, car le brevet est un îlot de monopole dans un monde de libre compétition<sup>283</sup>.

---

<sup>278</sup> Bernard de Passemar, « Le rôle de la propriété industrielle dans la stratégie de l'entreprise » dans *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, 427 à la p 427.

<sup>279</sup> Talwar Sabanna, *WTO and Intellectual Property Rights*, New Delhi, Serials Publications, 2008 à la p 145.

<sup>280</sup> Monique Pinson, « Le brevet dans l'économie » (août 1961) 116 *Cahiers de l'institut de science économique appliquée* 97 à la p 97.

<sup>281</sup> Rayasa S. Ramachandra Murthy, « Challenges and Emerging Issues in Patenting Nanomedicines » dans B. Eliana Souto, ed., *Patenting nanomedicines: legal aspects, intellectual property and grant opportunities*, Berlin/New York, Springer, 2012, 25 à la p 39.

<sup>282</sup> Paul Belleflamme, « How Efficient Is the Patent System? A General Appraisal and an Application to the Pharmaceutical Sector » dans Axel Gosseries, Alain Marciano et Alain Strowel, eds, *Intellectual property and theories of justice*, New York, 2008, 210 à la p 210.

<sup>283</sup> Joanna Schmidt, *L'invention protégée*, n° 33, Paris, Litec, 1972, cité par Michel Vivant, « Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention sous l'emprise du droit communautaire » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et

Sous l'angle de l'analyse économique du droit, le brevet est l'incitatif le plus direct pour favoriser le développement et la variété de nouveaux produits sur le marché<sup>284</sup>. L'on comprend donc que la doctrine y voit « une propriété de marché, qui ne se pense pas seulement dans l'intérêt de son titulaire, mais dans l'intérêt des tiers »<sup>285</sup>, une propriété qui stimule l'investissement en augmentant la capacité de crédit des entreprises innovantes. Renforcée par le brevet, l'entreprise peut, en effet, mieux se positionner sur le marché. Divers indicateurs peuvent conforter cette théorie, tels que l'accroissement des activités de recherche et développement et la propension des titulaires de brevets au maintien de leurs titres.

### **1.1.3.1 Le brevet : support de l'investissement**

Le brevet est une valeur qui attire l'investissement, en même temps qu'il garantit aux entreprises innovantes leur maintien et leur efficacité sur le marché. La perspective du brevet a donc un intérêt particulier pour les investissements. Ainsi, face au développement de la contrefaçon, en particulier dans des secteurs d'importance majeure, telles que les technologies de l'information et de la communication et l'industrie pharmaceutique, des initiatives se multiplient en faveur du renforcement des droits de propriété intellectuelle en général, et du

---

politiques, *Les contrats d'exploitation des droits des brevets d'invention*, Paris, TEC & DOC, 2006, 106 à la p 114.

<sup>284</sup> Keith E. Maskus, *Reforming U.S. Patent Policy: Getting the Incentives Right*, NewYork/Washington, Council on Foreign Relations, 2006 à la p 8. Voir aussi Carsten Fink, « Enforcing Intellectual Property Rights : An Economic Perspective » dans International Center for Trade and Sustainable Development (ICTSD), *The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries*, document n° 22, Genève, Publications de ICTSD, 2009, xiii à la p 3.

<sup>285</sup> Alexandra Abello, « La propriété intellectuelle, une propriété de marché » dans Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello, dir, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, 341 à la p 371.

brevet en particulier, pour soutenir l'investissement en recherche et développement. En particulier,

the year 2007 alone saw a G-8 summit calling for stepped-up enforcement of IPRs [intellectual property rights], the initiation of a WTO dispute on China's IPRs enforcement regime, and the launch of intergovernmental negotiations towards an Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)<sup>286</sup>.

L'objectif de ces initiatives est d'assurer une meilleure protection des investissements en recherche et développement.

« L'idée d'accorder [aux inventeurs] une protection équitable et une récompense proportionnée aux services qu'ils rendent à l'Humanité »<sup>287</sup> permet en fait de se rendre à l'évidence de l'intérêt économique accordé au brevet.

### **1.1.3.1.1 La pertinence du brevet en matière de recherche pharmaceutique**

Les activités de recherche et développement d'un nouveau médicament nécessitent d'énormes investissements qui n'ont cessé d'augmenter depuis quelques décennies. Selon la doctrine, « the average R&D cost of a new drug introduction for 1990s approvals is \$US 802 million, compared with \$US 316 million for the 1980s and \$US 138 million for the 1970 »<sup>288</sup>. En fait, la recherche pharmaceutique au résultat aléatoire

---

<sup>286</sup> Carsten Fink, « Enforcing Intellectual Property Rights : An Economic Perspective » dans International Center for Trade and Sustainable Development (ICTSD), *The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries*, document n° 22, Genève, Publications de ICTSD, 2009, xiii à la p 1.

<sup>287</sup> Maurice Tardy, « Bref historique des mesures proposées pour la protection de la propriété scientifique » (août 1961) 116 Cahiers de l'institut de science économique appliquée 75 à la p 75.

<sup>288</sup> Paul Belleflamme, « How Efficient is the Patent System? A General Appraisal and an Application to the Pharmaceutical Sector » dans Axel Gosseries, Alain Marciano et Alain Strowel, eds, *Intellectual Property and Theories of Justice*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, 210 à la 226.

conduit souvent, après au moins une décennie, au développement d'une seule molécule commercialisable sur cent mille testées<sup>289</sup>, et l'industrie pharmaceutique se garderait de ces investissements, en l'absence d'une perspective de retour sur investissements sécurisé par le brevet. Deux arguments supportent cette prétention de la nécessité du brevet pour l'investissement dans le domaine pharmaceutique. D'une part, il semble que les compagnies pharmaceutiques s'appuient fortement sur les brevets pour s'approprier les rendements de leurs inventions et, de l'autre, l'analyse macro-économique montre que le brevet pharmaceutique occupe une place importante dans les activités en matière de brevets<sup>290</sup>. Au fait, le système des brevets a bien établi son intérêt économique au point que, la première chose que fait un inventeur est de soumettre son œuvre à la brevetabilité<sup>291</sup>, mais « l'industrie pharmaceutique s'est souvent trouvée en position d'accusée, ou de bouc-émissaire »<sup>292</sup>.

Contrairement à la thèse de la pertinence du brevet pour soutenir les investissements dans le domaine pharmaceutique, certains estiment que les entreprises du secteur utilisent plutôt le système des brevets comme une stratégie pour empêcher ou, à tout le moins, réduire les capacités

---

<sup>289</sup> Marie-Paule Serre et Déborah Wallet-Wodka, *Marketing des produits de santé*, Paris, Dunod, 2008 à la 209.

<sup>290</sup> Paul Belleflamme, *Ibid.*, à la p 220. Voir aussi Giorgio Sirilli, « Patents and Inventors: An Empirical Study » (1987) 16 *Research policy* 157 à la p 164.

<sup>291</sup> Peter Dietsch, « Patents on Drugs – the Wrong Prescription? » dans Axel Gosseries, Alain Marciano et Alain Strowel, eds, *Intellectual Property and Theories of Justice*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, 230 à la p 231.

<sup>292</sup> Fernand Sauer, « La dimension éthique dans l'harmonisation européenne » dans Syndicat National de l'Industrie Pharmaceutique, dir, *Dimension éthique des stratégies des entreprises pharmaceutiques*, Paris, John Libbey Eurotext, 1996, 101 à la p 101.

compétitives de leurs concurrents en matière de recherche et développement<sup>293</sup>. Au soutien de leurs arguments, il est indiqué que

Such strategies moved to the forefront of the debate at the interface of IP and competition law when the Commission [of European Union] opened investigation against Boehringer in 2007 based on allegations that this pharmaceutical company had infringed ex-Article 82 EC by filing and later relying on blocking patents in order to exclude potential competition in the market for lung disease drugs. In its Sector Inquiry Report of July 2009, the Commission identifies strategic filing, or – in broader terms – misuse of proceedings before patent offices, by originator pharmaceutical companies as a deterrent to both the market entry of generics and R&D efforts of other originator companies and, hence, a potential violation of EU competition law<sup>294</sup>.

Pour autant, dans même cette affaire :

When the Boehringer case was closed, after Boehringer had agreed to settle its dispute with the Spanish competitor and complainant Almirall under the auspices of the Commission [of European Union] and finally to remove its blocking patents, the Commission took this as a success of its enforcement efforts, although the legal question of whether the filing of such patents can be considered anti-competitive still remained unanswered<sup>295</sup>.

En fait, l'existence et même l'effet de ces stratégies ne sont pas nécessairement insurmontables, encore que, dès la demande de brevet, l'invention est considérée comme un « bien »<sup>296</sup>, c'est-à-dire une valeur économique susceptible de transactions juridiques. Or, l'actif patrimonial et les perspectives de développement d'une entreprise sont des

---

<sup>293</sup> Josef Drexl, « AstraZeneca and the EU sector inquiry : when do patent filings violate competition law » dans Josef Drexl et Nari Lee, eds, *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law: A Trilateral Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar Pub. Ltd., 2013, 290 à la p 292.

<sup>294</sup> Josef Drexl, « AstraZeneca and the EU sector inquiry : when do patent filings violate competition law » dans Josef Drexl et Nari Lee, eds, *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law: A Trilateral Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar Pub. Ltd., 2013, 290, aux pp 292-293.

<sup>295</sup> *Ibid.*, à la p 293.

<sup>296</sup> *Allseas Engineering B.V. c. Marine structure Consultants (MSC) B.V. et autres*, 13 C.P.R. (3d) 84 (C.S.Qué.).



éléments justifiant sa capacité à attirer des investissements extérieurs. En effet, l'investissement que la doctrine définit comme « un échange sur une grande échelle n'est possible que si des institutions procurent un appui aux comportements des agents »<sup>297</sup> économiques. En l'occurrence, une garantie sera le plus souvent nécessaire et le crédit d'une entreprise dépend de la rareté<sup>298</sup> de sa garantie, d'un point de vue économique.

### **1.1.3.1.2 Le brevet : une garantie institutionnelle du crédit**

Le brevet, en particulier dans les entreprises de pointe, telles que les technologies de la communication, les industries électriques et mécaniques, et les industries chimico-pharmaceutiques, est un moyen efficace pour assurer la répartition du risque<sup>299</sup>. Il réduit substantiellement les aléas d'infortune encourue par les financeurs de l'entreprise. En l'absence de brevet, ces grandes entreprises devraient se reporter sur un assureur pour garantir leurs financeurs contre le risque de défaillance. En effet, le brevet est un bien hautement précieux pour justifier l'affectation d'une sûreté réelle, en l'occurrence, l'hypothèque<sup>300</sup>. L'occurrence de mettre sous hypothèque un brevet est d'autant plus saisissante qu'en vertu de la règle « en fait de meuble possession vaut titre » conjuguée avec l'adage « les meubles n'ont pas

---

<sup>297</sup> Christian Le Bas, *Économie et management du brevet*, Paris, Économica, 2007 à la p 23.

<sup>298</sup> Jacob Dahl Rendtorff, ed, *Power and Principle in the Market Place: On Ethics and Economics*, Burlington, Ashgate, 2010 à la p 37.

<sup>299</sup> Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008 à la p 303.

<sup>300</sup> *C.É.G.E.P. de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance inc.*, [2001], J.Q. n° 4381 (C.S.), cité par Pierre Ciotola, « Chronique de jurisprudence. Jurisprudence en droit des sûretés : épizootique ou épisodique ? Réactions contaminées ou réfléchies ? » (mars 2002) 104 *La Revue du notariat*, Montréal, 85 à la p 108. Voir aussi : *Allseas Engineering B.V. c. Marine structure Consultants (MSC) B.V. et autres*, 13 C.P.R. (3d) 84 (C.S.Qué.).

de suite par hypothèque », il se dégagerait une prohibition totale de toute hypothèque sur le brevet, en tant que bien meuble<sup>301</sup>. L'exception de pouvoir affecter le brevet d'une hypothèque démontre l'importance de la garantie qu'il constitue. En effet, non seulement l'hypothèque n'opère pas la dépossession du titulaire du bien hypothéqué, celui-ci pouvant continuer à l'exploiter à moins qu'il s'en délaïsse<sup>302</sup>, mais encore, elle met le créancier hypothécaire dans une position préférentielle par rapport à la valeur du bien. En tant que prérogative privée concédée par l'État et assortie d'un espoir de retour sur investissement, le brevet est donc une garantie interne à l'entreprise. C'est pourquoi

la possession d'un portefeuille de brevets est une des principales conditions d'investissement et une revue de la propriété intellectuelle est systématiquement réalisée par les offreurs de capitaux. En effet, la protection de la propriété intellectuelle est perçue comme un point positif dans la mesure où elle permet [...] de protéger les investissements réalisés<sup>303</sup>.

Ainsi, le brevet est devenu un moyen efficace dans la recherche de financement pour les entreprises. L'exemple d'une petite société belge de biotechnologie, ActoGeniX, illustre bien cette importance du brevet dans la recherche de financement. En effet,

la propriété intellectuelle a occupé une place centrale dans la stratégie commerciale de l'entreprise. [...].

Cette façon de procéder a [...] permis à l'entreprise, de mobiliser les fonds nécessaires pour aller de l'avant. [Son] solide portefeuille de brevets a joué un rôle déterminant dans l'obtention d'une première

---

<sup>301</sup> Nathalie Martial, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007 aux pp 307-308.

<sup>302</sup> Louis Payette, « Les sûretés et la propriété intellectuelle » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents de la propriété intellectuelle*, Vol. 177, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 1 à la p 24.

<sup>303</sup> Georges Hübner, Pierre-Armand Michel et Mélanie Servais, *Valeur et risque des brevets pour les biotechnologies*, Bruxelles, Larcier, 2003 à la p 19.

phase de financement d'un montant non négligeable de 30 millions d'euros. Sept ans plus tard, ActoGeniX compte sur pas moins de 32 familles de brevets comprenant plus de 150 brevets accordés à titre individuel sur des marchés de premier plan (comme la Chine, l'Europe, le Japon ou les Etats-Unis d'Amérique)<sup>304</sup>.

L'on comprend alors la forte propension à breveter dans le secteur pharmaceutique. En effet, sur une moyenne de 35,9% de brevetabilité tous domaines confondus, le recours au brevet dans le secteur pharmaceutique est de 79,2%<sup>305</sup>, soit plus de deux fois la moyenne. À vrai dire, l'intérêt fondamental pour les entreprises de ne pas se complaire dans une simple posture de copiage de produits connus réside dans le besoin de se surpasser. Par exemple, en se détournant de la voie, peut-être un peu simpliste de ne produire que des médicaments génériques,

en tout juste cinq ans après la réforme de la législation jordanienne sur les brevets intervenue en 2000, la seule Jordan Pharmaceutical Manufacturing Company (JPM), par exemple, s'est constitué un portefeuille de 30 brevets, que le directeur général de la JPM, M. Adnan Badwan, estime valoir environ USD 200 millions<sup>306</sup>.

C'est dire que le brevet peut assurer le financement d'autres projets de recherche d'envergure.

**Le financement des projets de recherche et développement grâce à la perspective du brevet.** Dans une économie compétitive, les entreprises résistent mieux par leur capacité à innover, ce qui implique la capacité à financer les activités de recherche et développement. Dans le domaine pharmaceutique en particulier, les

---

<sup>304</sup> Catherine Jewell, « Des Bactéries pour administrer des traitements » (2014) Magazine de l'OMPI 7 à la p 8.

<sup>305</sup> Christian Le Bas, *Économie et management du brevet*, Paris, Économica, 2007 à la p 43.

<sup>306</sup> Roya Ghafele et Antony Taubman, « L'innovation biomédicale en Jordanie et en Indonésie » (2007) 2 Magazine de l'OMPI 19 à la p 21.

brevets sont le moteur de [l'] innovation. Lorsqu'un médicament n'existe pas et que [les] scientifiques, pendant des années de tâtonnements cherchent à mettre au point de nouveaux traitements essentiels, [les] investisseurs investissent parce qu'ils croient qu'un brevet [...] sera délivré pour [l'] invention et que ce brevet produira un retour sur investissement. Personne ne [...] donnerait le capital nécessaire pour la recherche si [la] capacité à protéger [l'] investissement était remise en cause<sup>307</sup>.

La garantie du brevet incite l'industrie pharmaceutique à s'investir dans de nouveaux champs de recherche. C'est pourquoi l'on reconnaît que le monopole économique associé au brevet incite les innovateurs à affecter des sommes d'argent appropriées à l'innovation<sup>308</sup>.

En effet, les entreprises, toutes proportions gardées, consacrent à la recherche une bonne partie de leurs revenus d'activités. Cependant, le problème réside dans la difficulté à déterminer avec exactitude le montant de ces dépenses<sup>309</sup>. Il est possible qu'en cette occurrence, la bonne foi des entreprises soit mise en doute par les énormes dépenses publicitaires qu'elles engagent pour soigner leur image de marque, dont la nécessité est parfois discutée. Ce qui est certain, c'est qu'une entreprise doit constamment innover, même si ce ne sera pas toujours possible de devancer ses concurrents<sup>310</sup> ; pas plus d'ailleurs que tous les champs de la recherche ne sauraient bénéficier de la même attention. Dans le domaine pharmaceutique par exemple, le cas des maladies

---

<sup>307</sup> Cathérine Jewell, « Une concession de licences novatrice élargit l'accès aux traitements contre le VIH » (2012) 6 Magazine de l'OMPI 17 aux pp 19-20.

<sup>308</sup> Robert D. Anderson et Nancy T. Gallini, *La politique de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir*, Calgary, University of Calgary Press, 1998 à la p 78.

<sup>309</sup> John Jewkes, David Sawers et Richard Stillerman, *L'INVENTION dans l'industrie de la recherche à l'exploitation : 60 exemples récents* (traduit de l'anglais par Anne CIRY), Paris, Éditions d'Organisation, 1966 à la p 137.

<sup>310</sup> Bruno Salgues, « Évaluation économique des droits de propriété intellectuelle » dans Marie-Angèle Hermitte, dir, *Le droit du génie génétique végétal*, Vol. 12, Paris, Librairies techniques, 1987 à la p 185.

rares<sup>311</sup> dont l'industrie de la recherche se désintéresse<sup>312</sup> dans « [l]es conditions de marché normales »<sup>313</sup>, est assez illustratif. Évidemment, «l'importance des investissements nécessaires au développement de nouveaux médicaments implique pour l'industrie pharmaceutique l'existence de seuils de rentabilité qui laissent certaines maladies orphelines»<sup>314</sup>, la nécessité économique orientant prioritairement les activités de recherche vers les innovations pharmaceutiques dont le rapport est plus en faveur de la demande sur le marché que l'offre ; mais, il est possible que le bénéfice généré par ces médicaments à succès, que l'on qualifie de blockbusters, aide les grandes compagnies pharmaceutiques à s'intéresser aux médicaments à succès économique mitigé, souvent appelés médicaments orphelins. En droit de l'Union européenne, le médicament orphelin est celui dont le promoteur établit :

qu'il est destiné au diagnostic, à la prévention ou au traitement d'une affection entraînant une menace pour la vie ou une invalidité chronique ne touchant pas plus de cinq personnes sur dix mille dans la Communauté, au moment où la demande est introduite, ou

---

<sup>311</sup> Commission européenne, Direction Générale Santé et Consommateurs, *L'Action de l'UE - Maladies rares* : les maladies rares sont des « maladies [généralement] génétiques qui entraînent un invalidité chronique ou mettent la vie en danger et qui, parce qu'elles touchent un faible nombre de personnes, nécessitent une action commune pour : diminuer le nombre de personnes risquant de les contracter; empêcher que les nouveaux-nés et les jeunes enfants en meurent; préserver la qualité de la vie et le potentiel socio-économique des maladies ». En ligne : [http://ec.europa.eu/health/rare\\_diseases/policy/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/health/rare_diseases/policy/index_fr.htm).

<sup>312</sup> Diane Delcourt, « L'Europe de la santé à l'épreuve des médicaments orphelins : entre éthique, santé publique et compétitivité économique » (2006) 5 Les Cahiers de droit de la santé du Sud-Est, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1 à la p 20.

<sup>313</sup> Commission des Communautés Européennes, « Les maladies rares : un défi pour l'Europe », communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, COM (2008) 679 final, 11/11/2008. Voir aussi : *Règlement CE n° 141/2000* du Parlement européen et du Conseil, concernant les médicaments orphelins, 16 déc. 1999, 1<sup>er</sup> point du préambule.

<sup>314</sup> Christian Byk, « Progrès scientifiques et droits de l'Homme : la rupture? » (2003) 54 *Revue trimestrielle des droits de l'Homme* 363 à la p 367.

qu'il est destiné au diagnostic, à la prévention ou au traitement, dans la Communauté, d'une maladie mettant la vie en danger, d'une maladie très invalidante ou d'une affection grave et chronique, et qu'il est peu probable que, en l'absence de mesures d'incitation, la commercialisation de ce médicament dans la Communauté génère des bénéfices suffisants pour justifier l'investissement nécessaire, et

qu'il n'existe pas de méthode satisfaisante de diagnostic, de prévention ou de traitement de cette affection ayant été autorisée dans la Communauté, ou, s'il en existe, que le médicament en question procurera un bénéfice notable à ceux atteints de cette affection<sup>315</sup>.

Toutefois, l'intérêt mitigé pour la recherche et développement des médicaments orphelins ne peut être imputé exclusivement à l'industrie pharmaceutique ; « une analyse multisectorielle et intégrée implique que soient considérés les coûts et les bénéfices [...] engendrés par des politiques connexes »<sup>316</sup> susceptibles de favoriser leur recherche et développement. Par exemple, des mécanismes publics (fiscaux, économiques ou techniques) peuvent mieux inciter la recherche pour les médicaments orphelins<sup>317</sup>. La difficulté, à ce sujet, réside, le plus souvent, dans les exigences de l'orthodoxie fiscale qui ne vise que les investissements directs et exclusifs consacrés par les entreprises à ce genre de recherche, alors que celles-ci sont généralement dans la diversification<sup>318</sup>. Quoi qu'il en soit, l'influence du brevet sur le dynamisme économique n'est pas négligeable.

---

<sup>315</sup> *Règlement CE n° 141/2000* du Parlement européen et du Conseil, art. 3.1.

<sup>316</sup> Mélanie Bourassa Forcier, *La rationalité organisationnelle: Une explication possible de l'état de la politique canadienne de brevets pharmaceutiques?*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, mai 2010 [non publiée] à la p 140.

<sup>317</sup> Clotilde Jourdain-Fortier, « L'ambivalence des concentrations d'entreprises au sein de l'industrie pharmaceutique » dans Isabelle Moine-Dupuis, dir, *Le médicament et la personne : aspects de droit international*, Paris, Litec, 2007, 127 à la p 141.

<sup>318</sup> Jean-Jacques Bienvenu, « Le soutien par la fiscalité » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, Paris, TEC & DOC, 2005, 191 à la p195.

### **1.1.3.2 L'influence de l'économie du brevet**

À défaut d'innover, l'entreprise doit appuyer sa prospérité sur des institutions moins efficaces<sup>319</sup>. L'innovation est, à cet égard, la voie de réussite des petites et moyennes émergentes (ou startups) qui sont avant-gardistes de la nouvelle économie, étant pourvoyeurs de plus d'emplois. Selon le magazine *WIRED*, la nouvelle économie s'entend, « d'un monde dans lequel les gens travaillent avec leurs cerveaux au lieu de travailler avec leurs mains [...], d'un monde où l'innovation est plus importante que la production de masse »<sup>320</sup>. En d'autres termes, le brevet, symbole par excellence de l'innovation, peut impulser l'explosion entrepreneuriale.

#### **1.1.3.2.1 Le développement des startups ou jeunes pousses**

Le développement de jeunes pousses aux États-Unis d'Amérique au cours de la décennie 1980, notamment dans deux domaines majeurs, les technologies de l'information et de la communication et les biotechnologies<sup>321</sup>, sous l'impulsion d'une politique uniforme de brevets<sup>322</sup>, a permis de mieux percevoir l'importance de l'innovation dans l'analyse macro-économique. En 1982, la France se dota, suivant

---

<sup>319</sup> Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008 à la p 306.

<sup>320</sup> Cité par Amélie Cantin, Pierre Duquette et Pierre-Alexandre Fortin, « Adapter le contrat d'emploi aux PME de la nouvelle économie » (2001) 5 *Revue juridique des étudiants(es) de l'Université Laval*, 1 à la p 1.

<sup>321</sup> Sur l'importance des biotechnologies en matière de brevet pharmaceutique, se référer à la sous-section 2.1 Les particularités du brevet pharmaceutique, *infra*, 2.1.2 L'apport de la biotechnologie à la vitalité du brevet pharmaceutique.

<sup>322</sup> Cette politique fut portée par le *Bayh-Dole University and Small Business Patent Procedures Act* (P.L. 96-517, Patent and Trademark Act Amendments), 12 déc. 1980, codifiée au 35 USC. paragr. 200-212. Cette loi vise la valorisation des résultats des travaux de recherche menée par des Institutions publiques (les Universités) et à soutenir la recherche privée, par le transfert des résultats aux entreprises privées.

le modèle américain, d'une loi d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique<sup>323</sup> qui sera complétée en 1999 par une autre loi pour renforcer l'innovation et la recherche<sup>324</sup>. D'autres pays, tels que l'Afrique du Sud, le Brésil, l'Inde, la Jordanie ou la Malaisie, ont pu se doter d'une politique législative axée sur le modèle américain pour stimuler l'innovation<sup>325</sup>. Le but de ces politiques législatives est de favoriser une croissance économique basée sur le développement des petites et moyennes entreprises. En ce sens, et mue par le souci d'encourager ses quelque 23 millions de petites et moyennes entreprises, l'Union européenne entend définir une nouvelle politique favorable pour leur développement en impulsant leur pleine capacité d'innovation<sup>326</sup>. Dans la même perspective, la modification en 1987, au Canada, de la *Loi sur les brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4) par le projet de loi C-22, en apportant de nombreux changements au système quasi automatique<sup>327</sup> des licences obligatoires en matière de

---

<sup>323</sup> *Loi n° 82-610*, 15 juil. 1982.

<sup>324</sup> *Loi n° 99-587*, 12 juil. 1999.

<sup>325</sup> Bhaven N. Sampat, «The Bayh-Dole Model in Developing Countries: Reflections on the Indian Bill on Publicly Funded Intellectual Property» dans UNCTAD, *ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development*, Policy Brief n° 5, Genève, oct. 2009. En ligne: [http://unctad.org/en/Docs/iprs\\_pb20095\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iprs_pb20095_en.pdf).

<sup>326</sup> Commission européenne, Entreprises et Industrie, « Un Small Business Act pour l'Europe : un nouvel élan pour les PME », Communication de la Commission au Parlement, au Conseil et au Comité économique et social européen, COM (2008) 394 final, Bruxelles, 25 juin 2008 à la p 5.

<sup>327</sup> Je souligne ce terme dont il faut se reporter à *Loi sur les brevets*, S.C. 1923, c. 23, art. 17.



brevets pharmaceutiques<sup>328</sup>, fut portée par l'ambition de « favoriser le développement de l'industrie des médicaments »<sup>329</sup>.

Ces diverses politiques sont la preuve que « l'industrie pharmaceutique a, depuis longtemps, attiré l'attention des pouvoirs publics sur la nécessité de fournir une meilleure protection juridique pour les brevets »<sup>330</sup>. Certes, toutes les jeunes entreprises ne seront pas toujours conceptrices de leurs propres inventions, mais elles pourront exploiter des brevets détenus par d'autres structures, dans un climat de coopération et, parce qu'elles se feront concurrence entre elles, les prix des produits finis pourront baisser. Une partie de la doctrine critique ce modèle qu'elle estime trop porter vers la recherche de profit et propose, par conséquent un modèle plus humanisant<sup>331</sup>. En fait, il s'agit de la crainte que la recherche du profit conduise à abandonner la recherche fondamentale et, dans une certaine mesure, les besoins des populations marginalisées, comme la recherche et développement des médicaments orphelins dont une alternative pour le financement a été proposée dans la sous-section précédente. Ce qui ne semble pas être mis en doute,

---

<sup>328</sup> Kristen Douglas et Célia Jutras, *Protection des brevets pour les produits pharmaceutiques au Canada – Chronologie*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2008 à la p 2. En ligne : <http://www.parl.gc.ca/content/LOP/ResearchPublications/prb9946-f.pdf>.

<sup>329</sup> Charlaïne Bouchard, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 2, Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p 65.

<sup>330</sup> Fernand Sauer, « La dimension éthique dans l'harmonisation européenne » dans Syndicat National de l'Industrie Pharmaceutique, dir, *Dimension éthique des stratégies des entreprises pharmaceutiques*, Paris, John Libbey Eurotext, 1996, 101 à la p 105.

<sup>331</sup> Carol Mimura, «Technology Licensing for the Benefit of the Developing World: UC Berkeley's Social Responsible Licensing Program» (2006) XVIII: 2 *Journal of the Association of University Technology Managers* 15; Carol Mimura, «Nuanced Management of IP Rights: Shaping Industry-University Relationships to Promote Social Impact» dans Rochelle C. Dreyfuss, Harry First et Diane L. Zimmerman, *Working within the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 269; Carol Mimura, Julie Cheng et Braden Penhoet, «Socially Responsible Licensing, Euclidean Innovation, and the Valley of Death» (2011)5:1 *Stanford Journal of Law, Science and Policy* 1.

c'est que le brevet est un des critères pour mieux juger le rendement du personnel chargé des activités de recherche et développement.

### **1.1.3.2.2 Le brevet : un critère d'appréciation de l'efficacité de l'employé**

Reprenant à son compte cette question que s'était posée N. Chougar dans une chronique parue dans *Le Monde* : « À quand la Sorbonne brodée au fil d'or sur les polos Lacoste? », la professeure Martine Barré-Pépin affirme que :

sur un tel mode de promotion des établissements de recherche par le droit de marque, on pourrait « innover » dans les procédés de valorisation en invitant ou incitant des titulaires de noms, porteurs de valeur, des scientifiques « nobélisés » et/ou médaillés, à « prêter » leur nom patronyme à leur institution qui pourrait en concéder l'usage et tirer profit de la renommée scientifique comme il est fait de la notoriété de personnalités du sport et du spectacle<sup>332</sup>.

Une métaphore de cette remarque avec le brevet peut amener à l'imaginer comme un mécanisme pour apprécier le travail qu'accomplit le personnel de recherche employé en sciences dures, à l'instar de l'industrie pharmaceutique qui, dans la Communauté européenne, employait déjà dans les années 1990 « 62000 personnes hautement qualifiées dans la recherche et le développement »<sup>333</sup>. En fait, les entreprises privées et, dans une certaine proportion, les institutions publiques de recherche n'ont pas meilleurs critères pour apprécier l'efficacité des chercheurs que leur capacité à produire des résultats, dont le brevet est un des exemples. Mais si l'employé chercheur peut participer au succès industriel et commercial de l'entreprise par des

---

<sup>332</sup> Agnès Robin, dir, *L'innovation et la recherche en France : analyse juridique et économique*, Bruxelles, Larcier, 2009 à la p 68.

<sup>333</sup> Fernand Sauer, « La dimension éthique dans l'harmonisation européenne » dans Syndicat National de l'Industrie Pharmaceutique, dir, *Dimension éthique des stratégies des entreprises pharmaceutiques*, Paris, John Libbey Eurotext, 1996, 101 à la p 104.

inventions brevetables, ce doit être sur la base d'intérêts partagés. En d'autres termes, l'employé chercheur doit pouvoir jouir d'une partie de la richesse qu'il crée au sein de l'entreprise au moyen du brevet. Ainsi, lorsque les dispositions législatives sont muettes<sup>334</sup> ou évasives<sup>335</sup> sur la question de la gestion des inventions réalisées en cours d'emploi, la jurisprudence s'offre une liberté totale d'appréciation. À ce sujet, la Cour fédérale d'appel du Canada systématisa avec détails les modalités de récompense de l'employé-inventeur<sup>336</sup>. Dans la même perspective, pour déterminer la récompense supplémentaire due au salarié inventeur, lorsqu'en l'occurrence l'employeur peut s'offrir le bénéfice du brevet subséquent<sup>337</sup>, les tribunaux français se reportent aux comptes certifiant la marge bénéficiaire brute générée à l'entreprise par l'exploitation du brevet<sup>338</sup>. Même en l'absence d'exploitation commerciale du brevet<sup>339</sup>, une récompense peut être due à l'employé-inventeur. Dans tous les cas, il semble que la jurisprudence se détermine par rapport :

---

<sup>334</sup> Par exemple, la *Loi sur les brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4) ne prévoit rien en matière d'invention de salarié. Voir dans ce sens David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyrights, Patents, Trade-marks*, 2<sup>ème</sup> édition, Toronto, Irwin Law, 2011 à la p 366.

<sup>335</sup> Bien qu'ayant consacré un développement détaillé sur les inventions de salarié, qu'il classe en trois catégories (les inventions de mission appartenant d'office à l'employeur; les inventions hors mission, attribuables à l'employeur et les inventions résiduellement hors mission, non attribuable à l'employeur), l'article L 611-7 du *Code français de la propriété intellectuelle*, laisse choir les modalités pratiques pour le désintéressement satisfaisant de l'inventeur salarié.

<sup>336</sup> *Comstock Canada c. Electec Ltd*, (1991) 45 F.T.R. 241 (C.F.), paragr. 75.

<sup>337</sup> Cass. com., 21 nov. 2000, *Sté Hoechst Marion Roussel c. MM. Raynaud et autres*, cité par Magali Touroude et Marie Cercle, « L'invention de mission ouvrant droit à une rémunération supplémentaire des inventeurs salariés » (29-31 mars 2009) 5 *Gazette de la propriété industrielle* 30 à la p 31. Voir dans le même sens CA Paris, 28 avril 2004, *Sté Christian Dior c. Meybeck*, cité par Magali Touroude et Marie Cercle, *Ibid*.

<sup>338</sup> TGI Paris, 3<sup>è</sup> Ch, 3<sup>è</sup> Sect., 14 sept. 2005, *Thierry Brinon c. Vygon S.A.*, (2005) 819 PIBD à la p III-691; Cass, civ., com., 12 février 2013, *Société Produits dentaires Pierre Roland c. X.*, n° 12-12.898, Inédit.

<sup>339</sup> TGI Paris, 24 septembre 2008, *Levasseur-Cruz c. Laboratoires Goëmar* cité par Magali Touroude et Marie Cercle, « L'invention de mission ouvrant droit à une rémunération supplémentaire des inventeurs salariés » (29-31 mars 2009) 5 *Gazette de la propriété industrielle* 30 à la p 31.

- au contexte général de la recherche dans lequel se situe l'invention (par exemple la contribution des moyens de l'entreprise),
- aux difficultés surmontées par l'employé dans la conception de l'invention,
- à la contribution personnelle originale de l'inventeur,
- à l'intérêt commercial de l'invention pour l'entreprise.

L'occurrence d'une collaboration entre un employé-inventeur avec l'entreprise qui investit des moyens dans les activités de recherche et développement illustre, à bien d'égards, que le brevet peut bien fédérer des intérêts parfois opposés.

### **Conclusion de la sous-section 1.1**

L'intérêt particulier du titulaire du brevet est la matrice même de l'intérêt général, étant précisé que dans la société moderne, il n'y a plus que ces deux types d'intérêt, selon une opinion de Le Chapelier<sup>340</sup> dans son commentaire sur le décret français du 14 juin 1791 relatif à la suppression des maîtrises et des jurandes. C'est dire que les droits de propriété intellectuelle sont une application particulière du principe de socialisation qui reconnaît à chacun son œuvre, même si le mérite n'intervient pas toujours, *a priori*, dans leur attribution; la doctrine dite du « sweat of the brow »<sup>341</sup> ne prospère pas en droit d'auteur, par exemple. À vrai dire, le système des brevets se présente en l'état actuel du droit sous la forme d'une justice sociale, parce qu'il exprime la liberté dont dispose tout individu « de posséder certaines formes de

---

<sup>340</sup> Norbert Rouland, *Aux confins du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1991 à la p 59.

<sup>341</sup> *Feist Publications Inc. c. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

propriété »<sup>342</sup>. Ce système prend ainsi la forme d'une récompense dans le cadre d'un échange où l'État estime que l'innovation est utile socialement.

Dans le domaine pharmaceutique, les brevets ont connu un essor particulier, par leur influence sur l'économie de l'État. Cette idéologie du brevet pharmaceutique favorable à l'intérêt économique de l'État est cependant mise à rude épreuve sur un fond de polémique qui met en avant une fracture sociale persistante; cette querelle sur la capacité du brevet pharmaceutique à satisfaire l'intérêt général fera l'objet de la sous-section (1.2) ci-après.

## **1.2 Genèse et évolution de la controverse sur le brevet pharmaceutique**

L'intérêt général est sans doute un objectif central du système des brevets. Cette ambition fut, par exemple, inscrite dans la première loi sur le brevet d'invention adoptée au Bas-Canada le 8 mars 1824, laquelle visait à « encourager les progrès des arts utiles en cette Province en accordant un droit et un privilège exclusifs aux inventeurs de tout nouvel art, machine, procédé ou composition de matière »<sup>343</sup>. En fait, le système des brevets est minutieusement élaboré pour protéger l'économie nationale et même mondiale contre l'espionnage<sup>344</sup>, sans distinction du domaine. Mais, cette prétention d'un système des brevets qui associe la protection de l'intérêt général a été vigoureusement critiquée sous l'influence de théories et arguments très variés. Pour les

---

<sup>342</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Boston, Harvard University Press, 1971, traduction Cathérine Audard, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 à la p 93.

<sup>343</sup> Serge Lapointe, *L'histoire des brevets* (paragr 7.2 Le Canada), publié par Temey, 26 Juin 2002. En ligne : <http://invention-europe.com/Article59.htm>.

<sup>344</sup> Jean-François Neven et Emmanuel Cornu, dir, *Le patrimoine intellectuel de l'entreprise : protection des actifs incorporels de l'employeur et droits et obligations des travailleurs*, Bruxelles, Larcier, 2010 à la p 54.

opposants au brevet, « les arguments voulant que les brevets soient une récompense pour la créativité et un rendement sur l'investissement sont fallacieux »<sup>345</sup>. À la vérité, ce scepticisme est aussi vieux que l'histoire des brevets. En effet, au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, époque marquée par l'émergence du droit des brevets, la virulence des critiques contre le brevet fut particulière si bien que, dans sa parution de juin 1869, le journal *The economist* prédisait l'extinction du système des brevets : « It is probable enough that the patent laws will be abolished ere long »<sup>346</sup>. En fait, les adversaires au système des brevets estiment qu'il n'est pas nécessaire de le maintenir puisque la preuve irréfutable de son caractère incitatif ne peut être rapportée. À ce propos, à la suite des professeurs Yves Plassereaud et François Savignon, Bernard Remiche affirme que le financement public de la recherche, les avantages fiscaux accordés aux innovateurs, les commandes publiques, sont autant d'alternatives qui peuvent inciter l'innovation; il recommande par conséquent de « laisser le brevet à sa juste place à côté des autres institutions jouant un rôle non négligeable dans la politique de l'innovation »<sup>347</sup>. Dans le domaine pharmaceutique en particulier, les sceptiques pensent que le système des brevets n'a pas réussi à combler les espoirs qui le fondent<sup>348</sup>. Au soutien de leur thèse, ils mettent en avant la multitude des affections pour lesquelles, il n'existe encore aucun remède efficace, ou pas du tout de remède.

---

<sup>345</sup> Vandana Shiva, *La vie n'est pas une marchandise : les dérives des droits de propriété intellectuelle*, Paris, Éditions de l'Atelier, 2004 à la p 51.

<sup>346</sup> *The Economist*, June 5, 1869 à la p 656, cité par Fritz Machlup et Edith Penrose, « The Patent Controversy in the Nineteenth Century » (mai 1950) 10 : 1 *The Journal of Economic History* 1 à la p 1.

<sup>347</sup> Bernard Remiche, « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets » (2002) XVI : 1 RIDE 83 à la p 84.

<sup>348</sup> Germán Velásquez et Xavier Seuba, *Repenser la santé mondiale : une convention obligatoire pour la R-D de produits pharmaceutiques*, Genève, Centre Sud, Document de recherche n° 42, décembre 2011 à la p 9.

Cependant, le professeur Bernard Remiche lui-même reconnaît que « la controverse sur les brevets fut le plus souvent alimentée par des arguments plus politiques ou doctrinaires que par des arguments tirés d'analyses scientifiques »<sup>349</sup>. En effet, selon une recherche empirique conduite aux États-Unis d'Amérique et portant sur cent compagnies provenant de douze secteurs technologiques, sans le système des brevets, 65% des produits pharmaceutiques innovants ne verraient jamais le jour et 60% des recherches pharmaceutiques ne seraient même pas menées à terme, tandis que le taux moyen d'inactivité dans les autres industries, en l'absence du brevet, est estimé à 8%<sup>350</sup>. En outre, « *while patents are primary target of criticism concerning access to medicine, many patients have problems achieving effective access of even unpatented treatment* »<sup>351</sup>. En ce sens, une étude bien documentée conduite par l'OMS précise que :

les pauvres n'accèdent pas aux médicaments essentiels<sup>352</sup> pour bien des raisons qui doivent être traitées à fond. La principale est, de loin, la pauvreté elle-même qui fait que ni les pauvres ni leurs gouvernements n'ont les moyens d'acheter les médicaments

---

<sup>349</sup> Bernard Remiche et Vincent Cassiers, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010 à la p 27.

<sup>350</sup> Edwin Mansfield, « Patents and Innovation: An Empirical Study » (février 1986) 32 : 2 Management Science 173 à la p 175. En ligne : [http://www.lu.se/upload/CIRCLE/INN005/Mansfield\\_Patents\\_and\\_Innovation.pdf](http://www.lu.se/upload/CIRCLE/INN005/Mansfield_Patents_and_Innovation.pdf)

<sup>351</sup> Cynthia M. Ho et Ann Weilbaecher, « Patents Versus Patients: Must We Choose? » (2009) 18: 2 Annals of Health Law: the Health Policy and Law Review of Loyola University Chicago School of Law, i à la p xiv.

<sup>352</sup> Selon l'OMS les médicaments essentiels sont ceux destinés à « répond[re] aux besoins de santé prioritaires d'une population. Ils sont sélectionnés en fonction de la prévalence des maladies, de l'innocuité, de l'efficacité et d'une comparaison des rapports coût-efficacité. Ils devraient être disponibles en permanence dans le cadre de systèmes de santé opérationnels, en quantité suffisante, sous la forme galénique qui convient, avec une qualité assurée et à un prix abordable au niveau individuel comme à celui de la communauté » ; sur la base de cette définition, les médicaments essentiels sont répertoriés sur une liste actualisée tous les deux ans et sont affranchis de tout monopole consacré par le brevet. Voir OMS, *Médicaments essentiels*. En ligne : [http://www.who.int/topics/essential\\_medicines/fr/](http://www.who.int/topics/essential_medicines/fr/).

essentiels ou de veiller à ce qu'ils soient correctement utilisés dans un système de santé convenablement géré. En outre, les pauvres peuvent ignorer l'existence de certains moyens de sauver des vies parce que la communauté est mal desservie par le système de santé. Leur accès aux médicaments est également limité par la grave pénurie de médecins et autres agents de santé formés à la sélection, la prescription et l'utilisation efficaces des médicaments disponibles. Certains obstacles sont auto-imposés. De nombreux pays à bas revenu perçoivent en effet des droits à l'importation et des taxes internes sur des médicaments essentiels. Certains gouvernements peuvent aussi créer des obstacles en instaurant des formalités d'achat astreignantes et des réglementations qui retardent indûment l'utilisation des médicaments nécessaires<sup>353</sup>.

D'ailleurs, même à « pris cassé »<sup>354</sup>, il est notoirement connu que les populations pauvres, dans beaucoup de pays et, *a fortiori* dans les pays en développement, ne sont pas en mesure de s'offrir par elles-mêmes, les innovations pharmaceutiques les plus récentes et certainement les plus efficaces. Le procès de Pretoria<sup>355</sup> de 2001, ayant opposé le gouvernement sud-africain à quarante-deux firmes et groupements pharmaceutiques qui contestaient l'incompatibilité de la loi sud-africaine<sup>356</sup> avec les obligations qui incombent à l'Afrique du Sud en

---

<sup>353</sup> OMS, *Macroéconomie et santé : investir dans la santé pour le développement économique*, Rapport de la Commission Macroéconomique et Santé, cité par Alex Kabinda Ngoy, « Le droit des brevets en Afrique : un corps étranger? », dans Bernard Remiche, dir, *Brevet, innovation et intérêt général : le brevet : pourquoi et pour faire quoi?*, Bruxelles, Larcier, 2007, 199 à la p 206.

<sup>354</sup> Amelle Guesmi, *Le médicament à l'OMC : droit des brevets et enjeux de santé*, Bruxelles, Larcier, 2011 à la p 363.

<sup>355</sup> L'origine du procès remonte à une plainte qui avait été introduite le 18 février 1998 devant la Haute Cour de justice de Transvaal, à Pretoria, contre le Gouvernement sud-africain, sur le grief de non-conformité à la constitution sud-africaine du *Medicines and Related Substances Control Amendment Act*, 1997. La Haute Cour de justice avait, au prime abord ordonné un sursis à promulguer les dispositions querellées, avant toute décision au fond et la procédure fut réactivée lorsque, sous l'impulsion du Treatment Action Campaign, l'Afrique du Sud passa à une offensive contre la légitimité du brevet pharmaceutique. Les plaignants étaient, entre autres : Bayer, Bristol-Myers Squibb, Eli Lilly, Glaxo Wellcome and SmithKline Beecham, Hoechst Marion Roussel, Boehringer-Ingelheim, Merck, Novartis, Novo Nordisk, Rhone-Poulenc, Hoffman-La Roche, Johnson and Johnson, Zeneca.

<sup>356</sup> *Medicines and Related Substances control Amendment Act*, 1997 (Act 90-1997), dans *Republic of South Africa Government Gazette* n° 18505, Act n° 90, 1997 (12 december 1997). Sous le titre « Measures to ensure supply of more affordable



vertu de l'Accord sur les ADPIC en matière de licences obligatoires, est parfois indiqué comme l'expression de la défense de l'intérêt de la santé publique sur les intérêts commerciaux des firmes pharmaceutiques. Certains auteurs ont d'ailleurs, à ce sujet, critiqué ce qu'ils qualifient d'insensibilité des entreprises pharmaceutiques face à la tragédie du SIDA qui frappe une population se situant en dehors du champ de leur marché<sup>357</sup>. Cette critique appelle deux observations. D'une part, la clientèle du titulaire du brevet pharmaceutique se trouve dans tous les pays où pénètre son innovation. D'autre part, une telle appréciation paraît excessive par rapport à la question de l'accès aux innovations pharmaceutiques qui mérite une analyse de fond, car nul ne doute que la rente monopolistique liée au brevet est appelée à disparaître<sup>358</sup>, en raison de son caractère temporel. D'ailleurs, en dépit des mécanismes d'extension de délai par un certificat complémentaire de protection<sup>359</sup>, la

---

medicines », l'article 15 cette loi dispose : « the Ministry [ of Health] may prescribe conditions for the supply of more affordable medicines in certain circumstances so as to protect the health of the public, and in particular :

- (a) Notwithstanding anything to the contrary contained in the *Patents Act, 1978* ( Actn° 57 of 1978), determine that the rights with regard to any medicine under a patent granted in the Republic shall not extend to acts in respect to such medicine which has been put onto the market by the owner of the medicine, or with his or her consent;
- (b) Prescribe the conditions on which any medicine which is identical in composition, meets the same quality standard and is intended to have the same proprietary name as that of another medicine already registered in the Republic, but which is imported by a person other than the person who is the holder of the registration certificate of the medicine already registered and which originates from any site of manufacture of the original manufacturer as approved by the council in the prescribed manner, may be imported;
- (c) Prescribe the registration procedure for, as well as the use of, the medicine referred to in paragraph (b) ».

<sup>357</sup> Daniel De Deer, *Brevet, santé publique et accès aux médicaments essentiels. Une fin du droit?*, Bruxelles, Bruylant, 2011 à la p 1.

<sup>358</sup> Gilles Y. Bertin et Sally Wyatt, *Multinationales et propriété industrielle : le contrôle de la technologie mondiale*, Genève, Institut de Recherche et d'Information sur les Multinationales, 1986 à la p 18.

<sup>359</sup> Dans l'Union européenne, *Règlement 469/2009/CE* du Parlement européen et du Conseil concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments, 6 mai 2009, art. 13.2. Au Canada, *Projet de loi C-22, Loi modifiant la Loi sur les brevets*,

durée réelle du brevet pharmaceutique, en raison du temps d'exploitation économique dû aux études précliniques et cliniques, est d'environ 11,8 ans<sup>360</sup>; encore que la longueur des délais d'approbation du médicament innovant empêche la population de profiter rapidement des innovations thérapeutiques et diminue les profits que les entreprises retirent des nouveaux médicaments. De plus, la lenteur du processus d'approbation diminue l'attrait de tout autre pays, comme lieu de recherche clinique<sup>361</sup>. Aussi, est-il nécessaire de mettre en relief les origines de la controverse liée au brevet pharmaceutique (1.2.1) qui, même si elle n'a pas conduit à son abolition, a néanmoins atteint un seuil explosif (1.2.2).

### **1.2.1 Les origines de la controverse sur le brevet pharmaceutique**

Le mécanisme d'avantages particuliers attachés au brevet a parfois été perçu, soit comme un obstacle à l'économie, soit comme une atteinte au droit naturel de tout individu à accéder à des biens d'intérêt vital. Ainsi, des courants de pensée fondés sur une conception extensive du libre-échange ont sévèrement condamné le système des brevets dans son

---

novembre 1986, sanctionné en 1987. Aux États-Unis d'Amérique, *2750 Patent Term Extension for Delays at other Agencies under 35 U.S.C.* 156, 1984. Selon la doctrine, le certificat complémentaire de protection (CCP) encore appelé Patent Term Restoration (PTR) a vocation à compenser l'érosion de la durée d'exploitation du brevet de base dans l'industrie pharmaceutique et repose sur des raisons de politique réglementaire. Voir Jean-Christophe Galloux, « Le droit des brevets en fin de XXème siècle : éclatement ou recomposition? » dans *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, 207 à la p 215; Philippe Schmitt, « L'oxymore de la propriété industrielle : le certificat complémentaire de protection à durée négative » (2012) 44 *Propriétés intellectuelles* 317.

<sup>360</sup> Krisen Nugent, « Patenting Medical Devices: The Economic Implications of Ethically Motivated Reform » (2008) 17: 1 *Annals of Health Law: the Health Law Policy and Law Review of Loyola University Chicago School of Law* 135 à la p 140.

<sup>361</sup> Canada, Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique, *Le rapport de la Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1985 à la p 410.

ensemble. Sous l'influence de ces critiques, apparut, un peu partout à travers le monde, le développement d'un protectionnisme d'État<sup>362</sup> ayant pour cible le brevet pharmaceutique.

### **1.2.1.1 Les fondements idéologiques de la controverse**

« La question du rôle positif de la propriété industrielle [en général, et du brevet en particulier] dans le développement du capitalisme est posée de longue date »<sup>363</sup>. Déjà, au XIX<sup>ème</sup> siècle qui a vu éclore la propension à l'institution du système des brevets sous l'influence de la révolution industrielle, l'incertitude sur la capacité du brevet à impulser le développement de solutions nouvelles pour le bénéfice de la société avait été vigoureusement agitée. Ainsi, nuancant le bien-fondé du brevet, l'économiste Fritz Machlup affirma :

If one does not know whether a system as a whole (in contrast to certain features of it) is good or bad, the safest policy conclusion is to muddle through – either with it, if one has long lived with it, or without it, if one has lived without it. If we did not have a patent system, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge of its economic consequences, to recommend instituting one. But since we have had a patent system for a long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge, to recommend abolishing it<sup>364</sup>.

Ce relativisme saisissant de la doctrine va servir d'arguments à la virulence de discours recommandant l'abolition du système des brevets.

---

<sup>362</sup> Gabriel Galvez-Behar, « Controverses et paradoxes dans l'Europe des brevets au XIX<sup>ème</sup> siècle » (2010) *Innovations, réglementations et transferts de technologie en Europe du Nord-ouest aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Villeneuve d'Ascq, France, 1 à la p 16. En ligne : [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/56/80/16/PDF/COMGGB\\_20110221.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/56/80/16/PDF/COMGGB_20110221.pdf).

<sup>363</sup> *Ibid.*, à la p 1.

<sup>364</sup> Fritz Machlup, *An Economic Review of the Patent System : Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on Judiciary*, Washington, United States Senate, 1958, cité par Paul A. David « The evolution of intellectual property institutions and the panda's thumb », communication présentée au Congrès de l'Association Internationale Économique, Moscou, août 1992 aux pp 24-28.

### 1.2.1.1.1 Les doctrines contestataires du système des brevets

Les attaques contre le système des brevets ont particulièrement été incisives dans l'Europe du XIX<sup>ème</sup> siècle. Alors que certains auteurs jugèrent rationnelles les lois sur les brevets qu'ils considérèrent comme une avancée très positive et favorable aux inventions susceptibles d'impulser le capitalisme<sup>365</sup>, la doctrine ultralibérale dépeignit le brevet comme un mécanisme obstruant l'activité économique. Par conséquent, les ultralibéraux réclamèrent un marché débridé du brevet. Par exemple, dans une correspondance adressée à la rédaction de la *revue de droit international et de législation comparée* en 1869, George Matile, alors juge-examineur au bureau fédéral des brevets à l'Office américain des brevets d'invention déclara :

[...] l'utilité d'une invention n'est pas plus facile à déterminer que l'invention elle-même. Quelle est la somme d'avantages requise pour qu'une invention soit utile [...] ? [...] quelques esprits, même partisans de la protection, critiquent sévèrement une loi dont les bases sont aussi peu tangibles et appréciables. On comprend également que, par les mêmes raisons, certains États du dehors, sans s'affranchir entièrement du système des brevets, l'aient renfermé quelquefois jusque dans des limites très étroites. L'Angleterre paraît s'acheminer vers une abolition complète de ce système. [...] la Suisse avait, il y a deux ans, rejeté une pétition tendant à introduire le régime des brevets. [...] le système des brevets est à l'industrie domestique ce qu'est le système protectionniste au commerce étranger<sup>366</sup>.

Au fait, les ultralibéraux estiment que si, au système des brevets, s'associe un monopole d'exploitation, un tel mécanisme ne peut qu'obstruer la liberté d'entreprendre des tiers dont la marque se trouve dans la concurrence totale.

---

<sup>365</sup> Max Weber, *Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Paris, Gallimard, 1991 à la p 332.

<sup>366</sup> George A. Matile, « Correspondance » (1869) T1 *Revue de droit international et de législation comparée* 310 à la p 311. En ligne : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57497749/f317.image>.

**L'influence de l'ultralibéralisme contestataire du système des brevets.** Prise dans l'étau de la contestation ultralibérale et à la suite d'une série d'enquêtes conduites par des commissions parlementaires et même royales (1851-1852, 1862-1865, 1869-1872) sur les brevets et la technologie, la Grande-Bretagne dut réformer son système des brevets. Ainsi,

A patent-reform bill, drafted on the basis of the 1872 Commission's report, provided for a reduction of patent protection to seven years, strictest examination of patent applications, forfeit of patent not worked after two years and compulsory licensing of all patents, the bill was passed by the House of Lords<sup>367</sup>.

En France, Michel Chevalier dénonçant le système des brevets<sup>368</sup>, recommanda en 1863, d'y substituer de simples récompenses nationales. Dans les États allemands, Böhmert et même le Chancelier Bismarck, pressés par les économistes allemands, souhaitèrent l'abolition pure et simple du système des brevets en 1868 :

Considering that patents hinder rather than further the progress of invention; that they hamper the prompt general utilization of useful inventions; that on balance they cause harm than benefit to the inventors themselves, and thus, are a highly deceptive form of compensation, the Congress of German Economists resolves: that patents of invention are injurious on common welfare<sup>369</sup>.

Très sensible à ce courant de pensée, le Royaume des Pays-Bas abolit<sup>370</sup> son système de brevet en juillet 1869, lequel ne fut réintroduit qu'en

---

<sup>367</sup> Fritz Machlup et Edith Penrose, « The Patent Controversy in the Nineteenth Century » (mai 1950) 10: 1 The Journal of Economic History 1 à la p 1.

<sup>368</sup> Michel Chevalier, « Les brevets d'invention, contraires à la liberté et du travail » (mai 1878) Journal des économistes 169 aux pp 169-225.

<sup>369</sup> Kongress deutscher Volkswirthe, Dresden, septembre 1863, cité par Fritz Machlup et Edith Penrose, « The Patent Controversy in the Nineteenth Century » (mai 1950) 10: 1 The Journal of Economic History 1 à la p 4.

<sup>370</sup> Bernard Remiche et Vincent Cassiers, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010 à la p 26 ; Jean-Frédéric Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, Bruxelles, Larcier, 2007 à la p 16.

1910. La Suisse, qui était une grande puissance industrielle à cette époque, n'avait même pas cru devoir se doter d'une loi sur les brevets, d'autant que la constitution du gouvernement fédéral interdisait le système des brevets, jusqu'au référendum de 1887. Devant cette montée en puissance des thèses ultralibérales, John Stuart Mill ne cacha pas son indignation :

Que [l'inventeur] doit être compensé et récompensé ne peut être nié. Si tout le monde pouvait profiter de son génie sans avoir à partager les dépenses qu'il a faites pour rendre son idée pratique, ou bien personne n'assurera les dépenses, excepté des individus très riches et ayant le sens du bien public, ou bien l'État attache une valeur au service rendu et lui accorde une subvention ; en général un privilège exclusif, d'une durée temporaire, est préférable ; parce que la récompense dépend de l'utilité de l'invention [...]<sup>371</sup>.

À vrai dire, les thèses ultralibérales mettent à mal le « rendre à chacun son dû »<sup>372</sup> de Thomas Hobbes qui préside à l'ordre social, tant et aussi longtemps que les limites de la modération ne sont pas franchies. Sur la mesure de cette proportion, le propriétaire absolu du brevet semble professer une idéologie extravagante.

**Le propriétaire pourfendeur de l'organisation étatique du système des brevets.** Parallèlement au discours ultralibéral, émergea toujours au XIX<sup>ème</sup> siècle, la thèse du propriétaire absolu défendant certes le brevet, mais contestant la compétence de l'État à en organiser l'octroi. Le propriétaire fut élaboré autour du principe du droit naturel. Par conséquent, il défend le principe d'un droit au brevet antérieur et extérieur à l'État, estimant que la propriété de l'inventeur procède uniquement de son activité intellectuelle. En l'occurrence, le

---

<sup>371</sup> John Stuart Mill, *Principes d'économie politique* (1848), cité par Mireille Buydens et Séverine Dusollier, eds, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008 à la p 33.

<sup>372</sup> Ada Neschke-Hentschke, *Platonisme politique et théorie du droit naturel : contribution à une archéologie de la culture politique européenne*, Louvain/Paris, Peeters, 2003 aux pp 412-413.

juriste américain Lysander Spooner, un célèbre représentant de cette école affirmait :

Si les hommes jouissent d'un droit naturel à la propriété de leurs productions intellectuelles, ils le conservent *au moins toute leur vie*, nécessairement. La nature n'a certainement pas fixé au droit de propriété une durée *plus limitée* [...]. Une invention est le produit d'un travail individuel et appartient de droit à celui qui l'a produite; par suite, il n'est pas injuste de considérer que lui seul aura un droit sur elle, le même que celui qu'il possède sur tous les autres biens qu'il a produits : le droit absolu d'en disposer [...]<sup>373</sup>.

En outre, l'auteur précise, dans une lettre adressée aux inventeurs, que « [...] in truth and justice, scientists and inventors have the same right of perpetual property in the products of their brain labor, that other men have in the products of their hand labor »<sup>374</sup>. Mais, le propriétéarisme absolu, en tant qu' « il assigne à chacun [...], la quantité exclusive de liberté dont il dispose [sur un objet] »<sup>375</sup> serait une large porte ouverte à l'abus, ce qui « serait inique et injustifiable au point de vue du public »<sup>376</sup>, puisque, justement, l'objectif poursuivi par le système des brevets est d'instituer non pas « une liberté [d'exploitation] mais une capacité de jouir, pas un pouvoir, mais une puissance [précaire] »<sup>377</sup>.

---

<sup>373</sup> Lysander Spooner, *The Law of Intellectual property* (1855), traduit par Patricia Chameaureau, *Plaidoyer pour la propriété intellectuelle*, Paris, Les Belles Lettres, 2012 aux pp 101 et 151-152.

<sup>374</sup> Lysander Spooner, *Letter to Scientists and Inventors on the science of Justice and their Right of Perpetual Property in the Discoveries and Inventions*, Boston, Cupples, UPHAM & Co, 1884. En ligne : <http://lysanderspooner.org/node/61>.

<sup>375</sup> Johann Gottlieb Fichte, *Doctrine du droit de 1812*, traduction de l'Allemand par Anne Gahier et Isabelle Thomas-Fogiel, présentation et notes par Isabelle Thomas-Fogiel, Paris, Cerf, 2005 à la p 69.

<sup>376</sup> Edmond Picard et Xavier Olin, *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel / Bruxelles, Ferd. Claassen, 1869 à la p 21.

<sup>377</sup> Catherine Larrière, « Droit naturel et physiocratie » (1992) 37 Archives de philosophie de droit, Paris, Sirey, 69 à la p 73.

Toutefois, dans une version plus nuancée, le propriétaire reconnaît à l'inventeur un droit de propriété qui doit être essentiellement déterminé et circonscrit par la loi. En ce sens, le congrès de Paris<sup>378</sup> chargé de rédiger la *Convention d'union de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, proclamait solennellement que les inventeurs ont sur leurs œuvres, un droit de propriété que « la loi civile ne [...] crée pas; elle ne fait que le réglementer »<sup>379</sup>. En effet, la propriété attachée au brevet trouve sa source dans la demande, aux fins de l'octroi du titre, formulé par l'inventeur ou son ayant droit<sup>380</sup>, dont la suite lui échappe.

Ces différentes positions contre le système des brevets conduisirent à en limiter l'application, en particulier dans l'industrie pharmaceutique.

#### **1.2.1.1.2 L'effet des idéologies contestataires sur le brevet pharmaceutique**

L'institution du système des brevets a certes impulsé, dans l'Europe du XIX<sup>ème</sup> siècle, la conception et la réalisation de grands travaux utiles à l'humanité. Mais elle a aussi vu émerger « une grande corporation d'arts et métiers : effrayante association, dans laquelle et les plus habiles ouvriers et les premiers manufacturiers et surtout les génies les plus

---

<sup>378</sup> Ce congrès fut organisé du 5 au 7 septembre 1878 sous les auspices de la commission exécutive permanente créée par le congrès de Vienne du 4 au 9 août 1873. La commission exécutive permanente avait pour mission de : poursuivre le travail amorcé à Vienne et de faire en sorte que les principes adoptés soient largement diffusés ; rédiger un projet de convention sur le droit des brevets à partir des grandes règles définies; convoquer de nouveaux Congrès s'il en est besoin, pour promouvoir ladite convention. C'est ce congrès qui eut la charge de créer l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle. Voir Joseph Ékedi-Samnik, *L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1975 à la p 31.

<sup>379</sup> Geoffroy Gaultier, « L'A.I.P.P.I. et le rêve de l'harmonisation du droit », dans *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990, 167 à la p 168.

<sup>380</sup> Marianne Mousseron, *Les inventions de salariés : la composition du droit des brevets et du droit du travail*, Paris, Litec, 1995 à la p 212.



inventifs de toutes les nations [s'empressaient] à se faire agréger »<sup>381</sup>. L'on craignait alors la montée en puissance d'une classe formée de tyrans coalisés, dont les travaux touchaient notamment l'armement, les produits chimiques et pharmaceutiques<sup>382</sup>. Ainsi, pour des raisons d'opportunité et peut-être d'humanité, des États érigèrent des limites protectionnistes contre le brevet pharmaceutique.

### **Le protectionnisme d'État ciblant le brevet pharmaceutique.**

Mettant en avant l'appropriation de la santé par les inventeurs, certains États adoptèrent une législation excluant, soit la brevetabilité du produit pharmaceutique, soit celle du procédé d'obtention dudit produit. Par contre, ceux qui n'avaient pas expressément exclu le brevet pharmaceutique de leur législation l'avaient dépouillé de sa substance, de sorte à empêcher son titulaire de l'exploitation monopolistique qui s'y associe. En France par exemple, alors que le décret-loi relatif au brevet d'invention présenté au Parlement le 31 décembre 1790 et voté le 7 janvier 1791, disposait sans exclusif que « toute découverte ou nouvelle invention, dans tous les genres d'industrie, est la propriété de son auteur [...] »<sup>383</sup>, une nouvelle loi adoptée en 1844, avait dénié la brevetabilité à toutes « les compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce »<sup>384</sup>. L'on justifia cette exclusion par le fait que :

---

<sup>381</sup> Gabriel Galvez-Behar, « Controverses et paradoxes dans l'Europe des brevets au XIX<sup>e</sup> siècle » dans *Innovations, réglementations et transferts de technologie en Europe du Nord-ouest aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Villeneuve d'Ascq, France, 2010, 1 à la p 3.

<sup>382</sup> Christiane Demeulenaere-Douyère, « Inventeurs en Révolution : la Société des inventions et découvertes » (juin 2009) 17 Documents pour l'histoire des techniques 19 aux pp 25-26. En ligne : <http://dht.revues.org/483>.

<sup>383</sup> *Loi française du 7 janvier 1791 relative au brevet d'invention*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>384</sup> *Loi française du 5 juillet 1844 sur les brevets*, art. 3; Holger Hestermeyer, *Human Rights and the WTO : The Case of Patents and Access to Medicines*, New York, Oxford University Press, 2008 à la p 28 ; Paul Olagnier, *Le droit des savants*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1937 à la p 95.

La loi est faite dans l'intérêt de l'industrie et non dans l'intérêt de la science. Son domaine est dans la région des faits et non des abstractions. Elle ne peut et ne doit s'appliquer qu'à un objet matériel, saisissable, transmissible, ou à un procédé applicable, déterminé conduisant à un résultat industriel quelconque<sup>385</sup>.

Cette explication suscita l'indignation des pharmaciens qui, par la voix de leur représentant à la chambre des Pairs, Gay-Lussac, réproouvèrent avec fermeté ce qu'ils qualifièrent de régression et d'injustice :

Les préparations pharmaceutiques [...] sont des composés nets, bien définis, préparés en grand, formant un objet de commerce extérieur et d'exportation [...]. La loi que le Ministre a apportée dans cette enceinte, en ne respectant pas cette large et juste protection que la loi de 1791 accorde à toutes les industries, en sortirait moins grande, tout amoindrie<sup>386</sup>.

En fait, cette exclusion en droit français se fondait sur une opinion largement répandue suivant laquelle, les remèdes pharmaceutiques étaient faits de « pièges [et de] combinaisons de charlatanisme »<sup>387</sup> dont la maîtrise des compositions échappe au public. Néanmoins, cette exclusion fut maintenue jusqu'à « l'ordonnance du 4 février 1959 complétée par le décret du 30 novembre 1960, qui instituait les brevets spéciaux de médicaments [...] distincts des brevets d'invention délivrés au titre de la loi de 1844 »<sup>388</sup>, et assortis de la licence obligatoire pour

---

<sup>385</sup> Rapport sur le projet de loi relatif au brevet d'invention, présenté à la Chambre des députés par Philippe Dupin, en sa séance du 5 juillet 1844, cité par Henri Geoffroy, *Des brevets d'invention en droit international*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1888 à la p 33.

<sup>386</sup> Paul Olganier, *Le droit des savants*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1937 à la p 94.

<sup>387</sup> François Prevet, « Les brevets d'invention pour les préparations pharmaceutiques » dans *Études sur la propriété industrielle, littéraire et artistique : mélanges Marcel Plaisant*, Paris, Sirey, 1960, 149 à la p 150.

<sup>388</sup> Pierre Devant et al., *Les brevets d'invention*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1971 à la p 102.

défaut de production en quantité suffisante et en qualité, ou lorsque le titulaire pratique des prix anormalement élevés<sup>389</sup>.

Plusieurs autres pays industrialisés avaient une aversion pour le brevet pharmaceutique qu'ils n'ont admis que dans un passé relativement récent. Dans cette rubrique, il faut citer l'Allemagne (1968), le Japon (1976), l'Italie et la Suède (1978), la Suisse (1977), l'Espagne, la Norvège et le Portugal (1992)<sup>390</sup>. Par contre, le Royaume-Uni et le Canada<sup>391</sup>, qui n'avaient pas expressément exclu le brevet pharmaceutique de leur législation, l'avaient presque vidé de sa substance. En particulier, à la faveur d'une modification apportée à la loi canadienne sur les brevets en 1923, qualifiée en doctrine de changement de paradigme du sens des droits exclusifs attachés au brevet pharmaceutique<sup>392</sup>,

lorsqu'il s'agit d'un brevet pour une invention destinée ou pouvant servir à la préparation ou à la production d'aliments ou de médicaments, le commissaire, à moins qu'il n'ait de bons motifs pour ne pas le faire, doit accorder à quiconque en fait la demande, une licence limitée à l'emploi de l'invention pour les fins de la préparation ou de la production d'aliments ou de médicaments, [...]; et, en arrêtant les conditions de cette licence et en fixant le montant du droit régalien ou autre somme à payer, le commissaire doit tenir compte de l'opportunité de rendre l'aliment ou le médicament accessible au public au plus bas prix possible [...] <sup>393</sup>.

---

<sup>389</sup> Holger Hestermeyer, *Human Rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines*, New York, Oxford University Press, 2008 aux pp 28-29.

<sup>390</sup> Bernard Remiche, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, Paris, Dalloz, 2004, 119 à la p 125.

<sup>391</sup> Holger Hestermeyer, *Ibid*.

<sup>392</sup> Cameron Hutchison, « Over 5 Billion Not Served: The TRIP Compulsory Licensing Export Restriction » (2008) 5: 1 & 2 University of Ottawa law & technology journal 43 à la p 51.

<sup>393</sup> *Loi sur les brevets*, S.C. 1923, c. 23, art. 17.

Mieux en 1964, la commission royale d'enquête sur les services de santé avait recommandé, à la suite de la commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, « l'abolition des brevets à l'égard des médicaments au Canada, ou bien modifier le régime actuel des brevets touchant les médicaments en autorisant l'attribution de licences d'importation [...] »<sup>394</sup>. Toutefois, la commission estima, elle-même, qu'aucune des mesures susceptibles d'être adoptées, ne conduirait à une réduction substantielle du prix des médicaments, aussi bien innovants que génériques, même si la recherche effrénée de bénéfices par les firmes pharmaceutiques ne peut s'accommoder de la protection de l'intérêt public qui est au cœur de leurs activités de production et de distribution des médicaments<sup>395</sup>. Quoi qu'il en soit, l'option d'abolir le brevet pharmaceutique ne fit pas fortune, en raison notamment du risque de l'abandon du marché canadien par les entreprises opérant dans le secteur.

Ces disparités d'application du système des brevets mettaient l'industrie pharmaceutique innovante dans une situation littéralement défavorable, d'autant que l'OMPI n'avait pu assurer le bon ordre.

**L'hétérogénéité du brevet pharmaceutique.** Les disparités d'application du brevet pharmaceutique d'un pays à l'autre, nonobstant le principe d'un système uniforme proné par la *Convention d'union de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, avait mis l'OMPI dans une position un peu indélicate. En fait, le congrès préparatoire de ladite convention, réuni du 5 au 7 septembre 1878 à Paris, sous les

---

<sup>394</sup> Canada, Commission royale d'enquête sur les services de santé, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les services de santé*, Vol. 1, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964 à la p 712.

<sup>395</sup> Canada, Commission royale d'enquête sur les services de santé, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les services de santé*, Vol. 1, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964 à la p 712.

auspices de la commission exécutive permanente, avait défini le brevet dans son acception la plus large incluant les produits chimiques, alimentaires et pharmaceutiques. Mieux, cette conception de la matière brevetable a été retenue dans le texte définitif de ladite convention dont les premiers signataires furent : la Belgique, le Brésil, l'Espagne, la France, le Guatemala, l'Italie, le Royaume des Pays-Bas, le Portugal, le Salvador, la Serbie et la Suisse; certains États présents à Paris ayant reporté leur signature à une date ultérieure : l'Argentine (1967), les États-Unis d'Amérique (1887), le Luxembourg (1922), la Norvège (1885), l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques (1965), la Suède (1885), l'Uruguay (1967)<sup>396</sup>.

L'hétérogénéité des régimes du brevet pharmaceutique au sein des États membres de l'OMPI est d'autant plus critiquable que la mission de cette institution spécialisée du système des Nations Unies est de « promouvoir l'adoption de mesures destinées à améliorer la protection de la propriété intellectuelle à travers le monde et à mettre en harmonie les législations nationales dans ce domaine »<sup>397</sup>. En effet, la convergence de vues consacrée autour de la *Convention d'union de Paris* était d'« apporter une plus grande uniformité dans les lois des différents pays sur ce sujet »<sup>398</sup>, c'est-à-dire un espace intégré où les mêmes règles prévalent relativement au système des brevets. L'objectif de l'union était donc de mettre un terme aux écarts qui existaient entre les diverses législations nationales en vigueur avant sa constitution, c'est-à-dire aboutir à « la transplantation dans les droits nationaux de

---

<sup>396</sup> Geoffroy Gaultier, « L'A.I.P.P.I. et le rêve de l'harmonisation du droit » dans *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990, 167 à la p 169.

<sup>397</sup> *Convention instituant l'OMPI*, Stockholm, 14 juillet 1967, modifiée le 28 septembre 1979, art. 4-i).

<sup>398</sup> George A. Matile, « Correspondance » (1869) T1 *Revue de droit international et de législation comparée* 310 à la p 312.

greffons [de la *Convention d'union de Paris*], que ceux-ci assimilent ensuite avec leurs techniques, leurs concepts et leurs institutions juridiques propres »<sup>399</sup>. D'ailleurs, cette ambition fit l'objet d'une des résolutions adoptées lors du premier congrès international sur le droit des brevets, tenu du 4 au 7 août 1873, en marge de la foire internationale de Vienne :

Vu la grande inégalité des lois sur les brevets d'invention présentés et des changements des relations commerciales actuelles, il est d'une importance urgente que les gouvernements cherchent le plus tôt possible, à amener un accord international sur la propriété industrielle (brevet d'invention)<sup>400</sup>.

À propos justement de disparités d'application du droit transnational des brevets, mais à l'échelle européenne, la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne déclare que seule une législation sur les brevets d'invention, efficace et harmonisée dans l'ensemble des États membres de la communauté, est susceptible d'encourager les investissements pour assurer un bon fonctionnement du marché<sup>401</sup>. S'il est permis de généraliser cette position, il faut admettre que le refus du brevet pharmaceutique, sous l'empire de l'OMPI, paraît intolérable, tant du point de vue de l'analyse juridique que pour l'efficacité économique des parties à la *Convention d'union de Paris*.

### **1.2.1.2 Le brevet pharmaceutique sous l'empire de l'OMPI : un frein à l'autorité du droit international des brevets**

L'exclusion du brevet pharmaceutique, qu'elle ait été expresse ou implicite, était juridiquement inadmissible. Elle contrastait même avec

---

<sup>399</sup> Mario Prost, *Les unités du droit international et la politique de la fragmentation*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, 2008 [non publiée] à la p 49.

<sup>400</sup> Joseph Ékedi-Samnik, *L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1975 à la p 29.

<sup>401</sup> CJCE, 09 mars 2010, *Monsanto Technology LLC c. Cefetra BV et autres*, C-428/08, [2010].

l'engagement des États à élaborer un système uniforme de brevet, d'autant que lors du congrès de Vienne, le principe de cette unification des législations sur le brevet était vu comme un moyen de servir l'intérêt général. La seule mesure permise, en vertu d'une résolution adoptée par ledit congrès, était « [...] to establish regulations according to which the patentee should be compelled, in case in which the public interest may require it, to allow the use of his invention to all suitable applicants for an adequate compensation »<sup>402</sup>. Autrement dit, le rejet sous quelque forme que ce soit du brevet pharmaceutique ne semble pas une solution envisageable, car l'uniformisation des systèmes juridiques dans le domaine de la propriété industrielle assure une meilleure coopération qu'il est difficile d'assurer dans un ordre éclaté.

#### **1.2.1.2.1 L'autorité du droit international des brevets dans l'ordre juridique des membres de l'OMPI**

Le système international du brevet pharmaceutique tel qu'il fonctionnait sous l'empire de l'OMPI est, à certains égards, un déni du droit international. En effet, les thèses défendues par les internationalistes, qu'il s'agisse du monisme<sup>403</sup> ou du dualisme<sup>404</sup>, affirment l'autorité des

---

<sup>402</sup> Thomas Webster, « Report on the International Patent Congress » dans Library of Princetown University, *Reports on Vienna Universal Exhibition of 1873* à la p 350, Resolution II (h).

<sup>403</sup> La théorie du monisme considère que le droit national et le droit international font partie d'un même et seul ordre juridique ; il y a deux variantes du monisme : le monisme avec primauté du droit international dont Hans Kelsen fut un célèbre défenseur, et le monisme avec primauté du droit interne auquel l'on associe la doctrine de Georges Scelle (19 mars 1878- 8 janvier 1961). Pour une illustration du monisme, voir *Constitution française*, 1958, art. 55.

<sup>404</sup> La théorie du dualisme tient le droit national et le droit international pour deux ordres juridiques distincts et simultanément valides, parce qu'ils régissent des sujets et des situations différents. Le droit international n'est alors applicable dans l'ordre juridique national qu'à la suite d'une adoption législative. Les professeurs Dionisio Anzilotti (1867-1950) et Heinrich Treipil (1868-1946) en furent de remarquables représentants. Pour une illustration du dualisme, voir *Loi de mise en oeuvre de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (L.C. 1991, ch. 13)*.

conventions internationales dans les ordres juridiques internes des parties contractantes<sup>405</sup>, tant et aussi longtemps que celles-ci n'ont pas révoqué leur engagement, ou exprimé de réserve, encore que les limites et possibilité d'une réserve en droit international conventionnel ne sont pas discrétionnaires<sup>406</sup>.

**Le rejet du brevet pharmaceutique : un déni du droit international?** Selon l'article 27 de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, « une partie [à un traité sous-entendu] ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non exécution d'un traité ». La jurisprudence en a déduit qu' « au regard du droit international [...], les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »<sup>407</sup>. Ainsi, l'ordre juridique interne d'un État n'a pas plus de valeur qu'une convention internationale, pour autant que cet État y est partie. En fait, le droit international établit « un nouvel ordre juridique international au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains »<sup>408</sup>, de sorte qu'ils ne peuvent plus y déroger, même par une loi nationale postérieure<sup>409</sup>. En d'autres termes, la force obligatoire du droit international est dans l'intérêt même des parties

---

<sup>405</sup> Bérangère Taxil, « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France » (2007) 59 : 1 *Revue internationale de droit comparé* 157 aux pp 158-160.

<sup>406</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1969, art. 18, 19.c, 20.2 et 31.1.

<sup>407</sup> CPJI, 25 mai 1926, *certaines intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, [1926] A:7 Rec., repris par OMC, ORD, 28 avril 1998, *Inde-protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, [1998] WT/DS79/R. aux pp 22-23.

<sup>408</sup> CJCE, 5 fév. 1963, *Société N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, [1963] Recueil de la Jurisprudence de la Cour à la p 3.

<sup>409</sup> CE. Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243.



contractantes. Or, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, l'uniformisation du régime des brevets voulu par la *Convention d'union de Paris* a montré un démenti notoire de ce régime obligationnel au détriment de l'industrie pharmaceutique. De fait, tous les États parties à cette union ayant, d'une manière ou d'une autre, exclu le brevet pharmaceutique avaient manqué à l'obligation de « légiférer sans porter atteinte [à ladite convention], à la courtoisie entre les États et aux principes du droit international »<sup>410</sup>, en plus de la multitude des pays du Sud dont les lois nationales ignoraient le brevet pharmaceutique.

**Le péché originel de la règle de la majorité au sein de l'OMPI.** La règle axiomatique de la majorité démocratique suivant laquelle la minorité est dans l'erreur n'est pas toujours vérifiée. L'exemple, par analogie, du célèbre astrophysicien Galileo Galilei<sup>411</sup> qui, avec ses lunettes d'observation des astres, avait établi l'autorité des travaux de Nicolas Copernic sur l'héliocentrisme infirme ce postulat de la raison de la majorité<sup>412</sup>. Pourtant, cette prétention que la règle du plus grand nombre doit l'emporter sur celle du plus petit a, pendant longtemps, fait fortune à l'OMPI relativement au brevet pharmaceutique. Pour la doctrine, il semble que le mécanisme du fonctionnement assez politisé de l'institution onusienne, le manque d'un cadre adéquat pour le règlement des différends et la volonté subrepticement affichée par les États membres du « Groupe des 77 aux Nations Unies »<sup>413</sup> d'affaiblir les

---

<sup>410</sup> Daniel Gervais et Élisabeth F. Judge, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 2006 à la p 583.

<sup>411</sup> Galileo Galilei (15 février 1564- 8 janvier 1642), s'est fait adversaire des nombreux partisans de la thèse du géocentrisme et de l'Église catholique romaine pour avoir professé que le Soleil est le centre du monde, et est sans mouvement, et que la Terre n'est pas le centre, et se meut.

<sup>412</sup> Pour plus de détails, voir Giorgio de Santillana, *The Crime of Galileo*, Chicago, The University of Chicago Press, 1955, aux p 5 et s.

<sup>413</sup> Le Groupe des 77 aux Nations Unies est une coalition de pays en développement, formée pour promouvoir les intérêts économiques collectifs de ses membres en vue de

règles de la propriété intellectuelle<sup>414</sup> aient favorisé cette négation du brevet pharmaceutique. En d'autres termes, la question du brevet pharmaceutique sous l'empire de l'OMPI souffrait de l'inexistence d'un cadre juridicisé protecteur des intérêts de l'industrie pharmaceutique au nom d'un manque de légitimité, artificiellement créé et entretenu, une situation gênante pour les États-Unis d'Amérique.

### **1.2.1.2.2 La gêne des États-Unis d'Amérique sur les disparités du brevet pharmaceutique**

Les États-Unis d'Amérique dont la législation sur le brevet définit l'invention comme « any new and useful art, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement [...] »<sup>415</sup> n'avaient jamais manifesté la moindre hostilité vis-à-vis du brevet pharmaceutique. D'ailleurs, face au mouvement général de remise en cause du système des brevets, ils avaient adopté une position très indifférente: « The United States would never permit itself to fall behind other nations in a matter of liberty; if other countries should take the lead in the abolition of patent protection, the United States would surely follow suit »<sup>416</sup>. Cependant, étant donné la grande dépendance de l'économie américaine vis-à-vis du monde extérieur – cette règle de la dépendance économique est propre à tous les pays du monde –, ils ne

---

créer une capacité de négociation accrue aux Nations Unies ; il fut fondé le 15 juin 1964 par une déclaration commune de 77 pays à la CNUCED. À date, cette coalition comprend 133 pays, mais sa dénomination n'a pas varié. En ligne: <http://www.g77.org/>.

<sup>414</sup> Michael Halewood, « Regulating Patent Holders: Local Working Requirement and Compulsory Licences at International Law » (1997) 35 Osgoode Hall Law Journal 243 aux pp 253-254.

<sup>415</sup> Cette définition fut retenue par la loi américaine sur les brevets d'invention en 1793, modifiant de très peu la définition contenue dans la loi du 10 août 1790 : « any useful art, manufacture, engine, machine, or device, or any improvement therein not before knowned or used ».

<sup>416</sup> Fritz Machlup et Edith Penrose, « The Patent Controversy in the Nineteenth Century » (mai 1950) 10: 1 The Journal of Economic History 1 à la p 3.

cachaient pas leur gêne à commercer dans un contexte multilatéral déséquilibré, en raison, entre autres, de l'ignorance du brevet pharmaceutique par nombre de pays. Cette gêne fit même l'objet d'une disposition législative selon laquelle « Industry in the United States is often at a competitive disadvantage when dealing in international markets because of its nonstandard measurement system, and is sometimes excluded when it is unable to deliver goods [...] »<sup>417</sup>. Ainsi, et partant du principe que « les ordres juridiques sont, de manière assez visible et brutale, en compétition les uns avec les autres pour imposer leur propre droit »<sup>418</sup>, la doctrine reconnaît que « l'accord sur l'annexe au Traité de l'OMC sur les droits de propriété intellectuelle relative au commerce (Accord ADPIC) est fortement influencé par le droit américain »<sup>419</sup>. À vrai dire, le gouvernement américain cherchait les moyens adéquats pour créer un cadre multilatéral pleinement respectueux de la propriété intellectuelle.

Le moyen choisi par les États-Unis d'Amérique pour rétablir un ordre mondial plus juste repose sur un pragmatisme hégémonique, comme

l'introduction d'obligations liées à la propriété intellectuelle dans le cadre multilatéral, et en premier lieu dans le forum du GATT (aujourd'hui OMC); la conclusion de traités de commerce bilatéraux qui incluent les dispositions sur la propriété intellectuelle, et les mesures unilatérales<sup>420</sup>.

Par exemple, dans les années 1980, le gouvernement américain avait adopté au nom du commerce équitable, une politique de mesures

---

<sup>417</sup> *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988* (Public Law 100-148 August 23<sup>rd</sup>, 1988), section 4.

<sup>418</sup> Philippe Coppens, « Les fonctions du droit dans une économie globalisée » (2012) 3 RIDE 269 à la p 275.

<sup>419</sup> *Ibid.*

<sup>420</sup> Silke von Lewinski, « Américanisation » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, Paris, Dalloz, 2004, 13 à la p 16.

unilatérales visant à imposer au reste du monde sa vision de la propriété intellectuelle<sup>421</sup>. En particulier, l'industrie pharmaceutique ne devrait pas échapper à l'application généralisée du régime juridique des brevets, puisque le refus du brevet pharmaceutique ne semble avoir aucun fondement juridique. Tout au plus, l'affaiblissement du brevet pharmaceutique aurait eu pour effet de favoriser la libre exploitation de certaines inventions, sous réserve des capacités technologiques des exploitants, mais il en aurait « un autre, [...] beaucoup plus certain à très brève échéance : celui de supprimer chez l'individu l'intérêt à l'invention et à la création, [...] fondement de la vie économique »<sup>422</sup>. C'est donc ce combat pour la sauvegarde de l'intérêt économique du droit des brevets que les États-Unis d'Amérique ont décidé de mener, c'est-à-dire faire en sorte que l'inventeur, quel que soit le domaine de son œuvre, conserve toutes ses opportunités de succès.

Cette ambition américaine de réduire les distorsions qui existent entre les différents objets saisis par la propriété intellectuelle, par une sorte de gouvernance du reste du monde a été parfois qualifiée d'« américanisation »<sup>423</sup>, concept qui n'a pas forcément une connotation négative.

L'« américanisation » s'entend en doctrine de l'influence américaine sur la mondialisation du droit, une greffe du système juridique américain sur

---

<sup>421</sup> Bibek Debroy et Debashis Chakraborty, *The trade game: negotiation trends at WTO and concerns of developing countries*, New Delhi, Academia Foundation, 2006 aux pp 54-55.

<sup>422</sup> Extrait de l'exposé du professeur Jacques Secrétan, alors directeur des Bureaux Internationaux Réunis de la Propriété Industrielle et de la Propriété Littéraire et Artistique, devant le groupe des juristes des Nations-Unies à New York le 4 juin 1956. Voir Jean-Marc Mousseron, *Le droit du brevet d'invention : contribution à une analyse objective*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961 aux pp 38-39.

<sup>423</sup> Silke von Lewinski, « Américanisation » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, Paris, Dalloz, 2004, 13.

les autres<sup>424</sup> ; il ne s'agit toutefois pas d'un simple saupoudrage de la doctrine économique américaine sur le reste du monde. Elle suppose une profonde imprégnation, en quelque sorte une contamination du monde par la vision économique américaine. D'ailleurs, les États-Unis d'Amérique eux-mêmes s'en glorifient: « while the United States is not in position to dictate economic policy to the rest of the world, the United States is in position to lead the world and it is in the national interest for the United States to do so »<sup>425</sup>. Pour les États-Unis d'Amérique en effet, il est inadéquat de laisser prospérer un déséquilibre juridique qui crée des déficits énormes, car « Students will learn not only that others nations have different perspectives on intellectual property law rights, but also that there is an area of international intellectual property that is not part of U.S. law »<sup>426</sup>. En principe, une telle idéologie, à la limite paternaliste, est révolue dans un monde libre, mais il est peu contestable que :

l'on ferait acte de civilisation et d'équité universelle si l'on organise les relations internationales de sorte que l'inventeur, à quelque pays qu'il appartînt, sur quelque territoire que se produisit l'invention, en trouvât le salaire partout où pénétrerait son bienfait. Ce serait par des traités et des Conventions du droit des gens que l'on attendrait ce résultat d'ubiquité des brevets<sup>427</sup>.

Pourtant, vouloir combattre les disparités qui touchent au système des brevets dans le domaine pharmaceutique en a exacerbé la crise.

---

<sup>424</sup> E. Allan Fransworth, « L'américanisation du droit – Mythes ou réalités » (2001) 45 Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 21 à la p 22.

<sup>425</sup> *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988* (Public Law 100-148 August 23<sup>rd</sup>, 1988), art. 1001. a (6).

<sup>426</sup> Silke von Lewinski, « Américanisation » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, Paris, Dalloz, 2004, 13 à la p 15.

<sup>427</sup> Shu Zhang, *De l'OMPI au GATT : la protection internationale des droits de propriété intellectuelle : évolution et actualité*, Paris, Litec, 1994 à la p 45.

### 1.2.2 La crise du brevet pharmaceutique

Le fait générateur de l'explosion du conflit sur la prétention du brevet pharmaceutique à servir l'intérêt général a été l'inscription et l'inclusion de la question des droits de propriété intellectuelle dans l'agenda des négociations commerciales du GATT<sup>428</sup>. Forum multilatéral consacré aux négociations de nature commerciale, le GATT avait été institué en 1947 par les Nations Unies, après l'échec d'une première tentative de création d'une organisation internationale du commerce<sup>429</sup>. Jusqu'à l'avènement de l'OMC, huit cycles (ou Rounds) de négociations eurent lieu, le dernier de la série, l'Uruguay Round, ayant battu le record en tous points : participation record de 125 pays, durée extrêmement longue de 86 mois, extension des questions inscrites à l'agenda des débats avec l'inclusion de la propriété intellectuelle dans les négociations<sup>430</sup>. Le résultat de cette extension de l'agenda des négociations commerciales a été concrétisé par l'harmonisation, au moyen de l'*Accord sur les ADPIC*, de l'épineuse question du brevet pharmaceutique dont la vivacité ne semble pas faiblir. Par exemple, le 26 mai 2011, le Sénateur Bernard Sanders avait introduit, au Sénat des États-Unis d'Amérique, une proposition de loi visant l'abolition du brevet pour les médicaments innovants de lutte contre le VIH-SIDA contre l'octroi d'une simple récompense nationale<sup>431</sup>. Une brève analyse de cette proposition de loi permet d'en prédire l'infortune. D'abord, d'un point de vue de l'analyse politique il semble que la proposition, qui s'inscrit d'ailleurs dans une

---

<sup>428</sup> Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 3<sup>ème</sup> éd., Thomson Reuters Ltd., 2008 aux pp 3 et s.

<sup>429</sup> John H. Jackson et Alan O. Sykes, *Implementing the Uruguay Round*, Oxford, Oxford University Press, 1997 aux pp 2-3.

<sup>430</sup> John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 aux pp 14-49.

<sup>431</sup> *Prize Fund for HIV/AIDS Act*, 112th Congress (2011 - 2012), (S.1138).

démarche singulière, vise à proposer une alternative contradictoire au Healthcare Insurance Policy de l'administration Obama. Ensuite, au plan juridique, la proposition est intrinsèquement contraire à la constitution des États-Unis d'Amérique qui autorise le Congrès à « favoriser le progrès de la science et des arts utiles, en assurant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs »<sup>432</sup>. Enfin, le texte méconnaît les engagements des États-Unis d'Amérique au regard de l'*Accord sur les ADPIC*. Il faut d'ailleurs rappeler que, poussés par leur idéologie libérale, les États-Unis d'Amérique avaient déjà tenté d'harmoniser le régime international des brevets par une révision de la *Convention d'union de Paris* en 1970. Ce projet avait échoué, car l'on craignait que les pays en développement, membres de l'OMPI, qui y étaient farouchement opposés, n'abandonnent l'institution onusienne<sup>433</sup>, en raison des appréhensions qu'ils en éprouvaient pour leurs populations.

### **1.2.2.1 L'émergence de revendications développementalistes**

Traditionnellement, l'on concevait le brevet comme devant régner dans tous les secteurs de la vie économique, à l'exception du domaine pharmaceutique. Cette conception repose sur le postulat suivant lequel la santé, en tant que droit de la personne humaine, ne saurait être un « bien commercialisable »<sup>434</sup>. Mais en réalité, il faut reconnaître avec le professeur Michel Villey que « les droits de l'homme sont irréels, leur impuissance est manifeste [...] leur tort est de promettre trop. Il y

---

<sup>432</sup> *Constitution des États-Unis d'Amérique*, mai 1787, art. 1<sup>er</sup>, sect. 8, al. 8.

<sup>433</sup> Alexander Stack, « International Patent Law: Cooperation, Harmonization and Institutional Analysis of WIPO and the WTO » (2012) 12: 2 *Bio-science Law Review* 79 à la p 79.

<sup>434</sup> Bernard Remiche, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, Paris, Dalloz, 2004, 119 à la p 136.

aurait, rien qu'avec le droit de tout français à la santé de quoi vider le budget total de l'État français »<sup>435</sup>. En effet,

Les droits de l'homme présentent les individus humains comme membres d'une généricité humaine. Mais celle-ci se trouve définie en fait par les rapports entre individus, et entre autres par les droits particuliers reconnus. L'humanité n'est pas une collectivité sociale, mais l'ensemble des luttes qui la déchirent<sup>436</sup>.

Ainsi, la revendication au droit à la santé, qui semble être au cœur du brevet pharmaceutique, est de la responsabilité de l'État. Certes, dans les pays en développement la situation sanitaire est d'autant plus tragique qu'elle paraît irrémédiable, mais l'on pense assez hâtivement que les solutions à mettre en œuvre auront de la peine à trouver un terrain favorable<sup>437</sup>. Par exemple,

Si l'on parvient à trouver un jour un vaccin contre le sida, grâce aux efforts de recherche entrepris, aux milliards de dollars investis dans cette recherche, ce n'est pas parce que l'épidémie décime le Rwanda, le Burundi et l'Ouganda, c'est parce qu'elle touche l'Amérique, la France et la Belgique! Les citoyens des pays en développement seront vaccinés après les autres, mais ils le seront, ne serait-ce que dans l'intérêt bien compris des pays occidentaux : les risques de transmission dus aux innombrables déplacements à travers le monde obligent à se protéger, et on ne peut laisser des réserves trop importantes de germes dans le monde<sup>438</sup>.

En fait, le rejet en majorité par les pays en développement du brevet pharmaceutique repose sur les intérêts sanitaires, y afférant, que l'on estime, sont relégués au second plan.

---

<sup>435</sup> Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 1990 à la p 11.

<sup>436</sup> Jean Robelin, *La petite fabrique du droit*, Paris, Éd. KIMÉ, 1994 aux pp 190-191.

<sup>437</sup> Axel Kahn et Dominique Rousset, *La médecine au XXI<sup>e</sup> siècle : des gènes et des hommes*, Paris, Bayard Éditions, 1996 à la p 132.

<sup>438</sup> Axel Kahn et Dominique Rousset, *La médecine au XXI<sup>e</sup> siècle : des gènes et des hommes*, Paris, Bayard Éditions, 1996 à la p 132.



### **1.2.2.1.1 Les appréhensions des pays en développement au sujet du brevet pharmaceutique**

Dès que la question de la propriété intellectuelle a été présentée au programme des négociations du GATT, la plupart des pays du Sud répliquèrent que le « GATT was established with the objective to liberalize world trade ; and not to deal with intellectual property protection »<sup>439</sup>. Cette fronde contre la propriété intellectuelle qui, en fait, visait particulièrement le brevet pharmaceutique, est menée de front par des pays comme le Brésil, l'Égypte, l'Inde ou encore l'Indonésie, pourtant très actifs dans les activités en matière de brevet<sup>440</sup>, et par des organisations de la société civile dont les discours contrastent parfois avec les actes. Ainsi, « la nouvelle phase de globalisation des brevets de médicaments [...] s'accompagne de remises en cause des fondements mêmes du brevet dans le champ spécifique de la santé, au nom de l'intérêt public et de la protection des patients et des populations »<sup>441</sup>. À la vérité, « le droit individuel à la protection de la santé [s'] inscrit [...] dans une socialisation qui conduit à imposer à l'État de véritables obligations positives »<sup>442</sup> en dehors desquelles, il y a de la peine à établir un lien fort et direct de contrariété entre le brevet et le droit à la santé.

---

<sup>439</sup> Mohamed Ibrahim M. Adam, *Remarks about the TRIPS Agreement with Particular Reference to Compulsory License*, 2005 à la p 1. En ligne : <http://www.dradamiprgroup.com/forms/Remarks.pdf>.

<sup>440</sup> Betty King, Ambassadeur des États-Unis d'Amérique auprès de l'OMPI, cité par Daniel Pruzin, « US Official Warns Patent Holders May Abandon WIPO » (2011) 25:2 *World intellectual property report* 21 à la p 21.

<sup>441</sup> Maurice Cassier et Marilena Correa, « Brevets de médicament, lutte pour l'accès et intérêt public au Brésil et en Inde » (2010) 2 : 32 *Innovations* 109 à la p 125.

<sup>442</sup> Christian Byk, « La place du droit à la protection de la santé au regard du droit constitutionnel français » (2001) 31 *Revue générale de droit* 327 à la p 340.

**La revendication du droit à la santé.** « Le droit à la santé », concept apparu en 1863 sous la plume de Karl Marx<sup>443</sup>, se réfère au droit de « toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre »<sup>444</sup>. Tout comme le droit qu'a tout individu de « bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique »<sup>445</sup>, le droit à la santé fait partie des droits sociaux et économiques dont il est nécessaire d'adopter une conception un peu restrictive, en raison des coûts qu'ils engendrent<sup>446</sup>. Au demeurant, en inscrivant ces deux droits dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, les Nations Unies n'ont pas cru devoir les hiérarchiser. La raison en est qu'il ne faut pas ouvrir la brèche qui permette aux États de sacrifier les droits d'autrui sous le prétexte de « l'accès au médicament en tant qu'élément d'un droit à la santé, *expression frappante et agréable à entendre mais dépourvue de signification* »<sup>447</sup>. En fait, le droit à la santé et même « à la parfaite santé », sont des expressions un peu trop ambiguës, qu'il faut se garder d'assimiler, soit à un droit de propriété de l'individu, ou même à une créance qu'il détiendrait sur ses

---

<sup>443</sup> Philippe Ligneau, « Le droit à la santé à l'épreuve du droit » dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2000, 147, à la p 147.

<sup>444</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, New York, 1966, art. 12. 1.

<sup>445</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, New York, 1966, art. 15 c).

<sup>446</sup> Andreas R. Ziegler, *Introduction au droit international public*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne, Stämpfli Éditions, 2011 à la p 311.

<sup>447</sup> Cyril Nourissat, « L'accès au médicament dans le cadre communautaire », dans Isabelle Moine-Dupuis, dir, *Le médicament et la personne : aspects de droit international*, Paris, Litec, 2007, 89 à la p 97.

semblables<sup>448</sup>, au point de réclamer l'abolition du brevet pharmaceutique.

Dans son rapport sur la stratégie pharmaceutique révisée, l'OMS estime que l'accès aux produits pharmaceutiques qui fait partie du droit à la santé, doit s'analyser par rapport aux politiques de santé; celles-ci doivent viser quatre objectifs principaux :

- élaborer et mettre en œuvre une politique (avec l'engagement de tous les partenaires en faveur de politiques pharmaceutiques nationales, en coordonnant la mise en œuvre et en surveillant l'impact) ;
- assurer l'accès (c'est-à-dire l'offre équitable de médicaments essentiels d'un coût abordable, en privilégiant les médicaments contre les maladies de la pauvreté) ;
- garantir la qualité, l'innocuité et l'efficacité de tous les médicaments (en renforçant et en appliquant des normes réglementaires et d'assurance de la qualité) ; et
- promouvoir l'usage rationnel (c'est-à-dire une utilisation thérapeutiquement sûre et rentable des médicaments par les professionnels de santé et les consommateurs)<sup>449</sup>.

À l'analyse, il est possible de dire qu'en dehors d'une prise en compte effective de ces dimensions de la mise en œuvre des politiques de santé, il est peu probable d'assurer un bon accès aux médicaments. Pour la doctrine, l'accès aux soins de santé, qui ne peut être dissocié de leur qualité, « passe nécessairement par un remboursement ou une prise en charge globale ou partielle par l'État des coûts de santé »<sup>450</sup>. Autrement dit, « la législation et les politiques en matière de propriété intellectuelle

---

<sup>448</sup> Philippe Ligneau, « Le droit à la santé à l'épreuve du droit » dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2000, 147, aux pp 148 -149.

<sup>449</sup> OMS, cinquante-quatrième Assemblée mondiale de la santé, *Stratégie pharmaceutique révisée* (n° A54/17), 10 avril 2001. En ligne : [http://apps.who.int/gb/archive/pdf\\_files/WHA54/fa5417.pdf](http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA54/fa5417.pdf).

<sup>450</sup> Jean-Louis Baudouin, « Rapport de synthèse, Congrès de l'association Henri Capitant 2009 » (2009) 40 : 1-2 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 365 à la p 377.

doivent être associées à des politiques d'approvisionnement en médicaments »<sup>451</sup>. C'est dire que le brevet n'est pas d'emblée un obstacle au droit à la santé. En ce sens, une doctrine bien autorisée affirme que « la protection conférée par brevet ne semble pas constituer un obstacle majeur à l'utilisation des vaccins dans les PVD : [...] en appui à cette affirmation le vaccin contre l'hépatite B et celui contre la coqueluche acellulaire »<sup>452</sup> sont des exemples illustratifs. En fait, « in many developing countries, the implementation of national strategies for public drug financing is an important way of improving access to medicines »<sup>453</sup>. Par conséquent, l'opposition que l'on a voulu établir entre le monopole associé au brevet pharmaceutique et le droit à la santé « s'apaise dans l'affirmation de *droits-participations* »<sup>454</sup>, lesquels requièrent l'adoption de mesures législatives susceptibles de favoriser la satisfaction, au niveau étatique, du droit à la santé<sup>455</sup>, sans qu'il y ait lieu de porter atteinte au droit des particuliers à une jouissance paisible des intérêts de leurs œuvres. C'est pourquoi, fustigeant l'inexistence du brevet en droit français avant la loi de 1791, Stanislas de Boufflers pouvait déclarer avec amertume : « [...] tous les peuples de l'Europe sont encore plus ou moins éloignés de connaître leurs vrais intérêts : un seul [allusion faite à la Grande-Bretagne, seul pays européen à disposer

---

<sup>451</sup> Thomas Bombelles, « Propriété intellectuelle et questions de politique publique » (2009) 5 Magazine de l'OMPI 2 à la p 3.

<sup>452</sup> Jean-Marie Warêgne, « L'OMC et la santé publique. L'après Doha » (2003) 25 : 1810 Courrier hebdomadaire du CRISP 5 à la p 13.

<sup>453</sup> Katharina Gamharter, *Access to Affordable Medicines: Developing Responses under TRIPS Agreement and EC Law*, Vienne, Springer-Verlag, 2004 à la p 4.

<sup>454</sup> Bernard Bourgeois, *Philosophie et droits de l'homme : de Kant à Marx*, Paris, Presses universitaires de France, 1990 à la p 10.

<sup>455</sup> Sisule F. Musungu, « The Right to Health, Intellectual Property, and Competition Principles » dans Thomas Cottier, Joost Pauwelyn et Elisabeth Bürgi Bonanomi, eds, *Human Rights and International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 301 à la 303.

d'une loi sur les brevets à l'époque] a vu la lumière, un seul a pris sur les autres les avantages des clairvoyants sur les aveugles [...] »<sup>456</sup>, car :

Considérant que toute idée nouvelle, dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la Société, appartient primitivement à celui qui l'a conçue et que ce serait attaquer les Droits de l'Homme dans leur essence que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la propriété de son auteur ; [...] que tous les principes de justice, d'ordre public et d'intérêt national [...] commandent impérieusement de fixer désormais l'opinion des citoyens français sur ce genre de propriété<sup>457</sup>.

Au sujet de la reconnaissance de cette propriété dévolue aux auteurs d'œuvres de l'esprit, la CEDH, dans une formule sacramentelle, avait décidé :

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law<sup>458</sup>.

Il n'y a donc pas lieu de dépouiller indûment l'inventeur ou l'investisseur de son patrimoine. Ce respect du patrimoine est un autre front de lutte contre le brevet pharmaceutique.

**La revendication de la préservation du « patrimoine commun de l'humanité »**<sup>459</sup>. Le « nouveau régime juridique global de la propriété

---

<sup>456</sup> Paul Olganier, *Le droit des savants*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1937 à la p 81.

<sup>457</sup> *Ibid.*

<sup>458</sup> CEDH, 5<sup>ème</sup> Sect., 18 sept. 2007, *Paeffgen GMBH c. Allemagne*, n<sup>os</sup> 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05.

<sup>459</sup> L'expression fut employée pour la première fois, en 1967 pour qualifier ce que l'on désigna sous l'appellation « droits collectifs de la communauté internationale » insusceptibles d'appropriation privative, pour faire référence à l'espace extra-atmosphérique et à la lune. Puis en 1979, la lune a été déclarée « patrimoine commun de l'humanité », et l'on précisa que les ressources naturelles dont elles regorgent, ne pouvaient devenir la propriété d'aucun État, entité ou personne. Plus tard, en 1982, la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* qualifia les fonds marins et ses ressources de « patrimoine commun de l'humanité ». Aujourd'hui, l'expression a reçu une acception très extensive, par exemple les ressources génétiques végétales sont

intellectuelle, combiné à celui du commerce mondial placé derrière la bannière de l'OMC [est critiqué d'avoir] conduit à la privatisation massive de nombre de ressources biologiques et de connaissances qui appartiennent jusque-là à tout le monde »<sup>460</sup>. En effet, le développement des sciences de la vie a ouvert la brèche à la récurrence de la controverse sur le brevet pharmaceutique. Sur ce terrain de bataille, les opposants au brevet pharmaceutique revendiquent un droit à la sauvegarde du patrimoine commun de l'humanité<sup>461</sup> et, par conséquent, exigent le retrait de la recherche génomique du domaine de la brevetabilité. Ce front de lutte est principalement animé par l'altermondialisme, un courant de pensée apparu au début des années 1980, qui fait de l'économie marchande la cible de son combat. Pour les partisans de ce discours, il faut impérativement exclure l'éducation, la santé, les services sociaux et la culture des négociations de l'OMC, préserver la réserve des ressources naturelles et favoriser le développement d'un partage équitable. À vrai dire, ces revendications méconnaissent les capacités de l'agir-humain qui se traduit dans les activités de transformation de la nature en biens de consommation. D'ailleurs, en souhaitant un monde de partage des bénéfices générés par les activités humaines, l'altermondialisme semble se contredire puisqu'aucune entreprise humaine ne peut prospérer sans matières premières. Cependant, l'altermondialisme a fait fortune auprès d'une

---

qualifiées par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, de « patrimoine commun de l'humanité ». Voir Philippe Sands, « Vers une transformation du droit international? Institutionnaliser le doute, Cours et travaux collectionnés par Prosper Weil » dans Pierre-Marie Dupuy et Charles Leben, dir, *Droit international*, Paris, Pedonne, 1999-2000, 179 à la p 256.

<sup>460</sup> Prabir Purkayastha et Amit Sengupta, « Replacer les besoins humains au cœur de la science » dans Association Vecam, *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance : Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXI<sup>e</sup> siècle*, Caen, C&F éd., 2011, 55 à la p 60.

<sup>461</sup> *Déclaration universelle de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme*, 11 novembre 1997, art. 1<sup>er</sup>.

partie de la doctrine qui déclare que « le brevet n'est pas pour la vie: il tue »<sup>462</sup>. D'autres auteurs vont encore plus loin et voient dans les biotechnologies une nouvelle forme de colonisation. Par exemple, l'on pense que « les lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des bénéfices résultant de leur utilisation [...] adoptées [...] lors de la 6ème Conférence des parties de la CDB à La Haye en avril 2002 »<sup>463</sup> ont fait du brevet pharmaceutique la nouvelle bombe qui détruira l'humanité. Plus critiques, Jeremy Rifkin estime que le brevetage dans le domaine des biotechnologies exprime la mainmise d'une poignée d'individus sur le patrimoine génétique de la planète<sup>464</sup>, et Antoine Schoen affirme que les inventions biotechnologiques ne répondent pas aux critères canoniques de la brevetabilité<sup>465</sup>.

Certes, la recherche de nouvelles sources pour la production pharmaceutique a généré de nouveaux conflits, mais l'efficacité de la médecine prédictive pour lutter contre les maladies auto-immunes est un succès qui ne se dément pas. En tout état de cause, il faut se convaincre que « la société a le plus grand intérêt à encourager les chercheurs dont les efforts sont susceptibles d'enrichir [c]e patrimoine

---

<sup>462</sup> Christine Tréguier et Jean-Pierre Berlan, « Les brevets tuent! » (28 juin 2001) *Politis*. En ligne : <http://www.uzine.net/article873.html>. À certains égards, la thèse de Christine Tréguier et Jean-Pierre Berlan, paraît critique vis-à-vis de la *Directive 98/44/CE* du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, relative à la protection juridique des inventions biotechnologique, 6 juillet 1998.

<sup>463</sup> Silvia Ribeiro, « Les pièges du partage des bénéfices » dans Julie Duchatel et Laurent Gaberell, dir, *La propriété intellectuelle contre la biodiversité? Géopolitique de la diversité biologique*, Genève, CITMA, 2011 à la p 57.

<sup>464</sup> Jeremy Rifkin, *Le siècle biotech le commerce des gènes dans le meilleur des mondes*, Paris, Éditions La Découverte / Montréal, Boréal, 1998.

<sup>465</sup> Antoine Schoen, « Des brevets sur les gènes humains » dans Claude Durand, dir, *Regards sur les biotechnologies*, Paris, L'Harmattan, 2002, 257 à la p 258.

commun »<sup>466</sup> de l'humanité. Ce n'est certainement pas la prospection de nouvelles sources nourricières des activités de brevet qu'il faut interdire, mais des comportements répréhensibles en matière de bioprospection.

### **1.2.2.1.2 La lutte contre la biopiraterie**

La préservation des intérêts des communautés locales et même des individus contre certaines activités opportunistes en matière de recherche et développement pharmaceutique est, aujourd'hui, plus que jamais nécessaire. Elle passe par la lutte contre la biopiraterie.

Classiquement, la bio-piraterie se définit comme l'appropriation illicite des ressources biologiques et des savoirs traditionnels d'un peuple à des fins économiques par les entreprises multinationales<sup>467</sup>. Elle se rapporte alors au « patenting of plants, genes, and other biological products that are indigenous to a foreign country without compensating the keepers of those resources and the holders of knowledge appropriated during ethnobiological research processes »<sup>468</sup>. Elle peut consister en l'obtention d'un brevet sur une invention antériorisée par des savoirs traditionnels ou évidente au regard desdits savoirs. Elle peut aussi se rapporter à une véritable invention, mais réalisée à partir de savoirs traditionnels extorqués à des peuples autochtones<sup>469</sup>. À cet égard, la *Convention des Nations Unies sur la diversité biologique* stipule que

---

<sup>466</sup> André Bonju, « Notions juridiques essentielles concernant les brevets d'invention » (août 1961) 116 Cahiers de l'Institut de science économiques appliquée 47 à la p 47.

<sup>467</sup> Walid Abdelgawad, « La biopiraterie et le commerce des produits pharmaceutiques face aux droits des populations locales sur leurs savoirs traditionnels » dans Isabelle Moine-Dupuis, dir, *Le médicament et la personne : aspects de droit international*, Paris, Litec, 2007, 323 à la p 325.

<sup>468</sup> Margo A. Bagley, « The New Invention Creation Activity Boundary in Patent Law » (2009) 51:2 William and Mary Law Review 577 à la p 586. En ligne : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1471986](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1471986).

<sup>469</sup> Johanna Gibson, *Patenting Lives: Life Patents, Culture and Development*, Burlington, Ashgate, 2008 à la p 23.



La conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques et grâce à un financement adéquat<sup>470</sup>

doivent être l'objectif avant-gardiste de toute politique publique et de toute entreprise visant les activités de recherche et développement. De fait, les critiques de Sylvie Bonny reprises par Antoine Durand sur le « bio-piratage des ressources génétiques des pays du Sud : à partir de plantes médicinales traditionnelles les firmes extraient des principes actifs intéressants qu'elles protègent par brevet puis commercialisent sous forme de médicament »<sup>471</sup> méritent d'être un peu tempérées. Bien sûr, les pratiques de bio-piraterie sont d'apparition récente et de plus en plus répandues. Dans, l'affaire de la société W.R. Grace, portant sur la fabrication d'un fongicide à partir de l'huile du Neem (*Azadirachta indica* ou margousier en français) le brevet européen délivré à ladite société a été intégralement annulé<sup>472</sup>. L'affaire *John Moore*<sup>473</sup> en est un autre exemple. Dans cette espèce, qui a opposé le sieur John Moore à son chirurgien, le docteur David Golde, la question de droit portée devant la Cour suprême de Californie avait essentiellement trait à la légitimité

---

<sup>470</sup> *Convention des Nations Unies sur la diversité biologique*, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, art. 1er.

<sup>471</sup> Claude Durand, « L'acceptation sociale des biotechnologies » dans Claude Durand, dir, *Regards sur les biotechnologies*, Paris, L'Harmattan, 2002, 145 à la p 161.

<sup>472</sup> Le brevet européen EP 0436257 sera le premier d'une série de brevets portant sur le *Neem*, un arbre connu depuis des siècles par le peuple indien pour ses multiples usages en tant qu'insectifuge dans l'agriculture, que médicaments ou encore comme produits cosmétiques. À la suite d'un long procès de biopiraterie entre trois plaignantes : Aelvoet Magda, Dr Vandana Shiva, Bullard Linda et W.R Grace, la chambre de recours technique de l'OEB révoque le 8 mars 2005, le brevet EP 0436257. C'est la première fois dans l'histoire du brevetage que l'intégralité d'un brevet est annulée. Voir Bernard O'connor, *The Law of Geographical Indications*, Londres, Cameron May, 2004 à la p 363.

<sup>473</sup> *Moore c. Regents of the University of California*, 51 Cal3d 120, 793 P2d 479, 271 Cal Rptr 146 (1990), *cert denied*, 499 US 936 (1991).

d'un prélèvement cellulaire réalisé sans le consentement exprès du patient, les travaux de recherche ayant abouti à l'obtention d'un brevet américain portant sur une lignée cellulaire<sup>474</sup>. Alors que John Moore revendiquait la propriété de l'invention réalisée par le brillant chirurgien, à partir des échantillons cellulaires de sa rate, pour tromperie, vol et défaut de consentement, les juges lui reconnaîtront simplement des dommages-intérêts pour manquement au devoir de loyauté de la part du médecin. En effet, le praticien hospitalier aurait dû informer son patient de tout intérêt économique et personnel résultant des recherches menées sur ses cellules spléniques. Ainsi, John Moore fut débouté du surplus de ses prétentions, au motif qu'il n'avait aucun droit de propriété sur le brevet puisqu'il n'était pas l'un des inventeurs. À l'analyse, cette décision érige le consentement libre et éclairé au rang de critère d'approbation des activités de bioprospection qui doivent se dérouler dans un climat de totale transparence<sup>475</sup>, mais ne les interdit pas. Il faut avouer que la question de la légitimité des activités de recherche et développement émerge de plus en plus en matière de brevet. À cet égard, le Conseil des ADPIC a reçu mandat d'examiner

La relation entre l'*Accord sur les ADPIC* et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore et autres faits nouveaux pertinents relevés par les Membres conformément à l'article 71:1. Dans la réalisation de ces travaux, le Conseil des ADPIC sera guidé par les objectifs et principes énoncés aux articles 7 et 8 de l'*Accord sur les ADPIC* et tiendra pleinement compte de la dimension développement<sup>476</sup>.

---

<sup>474</sup> Brevet américain 4 438 032 du 20 mars 1984. Voir Rina Hakimian et David Korn, « Ownership and Use of Tissue Specimens for Research » (24 novembre 2004) 292: 20 Health Law and Ethics 2500, à la p 2502.

<sup>475</sup> *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, UNESCO, 2005, art. 2, 6 et 7.

<sup>476</sup> *Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, Doha, 14 novembre 2001, paragr. 19.

En un mot, la lutte contre la biopiraterie ne signifie pas la prohibition de la bioprospection. Il est donc possible de réconcilier l'utilisation des nouvelles sources de recherche et développement avec le droit au brevet pharmaceutique.

### **1.2.2.2 Les tentatives d'apaisement de la crise du brevet pharmaceutique**

Si tous les États qui connaissent une législation en matière de brevets accordent pendant une certaine durée un droit exclusif d'exploitation pour les inventions ayant fait l'objet d'un brevet, ce n'est pas tant pour récompenser l'inventeur -ou son ayant cause- qui a réussi à trouver quelque chose de nouveau dont la collectivité est à même de bénéficier, c'est surtout pour inciter les inventeurs à ne pas garder leurs inventions secrètes<sup>477</sup>.

Le brevet est donc un un moyen dont l'État et à travers lui, la société tout entière se sert non seulement pour récompenser l'inventeur de son œuvre, mais encore pour l'inciter à révéler son savoir.

#### **1.2.2.2.1 Les théories d'apaisement**

Deux grandes théories ont été professées en doctrine, qui permettent de nuancer la virulence des critiques faites au brevet pharmaceutique. Ces thèses analysent le brevet sous l'angle d'un système bénéficiant aussi bien à l'inventeur qu'à la société bénéficiaire de l'invention. Pour s'en convaincre, il suffit « to remember that the modern drug cocktail that is used to treat HIV was not invented by a large pharmaceutical company. It was invented by an academic researcher, Dr. David Ho. »<sup>478</sup>. Ne serait-il pas alors intéressant d'encourager la recherche?

---

<sup>477</sup> Martine Hiance et Yves Plasseraud, *Brevets et sous-développement*, Paris, Librairies techniques, 1972 à la p 38.

<sup>478</sup> Michele Boldrin et David K. Levine, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 à la p 227.

**La théorie de l'encouragement et de la rémunération.** L'institution du brevet a pour objectif d'encourager les chercheurs à dévoiler les résultats de leurs travaux, en même temps qu'elle crée une compétition à la recherche, car « l'invention met au premier plan l'intérêt de la société »<sup>479</sup>. En d'autres termes, le brevet stimule la recherche par l'octroi d'un droit exclusif d'exploitation aux inventeurs<sup>480</sup>, puisqu'il n'est pas une prime à la recherche, mais une récompense aux résultats de cette recherche. En ce sens, la jurisprudence affirme que « l'exploitation privilégiée du brevet, y compris la possibilité d'octroyer des licences d'exploitation, récompensera le travail intellectuel de l'inventeur tout en permettant un meilleur développement technique, notamment en éliminant la pratique des secrets commerciaux »<sup>481</sup>. Le brevet s'analyse alors comme une incitation à la recherche et les avantages que le titulaire en tirera sont une récompense légitime. Par le monopole qu'il confère au titulaire, il incitera ce dernier à y recourir plutôt qu'à garder secrète son invention; il en a d'ailleurs le choix. Mais, le secret met l'inventeur dans une situation d'incertitude puisqu'il peut en perdre le contrôle exclusif recherché sans en avoir profité. Poussée plus loin, l'analyse de cette récompense présente le brevet sous l'angle d'un contrat entre l'inventeur et la société.

**La théorie du contrat.** Dans son rapport au soutien de la loi française du 7 janvier 1791 sur le brevet d'invention, Stanislas de Boufflers déclarait déjà que le brevet est un « contrat entre l'inventeur et la

---

<sup>479</sup> Bernard Remiche, « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets » (2002) XVI : 1 RIDE 83 à la p 86.

<sup>480</sup> Georges Azzaria, « Les brevets pharmaceutiques et l'accès aux médicaments » dans Christian Deblock, dir, *L'organisation mondiale du commerce. Où s'en va la mondialisation?*, Québec, éd. FIDES, 2002, 243 à la p 244.

<sup>481</sup> *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504.

société »<sup>482</sup>, l'État ayant reçu mandat de représenter la société. Suivant la théorie du contrat, l'inventeur recherche, en recourant au brevet, une jouissance sans trouble de la part de ses concurrents avides ou jaloux de son œuvre. La divulgation assez détaillée de l'invention par son auteur est alors l'obligation contractuelle de celui-ci, la puissance publique devant lui garantir en contrepartie la protection des avantages liés au titre.

En droit, la logique du contrat repose sur le principe d'un intérêt partagé. La théorie contractuelle du brevet emprunte la technique du contrat social que l'on a, parfois, qualifié de technique juridique rudimentaire<sup>483</sup>, au motif que ce contrat n'a jamais existé dans la réalité et, qu'en tout état de cause, la démarche de l'inventeur à formuler une demande de brevet est strictement personnelle. Sans doute, parler de contrat entre l'inventeur et l'État paraît une fiction. En effet, ni les critères établis par l'État aux fins de l'octroi du brevet, ni la volonté de l'impétrant à soumettre son invention à la brevetabilité, n'ont pas leur source dans une démarche de négociation contractuelle. Pour autant, il est possible d'analyser les conditions fixées pour l'obtention du brevet d'offre et la démarche de l'inventeur d'acceptation de cette offre. Ainsi, le bénéfice du brevet peut bien être refusé au demandeur qui garde secrète son invention ou au pétitionnaire qui ne la décrit pas suffisamment<sup>484</sup>. Le cas échéant, le brevet doit même être invalidé, s'il a déjà été octroyé, puisque :

---

<sup>482</sup> Paul Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952 à la p 67; Paul Olganier, *Le droit des savants*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1937 à la p 80.

<sup>483</sup> Paul Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952 à la p 68.

<sup>484</sup> Harold G. Fox, *The Canadian patent law and practice relating to letters patent for inventions*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell Company Limited, 1969 à la p 163.

L'octroi d'un brevet s'entend d'un genre de contrat entre l'État et l'inventeur par lequel ce dernier reçoit le droit exclusif d'exploiter pendant une certaine durée son invention en échange de la divulgation intégrale de son invention et du mode d'opération de celle-ci au public [...]. L'octroi est accordé pour une double considération : d'abord, il doit y avoir une invention nouvelle et utile, et deuxièmement, en échange de l'octroi d'un brevet, l'inventeur doit donner au public une description adéquate de l'invention avec des détails suffisamment complets et exacts pour permettre à un ouvrier versé dans l'art auquel se rapporte l'invention de construire ou d'utiliser l'invention quand sera terminée la période de monopole<sup>485</sup>.

En un mot, le « brevet se fonde sur la notion d'un marché conclu entre l'inventeur et le public »<sup>486</sup>, chaque partie contactant à son corps défendant. De fait, l'annulation du brevet dont l'invention n'a pas été suffisamment décrite<sup>487</sup> se justifie en raison d'un défaut grave affectant la formation même du contrat.

En admettant que le système des brevets s'appuie sur l'idéologie du contrat, un contrat de nature synallagmatique où, l'inventeur et la société, ont tous deux des obligations autant qu'ils en profitent, il faut se demander si la question du brevet pharmaceutique telle qu'elle a été traitée dans l'*Accord sur les ADPIC* n'a pas dégagé un consensus, ou à tout le moins, un compromis.

#### **1.2.2.2.2 L'Accord sur les ADPIC : un consensus ou un compromis?**

L'*Accord sur les ADPIC*, toutes proportions gardées, est un dénouement. En tout cas, il a mis un terme à l'affrontement entre les États-Unis d'Amérique et leurs partenaires qui veulent une propriété intellectuelle effective et les pays du Sud qui, à travers le groupe des 77, veulent

---

<sup>485</sup> *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623.

<sup>486</sup> *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, paragr. 13.

<sup>487</sup> *Teva Canada Ltd c. Pfizer Canada Inc.*, [2012] CCS n°12825, [2012] SCJ n° 60, paragr. 80.

sinon l'affaiblir, du moins maintenir le déséquilibre qui frappait le brevet pharmaceutique ; cet accord est fondé sur « *le principe de négociations entreprises sur la base de réciprocité et d'avantages mutuels* »<sup>488</sup>. En effet, il est peu contestable que « les titulaires de brevets ont [droit à] la jouissance privative et exclusive de l'exercice et des produits de leur industrie, ainsi que des procédés à l'aide desquels ils ont obtenu ces produits »<sup>489</sup>. En d'autres termes, l'harmonisation, même *a minima* du régime juridique du brevet pharmaceutique dans un contexte de la globalisation, est une nécessité.

**Harmonisation à l'échelle internationale du régime juridique du brevet pharmaceutique.** En droit international, l'harmonisation renvoie à une exigence assez complexe en raison de la diversité et de l'autonomie des systèmes juridiques nationaux. Aussi, le très célèbre jurisconsulte Jean-Étienne-Marie Portalis affirmait-il en son temps, que l'harmonisation doit se limiter à « fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit [...] et non [...] descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »<sup>490</sup>. En effet,

Implicit in the idea of harmonisation is that differences between the substantive laws in several jurisdictions are reduced in order to reduce or eliminate the potential problems created by existing legal diversity [...]

---

<sup>488</sup> Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Gualino éditeur, 200 à la p 421.

<sup>489</sup> Christian Le Stanc, *L'acte de contrefaçon de brevet d'invention*, Paris, Litec, 1977 à la p 46.

<sup>490</sup> J.-E. Portalis, « Discours préliminaire au 1<sup>er</sup> projet de Code civil », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Fenet, 1827, t. I., à la p 470, cité par Mireille Delmas-Marty, dir, *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, Presses universitaires de France, 2004 à la p 67.

Another common means of achieving harmonisation is to agree general substantive outcomes, but to let individual countries decide how best to achieve these in their national legal system<sup>491</sup>.

L'on comprend alors que l'*Accord sur les ADPIC* laisse la liberté à ses parties contractantes « de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du[dit] accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques »<sup>492</sup>, étant rappelé qu'il a vocation à « réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international »<sup>493</sup> de la propriété intellectuelle. La réalisation de cette ambition suppose une convergence d'objectifs et le sens d'un avenir commun qui se traduisent par l'adoption de règles tendant à aplanir les contradictions liées à l'objet de la propriété intellectuelle qui a connu tellement de divergences. Cette identité de règles vise, tout aussi les domaines de la propriété intellectuelle que les droits y afférents ; elle vise aussi à lever tous les obstacles à la jouissance des prérogatives liées au brevet, obstacles qui rendraient impuissante la protection qui en résulte au sens de la loi. Ce sont là les conditions de base pour faire du brevet pharmaceutique un objet de commerce international.

**Intégration du brevet pharmaceutique dans le commerce multilatéral.** Cette intégration du brevet pharmaceutique dans les échanges multilatéraux s'appuie non seulement sur la valeur marchande du brevet en tant que tel, mais encore sur les règles traditionnelles reconnues dans un tel cadre. Ainsi, les principes de :

- traitement national (encore dit principe de l'assimilation)<sup>494</sup> consistant dans la commune interdiction de toute discrimination

---

<sup>491</sup> Christian Twigg-Flesner et Gonzalo Villata Puig, eds, *Boundaries of Commercial and Trade Law*, Munich, Sellier European Law Publishers GmbH, 2001 aux pp 106-107.

<sup>492</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>493</sup> *Ibid.*, 1<sup>er</sup> point du préambule.

<sup>494</sup> *Convention d'Union de Paris*, art. 2(1) ; *Accord sur les ADPIC*, art. 3.



fondée sur la nationalité des prétendants à un droit de propriété intellectuelle et,

- la nation favorisée<sup>495</sup> suivant lequel tous les avantages qu'un État accorde à des étrangers en vertu de tout autre accord international, s'étendent aux ressortissants des autres États,

sont d'office applicable à la propriété intellectuelle en tant qu'objet de commerce. C'est donc, pourrait-on être tenté de dire, l'heure de gloire pour le titulaire du brevet pharmaceutique, sous réserve que l'invention soit pertinente d'un point de vue de son utilité scientifique et même thérapeutique.

## **Conclusion de la sous-section 1.2**

La controverse relative au brevet pharmaceutique procède du fait qu'il est au départ construit sur des bases liées à la santé, que l'on considèrerait comme hors du cadre des échanges commerciaux. Mais en réalité, le brevet pharmaceutique s'est progressivement imprégné d'une dimension commerciale inhérente à la nature même de l'invention, même s'il met en lumière certains effets, peut-être néfastes, de la mondialisation<sup>496</sup>. Cette extension de la marchandisation du brevet pharmaceutique, à l'échelle planétaire, ne s'est pas faite au détriment des intérêts de la société. Par exemple, la *Convention de Rio de Janeiro sur la diversité biologique* consacre, certes, le pouvoir souverain des États à déterminer les conditions d'accès aux ressources génétiques, mais les engage à favoriser la conclusion d'accords de bioprospection entre fournisseurs et utilisateurs de ces mêmes ressources.

---

<sup>495</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 4.

<sup>496</sup> Olivier, Debarge, « La distribution au détail du médicament au sein de l'Union européenne : un croisement entre santé et commerce. La délimitation des règles appliquées à l'exploitation des officines » (2011) 2 RIDE 193 à la p 195.

Les arguments exposés dans ce chapitre montrent qu'il existe des raisons valables pour harmoniser le régime du brevet pharmaceutique, par une convergence des règles de droit de chaque pays<sup>497</sup>. Cette solution réduit les écarts de traitement du brevet pharmaceutique entre pays et libère les titulaires de brevets de la crainte que leurs droits soient sacrifiés au profit de revendications d'un droit à la santé aux contours juridiques et même économiques imprécis.

---

<sup>497</sup> Bertrand Crettez et Bruno Deffains, « Concurrence, harmonisation et unification des législations » dans Bruno Deffains et Éric Langlais, dir, *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, 2009, 299 aux pp 306-307.

## Conclusion de la section 1

L'opposition entre le monopole consacré par le brevet pharmaceutique et les besoins de la société bénéficiaire de l'invention n'est que théorique. Dans la réalité, l'octroi du brevet est un choix opéré par la société en raison de ses intérêts. En conséquence, le brevet pharmaceutique ne peut pas être assimilé à un bien public; ce serait, à l'évidence, une contradiction même du système des brevets, d'autant que n'importe quelle invention ne peut être brevetée. Les critères juridiques de la brevetabilité font de l'invention un bien économique rare. La rareté d'un bien lui attribue une valeur certaine et l'exclut de la catégorie du bien public. D'ailleurs, le concept de bien public<sup>498</sup> et/ou collectif pose une énorme difficulté, quant à leur financement une société régie sur «le droit des libertés économiques»<sup>499</sup> puisque l'appropriation par un individu des objets de la nature laisse encore de grandes possibilités à ses semblables. En ce sens, John Stuart Mill, comprenant mal les discours abolitionnistes du système des brevets au XVIII<sup>ème</sup> siècle, déclara :

I have seen with realm alarm several recent attempts, in quarters carrying some authority, to impugn the principle of patents altogether; attempts which, if practically successful, would enthrone free stealing under the prostituted name of free trade, and make

---

<sup>498</sup> Il peut être fait exception à l'air, encore que sa pollution engage la responsabilité civile et même pénale du délinquant, en droit de l'environnement. Voir, Gilles J. Martin, « La responsabilité environnementale » dans Oliveira Boskovic, dir, *L'efficacité du droit de l'environnement : mises en œuvre et sanctions*, Paris, Dalloz, 2010 aux pp 9-19. Voir aussi : *Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil* sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux modifiée par les *Directives 2009/31/CE du 23 avril 2009* et *2006/21/CE* du Parlement européen et du Conseil, 15 mars 2006.

<sup>499</sup> Philippe Malaurie, «Réglementations contraignantes et libertés économiques : le cadrage du cercle?» dans Nicolas Thirion, dir, *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation : actes du 1<sup>er</sup> colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, Larcier, 2007, 125 à la p 133.

men of brains, still more than at present, the needy retainers and dependents of the men of money-bags<sup>500</sup>.

En un mot, le titulaire du brevet a un droit acquis sur son invention qui produit ses effets « dans le temporel, et dans le présent, dans un monde du partage et de la rareté [...] dans un domaine où l'individu n'est plus tout, mais le membre d'un tout social, où l'espèce n'est elle-même qu'une partie de l'univers »<sup>501</sup>. Certes, les compagnies pharmaceutiques sont accusées d'être à la « quête fructueuse de profits présumément excessifs »<sup>502</sup>. Mais,

One study conducted in 1995 claims to show that nations strengthening intellectual property protection for pharmaceuticals did not experience higher prices after such changes were effected. However, the study only demonstrates that the relevant countries did not have greater price *increases* with respect to existing products, or to an unspecified mix of existing and new products, 18 months after instituting protection<sup>503</sup>.

En effet, en plus du brevet s'ajoute l'impact de la marque sur le prix du médicament innovant, les firm ne pouvant s'approprier la dénomination commune internationale de la molécule innovante. Or, dans le domaine pharmaceutique « les marques ne servent à rien; [...] elles ne revêtent pas la même importance [...] pour les produits du luxe où il s'agit de défendre une image et une réputation »<sup>504</sup>. C'est dire que l'utilité

---

<sup>500</sup> John Stuart Mill, *Principles of political economy*, p. 932, cité par Fritz Machlup et Edith Penrose « The Patent Controversy in the Nineteenth Century » (mai 1950) 10 : 1 *The Journal of Economic History* 1 à la p 9.

<sup>501</sup> Julien Freund, « Michel Villey et le renouveau de la philosophie du droit » (1992) 37 *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 5 à la p 14.

<sup>502</sup> Canada, Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique, *Rapport de la commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique*, Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, 1985 à la p xxxiv.

<sup>503</sup> Frederic Mike Scherer et Jayashree Watal, « Post-Trials Options for Access to Patented Medicines in Developing Countries » dans OMS, Commission on Macroeconomics and Health (CMH), *Working paper n° WG4: 1*, juin 2001 à la p 5.

<sup>504</sup> Martine Barré-Pépin, « La mondialisation du système des brevets et la contrefaçon de médicaments » dans Isabelle Moine-Dupuis, dir, *Le médicament et la personne : aspects de droit international*, Paris, Litec, 2007 à la p 197.

scientifique de l'innovation pharmaceutique n'est pas à remettre en cause; il s'agit là d'une autre dimension de l'intérêt général associé au brevet pharmaceutique dont il sera question dans la deuxième partie ci-dessous.



## 2. L'intérêt général dans la production du brevet pharmaceutique

L'intérêt général qui fonde les institutions juridiques et donc, par exemple le système des brevets, s'appuie sur la nécessité de préserver la sécurité et les biens de chaque personne en tant qu'ils constituent une valeur<sup>505</sup>. Certes, l'ordre juridique n'épuise pas cette valeur, mais il a le mérite de répondre à la nécessité, ou si l'on veut l'utilité. Sur ce fondement, il est possible de dire que d'un point de vue scientifique, l'octroi du brevet pharmaceutique exprime une utilité certaine. En fait, le régime du brevet est conçu pour servir l'intérêt général à travers les conditions objectives de brevetabilité que sont la nouveauté, l'inventivité et l'applicabilité industrielle<sup>506</sup>, peu importe que l'invention se rapporte à un produit ou à un procédé (2.1). Au plan économique, le brevet est un véritable vecteur de l'information (2.2).

En fait, la caractéristique première du brevet est de faire de la théorie ostensible de l'idée inventive, une œuvre concrète. Il est certes possible de faire grief à cette opinion, en la jugeant trop académique, étant donné que seul le brevet et même une association de brevets ne définit pas, en tant que tel, l'industrie du produit fini; la mise en œuvre proprement dite de l'invention requiert une certaine capacité intellectuelle qualifiable de savoir-faire. Mais, le savoir-faire est de l'essence même de la pratique : *l'homo technologicus* se caractérise mieux par son habileté technique. Néanmoins, il est bien établi que les activités de recherche et développement, et par extension le brevet qui en est l'ultime consécration, sont « un des terrains où se joue l'avenir de

---

<sup>505</sup> Victor Goldschmidt, « Les renversements du concept d'égalité, des Anciens aux Modernes » (1972) XVII Archives de philosophie de droit, Paris, Sirey, 299 à la p 313.

<sup>506</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 27. 1 ; *ALÉNA*, art. 1709. 1; *Convention sur le brevet européen*, art. 52 (1).

l'humanité »<sup>507</sup>. De fait, l'intérêt général se trouve intrinsèquement lié au système même des brevets.

## **2.1 Les particularités du brevet pharmaceutique**

Les opposants au brevet pharmaceutique déclarent les profits excessifs des entreprises qui opèrent dans l'industrie du médicament constituent une entrave à l'accès aux innovations pharmaceutiques, en l'occurrence dans un contexte où émergent des affections de longue durée qui nécessitent une prise en charge particulièrement exigeante, sur les plans médical, social et financier. Selon Jean-Claude St-Onge,

le rendement après impôt sur le capital investi de huit des plus grandes pharmaceutiques de produits brevetés s'élève à hauteur de 40,9% pour la période 1991-2000 [...]. Dans leur ensemble, les produits brevetés se vendent en moyenne près de trois fois plus cher que les médicaments génériques. Les médicaments constituent l'élément le plus inflationniste du système de santé<sup>508</sup>.

D'autres précisent qu'en plus des brevets, les firmes pharmaceutiques se servent d'une large palette de moyens (secrets de fabrique, marque de commerce) pour occuper durablement des niches fort lucratives<sup>509</sup>. Pourtant, l'on admet qu'en matière sanitaire, la question du coût est d'une importance relative<sup>510</sup>. En fait, ces critiques reposent sur le seul fait du monopole associé au brevet, lequel ne constitue pas d'office le fondement d'un succès économique; elles ont donc « trait non pas à la

---

<sup>507</sup> Isabelle De Lamberterie et Henri-Jacques Lucas, dir, *Informatique, libertés et recherche médicale*, Paris, Éditions du CNRS, 2001 à la p 9.

<sup>508</sup> Jean-Claude St-Onge, *L'envers de la pilule : les dessous de l'industrie pharmaceutique*, Montréal, Écosociété, 2004 aux pp 27 et 31.

<sup>509</sup> Benjamin Coriat et Fabienne Orsi, « Brevets pharmaceutiques, génériques et santé publique : le cas de l'accès aux traitements antirétroviraux » (2003) 12 : 1 *Revue de l'Institut d'Économie Publique* 153 aux pp 159-160.

<sup>510</sup> Jean-Claude St-Onge, *Ibid.*, à la p 36.



brevetabilité, mais plutôt aux mesures de redressement »<sup>511</sup> susceptibles de limiter les excès des compagnies pharmaceutiques.

En effet, le « monopole éphémère de l'inventeur ne rapporte des bénéfices que si l'invention elle-même répond à des besoins véritables »<sup>512</sup>. En tout cas, l'extraordinaire accélération de la recherche scientifique, depuis la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, grâce à l'ingéniosité de l'activité humaine dans des secteurs vitaux de la médecine et de la biologie, ne saurait indéfiniment échapper à l'octroi d'une récompense aux inventeurs. Car, tant et aussi longtemps que les mécanismes juridiques d'incitation à l'investissement en recherche et développement seront en contraste avec la réalité scientifique, il y aura un risque énorme de dissuasion à entreprendre des recherches d'envergure. Au fait, même si le droit ne fonctionne pas suivant les « grands principes comme la thermodynamique »<sup>513</sup>, il est indispensable qu'il accompagne les phénomènes et mouvements nouveaux, en s'adaptant au développement socio-économique. Cette adaptation constante du droit s'impose en tout premier lieu parce qu'il assure le nivèlement des inégalités sociales, en second lieu parce que la société a rompu les liens avec l'idéalisme de règles immuables, ce qui permet de réduire « le décalage existant entre le fantastique bouleversement des technologies, et la relative stagnation des mécanismes de protection des

---

<sup>511</sup> *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45, paragr. 95.

<sup>512</sup> Bo Bengtsson et al., *Un brevet pour la vie : la propriété intellectuelle et ses effets sur le commerce, la biodiversité et le monde rural*, Ottawa, Publications du Centre de recherches pour le développement international, 1994 à la p 22.

<sup>513</sup> Alain Strowel, « Rien ne change, tout se transforme : réflexions sur le premier principe de la science juridique. De l'abus de droit au contrôle de proportionnalité : l'habit nouveau d'un principe immuable – Illustration par le droit d'auteur » dans *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Paris, Litec, 2009, 371 à la p 371.

créations nouvelles »<sup>514</sup>. Par ailleurs, l'intérêt général associé au brevet pharmaceutique s'étend encore plus loin pour inclure les données spécifiques pour la mise en marché de son objet.

### **2.1.1 Les conditions d'octroi du brevet**

**Le concept d'invention.** Généralement, les dispositions législatives sont muettes sur la définition du concept d'invention. Certes, en droit canadien « toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité »<sup>515</sup> est une invention. Mais à l'évidence, cette définition semble plutôt proposer une litanie des éléments susceptibles de recevoir la qualification d'invention. Aussi, la jurisprudence propose-t-elle une définition du critère de l'invention, qu'elle désigne par « le fruit de l'ingéniosité, [car] sans celle-ci, une découverte constitu[e] une évidence. Et nul brevet n'est délivré pour ce qui est évident. »<sup>516</sup>. Par conséquent, il y a lieu de distinguer l'invention brevetable de ce que le professeur Michel Vivant appelle la « découverte sèche, la simple découverte »<sup>517</sup> insusceptible d'être brevetée. Cette différence a d'ailleurs été brillamment mise en lumière par la jurisprudence selon laquelle,

Discovery adds to the amount of human knowledge, but does so only by lifting the veil and disclosing something which before had been unseen or dimly seen. Invention also adds to human knowledge, but not merely by disclosing something. Invention necessarily involves

---

<sup>514</sup> Jacques Azéma, « La protection juridique des nouvelles techniques » dans *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990, 43 à la p 43.

<sup>515</sup> *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, ch. P-4), art. 2.

<sup>516</sup> *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. et Ministère de la santé*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265, paragr. VI (a).

<sup>517</sup> Michel Vivant, « Synthèse » dans *Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, Paris, TEC & DOC, 2005, 81 à la p 86.

the suggestion of an act to be done, and it must be an act which results in a new product, or a new result, or a new process, or a new combination for producing an old product or an old result<sup>518</sup>.

Cette audace de la jurisprudence semble toutefois muette sur le contenu profond de l'invention. À vrai dire,

l'impossibilité de définir l'invention de façon satisfaisante réside essentiellement dans la constatation que l'invention est un continuum et non un phénomène discontinu ou à paliers, ce qui permettrait de dégager des degrés caractérisés de valeur, à partir desquels il y aurait ou non invention<sup>519</sup>.

En fait, en raison de la défense faite aux tribunaux de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes<sup>520</sup>, ils peuvent bien se contenter « de permettre une délimitation substantielle du domaine de la brevetabilité »<sup>521</sup>, car l'invention consiste en la mise « en œuvre de moyens techniques pour résoudre un problème technique »<sup>522</sup>. La prudence des tribunaux se justifie donc parce qu'ils ne doivent pas limiter le champ de la brevetabilité. Il n'en demeure pas moins vrai que « l'appropriation des découvertes n'est concevable que si la nature n'a rien de sacré, [et] l'homme peut la construire en objets utiles, suscitant un besoin de protection »<sup>523</sup>. Aussi, faut-il admettre que

---

<sup>518</sup> *Riello Canada, Inc. c. Lambert* [(1986), 9 C.P.R. (3<sup>e</sup>), 324 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)].

<sup>519</sup> André Bertin, *Le secret en matière d'inventions*, Paris, Éditions du Tambourinaire, 1965 à la p 17.

<sup>520</sup> *Code civil français*, art. 5.

<sup>521</sup> Joanna Schmidt-Szalewski, « La notion d'invention face aux développements technologiques » dans Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, 243 à la p 263.

<sup>522</sup> OEB, Grande ch. de recours, 3 juil. 1990, *Marker c. Beattie*, n° T 603/89 ; OEB, Div. Opp., 8 déc. 1994, *Howard Florey Institute*, (1996) D. à la p 44, note Jean-Christophe Galloux.

<sup>523</sup> Joanna Schmidt-Szalewski, « Les enseignements du droit comparé et du droit international » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, Paris, TEC & DOC, 2005, 59 aux pp 71-72.

« l'invention, telle qu'elle ressort des définitions doctrinales et jurisprudentielles, est une règle, une indication qui concerne l'utilisation des forces de la nature en vue d'obtenir un résultat déterminé »<sup>524</sup> ; il s'agit, en un mot, d'une solution technique apportée à un problème technique<sup>525</sup>. Cette « solution consiste dans les indications techniques données à l'homme du métier pour lui permettre de maîtriser un problème technique déterminé »<sup>526</sup>. L'invention n'est donc pas seulement « une pure activité intellectuelle, elle est un faire technique, reproductible matériellement et utilisable à des fins techniques »<sup>527</sup>. De ce fait, l'on peut définir le concept de brevet suivant deux assertions.

**Le concept du brevet.** Dans un cadre notionnel plus général, le brevet d'invention désigne « le titre délivré par le Gouvernement à celui qui prétend avoir fait une découverte ou une invention industrielle et veut s'assurer, sous certaines conditions et pour un certain temps, le droit exclusif d'exploiter cette découverte ou invention »<sup>528</sup>. Cette définition fait ressortir les considérations qui fondent tant le brevet que les prérogatives qui s'y rattachent, « l'exigence d'invention constitu[ant] le critère fondamental de délimitation du domaine de la brevetabilité, qui doit être vérifiée avant les autres conditions légales »<sup>529</sup>. Mais, l'on peut pousser plus loin la réflexion sur la définition du brevet.

---

<sup>524</sup> Dominique Brunier, *La notion de l'invention en droit européen des brevets*, Genève, Droz, 1981 à la p 63.

<sup>525</sup> Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, *Droit de propriété industrielle*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006 à la p 104.

<sup>526</sup> Dominique Brunier, *La notion de l'invention en droit européen des brevets*, Genève, Droz, 1981 à la p 89.

<sup>527</sup> Bernard Remiche, « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets » (2002) XVI : 1 RIDE 83 à la p 100.

<sup>528</sup> Gaston Griolet et Charles Vergé, *Dictionnaire pratique de Droit*, Paris, Dalloz, 1909.

<sup>529</sup> Joanna Schmidt-Szaleswski, « La notion d'invention face aux développements technologiques » dans Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello, dir, *Droit et*

Dans un cadre conceptuel plus profond, le brevet est un instrument au service d'une politique d'innovation composant avec une variété d'intérêts<sup>530</sup>. Suivant la doctrine et la législation, l'inventeur doit produire à l'appui de sa demande une description suffisante et complète de son invention et formuler des revendications<sup>531</sup> qui, constituant l'étendue de ses prétentions, peuvent être assimilées à la solution qu'il propose pour résoudre un problème technique. Les revendications portées par le brevet sont alors une zone d'interdiction « organisée par le droit pour servir un intérêt social supérieur : favoriser le progrès technique »<sup>532</sup>. Ainsi,

un procédé de destruction de parasites de toutes sortes, mites, cafards, pucerons, etc... adultes ou aux divers stades de leur développement, procédé caractérisé par l'utilisation de produits de condensation préparés à partir de chloral ou de bromol et de composés qui contiennent de l'hydrogène labile<sup>533</sup>

fixe les frontières des droits du breveté. En d'autres termes, les revendications du brevet ne peuvent pas excéder la portée de l'invention

---

*économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, 243 à la p 243.

<sup>530</sup> Jean-Frédéric Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, Bruxelles, Larcier, 2007 à la p 18.

<sup>531</sup> German Velasquez et Carlos Correa, *L'accès aux médicaments : entre le droit à la santé et les nouvelles règles du commerce international*, Paris, L'Harmattan, 2009 à la p 179. L'exigence de la description de l'invention est formulée à l'article 29 (1) de l'*Accord sur les ADPIC*. En droit canadien, le défaut de formuler des revendications retarde l'examen de la demande du brevet pour un délai d'un an, aux termes duquel l'impétrant qui n'aurait pas déféré à la requête du Commissaire aux brevets en ce sens, est réputé s'être désisté de sa demande. Voir *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, ch. P-4), art. 27 (6) et 27 (7).

<sup>532</sup> Magali Franceschi, *Droit et marchandisation de la connaissance sur les gènes humains*, Paris, Éd. du CNRS, 2004 à la p 142.

<sup>533</sup> Trib. Civil de la Seine (3<sup>ème</sup> Ch.), 28 avr. 1949, *Sté Ets Geigy c. Sté des Laboratoires Agir, Sté des Produits Agir, Sté Cie Usines des Laboratoires français et Sté Insecticides Activated Products*, cité par Jean-Luc Piotraut et Pierre-Jean Deschristé, *Jugements et arrêts fondamentaux de la propriété intellectuelle*, Paris, Ted &Doc, 2002 à la p 94.

divulguée<sup>534</sup>. En effet, si au nom du respect de la propriété privée, c'est-à-dire l'exclusivité dans la jouissance d'une chose par une personne bien déterminée, à l'exclusion de toutes autres<sup>535</sup>, il ne doit être porté atteinte aux droits conférés par le brevet, il faut encore que les contours de ces droits soient bien délimités.

**Le brevet est un droit négatif.** Les prérogatives monopolistiques du titulaire du brevet visent « à empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir les actes »<sup>536</sup> tendant à le concurrencer indûment sur la part de marché que son invention lui offre. Il semble, cependant, que la force du droit du breveté d'interdire l'usage de son invention par des tiers doit être analysée sous l'angle d'une possibilité en fonction de la validité du titre<sup>537</sup>. Aussi longtemps que le brevet est en vigueur, l'exploitation concurrente de l'invention est interdite aux tiers non autorisés, sous peine de poursuites judiciaires. Mais, « la portée effective du droit est [...] nuancée, dans la mesure où certains actes sont interdits sans exigence de mauvaise foi de l'exploitant »<sup>538</sup>, tandis que pour d'autres, le contrevenant, qui agit dans l'espace des prérogatives du breveté, doit être de mauvaise foi. En d'autres termes, le brevet offre à son titulaire la garantie contre un acte socialement répréhensible : la contrefaçon, un délit civil qui, à l'occasion, peut revêtir les caractères nécessaires pour une qualification pénale. Aussi, le titulaire du titre a-t-il le droit :

---

<sup>534</sup> *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153, paragr. 4.

<sup>535</sup> Marcel Planiol et Georges Ripert, *Droit civil français*, t. 3, *Les biens*, 1926, n° 212 et 1952, cité par Picard, n° 51 à la p 58, repris par Joanna Schmidt-Szaleswski et Jean-Luc Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 2007 à la p 68.

<sup>536</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 28.

<sup>537</sup> Mark A. Lemley et Carl Shapiro, « Probabilistic Patents » (2005) 19:2 *Journal of Economic Perspectives* 75 à la p 75.

<sup>538</sup> Joanna Schmidt-Szaleswski et Jean-Luc Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 2007 à la p 69.

Dans les cas où l'objet du brevet est un produit, [...] d'empêcher d'autres personnes agissant sans son consentement de fabriquer, d'utiliser ou de vendre le produit en question, et dans les cas où l'objet du brevet est un procédé, [...] d'empêcher d'autres personnes agissant sans son consentement d'employer ce procédé et d'utiliser, de vendre ou d'importer au moins le produit obtenu directement par ce procédé<sup>539</sup>.

L'exploitation non autorisée de l'invention par tout tiers détermine, en fait, la base des actes de contrefaçon. Point n'est alors besoin d'apporter la preuve d'une intention infractionnelle de la part du contrevenant pour établir la constitution de ce délit puisque c'est l'acte contrefaisant qui est visé. En ce sens, l'exception d'emmagasiner se rapportant au brevet pharmaceutique que comportait la loi canadienne sur les brevets fut jugée incompatible avec les obligations du Canada en vertu de l'*Accord sur les ADPIC* :

L'exception dite "pour le stockage" (article 55.2 2)), le second aspect de la Loi sur les brevets contesté par les CE, était incompatible avec l'article 28:1 de l'*Accord sur les ADPIC* et n'était pas couverte par l'exception prévue à l'article 30 dudit accord. Au titre de cette exception pour le stockage, les concurrents sont autorisés à fabriquer et à stocker des marchandises brevetées pendant une certaine période avant l'expiration du brevet, mais les marchandises ne peuvent pas être vendues tant que le brevet n'est pas venu à expiration. Le Groupe spécial a estimé que, contrairement à l'exception pour l'examen réglementaire, l'exception pour le stockage constituait une réduction substantielle des droits exclusifs qui devaient être accordés aux titulaires de brevets au titre de l'article 28:1, réduction d'une telle ampleur qu'elle ne pouvait pas être considérée comme une exception limitée au sens de l'article 30 de l'*Accord sur les ADPIC*<sup>540</sup>.

Afin d'assurer une meilleure protection des droits du breveté, les mécanismes juridiques étendent la contrefaçon aux formes équivalentes

---

<sup>539</sup> ALÉNA, art. 1709. 5 (a) et (b) ; *Accord sur les ADPIC*, art. 28.1 (a) et (b).

<sup>540</sup> OMC, ORD, 19 déc. 1997, *Canada c. Union européenne*, protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques, [1997] WT/DS114.

des moyens revendiqués par le brevet<sup>541</sup> : c'est la doctrine des équivalents. Cette théorie « provides that a structure infringes without there being literal overlap, if it performs substantially the same function in substantially the same way and for substantially the same purpose as the claims set forth »<sup>542</sup>. Ainsi, « an alleged infringing structure is equivalent to the patented structure if the accused structure performs substantially the same function in substantially the same way to obtain substantially the same result. »<sup>543</sup>. En d'autres termes, « tout autour du droit du breveté se trouve une zone de ressemblances dans laquelle ce droit est protégé contre la contrefaçon »<sup>544</sup>. Tout tiers agissant donc à l'intérieur de cette zone de ressemblances peut être convaincu de mauvaise foi.

En effet, des études concordantes montrent que les atteintes délibérées au brevet, en particulier dans le domaine pharmaceutique, sont un phénomène en constante expansion. Selon l'OMS, même

[s'] il est impossible d'avoir une estimation précise de la proportion de produits médicaux contrefaits sur les marchés nationaux [...] les chiffres de 2007 représentent en gros une augmentation de 20 % par rapport à 2006 et 10 fois plus qu'en 2000. Cette augmentation, si elle témoigne d'une amélioration des moyens de détection et de notification, indique également que le problème prend de plus en plus d'ampleur<sup>545</sup>.

---

<sup>541</sup> *Convention sur le brevet européen*, Munich, 1973 (révisée en 2000), art. 69. Voir aussi Heinz Bardhele, « Théorie des équivalents et harmonisation du droit des brevets » (1993) 49 *Revue du droit de la propriété intellectuelle* 22 à la p 22.

<sup>542</sup> *Autogiro*, 384 F. 2d at 400, 155 USPQ at 704-705, cité par Ronald E. Larson, « Balancing the competing policies underlying the doctrine of equivalents in patent law » (1993) 23: 1 *AIPLA Quarterly Journal* 1 à la p 3.

<sup>543</sup> Ronald D. Hantman, « Doctrine of Equivalents » (août 1988) 70: 8 *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 511 à la p 511.

<sup>544</sup> Paul Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Paris, Sirey, 1952- 1954 à la p 336.

<sup>545</sup> OMS, *Rapport du Secrétariat sur les produits médicaux contrefaits*, 18 déc. 2008. En ligne : [http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/EB124/B124\\_14-fr.pdf](http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB124/B124_14-fr.pdf).



Dans la même perspective, la doctrine affirme

[qu'] entre 2007 et 2008, aux frontières de l'UE, les saisies d'articles soupçonnés de porter atteinte à un DPI ont augmenté de 126%, passant de 79 millions à 178 millions. En 2007, l'OCDE notait aussi une expansion alarmante des saisies de contrefaçons de tout type, dont des produits pouvant affecter la santé et la sécurité humaines et, tout en précisant qu'il est impossible d'évaluer avec exactitude l'impact de cette activité, considérait qu'elle génère environ 200 milliards de dollars<sup>546</sup>.

En ce qui concerne la contrefaçon de médicaments sous brevet, elle se situerait entre 6 et 10% jusqu'à atteindre 30% dans certaines régions du monde, telles que l'Amérique latine, l'Afrique subsaharienne, l'Inde et la Russie, sans égard aux types de médicament<sup>547</sup>. La certitude de ces chiffres est réfutée par une partie de la doctrine, au motif que les actes de contrefaçon sont occultes<sup>548</sup>. Mais, peu importe la nature souterraine de la contrefaçon, l'industrie pharmaceutique innovante qui en est victimes, subit des pertes substantielles, ce qui peut affecter sa capacité d'investissement dans les activités de recherche et développement et, ultimement, nuire à l'intérêt général. De fait, face à la malice des contrefacteurs à établir leurs repaires dans des territoires aux capacités d'investigation et de répression limitées, c'est-à-dire en raison de la transnationalité des actes de contrefaçon, il se pose un sérieux problème de l'efficacité des dispositions prises par chaque État, dans un ordre dispersé. Par exemple, ayant constaté que les mesures de répression de la contrefaçon en droit chinois ne sont pas compatibles

---

<sup>546</sup> Anne-Sophie Lamblin-Gourdin, « Politique commerciale commune et protection juridique de l'innovation » (2010) 4 RIDE 441 à la p 450.

<sup>547</sup> Blandine Fauran, « Interrogations sur la sécurité juridique dans les pays émergents : les enjeux de la lutte contre la contrefaçon de médicaments » dans Viviane de Beaufort, dir, *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé : actes du colloque du Centre européen de droit et d'économie*, Paris, Vuibert, 2009, 85 à la p 86.

<sup>548</sup> Bernard Remiche et Vincent Cassiers, « Lutte anti-contrefaçon et transferts de technologies nord-sud : un véritable enjeu » (2009) XXIII : 3 RIDE 277 à la p 283.

avec les obligations de la Chine en vertu de l'*Accord sur les ADPIC*, à la suite de l'ouverture de négociations initiée par les États-Unis d'Amérique, l'ORD :

concludes that, to the extent that [...] the Customs measures as such are inconsistent with the TRIPS Agreement, they nullify or impair benefits accruing to the United States under that Agreement.

recommends pursuant to Article 19.1 of the DSU that China brings [...] the Customs measures into conformity with its obligations under the TRIPS Agreement<sup>549</sup>.

En fait, à un phénomène de dimension transnationale, il faut une réponse de même nature dont l'intérêt réside dans l'uniformisation des moyens de répression. Il s'agit là d'une application particulière du principe du parallélisme des formes qui postule qu'un acte reflet doit être déterminé, tant dans sa forme que dans sa portée, par un acte modèle qui le justifie<sup>550</sup>. L'émergence d'un droit transnational, pour réprimer la dispersion des actes de contrefaçon aurait, potentiellement, un effet thérapeutique certain et permettrait de prendre conscience de certaines compréhensions tacites et hypothèses du courant dominant de la théorie des droits nationaux de notre époque, et remettrait en question leur nature évidente et déterminée<sup>551</sup>. La lutte contre la contrefaçon ne peut donc pas être inscrite dans la démarche singulière de chaque État; elle impose une véritable coopération, à la fois administrative, juridique et judiciaire. En un mot, il y a nécessité à inscrire la lutte contre la contrefaçon dans un cadre qui inclut tous les

---

<sup>549</sup> WTO, DSB, 26 janvier 2009, *China - Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, n° WT/DS362/R [2009] VIII Conclusions and recommendation, points 8.3 et 8.4.

<sup>550</sup> Pour plus de détails sur le parallélisme des formes dont l'origine remonte au droit romain, voir Solange Becqué-Ickowicz, *Le parallélisme des formes en droit privé*, thèse de doctorat en droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2004 [non publiée].

<sup>551</sup> Kaarlo Tuori, « Vers une théorie du droit transnational » (2013) XXVII : 1 RIDE 9 à la p 10.

États. À ce sujet, il y a lieu de rappeler que les fondements d'un droit international pénal de la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle en général et du brevet en particulier existent déjà<sup>552</sup>; par conséquent, une convention internationale, en cette matière, aura le mérite de niveler l'incrimination et la répression. En ce sens, l'*Accord commercial anti-contrefaçon*<sup>553</sup>, conclu pour répondre au phénomène du développement dans le commerce international des actes de contrefaçon et de piraterie, aurait pu faire œuvre utile. Mais, la prétention de ses promoteurs<sup>554</sup> de ne pas inscrire ce noble projet, ni dans le cadre de l'OMC, ni même de l'OMPI, pose un sérieux problème de légitimité. La démarche cavalière des promoteurs de cet instrument juridique est d'autant plus critiquable que l'accord se voulait ouvert à tous les membres de l'OMC<sup>555</sup>. La conséquence du caractère suspect du processus de négociation et de conclusion de l'ACAC en est qu'il a perdu la légitimité de son intérêt, le Parlement européen l'ayant définitivement rejeté le 4 juillet 2012<sup>556</sup> et les États-Unis d'Amérique, qui l'avaient négocié suivant la procédure du « Sole-Executive agreement »<sup>557</sup>, ne l'avaient finalement pas déposé leur ratifié.

---

<sup>552</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 39, 41.1, 46, 59 et 61; *Convention d'Union de Paris*, art. 1 (2) et art. 10 bis (1).

<sup>553</sup> *Accord commercial anti-contrefaçon (ACAC)*, finalisé le 15 avril 2011, signé le 1<sup>er</sup> octobre 2011 par le Canada et le 26 janvier 2012 par l'Union européenne.

<sup>554</sup> Les partenaires de l'ACAC étaient : l'Australie, le Canada, la Corée du sud, les Émirats arabes unis, Les États-Unis d'Amérique, le Japon, la Jordanie, le Maroc, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, la Suisse, le Singapour et l'Union européenne. En ligne : [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/fo/intellect\\_property.aspx?view=d](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/fo/intellect_property.aspx?view=d).

<sup>555</sup> ACAC, art. 39.

<sup>556</sup> Parlement européen, Service de Presse, « Le Parlement européen rejette l'ACTA ». En ligne : <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/pressroom/content/20120703IPR48247/html/Le-Parlement-europ%C3%A9en-rejette-l'ACTA> (consulté le 12 sept. 2012)

<sup>557</sup> En droit américain, le Sole-Executive Agreement est un mécanisme sans fondement constitutionnel et qui de ce fait échappe à toute juridiction de la Cour Suprême, un

Les atteintes à la propriété et aux biens d'autrui relevant du champ d'application du droit pénal<sup>558</sup>, il va de soi que la violation des prérogatives du titulaire du brevet constitue l'infraction pénale<sup>559</sup> de contrefaçon qui vise, dans son incrimination et dans sa répression, à sanctionner une atteinte à la société. De fait, la constitution de cette infraction suppose « une violation délibérée, en toute connaissance de cause et donc aussi lorsque le contrefacteur a des motifs sérieux de considérer que le droit invoqué est frappé de nullité »<sup>560</sup>. La connaissance du brevet par le contrefacteur est présumée puisque l'octroi du titre est précédé d'une publication de l'invention. En d'autres termes, « le juge répressif ne peut prononcer une peine sans avoir relevé tous les éléments constitutifs de l'infraction qu'il réprime »<sup>561</sup>. Par conséquent, la pénalisation des atteintes aux prérogatives du titulaire du brevet peut s'appuyer sur les critères ci-après :

(i) l'existence d'une atteinte flagrante, délibérée et incontestable impliquant notamment que la validité du droit ne pouvait souffrir aucune discussion,

(ii) une atteinte commise dans le cadre de la vie des affaires par un commerçant, sciemment, avec une intention méchante ou

---

véritable moyen de gouvernement par lequel le président des États-Unis d'Amérique, en tant que Commandant en chef, décide de conclure certains Traités. Pour plus de précision, lire David Gray Adler et Larry Nelson George, eds, *The Constitution and the Conduct of American Foreign Policy: Essays in Law and History*, Kansas, University Press of Kansas, 1996.

<sup>558</sup> Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2010 à la p 727.

<sup>559</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 61 ; *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, ch. P-4), art. 75.

<sup>560</sup> Bernard Remiche et Vincent Cassiers, « Lutte anti-contrefaçon et transfert de technologie Nord-Sud : un véritable enjeu » (2009) 3 RIDE 277 à la p 297.

<sup>561</sup> Cass. crim., 14 nov. 2007, n° 06-87433, (2008) 869 PIBD à la p III-145, cité par Jérôme Passa, « Les rapports du droit de la propriété intellectuelle et du droit commun douanier : influences réciproques » dans Jean-Michel Bruguière, dir, *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Paris, Dalloz, 2009, 67 à la p 76.

frauduleuse et causant un préjudice considérable aux intérêts des ayant-droits ou des tiers<sup>562</sup>.

En fait, la répression de la contrefaçon permet la maximisation des intérêts socio-économiques du breveté et, par ricochet, de la société par le démantèlement d'une économie souterraine dont les bénéficiaires échappent à la société. Puisque le brevet détermine avec exactitude les revendications qu'il porte, il n'y a point d'équivoque relativement à la teneur de l'invention.

**Le brevet exprime l'unité de l'invention.** Un brevet ne peut que porter sur une seule invention, ou une pluralité d'inventions et, dans ce cas, elles doivent être reliées par un même lien inventif pertinent, « la règle interdisant le double brevet, selon laquelle [...] il ne doit y avoir qu'un seul brevet pour une invention donnée »<sup>563</sup> : c'est le principe d'unité de l'invention brevetable. Le principe d'unité d'invention s'apprécie par référence aux revendications telles qu'interprétées à la lumière de la description faite par le demandeur du brevet, l'objectif étant de limiter les revendications trop larges inspirées par le désir de bloquer la compétition à l'innovation. De fait, le principe d'unité de l'invention n'a pas vocation à s'opposer à la reconnaissance des brevets dits de sélection, particulièrement bien connus dans le domaine chimico-pharmaceutique du fait de l'agrégation des molécules. En effet, « dès qu'on entre dans les macromolécules, on n'a plus affaire à des produits unitaires mais à des mélanges plus ou moins séparables d'éléments

---

<sup>562</sup> Parlement européen, *Rapport sur la proposition modifiée de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle*, COM(2006) 168 final - 2005/0127(COD), 26 avril 2006. Cette proposition vise à renforcer les mesures précédemment contenues dans la *Directive 2004/48/CE* du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

<sup>563</sup> *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. à la p 506. Voir dans le même sens *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, ch. P-4), art. 36 (1) et (2).

moléculaires [...] »<sup>564</sup>. À vrai dire, le brevet de sélection naît de la découverte ultérieure qu'un produit particulier, faisant partir d'un ensemble de molécules antérieurement brevetées, possède certes les propriétés caractéristiques du composé de base, mais à un degré plus important que prévu à l'origine<sup>565</sup>. Autrement dit, la molécule sélectionnée doit démontrer des avantages et propriétés inespérées et ne doit pas avoir été clairement décrite dans le brevet protégeant le composé d'origine. Les termes de la jurisprudence, à ce propos, sont sans équivoque :

[...] les brevets portant sur des produits chimiques (dont bien sûr les composés pharmaceutiques) se divisent souvent en deux « catégories nettement distinctes ». La première, celle des brevets d'origine, formée des brevets protégeant une invention source, à savoir la découverte d'une nouvelle réaction ou d'un nouveau composé. La seconde catégorie, celle des brevets visant une sélection des composés décrits en termes généraux et revendiqués dans le brevet d'origine. Le juge Maugham précise que les composés sélectionnés ne doivent pas avoir été réalisés auparavant, sinon le brevet de sélection « ne satisfait pas à l'exigence de nouveauté<sup>566</sup> »<sup>567</sup>.

En purgeant l'invention de la complexité, la règle de l'unité d'invention tend à définir positivement le brevet en prenant en considération les caractéristiques de l'invention ; elle interdit, de fait, une multitude de revendications non liées les unes aux autres et impertinentes au regard de la description de l'invention. Ainsi, lorsque « l'objet de la demande de

---

<sup>564</sup> M. Monnet, « La caractérisation de l'invention dans le domaine de la chimie macromoléculaire » dans CÉIPI, *La protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et des techniques*, Paris, Librairies techniques, 1969, 211 à la p 211.

<sup>565</sup> Pierre Devant et al., *Les brevets d'invention*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1971 à la p 99.

<sup>566</sup> Cette mention importante met l'accent sur la nouveauté des molécules sélectionnées, condition indispensable à la brevetabilité; voir à ce sujet : 2.1.2.1.1 La nouveauté de l'invention, *infra*.

<sup>567</sup> *In re I. G. Farbenindustrie A. G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.), reprise dans *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. et Ministère de la santé*, [2008] 3 R.C.S. 265, 2008 CSC 61, paragr. 9.

brevet européen s'étend au-delà du contenu de la demande telle que déposée et contrevient aux dispositions de l'Article 123(2) CBE »<sup>568</sup>, c'est-à-dire en présence d'une formulation délibérément amphigourique des revendications, la demande de brevet ne peut prospérer. C'est dire que l'examen de la demande de brevet doit permettre d'y retrouver les caractères d'une invention brevetable.

#### **2.1.1.1 L'utilité de l'invention en industrie**

L'utilité en industrie (ou l'application industrielle) exprime le service que l'invention peut rendre à la société d'un point de vue technique. L'appréciation de cette utilité en industrie se fait par l'assurance que l'invention dispose « d'un caractère industriel à la fois dans son objet, son application et son résultat à la production de biens ou de résultats techniques »<sup>569</sup>. De fait, l'invention doit donc appartenir au domaine des réalisations et non des abstractions, au jour de la demande de brevet ; il s'agit de la démonstration de l'action de l'humain pour façonner l'invention, c'est-à-dire « there must be something that results in material product of some substantial character »<sup>570</sup>. Autrement dit, l'examen de l'invention proposée à la brevetabilité doit démontrer que, conformément à sa nature, elle peut être produite ou utilisée en industrie. Aussi, faut-il se demander ce que signifie le terme industrie avant de préciser comment la mise en œuvre de l'invention doit s'entendre.

La notion d'industrie n'a généralement pas été définie dans les législations sur le brevet. Tout au plus, reçoit-elle l'acceptation la plus

---

<sup>568</sup> OEB, ch. de recours, 18 novembre 2011, n° T 1135/08.

<sup>569</sup> Jean Foyer et Michel Vivant, *Le droit des brevets*, Paris, Presses universitaires de France, 1991 à la p 132.

<sup>570</sup> Immanuel Goldsmith, *Patents of invention*, 3<sup>ème</sup> éd., Toronto, Carswell, 1981 à la p 55.

large possible, incluant les industries agricoles et extractives et tous les produits fabriqués ou naturels<sup>571</sup> ; il en est de même en droit européen des brevets suivant lequel, « une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture »<sup>572</sup>. En pareille occurrence, un principe général de droit, dont l'autorité ne se dément généralement pas, défend de distinguer là où la loi ne distingue pas (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). En d'autres termes, l'interprétation d'une disposition légale ne vaut pas en présence d'un texte clair et limpide. Ainsi, l'industrie peut être définie comme le seul moyen pour la mise en œuvre de l'invention, le moyen unique et suffisant qui en assure la reproductibilité.

La mise en œuvre de l'invention conduit à la production de biens, grâce à l'intelligence et au travail humains que la doctrine désigne par la « manifestation de l'agir humain »<sup>573</sup>. Cette mise en œuvre de l'invention est à la fois consubstantielle et postérieure à l'idée inventive. En d'autres termes, après avoir vaincu les forces de la nature pour concevoir l'invention, la personne du métier doit encore mettre à contribution son intelligence pour la mettre en application. La mise en œuvre de l'invention exprime le *facere* du droit romain et implique une activité productrice de richesse, c'est-à-dire une utilité nouvelle par laquelle l'individu pénètre le secret de ses propres forces par la réalisation des idées que l'étude et l'observation lui auront données. En

---

<sup>571</sup> *Convention d'union de Paris*, art. 1 (3) ; *PCT*, art. 33.4.

<sup>572</sup> *Convention sur le brevet européen*, art. 57.

<sup>573</sup> Samuel Becquet, *Le bien industriel*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005 à la p 83.



somme, l'invention doit fonctionner<sup>574</sup>, puisque l'inventeur l'a présentée sous une forme bien définie et pratique. Cette fonctionnalité « se traduit par la capacité de l'invention de rencontrer les objectifs décrits dans le mémoire descriptif du brevet »<sup>575</sup>. En d'autres termes, « l'invention n'est invention au sens juridique que lorsque la répétabilité est assurée »<sup>576</sup>. Par conséquent, les idées purement spéculatives et les formules intelligibles dépourvues de toute applicabilité ne peuvent pas être sanctionnées par le brevet.

#### **2.1.1.1.1 Le rejet des formules scientifiques et principes théoriques non applicables en industrie**

« Le domaine de la brevetabilité n'est pas délimité par la distinction entre la découverte et l'invention, mais par l'existence ou l'absence d'applications techniques de la création proposée »<sup>577</sup>. En effet, les législations sur le brevet n'accordent pas le titre aux théories savantes purement abstraites<sup>578</sup>. La raison en est que ces théories sont de simples moyens ou principes destinés à guider l'esprit humain dans le raisonnement, l'analyse et la compréhension des phénomènes de la nature; elles ne règlent aucun problème technique. Par exemple, la théorie de la rotation terrestre de Nicolas Copernic, ou la loi universelle de la gravitation de Isaac Newton, ou encore le référentiel inertiel de

---

<sup>574</sup> *Wellecome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289 (C.F.), à la p 338. Le pouvoir en cassation de Apotex Inc. a été rejeté dans cette espèce. Voir *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153.

<sup>575</sup> Nathalie Jodoin, « Nouveauté, activité inventive et utilité en matière de brevet » (1999-2000) 12 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 663 à la p 692.

<sup>576</sup> Dominique Brunier, *La notion de l'invention en droit européen des brevets*, Genève, Droz, 1981 à la p 112.

<sup>577</sup> Joanna Schmidt-Szalewski, « La notion d'invention face aux développements technologiques », dans Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello, dir, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, 243 à la p 252.

<sup>578</sup> *Convention sur le brevet européen*, art. 52 (2).

Galilée dont partira Albert Einstein pour élaborer sa théorie de la relativité, pour intellectuellement utiles qu'ils soient, ne sont pas brevetables pour défaut d'application pratique. En ce qui concerne les découvertes, elles constituent l'observation d'un phénomène naturel préexistant, mais inconnu jusqu'à leur révélation sans l'intervention de l'être humain. Mais, « si l'on peut montrer qu'une substance trouvée dans la nature produit un effet technique, elle peut être brevetable »<sup>579</sup>. Ainsi, même

si un phénomène naturel, tel que l'obstacle présenté par les angles au développement de son, n'est pas brevetable, on a pu prendre valablement un brevet pour l'application de cette théorie aux instruments de musique, suivant son mode pratique de réalisation décrit et détaillé<sup>580</sup>.

En fait, « the basic distinction between discoveries, scientific theories [...] and applied innovation is justified primarily by the need to protect the typical method of production of scientific research »<sup>581</sup>. À ce propos, le régime du brevet pharmaceutique n'admet pas comme utile en industrie les méthodes de traitement et de diagnostic. De plus, les inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs soulèvent souvent des controverses.

#### **2.1.1.1.2 Le problème des méthodes de traitement et de diagnostic et des inventions contraires à l'ordre public**

En matière de brevet pharmaceutique, deux catégories d'exclusion de la brevetabilité ont particulièrement brillé d'un éclat spécial : les méthodes diagnostiques et de traitement d'une part, et de l'autre, les inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs la dans l'intérêt de la

---

<sup>579</sup> Office européen des brevets, Directive C. IV. 1.2.

<sup>580</sup> Cass., req., 8 fév. 1853, (1853) D. à la p 94.

<sup>581</sup> Gustavo Ghidini, *Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham (UK) / Northampton, Edward Elgar, 2006 à la p 17.

santé et la vie des personnes et des animaux, ou de celui de l'environnement<sup>582</sup>. Ainsi, cette exclusion semble s'appuyer sur des préoccupations particulières relevant de l'intérêt public.

**Le refus de breveter les méthodes de traitement et de diagnostic.** « À peine sortie de l'emprise du sacré, l'activité médicale »<sup>583</sup> s'appuie sur des méthodes expérimentales qui mettent à contribution l'intelligence du praticien à assurer aux patients des soins consciencieux et conformes aux données acquises de la science<sup>584</sup>. En effet, l'art médical emploie des méthodes thérapeutiques et diagnostiques pour produire des résultats directs ou indirects sur les personnes et les animaux ; ces méthodes, déclare péremptoirement la doctrine, ne « remplissent pas les critères habituels de brevetabilité, car elles ne sont pas susceptibles d'application industrielle »<sup>585</sup>.

En fait, la question ne se pose même pas de savoir si les méthodes de traitement ou de diagnostic peuvent recevoir une application en industrie, puisque leur prohibition du champ de la brevetabilité est irréfragablement établie par la loi<sup>586</sup>. Suivant l'esprit des textes juridiques, il s'agit de méthodes dont le résultat permet directement de prendre une décision au sujet du diagnostic ou du traitement médical à prescrire. Ainsi, dans une formule draconienne, la Cour suprême du Canada déclare que « les méthodes de traitement médical ne sont pas visées comme procédés par définition d'invention, le même

---

<sup>582</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 27. 2 et 27. 3 (a); *ALÉNA*, art. 1709. 2 et 1709. 3(a).

<sup>583</sup> Gérard Mémeteau, *Cours de droit médical*, 2<sup>ème</sup> éd., Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2003 à la p 279.

<sup>584</sup> Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c. époux Mercier*, (1936) D.P. à la p I-88, concl. Matter.

<sup>585</sup> Carlos M. Correa, *Guides sur les brevets pharmaceutiques*, Vol. 1, Genève, Publications du Centre Sud, juillet 2008 à la p 106.

<sup>586</sup> *Convention sur le brevet européen*, art. 52. 4; *Accord sur les ADPIC*, art. 27. 3 (a).

raisonnement doit pour les mêmes motifs, s'appliquer aux méthodes de traitement chirurgical »<sup>587</sup>. À l'analyse, cette exclusion peut être fondée sur la formule générique interdisant le brevet « pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques »<sup>588</sup>. Mais, il convient d'abord de bien s'entendre sur les concepts de traitement et de diagnostic avant de mieux comprendre le sens de leur exclusion du champ du brevet pharmaceutique.

**La notion de traitement et de diagnostic.** Dans le langage médical et juridique, les méthodes de traitement et de diagnostic s'entendent *lacto sensu*, allant des méthodes de traitement cosmétique à celles qui conduisent immédiatement et directement à la décision à prendre sur les traitements appropriés, à l'exception de tout moyen susceptible de produire un résultat intermédiaire<sup>589</sup>. En fait, il est classique d'employer le terme plus savant de thérapie pour désigner la notion de traitement médical. De jurisprudence bien affermie, une thérapie a non seulement « trait aux moyens de traiter une maladie en général ou à un traitement curatif au sens étroit du terme, de même qu'au soulagement de malaises et symptômes douloureux »<sup>590</sup>, mais désigne aussi « un traitement prophylactique, visant à préserver la santé en prévenant les effets indésirables qui se produiraient en l'absence de ce traitement »<sup>591</sup>. Par conséquent, un procédé qui produit des résultats intermédiaires, en vue d'établir un diagnostic, est parfaitement brevetable<sup>592</sup>. De même,

---

<sup>587</sup> *Tennessee Eastman Co. et autres c. Commissaire des Brevets*, [1974] R.C.S. 111.

<sup>588</sup> *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, ch. P-4), art. 27 (8).

<sup>589</sup> Lise Dybdahl, *Les brevets européens*, Paris, Litec, 2005 aux pp 45-47.

<sup>590</sup> OEB, Service de recherche juridique des chambres de recours, *La jurisprudence des chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 4<sup>ème</sup> éd., Munich, Publications de l'OEB, déc. 2001 à la p 26.

<sup>591</sup> *Ibid.*

<sup>592</sup> OEB, ch. de recours technique, 25 sept. 1987, n° T 385/86.

les moyens produisant un effet thérapeutique sont brevetables. Par exemple, Adam H. Saylor et Edward Parker ont pu obtenir un brevet canadien sur les « *perfectionnements aux bandages herniaires* »<sup>593</sup>.

En ce qui concerne le terme diagnostic, formé de deux mots grecs, « gnosis » (connaissance, discernement) et « dia » (à travers), il s'agit d'une « démarche intellectuelle par laquelle une personne d'une profession médicale identifie la maladie d'une autre personne soumise à son examen, à partir des symptômes et des signes que cette dernière présente, et à l'aide d'éventuelles investigations complémentaires »<sup>594</sup>. Le diagnostic est donc la conclusion à laquelle parvient le médecin en recoupant des données provenant de sources diverses, les unes liées à la personne et/ou à la personnalité du malade dans sa complexité, les autres relevant des connaissances techniques du médecin. Il exprime la formulation d'une hypothèse intellectuelle, non reproductible en raison de la variation des données qui permettent son élaboration, et évidente pour tout médecin bien avisé placé dans les mêmes conditions. En d'autres termes, le diagnostic implique la mise œuvre du savoir médical. Ce savoir médical démontre, d'une part un acte évident au regard des connaissances scientifiques du moment et, de l'autre, il est insusceptible d'application industrielle.

Au-delà du défaut d'application industrielle des méthodes thérapeutique et diagnostique, il semble que leur exclusion du champ du brevet

---

<sup>593</sup> Brevet n° 16303, obtenu en 1883. Voir Bibliothèque et Archives Canada, *Les brevets d'invention et l'innovation au Canada*, 11 mai 2006. En ligne : <http://www.collectionscanada.gc.ca/innovations/023020-2600-f.html>.

<sup>594</sup> Jean-Charles Sournia, *Histoire du diagnostic en médecine*, Paris, Éditions de la Santé, 1995. En ligne : [http://www.serpsy.org/formation\\_debat/diagnostic/diagnostic\\_medical.html](http://www.serpsy.org/formation_debat/diagnostic/diagnostic_medical.html).

pharmaceutique vise la sauvegarde de la santé publique dont il a été explicité plus haut qu'elle constitue un pan de l'intérêt général<sup>595</sup>.

***L'exclusion des méthodes de traitement et de diagnostic du champ de la brevetabilité pour l'intérêt de la santé publique.***

Mettre les méthodes de traitement et de diagnostic sous le joug d'une appropriation privative par brevet reviendrait à soumettre la pratique de la médecine à des conditions, autres que celles requises à cet effet. En fait, il est difficilement soutenable d'entraver l'exercice d'une profession par l'existence de brevet. Selon le professeur David Vaver, les fondements profonds de cette exclusion doivent être recherchés dans des considérations éthiques ou émotionnelles, elles-mêmes issues de la volonté de ne pas entraver la protection de la vie et l'allègement de la souffrance<sup>596</sup>. L'obligation de soins incombant aux professionnels de la santé implique qu'ils puissent librement partager leurs connaissances au sujet d'un même patient, une collaboration dont le but est de mieux répondre aux besoins des patients. En d'autres termes, l'exercice de la médecine relève d'un impératif catégorique et ne peut donc pas être sous l'empire de brevets<sup>597</sup>.

Par ailleurs, il y a le cas un peu controversé de l'opposition à la brevetabilité en raison de la non-conformité de l'invention aux valeurs morales, tant pour sa publication que pour sa mise œuvre.

**Le refus controversé des inventions non-conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs.** La référence à l'ordre public et aux

---

<sup>595</sup> Voir 1.1 Exposé sur le rapport entre le système des brevets et l'intérêt général, en l'occurrence pp 40-42 *supra*.

<sup>596</sup> David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyrights, Patents, Trade-marks*, 2<sup>ème</sup> édition, Toronto, Irwin Law, 2011 à la p 316.

<sup>597</sup> Terasa Scassa, «Patents for Second Medical Indications and their Potential Impact on Pharmacare in Canada» (2001) 9 *Health Law Journal* 23 à la p 23.

bonnes mœurs en matière de brevet remonte, en droit international, à l'origine de la *Convention d'union de Paris*, laquelle dispose dans une formule un peu trop vague que « la délivrance d'un brevet ne pourra être refusée et un brevet ne pourra être invalidé pour le motif que la vente du produit breveté ou obtenu par un procédé breveté est soumise à des restrictions ou limitations résultant de la législation nationale »<sup>598</sup>. À l'analyse, cette disposition n'oppose aucune fin de non-recevoir à la brevetabilité, fondée sur l'ordre public et les bonnes mœurs. Cependant,

Although questions of the illegality or morality of the use of an invention have often come into play precedent throughout history and up to the present time, there appears to be little for considering the acts of invention creation in the determination of either patentability or patent enforceability<sup>599</sup>.

De fait, les arguments tirés de la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs pour refuser l'octroi du brevet supposent que soient prises en considération à la fois la signification de l'expression et son extension en droit positif.

***La compréhension de l'exclusion fondée sur l'ordre public et les bonnes mœurs.*** L'ordre public et les bonnes mœurs ne sont des concepts que l'on appréhende aisément. Leur origine en droit peut être recherchée dans les règles qui organisent les rapports sociaux. Par exemple, le *Code civil* français dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les

---

<sup>598</sup> *Convention d'Union de Paris*, art. 4 quater. Dans le même ordre d'idées, l'article XX du GATT disposait péremptoirement : « Exceptions générales : rien, dans le présent Accord, ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures : a) nécessaires à la protection de la moralité publique; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux [...] ».

<sup>599</sup> Margo A. Bagley, « The New Invention Creation Activity Boundary in Patent Law » (2009) 51:2 William and Mary Law Review 577 à la p 582. En ligne : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1471986](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1471986).

bonnes mœurs »<sup>600</sup>. Ainsi, l'ordre public et les bonnes mœurs sont des « règles de convenance les plus couramment admises »<sup>601</sup>, dont l'irrespect choquerait la conscience collective, peu important la finalité des mesures susceptibles d'y porter atteinte; ils se justifient par les principes fondamentaux de l'ordre social et juridique qui sont le socle de chaque société et varient alors suivant les temps et les sociétés. Inspirés de règles morales qui ambitionnent la construction d'une société idéale, l'ordre public et les bonnes mœurs ne devraient normalement pas s'accommoder avec les règles juridiques, car la contrainte légitime du droit ne vise pas la perfection<sup>602</sup>. La réalité de l'ordre public comporte deux dimensions, l'une protectrice, l'autre directrice.

L'ordre public de protection vise à défendre les intérêts d'une partie, souvent la partie la plus faible dans un rapport de droit et, puisque les intérêts particuliers peuvent servir l'intérêt général, il y concourt. Quant à l'ordre public de direction, il a pour objet de protéger les intérêts généraux de la société, en tant que cadre de conduite de l'activité humaine en général. En recoupant ces deux dimensions du concept pour l'appliquer au système des brevets, l'on comprend que la référence à l'ordre public et aux bonnes mœurs vise, non seulement à rejeter une tendance au tout-brevetage, mais aussi à laisser libre cours au champ de tolérance pour chaque société. La jurisprudence, reprise par la doctrine, associe le concept à la protection de l'intérêt public et de l'intégrité physique des individus en tant que membres de la société, ce

---

<sup>600</sup> *Code civil français*, art. 6.

<sup>601</sup> Jean-Christophe Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2003 à la p 93.

<sup>602</sup> Jean-François Romain et al., *L'ordre public : concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995 à la p 11.



qui inclut la protection de l'environnement<sup>603</sup>. Ainsi, l'exclusion de la brevetabilité fondée sur l'ordre public et les bonnes mœurs vise « les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale [...] pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement »<sup>604</sup>. La question se pose alors de savoir si l'on se trouve en présence d'un empêchement dirimant qui paralyse la brevetabilité ou d'une recommandation dont il faut tenir compte lors de la délivrance du brevet.

***La portée de l'exclusion fondée sur l'ordre public et les bonnes mœurs.*** L'obstacle fondé sur la prise en compte de l'ordre public et des bonnes mœurs en matière de brevetabilité fait la jonction entre deux idéologies. D'une part, il y a le courant libéral selon lequel tout ce qui est fabriqué par l'être humain est susceptible d'être sanctionné par brevet sous la seule réserve de remplir les conditions de fond exigées à cet effet. Ainsi, en droit américain, « Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefore, subject to the conditions and requirements of this title »<sup>605</sup>. Sur le fondement de cette disposition, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique avait affirmé: «The fact that micro-organisms are alive is without legal significance for purposes of the patent law »<sup>606</sup>. D'autre part, un courant idéologique plutôt réfractaire rejette l'octroi du brevet pour certaines inventions sujettes à controverse d'un point de vue moral. En ce sens, le droit européen, ne permet pas de breveter

---

<sup>603</sup> Lise Dybdahl, *Les brevets européens*, Paris, Litec, 2005 à la p 48.

<sup>604</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 27. 2.

<sup>605</sup> *US Patent Act*, 35 USCS- section 101.

<sup>606</sup> *Diamond c. Chakrabarty*, 447 U.S 303 (1980).

les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite, dans tous les États contractants ou dans l'un ou plusieurs d'entre eux, par une disposition légale ou réglementaire<sup>607</sup>.

Sous l'influence de cette philosophie, la jurisprudence a pu s'opposer à la brevetabilité des inventions jugées intrinsèquement immorales<sup>608</sup> ou supposées comme telles, en raison de la destination de leur objet<sup>609</sup>.

À la jonction de ces deux courants de pensée, le seul fait qu'une invention soit potentiellement dangereuse pour la santé des humains ou des animaux ou pour l'environnement n'est pas, en soi, un motif suffisant pour qu'elle soit exclue de la brevetabilité, pour des raisons d'ordre public et de bonnes mœurs. En fait, l'exclusion fondée sur ces considérations opère par anticipation, car en dépit du motif, un brevet pourrait bien être octroyé, sauf que sa publication et son exploitation commerciale ne pourront pas prospérer<sup>610</sup>. Or, ce sont là les aspects essentiels et non négociables du brevet. C'est pourquoi certains auteurs<sup>611</sup> pensent que le débat concernant l'exclusion fondée sur l'ordre

---

<sup>607</sup> *Convention sur le brevet européen*, art. 53 (a) ; *Directive 98/44/CE* du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, Bruxelles, 6 juil. 1998, art. 6.1.

<sup>608</sup> Trib. civ. Seine, 29 nov. 1913, (1915-1919) *Ann. Propr. Ind.* à la p II-16. Il s'agissait d'une invention relative à un préservatif.

<sup>609</sup> Trib. civ. Toulouse, 19 juin 1890, cité par Alain Casalonga, *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, t. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949 à la p 149. Il s'agit même d'un cas d'annulation du brevet dont l'objet était un appareil destiné spécialement à l'exploitation d'un jeu de hasard.

<sup>610</sup> Dr Martin Grund et Dr Stacey J. Farmer, « Brüstle v. Greenpeace: The End of the Road for Human Embryonic Stem Cell Patents » (2012) 12:2 *Bio-science Law Review* 39 à la p 39

<sup>611</sup> Christoph Baumgartner, « Exclusion by Inclusion? On Difficulties with Regard to an Effective Ethical Assessment of Patenting in the Field of Agricultural Bio-Technology » (2006) 19:6 *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 521 aux pp 521-539. En ligne : <http://www.springerlink.com/content/d441447t8282> p 474; Nicolas Millaire, « L'embryon exclu de la brevetabilité » (janvier 2012) 45 *Revue Droit & Santé* 117 aux pp 118-119.

public et les bonnes mœurs est loin d'être affermi. L'on comprend alors que le législateur canadien affiche une indifférence totale à la question de la moralité en matière de brevet, une indifférence que la jurisprudence interprète comme le refus du législateur de porter des jugements de valeur dans l'appréciation de la brevetabilité<sup>612</sup>. D'ailleurs, en modifiant en 1993 le droit canadien des brevets pour l'harmoniser avec divers accords internationaux, le législateur canadien avait esquivé le débat, en déclarant que ces facettes importantes de l'intérêt public demeureraient régies par d'autres régimes de réglementation que la *Loi sur les brevets*<sup>613</sup>. Pourtant, bien que la *Loi sur la procréation assistée*, par exemple, ait fait une litanie d'interdictions<sup>614</sup> comme :

le clonage d'êtres humains, la modification de l'identité germinale de l'être humain et l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales [...], [elle] n'empêcherait pas que des inventions à cet égard soient brevetées au Canada. Cela illustre, encore une fois, la distinction fondamentale que le législateur établit entre la brevetabilité d'une invention et la réglementation d'une activité liée à une invention<sup>615</sup>.

En somme, le législateur canadien n'entend pas apprécier la moralité des objets brevetables, parce que « le monde de la technique ne répond plus à de grands idéaux mais, [...] à la nécessité du mouvement, de la compétition mondialisée pour survivre »<sup>616</sup> ; la recherche d'un monde idéal déroute, à certains égards, de la réalité scientifique.

---

<sup>612</sup> *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76, paragr. 14.

<sup>613</sup> *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76, paragr. 14.

<sup>614</sup> *Loi sur la procréation assistée* (L.C. 2004, ch. 2), art. 5 (1).

<sup>615</sup> *Harvard College c. Canada, Ibid.*, paragr. 15.

<sup>616</sup> Jean-René Binet et al., « Éthique et droit du vivant » (2013) 46 *Revue générale de droit médical* 151 à la p 155.

Il appert que l'exclusion de la brevetabilité des inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs opère au cas par cas ; l'objectif de cette exclusion est en fait d'éviter que les activités de recherche et développement ne préjudicient à l'humain. En d'autres termes, la personne humaine doit être la finalité de la science et pas simplement un moyen.

En tout état de cause, si l'application industrielle de l'invention vise à apporter la preuve de son utilité technique, il faut encore que l'invention constitue une valeur ajoutée, tant du point de vue de ce qui est connu auparavant qu'au regard de sa conception.

### **2.1.1.2 La nouveauté et l'inventivité**

La nouveauté et l'invention sont fondamentales en ce qui concerne la brevetabilité; elles déterminent l'apport de l'inventeur à la société qui, en élaborant ces critères de brevetabilité, tient compte de ses besoins. Par les critères de nouveauté et d'inventivité, le prétendant au brevet prouve que son invention remplit les exigences requises pour le titre, sans égard au domaine scientifique. En mettant en avant ses besoins, la société se doit alors de récompenser les services utiles accomplis par l'inventeur. Mais, aussi simple qu'elle puisse paraître en théorie, l'idée d'une juste rétribution de l'inventeur est en pratique plus complexe.

À vrai dire, « le système des brevets apparaît comme incapable d'appréhender les résultats des activités scientifiques, du fait qu'il refuse sa récompense à ceux qui ne savent pas réduire »<sup>617</sup> leur invention dans les limites de la brevetabilité. En outre, la personne de l'inventeur se dilue dans le brevet en raison, d'une part, de la conduite en équipe des

---

<sup>617</sup> Shu Zhang, *De l'OMPI au GATT : la protection internationale des droits de propriété intellectuelle : évolution et actualité*, Paris, Litec, 1994 à la p 123.

travaux de recherche et, de l'autre, de l'impertinence de son identité<sup>618</sup> aux fins de l'obtention du brevet. Par contre, avec le « mouvement d'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle »<sup>619</sup> en général, et du droit des brevets en particulier, « information-rich products have long crossed borders, prompting interested countries to pursue at least some intellectual property policymaking at an international level »<sup>620</sup>. Ainsi, la valeur-brevet<sup>621</sup> est élevée à un niveau d'exigence optimum pour que la nouveauté de l'invention soit d'un intérêt scientifique certain.

---

<sup>618</sup> Dans le système du « First-to-Invent » en matière de brevet qui avait encore cours aux États-Unis d'Amérique jusqu'à récemment en vertu de la *United States Code Title 35- Patents*, art. 35-111, a (1) et b (1) : « An application for patent shall be made, or authorized to be made, by the inventor, except as otherwise provided in this title, in writing [...] A provisional application for patent shall be made or authorized to be made by the inventor, except as otherwise provided in this title, in writing [...] », la personne de l'inventeur intervient simplement pour s'assurer que le véritable inventeur est le demandeur du brevet. Mais, cela ne signifie nullement que l'exploitation du brevet ne puisse revenir à une autre personne. Ce système a été pratiqué au Canada pendant longtemps jusqu'à la réforme de 1989 : *An Act to Amend the Patent Act and to Provide for Certain Matters in Relation Thereto*, R.C.S. 1985 (3d Supp.), c. 33. Il est utile de mentionner qu'avec le vote par le Sénat américain et la Chambre des représentants du *Patent Reform Bill* (S.23) et sa promulgation le 16 septembre 2011, les États-Unis d'Amérique abandonnent définitivement le système du First-to-Invent au profit du First-Inventor-to-File qui est largement répandu dans le monde ; cette réforme est entrée en vigueur le 16 mars 2013. Dans le système européen par exemple, l'article 62 de la *convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance du brevet européen* dispose que « l'inventeur a le droit, à l'égard du titulaire de la demande de brevet européen ou du brevet européen, d'être désigné en tant que tel auprès de l'Office européen des brevets ».

<sup>619</sup> Jean-Luc Piotraut, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé : France, Allemagne, Royaume-Uni, États-Unis*, Paris, Ted & Doc, 2007 à la p 6.

<sup>620</sup> Graeme B. Dinwoodie, « Developing a Private International Intellectual Property Law: The Demise of Territoriality » (2009) 51 *William and Mary Law Review* 711 à la p 713.

<sup>621</sup> Cette expression met en exergue l'exigence de qualité pour qu'une invention puisse être brevetée. Autrefois, sous l'empire du *Statute of monopolies* par exemple, il était possible d'obtenir un brevet sur une invention qui était connue en d'autres lieux. C'est que l'on qualifia de « brevet d'importation » qui évidemment n'apporte rien à la société.

### 2.1.2.1.1 La nouveauté de l'invention

Pour juger du caractère novateur d'une invention, l'appréciation ne s'arrête pas simplement à la solution qu'elle propose; elle s'étend à ses résultats et avantages. Le régime de la nouveauté de l'invention prend en « *compte [...] l'état de la technique et des connaissances générales courantes qui existaient au moment où l'invention [a] été faite* »<sup>622</sup>. La nouveauté de l'invention s'apprécie donc par référence à l'état de l'art existant<sup>623</sup>, dont la connaissance par l'inventeur est une condition de droit.

**La teneur de l'art antérieur.** « L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet [...] par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen »<sup>624</sup>. En effet, l'art antérieur incorpore toutes les informations susceptibles d'être connues par tout tiers non lié à l'inventeur, ou à son ayant cause, par une obligation de secret au jour de la demande, et qui sont de nature à détruire la nouveauté de l'invention ; il est constitué de l'ensemble des données scientifiques telles qu'elles existent dans le domaine technologique considéré au jour de la demande de brevet. Une information appartenant à l'état de la technique constitue donc une antériorité destructrice de la nouveauté. Ainsi, une invention est antériorisée par l'état de la technique, lorsqu'elle décrit les mêmes éléments, remplit les mêmes fonctions et tend au même résultat, qu'un élément de l'art antérieur, sans égard aux

---

<sup>622</sup> *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. et Ministère de la santé*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265, paragr. VI (b).

<sup>623</sup> Bernard Caillaud, « La propriété intellectuelle sur les logiciels » dans Jean Tirole et al., *Propriété intellectuelle : rapports*, Paris, La documentation française, 2003, 113 à la p 120.

<sup>624</sup> *Convention sur le brevet européen*, art. 54 (2).

frontières des États, peu importe que l'inventeur ait apporté une légère différence à son œuvre<sup>625</sup>.

L'accessibilité à l'art antérieur est une question de droit qui s'apprécie, *in abstracto*, sans égard au fait que l'inventeur ou le public en aient eu effectivement connaissance. Il n'est pas non plus besoin que l'information relevant de l'art antérieur soit notoirement connue ; mais elle doit être complètement divulguée. Ainsi,

La composition chimique d'un produit fait partie de l'état de la technique dès lors que ce produit en tant que tel est accessible au public et qu'il peut être analysé et reproduit par l'homme du métier, indépendamment de la question de savoir s'il est possible de déceler des raisons particulières pour analyser cette composition<sup>626</sup>.

En d'autres termes, l'accessibilité à l'état de la technique repose sur le seul fait que sa connaissance peut suffire, à une personne ayant des compétences dans le domaine considéré, pour comprendre l'invention ou son mode de fonctionnement. En revanche, l'accessibilité ne résulte pas du fait que la personne impliquée dans le domaine technologique doive recourir à un recoupement intelligible de divulgations vagues et parcellaires comprises dans l'état de la technique qui se compose des antériorités de toute pièce<sup>627</sup>. De plus, ne sont pas comprises dans l'état de la technique, les communications faites dans le cadre restreint des personnes liées à l'inventeur par une obligation de secret, soit par définition de la loi, soit en vertu d'un contrat<sup>628</sup>. Dans le même sens, la loi organise un délai de grâce de douze mois<sup>629</sup>, au profit de l'inventeur

---

<sup>625</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 13 mai 1974, *HD c. Cegedur*, (1974) Ann. à la p 185.

<sup>626</sup> OEB, Grande ch. de recours, avis G1/92 du 18 déc. 1992, (1993) JOOEB à la p 277.

<sup>627</sup> Cass. com., 5 oct. 2004, (2005) 798 PIBD à la p 667.

<sup>628</sup> CA Paris, 17 sept. 1997, (1999) 2 JCP à la p 414, obs. Jean-Marc Mousseron.

<sup>629</sup> *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, ch. P-4), art. 28.2 (1). En droit européen, le délai de grâce est de six mois, conformément aux dispositions de l'article 55 (1) de la Convention sur le brevet européen.

qui aura, soit par lui-même ou de façon indirecte, fait une communication ayant rendu accessible au public l'objet de l'invention, ou qui en aura fait une exposition publique à l'occasion d'une foire officielle, avant le jour de la demande de brevet. Le mécanisme du délai de grâce vise d'une part, à favoriser les communications scientifiques des chercheurs et, de l'autre, à laisser du temps à l'inventeur pour prendre la décision définitive de recourir au brevet, ou de poursuivre une demande entamée, en considérant la solidité de la nouveauté de son invention. Le délai de grâce se distingue de ce fait du droit de priorité unioniste qui lui, a pour but de créer des conditions favorables à la multiplication d'une demande de brevet dans différents pays, pour la même invention<sup>630</sup>. Somme toute, l'état de la technique constitue le cadre de référence pour déterminer le régime de la nouveauté de l'invention.

**Le régime juridique de la nouveauté.** Selon l'*Encyclopédie de la propriété intellectuelle* de McCarthy citée par le professeur Carlos Correa, « la nouveauté est le contraire de l'ANTICIPATION. Ainsi, ne peut être considérée comme nouvelle une invention qui a été anticipée par un brevet déposé antérieurement et compris dans l'état de la technique ou une publication. »<sup>631</sup>. En s'appuyant sur les théories qui associent le brevet au contrat ou à l'encouragement et la rémunération, l'on convient que la société ne peut en accorder un, que si « la

---

<sup>630</sup> PCT, art. 8. Suivant les dispositions combinées des articles 4. A (1) et 4. C (1) de la *Convention d'union de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, « Celui qui aura régulièrement fait le dépôt d'une demande de brevet d'invention [...], dans l'un des pays de l'Union, ou son ayant cause, jouira, pour effectuer le dépôt dans les autres pays, d'un droit de priorité [...] de douze mois [...] ».

<sup>631</sup> J. Thomas McCarthy, Roger E. Schechter et David J. Franklyn McCarthy, *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*, 3<sup>ème</sup> éd., Washington D.C., The Bureau of National Affairs Inc., 2004 à la p 406, cité par Carlos M. Correa, dir, *Guides sur les brevets pharmaceutiques*, Vol. 1, Genève, publications du Centre Sud, juil. 2008 à la p 13.



révélation d'une invention nouvelle, [...] enrichit la technique existante »<sup>632</sup>. De fait, la question se pose de savoir en quel sens cette nouveauté peut réellement constituer une richesse pour la société, parce que « les critères utilisés pour définir ce qui est nouveau influent sur l'étendue des restrictions qui peuvent être imposées au libre accès et à la libre utilisation des connaissances techniques et des produits tombés dans le domaine public »<sup>633</sup>. En fait, le régime juridique de la nouveauté peut comporter deux variantes et, suivant que l'invention était connue ou non sous d'autres cieux, la nouveauté sera relative ou absolue.

Dans le cas de la nouveauté relative, la définition de l'art antérieur se limite à l'espace géographique de l'État sous l'empire duquel le brevet est accordé ; la nouveauté se réfère alors aux connaissances locales. Une telle approche est une prime aux brevets d'introduction et de résurrection<sup>634</sup>, une large brèche ouverte à l'espionnage technologique au plan international pour favoriser la production locale. En pareille hypothèse, « la société ne reçoit rien et n'a rien à garantir. Le titre délivré au breveté tendrait, [...], à consacrer une usurpation sur le domaine public, et la loi ne peut la protéger »<sup>635</sup>. Par conséquent, pour que le brevet constitue une richesse pour la société, dans ce monde globalisé, du fait de l'ubiquité de l'invention, il est impératif que le régime de la nouveauté soit apprécié avec beaucoup plus de rigueur,

---

<sup>632</sup> Joanna Schmidt-Szaleswski et Jean-Luc Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 2007 à la p 42.

<sup>633</sup> Carlos M. Correa, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, Genève, publications du Centre Sud, 2001, Part IV à la p 1.

<sup>634</sup> Frédéric Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle : la propriété industrielle*, Paris, Economica, 2011 à la p 181.

<sup>635</sup> Pierre Devant et al., *Les brevets d'invention*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1971 à la p 369.

qu'il ne s'arrête pas seulement au cadre restreint des frontières d'un seul pays.

Pour ce qui est de la nouveauté absolue, elle repose sur la conception moderne du brevet qui voudrait que seules les inventions qui sont réellement nouvelles, puissent être sanctionnées par le titre. Le régime de la nouveauté défini en droit positif est de nature absolue<sup>636</sup>. En effet, l'invention proposée à la brevetabilité ne doit pas reproduire intégralement une information contenue dans l'état de la technique. En d'autres termes, la nouveauté absolue constitue une fin de non-recevoir au brevet d'importation. Paralysant toute propension à la fourberie et l'âpreté, dans un domaine où l'individu est d'abord mû par ses propres intérêts, la nouveauté absolue exige que les recherches d'antériorité soient plus conséquentes, qu'elles prennent en compte tant les publications contenues dans les revues et la littérature professionnelle, que les brevets et les demandes de brevet<sup>637</sup> d'ailleurs. Sur le fondement de l'exigence d'une nouveauté absolue, la Cour suprême de l'Inde a pu débouter la compagnie pharmaceutique, Novartis, de la prétention au brevet sur une formule rénovée d'un médicament antimytotique, le Gleevec. Le raisonnement de la cour est, à ce propos, très saisissant :

It is beyond doubt that what was marketed then was Imatinib Mesylate and not the subject product, Imatinib Mesylate in beta crystal form. It is also seen above that even while the appellant's application for grant of patent lay in the "mailbox" awaiting amendments in the law of patent in India, the appellant was granted Exclusive Marketing Rights on November 10, 2003, following which Gleevec was marketed in India as well. [...].

---

<sup>636</sup> *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, ch. P-4), art. 28. 2 (1) : a), b) et c).

<sup>637</sup> Carlos M. Correa, « Le plan d'action dans le domaine des brevets sert-il les intérêts des pays en développement ? » dans Bernard Remiche, dir, *Brevet, innovation et intérêt général : le brevet : pourquoi et pour faire quoi ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, 77 à la p 99.

What appears, therefore, is that what was sold as Gleevec was Imatinib Mesylate and not the subject product, the beta crystalline form of Imatinib Mesylate.

If that be so, then the case of the appellant appears in rather poor light and the claim for patent for beta crystalline form of Imatinib Mesylate would only appear as an attempt to obtain patent for Imatinib Mesylate, which would otherwise not be permissible in this country.

In view of the findings that the patent product, the beta crystalline form of Imatinib Mesylate, fails in both the tests of invention and patentability as provided under clauses (j), (ja) of section 2 (1) and section 3 (d) respectively, the appeals filed by Novartis AG fail and are dismissed with cost. [...] <sup>638</sup>.

La rigueur de la nouveauté absolue vise à lutter contre les pratiques d'evergreening très usitées par les compagnies pharmaceutiques. «Evergreening is the strategy by which patentees seek to patent minor innovations with the aim of preventing competition. Ever-greening strategies entail (little or) no gain to society in terms of innovation; or differently put the costs of granting a patent exceed their benefits»<sup>639</sup>. En d'autres mots, la nouveauté absolue signifie qu'un ensemble d'informations rendues publiques, dans un document unique, constitue une fin de non-valoir à toute demande de brevet, peu importe le lieu de leur divulgation, car «the public should be intitled to use all that is in the public domain unless patents have been sought»<sup>640</sup>. Il n'empêche que la nouveauté d'une invention s'affirme avec éclat dans l'agencement

---

<sup>638</sup> Supreme Court of India, Civil Appellate Jurisdiction, 1er avril 2013, *Novartis c. Union of India & Others*, Civil appeal n° 2706-2716 of 2013 (arising out of SLP (C) n° 20539-20549 of 2009); *Natco pharma ltd. c. Union of India & Others*, Civil appeal n° 2728 of 2013 (arising out of SLP(C) n° 32706 of 2009); *M/S Cancer patients Aid Association c. Union of India & Others*, Civil appeal n° 2717-2727 of 2013 (arising out of SLP (C) n° 12984-12994 of 2013) SLP(C)...../ 2011 CC n° 6667-6677, paragr. 193-195 à la p 96. En ligne : <http://judis.nic.in/supremecourt/Chrseq.aspx>.

<sup>639</sup> Alexandra Arcuri et Rosa Castro, "How Innovative is Innovative Enough? Reflections on the Interpretation of Article 27 TRIPS from *Novartis v. Union of India*" (2008) 52 *Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper 1* à la p 21.

<sup>640</sup> William S. Thompson, « Reforming the Patent System for the 21st Century » (1993) 21 *AIPLA Quarterly Journal* 171 à la p 176.

intelligible de renseignements recueillis à partir de plusieurs publications antérieures éparses<sup>641</sup>. En particulier, le brevet pharmaceutique admet la nouveauté de moyens connus.

**La nouveauté de produits ou moyens connus en matière de brevet pharmaceutique.** La brevetabilité d'un produit connu ne se fonde pas simplement sur sa « mise en œuvre plus intelligente ou plus habile ainsi que le *tour de main*. Elle [exige] une véritable nouveauté fonctionnelle »<sup>642</sup>. En effet, la réalité de l'esprit scientifique est un éternel recommencement mis en relief par cette formule de Lavoisier, reprise par Antoine Béchamp : « rien ne se crée, ni dans les opérations de l'art, ni dans celles de la nature, et l'on peut poser en principe que, dans toute opération, il y a une égale quantité de matière avant et après l'opération [...] et qu'il n'y a que des changements, des modifications. »<sup>643</sup>. Ainsi, la brevetabilité d'une invention n'épuise pas les potentialités de la matière première à partir de laquelle elle a été réalisée : c'est le problème de la nouvelle application d'un produit antérieurement connu qui, incontestablement, a son champ de fertilité dans le domaine pharmaceutique. Que faut-il entendre par produit connu ?

**La notion de produit ou moyen connus.** Le concept de moyen ou produit connus ne semble avoir été défini, ni par les législations sur le brevet, ni par la jurisprudence. Toutefois, en partant de l'idée que tout perfectionnement de toute réalisation, de tout procédé, de toute

---

<sup>641</sup> *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, paragr. 26.

<sup>642</sup> Maurice Chavrier, « L'activité inventive dans les brevets d'invention » dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, 387 à la p 391.

<sup>643</sup> Antoine-Laurent Lavoisier, *Traité élémentaire de chimie, présenté dans un ordre nouveau et d'après les découvertes modernes* (1789), cité par Antoine Béchamp, « Lettres sur la chimie adressées à M. le Professeur COURTY » (1930) 8-9 Montpellier Médical 340 à la 343.

machine, fabrication ou composition de matières, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité est une invention<sup>644</sup>, il faut admettre que les produits ou moyens connus sont tout élément compris dans l'art antérieur, auquel l'on découvre une utilité nouvelle. À vrai dire, une invention est nécessairement une combinaison de moyens connus et/ou inconnus. L'on comprend donc que la jurisprudence déclare avec autorité :

L'idée de l'appelante de trouver un usage nouveau à des composés déjà connus - qui est réalisable en pratique et a une valeur commerciale indéniable - est une invention au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*. Rien dans la Loi, pas même l'art. 36, n'interdit de formuler une revendication visant ces compositions qui constituent la réalisation pratique d'une connaissance nouvelle.

La revendication relative aux compositions de composés nouveaux est aussi brevetable [...] <sup>645</sup>.

Dans le même sens, la grande chambre de l'office européen des brevets précise :

[qu']en raison de l'obligation générale de breveter les inventions [...], il apparaît légitime de déduire le caractère de nouveauté de la préparation d'une substance ou composition en soi connue de la nouveauté de son nouvel emploi thérapeutique, qu'une application pharmaceutique de cette substance ou composition ait été ou non connue<sup>646</sup>.

En effet, si tout objet était en réalité nouveau, au sens où personne ne l'avait fait ou envisagé auparavant, et que les nouvelles substances produites n'avaient jamais été produites ou projetées auparavant, alors, en présumant qu'il y a un objet, ainsi qu'il y a lieu de le faire à l'occasion de l'examen d'une invention, l'objection fondée sur l'absence

---

<sup>644</sup> *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, ch. P-4), art. 2.

<sup>645</sup> *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536 à la p 537.

<sup>646</sup> OEB, Grande ch. de recours, 5 déc. 1984, *EISAI*, aff. G 05/83 ; OEB, Grande ch. de recours, 5 déc. 1984, *Pharmaka*, aff. G 06/83.

de nouveauté doit être rejetée<sup>647</sup>. Aussi, la doctrine convient-elle qu'un produit ou moyen connus, c'est « the discovery that the same product [which] was already used for a specific therapeutic purpose can also be used for another therapeutic purpose »<sup>648</sup>. De fait, il y a lieu de situer la ligne de démarcation entre l'ancienne et la nouvelle application du produit ou moyen antérieurement connus.

**La caractérisation de la nouvelle application de produit ou moyen connus.** La distinction de la nouvelle application d'un moyen ou d'un produit antérieurement connus ne se fonde pas sur leur nature, mais plutôt par rapport à la nouvelle fonction que l'inventeur leur définit. Ce nouvel emploi constitue ainsi les revendications de l'invention. Il s'agit d'un critère élaboré de longue date par la jurisprudence, et qui semble toujours d'actualité :

une personne doit distinguer ce qui est nouveau de ce qui est ancien par ses revendications mais elle n'a pas à distinguer ce qui est nouveau de ce qui est ancien dans ses revendications [...]. Il n'y a pas d'obligation de faire plus, ni de dire pourquoi elle est nouvelle ou ce qui y est nouveau<sup>649</sup>.

Ainsi, le même produit ou le même moyen peuvent faire l'objet d'autant de brevets qu'ils ont d'applications en industrie, pourvu qu'une personne compétente en la matière ne puisse déduire ces diverses applications. En ce sens, « l'utilisation thérapeutique nouvelle [d'un] médicament consist[ant] à traiter une maladie différente de celle pour laquelle il avait été précédemment divulgué »<sup>650</sup> est brevetable, en dépit du fait

---

<sup>647</sup> *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536.

<sup>648</sup> Axel Casalonga et Gerard Dossmann, « Patent Protection of the Therapeutic Use and Pharmaceutical Product » (1988) 70 *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 173 à la p 174.

<sup>649</sup> *British United Shoe Machinery Company Ltd. c. A. Fussell & Sons Ltd.* (1908), 25 R.P.C. 631, p. 651., cité dans *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504.

<sup>650</sup> OEB, Grande ch. de recours, 15 Oct. 1987, n° T 0019/86.

qu'une application thérapeutique antérieure du médicament était comprise dans l'état de la technique. Autrement dit, l'identification d'« une propriété précieuse, au sens le plus large, [d'] une activité déterminée ou la potentialité d'une telle activité »<sup>651</sup> est le critère suffisant qui permet de réintroduire un élément de l'art antérieur dans le champ de la brevetabilité. Ce même critère permet de rejeter une demande de brevet portant sur la simple découverte d'un objet de la nature. Ainsi, la chambre de recours technique de l'Office européen des brevets oppose une fin de non-recevoir à une demande de brevet revendiquant un champignon nouveau, le Mucor Boulard n° 5, au motif qu'« un produit naturel, quel qu'intéressante puisse être sa découverte et de quelque utilité qu'il puisse être à l'industrie ne saurait, en dehors de toute méthode industrielle d'application, de procédé industriel nouveau, faire l'objet d'un brevet »<sup>652</sup>. En somme, la considération de la nature et de l'état de la nature est étrangère au système des brevets, la référence fondamentale reposant sur l'humain et ses connaissances et non la préexistence d'une chose ; ce qui permet de mieux juger du critère inventif.

#### **2.1.2.1.2 L'inventivité**

L'inventivité est une condition de fait dont la finalité est de voir s'il existait une possibilité de réaliser l'invention à partir des éléments contenus dans le domaine public ; elle impose donc un dépassement de tous les préjugés scientifiques<sup>653</sup>. Selon le professeur Maurice Chavrier, trois critères semblent indissociables de l'inventivité :

---

<sup>651</sup> OEB, ch. de recours technique, 22 juin 1982, n° T 22/82, (1982) JOOEB à la p 341.

<sup>652</sup> OEB, ch. de recours technique, 08 sept. 2000, n° T931/95, (2001) JOOEB à la p 441.

<sup>653</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch. 3<sup>e</sup> sect., 7 oct. 2009, *Alk Abello A/S (Denemark) c. Stallergenes Sa*, (2009) 909 PIBD à la p III-12.

l'idée inventive dépassant les horizons ordinaires de l'homme du métier – la solution par des moyens imprévus d'un problème jusqu'alors non résolu par la technique industrielle courante – la découverte d'un résultat inattendu que la technique ordinaire n'indiquait pas<sup>654</sup>.

En d'autres termes, la personne du métier se trouve au centre de l'appréciation du caractère inventif, cette personne devant aller au-delà du labeur courant.

La personne du métier est un personnage imaginaire de référence, envisagé d'un point de vue strictement théorique, pour l'évaluation de l'activité inventive. Il s'agit d'une personne appartenant au domaine auquel se rapporte la solution technique proposée par l'invention, un « technicien versé dans son art mais qui ne possède aucune étincelle d'esprit inventif ou d'imagination ; un parangon de déduction et de dextérité complètement dépourvu d'intuition; un triomphe de l'hémisphère gauche sur le droit »<sup>655</sup>. Pour la doctrine, la personne du métier « n'est ni un savant, ni un inventeur, ni l'homme de la rue, [mais] un spécialiste qualifié dans le domaine considéré [...] de qualité moyenne. »<sup>656</sup>. De fait, cette personne doit posséder des connaissances dignes de son rang et être en mesure de s'en servir pour concevoir l'invention<sup>657</sup>.

---

<sup>654</sup> Maurice Chavrier, « L'activité inventive dans les brevets d'invention » dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, 387 à la p 389.

<sup>655</sup> *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. et Ministère de la santé*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265, paragr. 52.

<sup>656</sup> Jean-Christophe Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2003 à la p 105.

<sup>657</sup> Cass. com., 17 oct. 1995, (1995) Dossiers Brevets à la p III-5.



À vrai dire, « *cette créature mythique (monsieur tout-le-monde du domaine des brevets)* »<sup>658</sup> est non seulement un spécialiste du domaine auquel se rapporte l'invention, mais encore il dispose d'un appareillage important, en termes de documentation, de personnel et de matériel<sup>659</sup>, pour être à la pointe de la technologie en cause. Cette énumération jurisprudentielle des moyens au pouvoir de la personne versée dans la technologie appelle quelques observations. D'abord, la recherche appliquée implique, de nos jours, très souvent de l'expérimentation et ne s'appuie plus seulement sur l'observation du XIX<sup>ème</sup> siècle. Ensuite, cette nécessité de l'expérimentation est généralement pluridisciplinaire. Enfin, cette multidisciplinarité de la recherche fait appel à la collaboration scientifique de plusieurs chercheurs constitués en équipe, chacun devant apporter en toute bonne foi le meilleur soin possible pour l'obtention des résultats attendus. Cette transversalité de la recherche scientifique brise, en un certain sens, les frontières de l'unicité du domaine de compétence de la personne du métier. De fait, il faut admettre que la personne du métier doit apporter beaucoup plus que n'aurait pu faire un technicien moyen auquel elle est assimilée.

**Le rejet de l'« essai allant de soi » ou de la « prédiction valable ».** Lorsqu'une personne, dotée de compétences usuelles et disposant d'un ensemble de moyens techniques pour répondre à un problème technique, parvient au résultat escompté, cela est sans doute attribuable au bon sens, et non à un réel esprit inventif. En pareil cas, la simple combinaison des éléments prédispose à l'obtention d'un résultat dépourvu d'inventivité. À ce propos, la jurisprudence parle d'« essai

---

<sup>658</sup> *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. et Ministère de la santé*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265, paragr. 52.

<sup>659</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup> Ch., 19 oct. 1977, *Ciba Geigy c. Phyteurop S.A. et Loiret*, (1977) 204 PIBD à la p III-456.

allant de soi »<sup>660</sup>, ou de la prédiction valable dont le fondement factuel suppose qu'à la date de la demande de brevet, l'inventeur pouvait avoir un raisonnement clair et valable qui permette d'inférer des faits, le résultat auquel il est parvenu à partir d'une divulgation antérieure suffisante<sup>661</sup>. Il s'agit en l'occurrence de l'évident qui s'apprécie suivant les circonstances de l'espèce :

L'évidence doit s'apprécier selon les faits de l'espèce. La cour doit considérer l'importance de tout facteur à la lumière des circonstances pertinentes, dont la motivation derrière la recherche d'une solution au problème qui sous-tend le brevet, le nombre et l'étendue des recherches possibles, les efforts requis par elles et les chances de réussite<sup>662</sup>.

Ainsi, un brevet ne peut être accordé, selon les conclusions de l'avocat général près la CJUE, Nial Fennelly, à « ce qui, du point de vue d'un homme du métier, est évident ou pratiquement indispensable au raisonnement breveté, même sans mention particulière, ou ce que l'homme du métier peut déceler et mentalement déduire sur-le-champ »<sup>663</sup>. L'on convient alors avec le professeur David Vaver, lorsqu'il affirme que la notion d'essai allant de soi n'est applicable que lorsqu'il est très clair, c'est-à-dire plus ou moins évident que l'essai sera fructueux<sup>664</sup>, étant entendu que toute considération accessoire a pu se révéler éclairante pour la réalisation de l'invention. En purgeant la brevetabilité du résultat nécessaire d'une recherche rationnelle dont la

---

<sup>660</sup> *Johns-Manville Corporation's Patent*, [1967] R.P.C. 479 (C.A.).

<sup>661</sup> *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, 2002 CSC 77, paragr. 57-62.

<sup>662</sup> *Angiotech Pharmaceuticals Inc. c. Conor Medsystems Inc.*, [2007] R.P.C. 20, paragr. 72.

<sup>663</sup> CJCE, 03 juin 1999, *Farmitalia Carlo S.r.l. c. Patentamt*, C-392/97, paragr. 11.

<sup>664</sup> David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2ème éd., Toronto, Irwin Law, 2011 à la p 329.

personne du métier est presque naturellement amenée à trouver<sup>665</sup>, le caractère inventif repose sur la non-évidence de l'œuvre accomplie.

**La non-évidence.** La détermination de la non-évidence de l'invention repose sur un faisceau d'indices associés à la conceptualisation de la notion ; mais, les critères d'analyse de la non-évidence ne sont pas définitivement établis pour « s'appliquer à toutes les situations »<sup>666</sup>. L'analyse se fait, en cette occurrence, par rapport à une appréciation de l'invention mise à jour, par l'approche problème-solution au regard de l'état de la technique. Ainsi,

La «non-évidence» doit être cherchée d'abord dans le problème posé, puis dans la sélection des informations utiles dans l'état de la technique et enfin dans la solution apportée [car] l'énoncé du problème a besoin d'une imagination créatrice, s'il n'est pas évident, l'activité inventive se manifeste probablement. De même, si la mise en œuvre des moyens apportés par la solution n'est pas évidente pour l'homme du métier, l'activité inventive réside alors dans les efforts de trouver la solution<sup>667</sup>.

En d'autres termes, la non-évidence impliquant

une rupture avec l'état de la technique, l'appel à des critères d'ordre subjectif conduit à prendre en compte l'agir de l'inventeur, c'est-à-dire sa démarche, au regard d'un devoir être du savoir-faire technique représenté par les capacités prévisibles de l'homme du métier<sup>668</sup>.

En somme, la non-évidence consiste, après l'analyse de l'invention, à se demander si l'homme du métier, fort des enseignements tirés de l'art antérieur, ne l'aurait pas réalisée, même si la demande de brevet fait

---

<sup>665</sup> Michel Vivant, *Le droit des brevets*, Paris, Dalloz, 1997 à la p 32.

<sup>666</sup> Adam Mizera, « Définir un critère d'inventivité pour les brevets : ce n'est pas évident » (2007) 19 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 1115 à la p 1159.

<sup>667</sup> Junmin Ren, *La protection juridique des inventions dans les relations commerciales entre la France et la Chine : étude de droit comparé et de droit international privé*, Paris, éd. YOU-FENG, 2007 à la p 58.

<sup>668</sup> Samuel Becquet, *Le bien industriel*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005 à la p 175.

état de l'ajonction de divers éléments indépendants<sup>669</sup>. Ainsi, la non-évidence se réfère à l'« ingéniosité »<sup>670</sup>, tant de l'inventeur que son œuvre ; elle est la lentille au travers de laquelle s'apprécie l'invention avec tous les indices d'« un progrès suffisant par rapport aux technologies existantes pour justifier l'octroi du brevet »<sup>671</sup>. Quels sont alors les éléments qui permettent cette appréciation ?

L'évaluation de la non-évidence a fait l'objet, en jurisprudence de l'établissement de critères précis qui permettent de faire une analyse factuelle :

- l'invention : le résultat obtenu par l'invention doit être manifestement meilleur que celui de la technologie existante la plus proche, notamment dans l'amélioration de la qualité, l'augmentation de la production, l'économie d'énergie ;
- l'inventeur : il s'agit d'un personnage imaginaire de référence, un technicien avisé et ayant des compétences normales dans son champ de compétence ;
- le climat entourant le domaine de l'invention au moment de la conception de celle-ci ;

---

<sup>669</sup> CA Colmar, 1<sup>ère</sup> ch. civ., sect. B, 8 sept. 2005, *Serge Schlee c. Décision du directeur général de l'INPI*, (2005) 820 PIBD à la p III-717.

<sup>670</sup> Le concept d'« ingéniosité » fut adopté par la jurisprudence, qui se garda bien d'en donner une définition ; elle n'en donna pas non plus de critères explicites pour son application. Voir *Crosley Radio Corp. c. Cdn General Electric Co.*, [1936] R.C.S. 551; Nathalie Jodoin, « Nouveauté, activité inventive et utilité en matière de brevet » (1999-2000) 12 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 663 à la p 682.

<sup>671</sup> Alexandre Abecassis, « Critère d'évidence : la Cour suprême des États-Unis met la pédale douce » (2007) 19 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 1129 à la p 1131.

- les motivations qui justifient la recherche de solution pour résoudre le problème technique connu<sup>672</sup>.

Le rôle des indices est de permettre une appréciation objective de la non-évidence de l'invention. Ces indices valident l'activité inventive<sup>673</sup>, devenue la « condition décisive de réservation [devant] l'effacement relatif de l'exigence de nouveauté »<sup>674</sup>, en particulier dans le domaine des biotechnologies marqué par l'utilisation de matériels ou procédés biologiques dont la nouveauté est, *a priori*, détruite, pour la production de biens susceptibles d'améliorer la qualité de la vie humaine.

### **2.1.2 L'intérêt de la biotechnologie à la vitalité du brevet pharmaceutique**

L'intérêt de la biotechnologie en matière de brevet pharmaceutique est d'avoir révolutionné les activités de recherche et développement pour le bénéfice de l'humanité, en mettant en avant l'utilisation d'organismes vivants, ou des parties d'organismes vivants, aux fins d'offrir de nouvelles méthodes de production ou de créer de nouveaux produits<sup>675</sup>. Selon la doctrine, l'adoption et l'utilisation des biotechnologies sont non seulement prometteuses, pour les pays en développement et développés, mais encore, bien gérées, elles peuvent contribuer à l'innovation et apporter des solutions aux défis que le monde entier doit

---

<sup>672</sup> *Beloit Canada Ltd. c. Valmet Oy*, [1995] 3 F.C. 0; *Novopharm Limited c. Janssen-Ortho Inc.*, 2007, FCA 105 (2007).

<sup>673</sup> Paul Mathely, *Le droit européen des brevets d'invention*, Paris, Journal des notaires et des avocats, 1978 à la p 129.

<sup>674</sup> Jean-Marc Mousseron et Annie Sonnier, *Le droit français nouveau des brevets d'invention*, Paris, Litec, 1978 à la p 53.

<sup>675</sup> Santé Canada, *Biotechnologie et santé humaine*. En ligne : [http://www.hc-sc.gc.ca/sr-sr/pubs/biotech/bio\\_hum\\_heal-sante-fra.php](http://www.hc-sc.gc.ca/sr-sr/pubs/biotech/bio_hum_heal-sante-fra.php). Voir aussi *Convention de Rio de Janeiro sur la diversité biologique*, 3-14 juin 1992, art. 2.

aujourd'hui affronter<sup>676</sup>; elles sont au secours de la sécurité alimentaire et pharmaceutique.

D'un point de vue historique, la biotechnologie remonte à la période préhistorique, depuis la découverte par les humains de la possibilité d'améliorer leur patrimoine productif par la sélection de semences; elle a cependant pris de l'importance dans un passé relativement récent<sup>677</sup>.

Sur le plan matériel, la biotechnologie comporte deux principales dimensions, l'une organismique qui utilise un organisme entier et, l'autre moléculaire qui se concentre sur l'utilisation de molécules, tels que les protéines cellulaires, l'ADN, les plasmides<sup>678</sup>. Elle implique des techniques de manipulation d'organismes vivants ou leurs gènes; l'on distingue la biotechnologie médicale, agricole ou environnementale, suivant qu'elle se rapporte respectivement au savoir-faire du vivant relatif aux produits et procédés pour le diagnostic et la thérapeutique médicaux, agroalimentaires, bioénergétiques et au changement climatique. Dans le domaine de la médecine, l'on considère Ernest Duchesne comme un des précurseurs, en raison de ses travaux sur les potentialités thérapeutiques de l'activité anti-microbienne des moisissures<sup>679</sup>. Sans doute, les travaux de Duchesne furent une source d'inspiration pour Sir Alexander Fleming pour la mise au point en 1929,

---

<sup>676</sup> Sarah Vanuxem, « La tentative PIPRA (Public Intellectual Property Resource for Agriculture): un commune en propriété intellectuelle sur les biotechnologies agricoles? » (2014) 2 RIDE 235 à la p 248.

<sup>677</sup> Gary P. Sampson, *The WTO and Sustainable Development*, Tokyo/New York/Paris, United Nations University Press, 2005 à la p 144.

<sup>678</sup> Ahmed Nomman Mirza, « Green Biotechnology », Communication dans le cadre de l'Université internationale d'été sur la propriété intellectuelle et les biotechnologies : Aspects juridique, commercial et scientifique, Justus-Liebig University, Giessen (Allemagne), 20 juillet 2011 ; Georges Hübner, Pierre-Armand Michel et Mélanie Servais, *Valeur et risque des brevets pour les biotechnologies*, Bruxelles, Larcier, 2003 à la p 17.

<sup>679</sup> Ernest Duchesne, *Contribution à l'étude de la concurrence vitale chez les microorganismes* (1897), Whitefish, Kessinger Publishing, 2010.

de la pénicilline<sup>680</sup> produite par *penicillium notatum*, la moisissure d'un champignon.

En pratique, les applications de la science du vivant sont très variées. Des biocarburants aux bactéries utilisées pour la production de diverses substances utiles à l'être humain, des champignons utilisés pour la conservation des produits de consommation aux aliments génétiquement modifiés, des produits tissulaires génétiquement modifiés tels que la greffe osseuse, les valvules cardiaques, la xénogreffe<sup>681</sup> et le collagène, aux enfants du double-espoir conçus à partir d'embryons sélectionnés génétiquement, sans oublier les thérapies géniques, le potentiel de la biotechnologie est immense. Ses applications reposent donc sur l'idée que le vivant, sauf exclusions légales, est une chose. Par conséquent, « les espoirs que suscitent les perspectives thérapeutiques et une meilleure compréhension de la réalité de la vie humaine semblent justifier toutes les libertés de protection »<sup>682</sup> qui prennent la matière vivante comme un simple outil au service de la recherche scientifique.

### **2.1.2.1 La réification du matériel issu du vivant**

La révolution biotechnologique a connu un essor particulier depuis le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, grâce aux travaux de James Watson et Francis

---

<sup>680</sup> J. Ludovic, *Fleming, Discover of Penicillin*, aux pp 127 et 128, cité par John Jewkes, David Sawers et Richard Stillerman, *L'INVENTION dans l'industrie de la recherche à l'exploitation : 60 exemples récents* (traduit de l'Anglais par Anne Ciry), Paris, Éditions d'Organisation, 1966 à la p 134.

<sup>681</sup> Par exemple, les valves cardiaques de porc ou de vache ont pu servir pour réaliser la transplantation chez l'humain. Voir Ryan Hagglund, « Patentability of Human-Animal Chimeras » (2008-2009) 51 Santa Clara Computer & High Tech Law Journal 51 à la p 55.

<sup>682</sup> Alliance pour un monde responsable, pluriel et solidaire, *Privatisation du vivant : du refus aux contre-propositions*, Paris, éd. Charles Léopold Mayer, 2003 à la p 29.

Crick sur la structure de la cellule<sup>683</sup>; ces travaux ont, en effet, permis la maîtrise relativement complète du vivant<sup>684</sup>. Depuis lors, non seulement la science du vivant a bénéficié de l'extraordinaire ingéniosité humaine et d'un financement assuré, en grande partie, par le secteur privé, mais en plus le vivant lui-même a été progressivement juridicisé. Ainsi, le concept du vivant appropriable a été progressivement étendu pour n'exclure que l'homme tenant « la nature apparemment animée, hors lui-même, pour moyen »<sup>685</sup>. Aussi, la jurisprudence peut-elle déclarer

[...] que la variété florale pour laquelle un brevet a été pris, doit être un produit nouveau, résultant de l'intervention de l'homme dans les phénomènes naturels, de telle manière qu'il soit indispensable que cette nouvelle variété puisse être réalisée par le simple jeu des forces de la nature<sup>686</sup>.

À vrai dire, la possibilité de réaliser des recherches scientifiques sur le vivant consacre l'admission du principe de sa patrimonialisation car, si

---

<sup>683</sup> Georges A. Legault et al., *Nanotechnologies et principe de précaution : forces et limites de l'appel au principe*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012 à la p 3.

<sup>684</sup> En découvrant que le vivant est composé de plus ou moins nombreuses cellules, lesquelles sont essentiellement formées à partir de quatre types de macromolécules : les acides nucléiques, les protéines, les lipides, les glucides - le milieu cellulaire étant constitué essentiellement d'eau, représentant 90% de la masse des organismes vivants - les biologistes ont élaboré les mécanismes par lesquels, le vivant peut véritablement servir comme un instrument. En cela, ils ont réalisé le rêve cher à la philosophie. En fait, l'homme est sans cesse à la recherche d'outils indispensables pour réaliser ses ambitions; c'est en cela que Benjamin Franklin le qualifie de « tool-making animal ». Tout comme Socrate qui recommandait « Connais-toi, toi-même », Aristote inventa l'esclave-machine animée pour mieux l'exploiter (voir Aristote, *La politique*, Paris, Hermann Éditeur des Sciences et des Arts, 1996, livre I, chap. II), Descartes créa les animaux-machine pour mieux les utiliser. Dans une lettre à Morus du 21 février 1649, René Decartes écrivait : « Mon opinion n'est pas si cruelle à l'égard des bêtes qu'elle n'est pieuse à l'égard des hommes, affranchis des superstitions des Pythagoriciens, car elle les absout du soupçon de faute chaque fois qu'ils mangent ou qu'ils tuent des animaux ». Voir Georges Cuanguilhem, *La connaissance de la vie*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Vrin, 1971 aux pp 110-111.

<sup>685</sup> Georges Cuanguilhem, *La connaissance de la vie*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Vrin, 1971 à la p 111.

<sup>686</sup> CA Aix-en-Provence, 27 janv. 1965, (1965) JCP à la p II-14263, note Delpech. Voir aussi *Diamond c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980), pour le cas d'une bactérie créée et dotée de la capacité d'absorber une nappe de pétrole.



l'effort scientifique peut générer des résultats, « tout créateur a un droit sur ce qu'il crée »<sup>687</sup> et, de toute façon, « tout le corps de l'homme est utilisé, matière première irremplaçable que l'on retrace dans l'industrie à des fins généralement thérapeutiques »<sup>688</sup>.

Les processus de fusion homme-animal et d'homme-machine, qui ébranlent plusieurs idées reçues au fur et à mesure que l'Homme s'approprie l'Homme – dans l'optique d'une « auto-instrumentalisation » et d'une « auto-optimisation » – et que la nature prend la forme d'un simple événement contingent<sup>689</sup>,

sont la preuve tangible de cette réalité. De fait, la seule question qui prévaut, lorsque l'on parle de biotechnologie, est de définir le vivant objet de recherche aux fins des activités de brevetage.

#### **2.1.2.1.1 Les problèmes liés au vivant appropriable par brevet**

« Le vivant, dont les biotechnologies et les progrès de l'ingénierie génétique révèlent peu à peu les richesses, est à la fois un champ de conquêtes scientifiques, économiques et juridiques »<sup>690</sup>. En tant qu'objet de curiosité scientifique, le vivant fait référence à la fois à une réglementation et à une interprétation pour les fins de son utilisation. Mais, il y a au départ une réelle difficulté à conceptualiser le vivant face aux nécessités pratiques de la vie. Par exemple, si

la question problématique du « statut de l'embryon humain » [un exemple de vivant par excellence] se présente au juriste comme

---

<sup>687</sup> Claude F. Pascaud et Jean-Luc Piotraut, *Protéger et valoriser l'innovation industrielle, brevets et savoir-faire : de la théorie à la pratique*, Paris, Tec & Doc, 1994 à la p 6.

<sup>688</sup> Marie-Angèle Hermitte, « Le corps hors du commerce, hors du marché » (1988) 33 *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 323 à la p 323.

<sup>689</sup> Marie-Ève Arbour et Mariève Lacroix, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit » (2009-2010) 40 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 231 à la p 237

<sup>690</sup> Hélène Gaumont-Prat, « Banques d'A.D.N. humain et protection individuelle » (2002) 29 *Revue générale de droit médical* 191 à la p 193.

« cas » ou problème, c'est bien parce que la technique a précédé le droit, est allée non seulement plus vite, mais a réellement excédé le domaine propre du droit, ou ce que le droit « classique », soit issu d'une forme particulière du droit romain, prolongé par le droit médiéval, avait posé comme son domaine exclusif l'être « vivant », actif, et non une forme de vie biologique inutilisable, non identifiable<sup>691</sup>.

En fait, les « résistances textuelles à la brevetisation de l'intégralité du vivant s'appuient [...] sur un front d'arguments conceptuels : la discussion de la notion même *d'appropriation du vivant* et la remise en cause du *concept de personne* »<sup>692</sup>. Il semble donc plus adéquat d'employer la notion de matériel biologique ou matière biologique<sup>693</sup>, c'est-à-dire « une matière contenant des informations génétiques et qui est autoreproductible ou reproductible dans un système biologique »<sup>694</sup>. D'une part, l'expression « matériel biologique » est conforme au langage des sciences du vivant qui emploie, le plus souvent, le terme échantillon. D'autre part, il est bien adapté au langage juridique, lorsque l'on se retrouve en face d'une difficulté liée à la sacralité du vivant humain. Ainsi, dans la célèbre affaire *John Moore contre Regents of the University of California*, la jurisprudence avait précisé qu'il ne convenait pas d'handicaper la recherche médicale en restreignant l'accès aux matériaux nécessaires<sup>695</sup>, une formule somme toute sacramentelle. De fait, « la vie et le matériel génétique humain ne sont plus la personne, ils sont une structure ou une matière vivante comme une autre qui se

---

<sup>691</sup> Sophie Demichel, *Philosophie du droit de la santé : l'identification biologique du sujet de droit, extension du domaine du droit médical*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2009 à la p 100.

<sup>692</sup> Jean-Christophe Galloux, « L'impérialisme du brevet » dans Ejan Mackaay, dir, *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Thémis / Paris, Litec, 1991, 111 à la p 131.

<sup>693</sup> *Directive 98/44/CE* du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, relative à la protection juridique des inventions biotechnologique, art. 13.

<sup>694</sup> *Ibid.*, art. 2.1.

<sup>695</sup> *Moore c. Regents of the University of California*, 51 Cal 3d 120, 793 P2d 479, 271 Cal Rptr 146 (1990), *cert denied*, 499 US 936 (1991).

brevète »<sup>696</sup>. Le matériel biologique désigne alors « toute matière vivante, qu'elle soit une partie d'un organisme vivant telle que ses cellules et des organites intracellulaires, ou un organisme vivant en lui-même »<sup>697</sup>. La science du vivant et le droit ont ainsi harmonisé leur langage afin de chosifier la matière biologique, dont l'auto-reproductibilité et les mutations susceptibles d'en affecter les cycles d'évolution peuvent générer des difficultés en matière de brevet.

### **L'auto-reproductibilité du vivant. Qu'**

une substance biologique, présente dans la nature mais isolée de son milieu naturel, (puisse) être protégée par brevet si elle montre, par exemple, des propriétés non prévisibles ou si elle n'est plus tout à fait identique à son homologue, restée dans la nature, d'un point de vue génétipique ou génotypique<sup>698</sup>,

n'est pas, en soi, un événement. Cependant, la controverse prend de l'importance au sujet du devenir de l'objet ainsi approprié. Plus spécifiquement, la question juridique posée porte sur la nature même de la matière vivante qui a la faculté de se reproduire à l'identique; il est classique que chacun des brins d'ADN se dédouble pour être répliqué selon des processus biologiques complexes, mais bien connus.

Le problème de la brevetabilité du vivant se complexifie encore plus sérieusement au sujet des formes de vie. Ainsi, dans l'affaire bien connue de l'oncosouris de Harvard, la Cour suprême du Canada, à la suite du Commissaire aux brevets, devrait résoudre la question de

---

<sup>696</sup> Jean-Christophe Galloux, « La distinction entre la personne et la chose » dans Ejan Mackaay, dir, *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Thémis /Paris, Litec, 1991, 213 à la p 213.

<sup>697</sup> Jean-Christophe Galloux, « La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie : l'expérience nord-américaine » (1992) 23 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 117 à la p 125.

<sup>698</sup> Michel Vivant, dir, *Protéger les inventions de demain : biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, Paris, La documentation française, 2003 à la p 192.

savoir si le mot invention, telle que défini à l'article 2 de la *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, ch. P-4), pouvait s'appliquer aux formes de vie supérieure, d'autant qu'une telle espèce était dotée de la capacité naturelle de se reproduire. La réponse est d'autant plus délicate qu'« une intervention de l'homme [. . .] qui ne modifie pas les règles mêmes de la reproduction, laquelle continue à obéir aux lois de la nature »<sup>699</sup> ne peut suffire à réaliser une invention brevetable. Certes,

[si] un inventeur crée une variété d'insecte nouvelle et non évidente [c'est-à-dire, une « forme de vie *supérieure* »] qui n'existait pas auparavant (et qui, partant, n'est pas un produit de la nature) et s'il peut recréer ce produit de façon uniforme et à volonté et si ce produit a une fin utile (par exemple, s'il sert à détruire la tordeuse des bourgeons de l'épinette), on pourra le considérer, au même titre qu'un micro-organisme, comme un nouvel outil au service de l'homme », et donc brevetable sous réserve de certaines conditions en matière de reproductibilité<sup>700</sup>.

Mais, l'incapacité pour l'inventeur de contrôler toutes les caractéristiques de l'oncosouris qui, par ailleurs, s'accommode mal avec la définition d'invention en droit canadien, avait alors conduit la Cour suprême du Canada à en rejeter la brevetabilité<sup>701</sup>. C'est dire que l'ingéniosité humaine doit permettre la maîtrise complète des développements subséquents du vivant proposé à la brevetabilité. En d'autres termes, la variabilité des générations futures de l'espèce démontre le défaut de l'intervention humaine, qui est une condition indispensable, en matière d'invention brevetable.

**La variabilité du vivant.** La variabilité est une caractéristique propre au vivant, sans pour autant que cela soit en contraste avec

---

<sup>699</sup> *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623.

<sup>700</sup> *General Electric Co.'s Application (Patent)*, [1961] 2 R.P.C. 21, p. 25, cité dans la décision *Re Application of Abitibi Co.* (1982), p. 85.

<sup>701</sup> *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76, paragr. 43-45, 57-59 et 203-207.

l'immutabilité de son matériel génétique. L'immutabilité assure la conservation des espèces et des races. En revanche, les mutations génétiques et la possibilité de fusion avec d'autres matériels au cours des cycles d'évolution sont susceptibles de produire d'autres formes de vivant que celui de départ et qui n'auraient pas surgi spontanément. Par ailleurs, le vivant est essentiellement périssable<sup>702</sup>. Tous ces caractères sont en grande partie hors du contrôle de toute intervention humaine. Ainsi se pose le problème fondamental de la maîtrise du vivant breveté, *l'animus domini*. En l'occurrence, une nouvelle forme d'un vivant breveté, est-elle aussi protégée par le même brevet? Il s'agit là d'une préoccupation majeure qui n'a pas reçu de réponse juridique satisfaisante. En tout état de cause, en dehors des cas expressément exclus de l'appropriation par brevet, à savoir :

- les procédés de clonage des êtres humains;
- les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain;
- les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales;
- les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés<sup>703</sup>,

le vivant, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel<sup>704</sup>. Ainsi se pose la question fondamentale qui sous-tend la réification de la matière vivante, même si le droit des brevets n'y est pas opposé, puisqu'un brevet peut

---

<sup>702</sup> Jean-Christophe Galloux, « La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie : l'expérience nord-américaine » (1992) 23 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 117 à la p 141.

<sup>703</sup> *Directive 98/44/CE*, art. 6 (2).

<sup>704</sup> *Directive 98/44/CE*, art. 5.

s'appliquer à divers objets, y compris une matière préexistante dans la nature.

### **2.1.2.1.2 Les fondements de la réification du vivant**

Pendant longtemps, la matière vivante était considérée comme sacrée, étant donné qu'elle relève de la vie, elle-même sacrée. L'on estimait alors les mécanismes d'appropriation privative tel que le brevet, non applicables à la matière vivante qui, au fond, n'a jamais été expressément exclue de la brevetabilité. À ce sujet, la biotechnologie confirme l'analyse juridique et scientifique suivant laquelle les matériels génétiques ou biologiques sont de simples objets appropriables, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur origine végétale ou animale<sup>705</sup>. En particulier, le scrupule du droit, jusque-là borné par quelques réticences, rencontre des difficultés réelles qui, sans être au fond nouvelles, multipliaient les obstacles à l'utilisation du vivant comme objet de recherche scientifique. Or, « le droit n'a aucune valeur autonome et n'est pas créateur; il naît des besoins d'une société et évolue avec elle »<sup>706</sup>. Autrement dit, le droit ne saurait indéfiniment constituer une barrière à la liberté scientifique légitimée par des besoins réels, d'autant qu'aucune disposition légale n'exclut la matière vivante du champ de la brevetabilité.

Puisqu'aucune distinction pertinente n'a plus de sens entre les choses vivantes et inanimées, mais bien entre les éléments existants en tant

---

<sup>705</sup> Noël-Jean Mazen, « Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme » dans Raphaël Draï et Michèle Harichaux, *Bioéthique et droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1988 aux pp 267 et s.

<sup>706</sup> Nicole Bustin, « Principes généraux du droit et casuistique technique » dans Université de Dijon, Institut de Relations Internationales, *La protection de la création végétale. Le critère de nouveauté*, Vol. 11, Paris, Librairies techniques, 1985 à la p 39.

que tel dans la nature et les inventions de l'homme<sup>707</sup>, il faut que prévale « toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre, avec une large application de ses principes et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi [...] »<sup>708</sup>. En un mot, en l'absence d'une exclusion expresse et absolue de la matière vivante du champ de la brevetabilité, il n'est pas permis de procéder à une distinction purement artificielle et conjoncturelle.

### **L'absence d'exclusion du vivant du champ de la brevetabilité.**

L'hypothèse suivant laquelle le vivant pouvait être un objet susceptible d'appropriation privative a d'abord été validée par des offices de brevet<sup>709</sup>, puis formellement adoptée par des dispositions législatives<sup>710</sup>. En outre, la Cour suprême de la République fédérale d'Allemagne avait, de bonne heure, anticipé les difficultés liées à la question, en décidant que l'utilisation des forces contrôlables de la nature, y compris le vivant, pour obtenir des résultats prévisibles est parfaitement brevetable<sup>711</sup>.

---

<sup>707</sup> Bernard Edelman, *La personne en danger*, Paris, Presses universitaires de France, 1999 à la p 313.

<sup>708</sup> Léon Husson, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse » (1972) XVII Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 115 à la p 115.

<sup>709</sup> Le 8 novembre 1843, l'Office finlandais des brevets délivra le brevet n°3 sur une nouvelle méthode de production de levures. Dix ans plus tôt, la Belgique avait déjà délivré un brevet semblable. Le 29 juillet 1873, Louis Pasteur obtenait un brevet américain sur une « levure exempte de germes pathogènes », destinée à la brasserie par une technique bien spéciale, la pasteurisation.

<sup>710</sup> *Plant Patent Act* des États-Unis d'Amérique sur la protection des variétés végétales, 1930. C'est la première loi qui a formellement consacré l'appropriation de la matière vivante. Ce texte sera complété en 1970 d'autres mesures prises, toujours aux États-Unis d'Amérique pour protéger les résultats des recherches phytogénétiques dans le *Plant Variety Protection Act*. L'Europe suivra très rapidement ce mouvement initié aux États-Unis d'Amérique par l'adoption en 1961 à l'initiative de la France, de la *Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (Convention U.P.O.V.)*, entrée en vigueur en 1968.

<sup>711</sup> Bundesgerichtshof (Allemagne), 27 mars 1969, n° Rote Taube 1 IIC, 1970 à la p 136 et s. (140-141), cité par Thierry Pitois et Michel Vivant, « La technique au cœur du brevet : un concept social évolutif » (1996) 32 Droit et société 117 à la p 126.

En droit international, deux conventions majeures consacreront expressément la brevetabilité de la matière vivante. Il s'agit d'abord de la *Convention de Strasbourg* du 27 novembre 1963 sur l'unification de certains aspects du droit européen des brevets qui proclama la brevetabilité des procédés microbiologiques et les produits qui en sont issus. Ensuite, le *Traité de Budapest* admet « la transmission d'un micro-organisme à une autorité de dépôt internationale, qui le reçoit et l'accepte, ou la conservation d'un tel micro-organisme par l'autorité de dépôt internationale, ou à la fois ladite transmission et ladite conservation »<sup>712</sup>, comme acte complémentaire à la description d'une invention portant sur le vivant que l'on propose à la brevetabilité. En clair, malgré les réticences de fait qui ont pendant longtemps affecté son appropriation, le matériel biologique est solidement entré dans le champ de la brevetabilité, quelle qu'en soit l'origine<sup>713</sup>. Ainsi, avec l'adoption combinée de la *Convention de l'union pour la protection des variétés végétales*<sup>714</sup> et de l'*Accord sur les ADPIC*, lequel prescrit que les parties assurent la protection des variétés végétales par tout système efficace<sup>715</sup>, les créations végétales sont désormais sous l'empire du certificat d'obtention végétale. Mais toute invention réalisée à partir ou avec du vivant est brevetable sans égard à son origine animale ou végétale.

**L'absence de distinction suivant l'origine de la matière vivante.** À l'instar des autres objets livrés au commerce juridique, les matériels

---

<sup>712</sup> *Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets*, 28 avril 1977, art. 2-ii).

<sup>713</sup> *Directive 98/44/CE*, art. 3 paragr. 1<sup>er</sup>.

<sup>714</sup> *Convention internationale pour la protection des obtentions végétales*, Paris, 2 décembre 1961, entrée en vigueur le 10 août 1968, révisée le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991.

<sup>715</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 27. 3 (b).



issus du vivant ou le vivant lui-même se voient attribuer une valeur en rapport avec leur rareté. La rareté des choses, peu important leur origine, justifie en effet le recours à la propriété privée sous quelque forme qu'elle se manifeste<sup>716</sup>. Ainsi s'est écroulée l'inavouable hypocrisie qui, sous le léger fard de la civilisation, explique la mécanique des sacralités.

En dépit de leur singularité, au regard des autres technologies, d'utiliser la matière vivante, les biotechnologies ne réclament donc pas l'élaboration d'un droit particulier des brevets. En désignant le matériel des biotechnologies par des termes génériques de matière biologique ou « micro-organisme »<sup>717</sup>, ni les dispositions légales, ni même la jurisprudence, encore moins la doctrine, n'en réclament expressément une origine particulière. De fait, le matériel biotechnologique peut bien être végétal, animal et même humain.

Dans leur immense majorité, les offices de brevet reconnaissent la brevetabilité de la matière vivante sans distinction. Ainsi, depuis 1982, le Canada avait accordé des brevets d'invention sur des micro-organismes, qu'il s'agisse de virus, de bactéries, de champignons, d'algues unicellulaires ou de protozoaires; de plus, des brevets pour des lignées cellulaires humaines ont été obtenus au Canada, même s'il y a encore de la réticence à breveter des formes de vie plus avancées<sup>718</sup>. L'exemple même de cette réticence est illustré par l'échec à octroyer le brevet canadien pour l'oncosouris de Harvard, une rude bataille

---

<sup>716</sup> Ejan Mackaay, « La propriété est-elle en voie d'extinction? » dans Ejan Mackaay, dir, *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Thémis / Paris, Litec, 1991, 217 à la p 219

<sup>717</sup> *Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevet*, art. 4.

<sup>718</sup> CRDI, *S'approprier la vie : la recherche, le droit et les biotechnologies*, Ottawa, Publications du CRDI, 1991 aux pp 3-11.

juridique soldée par une fin de non-recevoir à la brevetabilité. Pourtant, au regard du contexte international, des offices de brevet étrangers (États-Unis d'Amérique, Europe et Japon), avec lesquels le Canada partage les mêmes valeurs en matière de propriété intellectuelle, ont plus ou moins aisément reconnu la brevetabilité de l'espèce et, la Nouvelle-Zélande a même accordé un brevet pour une souris transgénique vulnérable à l'infection par le VIH<sup>719</sup>. Quoi qu'il en soit, c'est dans l'affaire *Abitibi-Price* - la compagnie Abitibi de Toronto réclamait le brevet pour une culture microbienne consistant en un certain nombre d'espèces fongiques désignées, acclimatées en solution usée de sulfite et utiles pour métaboliser des déchets provenant d'usines de pulpe et papier - que les brevets portant sur des espèces vivantes furent formellement admis en droit canadien. À l'occasion en effet, la Commission d'appel, saisie du rejet de la demande de la pétitionnaire par le Commissaire aux brevets, précisa que les inventions portant sur de nouvelles formes de vie comme des bactéries, champignons et lignées cellulaires sont brevetables, dès lors qu'elles n'existaient pas auparavant dans la nature<sup>720</sup>. En fait, le génie génétique est à la fois la cause et la conséquence d'une nouvelle représentation du réel en général et du vivant en particulier<sup>721</sup>. C'est dire que l'*homo technologicus* ne peut agir qu'à partir d'un objet existant, et le système

---

<sup>719</sup> *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76.

<sup>720</sup> *Re Application of Abitibi Co.* (1982) Canadian Patent Reporter (CPR), Vol. 62, 2<sup>nd</sup>, à la p 81. Il y a lieu de préciser que l'affaire *Abitibi* est antérieure au très médiatisé contentieux *Charkrabarty* de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique, puisque la demande de brevet par Abitibi Company of Toronto remonte à 1976. Néanmoins, il ne serait pas erroné de postuler que la décision de la Commission d'appel de l'Office canadien des brevets ait été influencée par l'affaire *Charkrabarty*, d'autant que les deux ordres juridiques ont la même définition de la notion d'invention brevetable.

<sup>721</sup> Marie-Angèle Hermitte, « Histoires juridiques extravagantes : la reproduction végétale » dans Philippe Kahn et Jean-Claude Fritz (avant-propos), *La gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, Paris, Litec, 1983 aux pp 249 et suiv.

des brevets enrichit la faveur des inventions de toute sorte, en raison de la généralité des objets dont il se saisit.

**L'absence de référence à la vie.** La révolution biotechnologique confirme cette affirmation bien chère au célèbre juriste français, René Démogue, selon laquelle « l'homme vivant seul est sujet de droit »<sup>722</sup>, encore que cet humain doive se manifester par une présence corporelle active pour mériter le traitement dû à sa qualité de sujet de droit. En effet, en dehors de son auréole de protection, le principe de dignité qui se justifie par référence à l'ordre public et aux bonnes mœurs, le corps humain ainsi que ses parties sont des objets au pouvoir du savoir-faire scientifique. Le pouvoir médical qui emploie de plus en plus de matériels humains<sup>723</sup>, des parties détachées du corps humain - « un doigt sectionné, une main coupée sont des choses »<sup>724</sup> - et même des embryons, comme objet de la science, et la tolérance des expériences sur le cadavre humain<sup>725</sup> ont définitivement désacralisé la vie. Ces

---

<sup>722</sup> René Démogue, « La notion de sujet de droit » (1909) 8 *Rev. Trim. dr. civ.*, à la p 614, cité par Jean-Christophe Galloux, « La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie : l'expérience nord-américaine » (1992) 23 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 117 à la p 129.

<sup>723</sup> La pratique de la transfusion sanguine gouvernée en France par une loi de 1952, les prélèvements d'organe organisés toujours en France par la loi du 22 décembre 1976 ont fait de la personne à l'article de la mort une sorte de propriété collective, pour autant que l'individu, pendant qu'il jouissait de toutes ses capacités mentales, n'y soit pas expressément opposé.

<sup>724</sup> Jean-Pierre Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993 à la p 14.

<sup>725</sup> Le corps humain, c'est-à-dire la vie par excellence, pris comme objet et outil de curiosité scientifique, fut, pour la toute première fois, exploré par André Vésale (1514-1564) dans son ouvrage *De humani corporis fabrica* (1543). Rompant avec la sacralité traditionnelle de son époque, l'auteur proposa une étude anatomique moderne fondée sur la dissection des corps morts et vivants. Pour lui, le premier acte de toute expérimentation sur l'humain est « le passage de tout cadavre de son ancien statut de dépouille humaine à celui de matériel anatomique à l'identité indifférente ». Certes, l'Égypte ancienne (330 à 247 av. J.-C.) connut avec Erasistrate et Hérophile la pratique de la dissection des criminels vivants, condamnés à mort. À l'évidence, tout cela constitue une reconnaissance de la primauté de la science sur la vie. La Grèce antique connut une pratique semblable que les enseignements d'Hippocrate (460 à

pratiques expriment la volonté de traiter la matière vivante sur le même pied d'égalité que les matériels inanimés, parce que la notion de vie est devenue un critère flou et inutile pour les distinguer. Ainsi, à la rencontre du vivant, le système des brevets a permis de décrypter l'information portée par le gène, favorisant ainsi « la compréhension du vivant et, si ce vivant est humain, cette compréhension est fondamentale pour tous les êtres humains »<sup>726</sup>, d'autant que les matériels doivent demeurer biologiquement actifs. L'exigence de la viabilité des matériels, c'est-à-dire leur aptitude à se répliquer dans les conditions qui leur sont propres, est garantie par leur remplacement en cas de perte de cette viabilité<sup>727</sup>. En tout état de cause, le droit des brevets est encadré de façon assez rigoureuse pour assurer l'indisponibilité et l'inaliénabilité du corps humain, ainsi que la sauvegarde de la dignité humaine<sup>728</sup>. En un mot, la personne humaine reste une fin des applications du savoir-faire utilisant le vivant même si, à l'occasion, certains de ses éléments deviennent des objets de la pratique scientifique.

---

370 av. J.-C.) vinrent remettre en cause, la médecine devant reposer sur le raisonnement que sur l'expérience.

<sup>726</sup> Alain Claeys, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, Paris, 2001, n° 3502 Assemblée Nationale / n° 160 Sénat à la p 51.

<sup>727</sup> *Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevet*, art. 4.

<sup>728</sup> CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-377/98, [2001].

### **2.1.2.2 Quelques exemples d'application des biotechnologies en matière de brevet pharmaceutique**

L'essor des biotechnologies dépend de leurs applications dans l'industrie pharmaceutique<sup>729</sup>; c'est autant dire que les perspectives des sciences du vivant dans ce domaine sont des plus intéressantes. En effet, selon une étude bien documentée, « 25% des médicaments modernes sont à base de plantes utilisées traditionnellement [...] 56% des 150 médicaments les plus utilisés aux États-Unis sont basés sur des préparations dérivées de plantes »<sup>730</sup>. Si l'on inclut dans cette analyse les médicaments biosimilaires, il ne serait pas exagéré de dire que la très grande majorité des médicaments modernes sont issus des biotechnologies. Avant d'approfondir la réflexion, il y a lieu de définir la notion de médicament biosimilaire.

Le concept de biosimilarité repose sur le principe essentiel de la comparaison de deux médicaments issus de la biotechnologie, l'un étant le médicament de référence, commercialisé depuis plus de 10 ans [...], et l'autre étant le médicament qui souhaite être déclaré « biosimilaire » au médicament de référence [...]. Ce concept a été développé en Europe au milieu des années 2000, et une nouvelle réglementation a été mise en place pour permettre le développement et l'enregistrement de produits biologiques, similaires à des médicaments biologiques de référence et dont les brevets étaient tombés dans le domaine public<sup>731</sup>.

---

<sup>729</sup> Françoise Simon et Philip Kotler, *Le marketing des biotechnologies*, Paris, Pearson Education France, 2005 à la p 79.

<sup>730</sup> Walid Abdelgawad, « La biopiraterie et le commerce des produits pharmaceutiques face aux droits des populations locales sur leurs savoirs traditionnels » dans Isabelle Moine-Dupuis, dir, *Le médicament et la personne : aspects de droit international*, Paris, Litec, 2007, 323 à la p 327.

<sup>731</sup> Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, Direction des médicaments en oncologie, hématologie, immunologie, néphrologie et Direction de la surveillance, *Rapport sur les médicaments biosimilaires – États des lieux*, Paris, Septembre 2013 à la p 5.

Ainsi, les médicaments biosimilaires sont identiquement comparables à un médicament biotechnologique de référence, mais en diffèrent par le fait qu'ils n'en sont pas des copies génériques. En effet,

la comparaison entre un médicament biologique de référence et son biosimilaire supposé porte sur une analyse extensive et comparée des propriétés physico-chimiques et biologiques (qualité), pharmacodynamiques, toxicologiques (sécurité) mais aussi cliniques (efficacité et tolérance)<sup>732</sup>.

Les produits et procédés bio-pharmaceutiques, ainsi que les utilisations pharmacologiques issues du vivant, ont largement été brevetées, car tout ce que requièrent les dispositions légales, c'est simplement que les inventions biotechnologiques ne portent atteinte au bien-être, à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>733</sup>, une interdiction, à tous égards, pudique. D'ailleurs, cette pudeur fondée essentiellement sur l'extra-patrimonialité du vivant-humain, qui constitue encore, en Europe notamment, un obstacle au développement des biotechnologies, s'est considérablement fragilisée puisque de nombreuses recherches scientifiques portent par exemple sur des embryons humains, au point que le groupe européen d'éthique a mis en garde contre une exclusion trop large et inopportune<sup>734</sup>. Aussi, pour limiter toute interprétation tendancieuse en matière de brevets sur le vivant, les offices américain, européen et japonais de brevet avaient-ils adopté une résolution commune suivant laquelle :

---

<sup>732</sup> <sup>732</sup> Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, Direction des médicaments en oncologie, hématologie, immunologie, néphrologie et Direction de la surveillance, *Rapport sur les médicaments biosimilaires – États des lieux*, Paris, Septembre 2013 à la p 6.

<sup>733</sup> Oliver Mills, *Biotechnological inventions: moral restraints and patent law*, 2<sup>ème</sup> éd., Burlington, Ashgate, 2010 à la p 46.

<sup>734</sup> Nicolas Millaire, « L'embryon exclu de la brevetabilité » (janvier 2012) 45 *Revue Droit & Santé* 117 aux pp 118-119.

Purified natural products are not regarded under any of the three [European, US and Japanese] laws as products of nature or discoveries because they do not in fact exist in nature in an isolated form. Rather, they are regarded for patent purposes as biologically active substances or chemical compounds and eligible for patenting on the same basis as other chemical compounds<sup>735</sup>.

Le matériel biologique est donc bien intégré dans le processus de recherche et développement aux fins de la production de biens de consommation, c'est-à-dire la bioéconomie.

#### **2.1.2.2.1 L'application des biotechnologies aux brevets de produit**

En droit, un produit s'entend d'un objet matériel, descriptible dans sa composition, sa structure, sa forme et, éventuellement, sa fonction. La notion de produit est très extensive et va au-delà du sens commun. En règle générale, le produit ne sera brevetable que dans la mesure où il remplit une fonction.

Dans le domaine des biotechnologies, les récents développements ont montré que le produit désigne d'une façon générale, un gène ou sa séquence. Or la *Directive 98/44/CE* dispose dans une formule énergique que « le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables »<sup>736</sup>. Faut-il en conclure que le gène, en tout ou partie, est exclu du brevetage? Il semble qu'il faille répondre par la négative. En effet, non seulement « les inventions biotechnologiques [...]

---

<sup>735</sup> Trilateral Co-operation of the US, European, and Japanese Patent Offices, (1988) 7 *Biotechnology law review* à la p 163, cité par E. Richard Gold, Yann Joly et Timothy Caulfield, « Genetic Research Tools, the Research Exception and Open Science » (2005) III : 2 *GenEdit* 1 à la p 3. En ligne : <http://www.cipp.mcgill.ca/data/publications/00000040.pdf>.

<sup>736</sup> *Directive 98/44/CE*, art. 5.1.

partent toutes de gènes ou de portions de gènes qui permettent de mettre en œuvre un procédé ou de fabriquer un produit »<sup>737</sup>, mais en plus « la caractérisation d'un gène, sa reconnaissance et l'établissement de sa séquence [...] grâce aux méthodes classiques du génie génétique [supposent qu'il] n'est plus dans son état naturel et, la réglementation [...] n'oppose en réalité aucune limite aux brevets sur les gènes... et sur la connaissance de ceux-ci »<sup>738</sup>. En fait, c'est le gène à l'état naturel qui est visé par l'exclusion d'appropriation privative, ainsi d'ailleurs que le précise le deuxième paragraphe de l'article 5 de la *Directive 98/44/CE*.

Dans la très célèbre affaire *Monsanto*<sup>739</sup>, il est bien établi que le brevet a trait à des gènes modifiés et des cellules contenant ces gènes capables de résister aux herbicides à base de glyphosate. De même, dans l'affaire de la *Relaxine*<sup>740</sup>, la division d'opposition de l'Office européen des brevets, après avoir qualifié la substance de simple molécule chimique, a rendu une décision sans équivoque : « l'invention de la Relaxine H2 remplissait les conditions de nouveauté et d'activité inventive, considérant qu'il s'agissait d'une substance naturelle isolée pour la première fois et dont l'existence était inconnue auparavant »<sup>741</sup>. En outre, la division d'opposition a estimé, à juste titre, que cette substance ne pouvait pas être assimilée à une découverte puisque « l'invention revendiquée portait sur le codage du gène pour la deuxième forme inattendue de la relaxine humaine et la forme

---

<sup>737</sup> Axel Kahn, « La protection juridique des inventions biotechnologiques : perspective industrielle et perspective éthique » dans Syndicat National de l'Industrie Pharmaceutique, dir, *Dimension éthique des stratégies des entreprises pharmaceutiques*, Paris, John Libbey Eurotext, 1996, 17 à la p 23.

<sup>738</sup> Axel Kahn, *Et l'homme dans tout ça? Plaidoyer pour un humanisme moderne*, Paris, NiL éditions, 2000 aux pp 294-295.

<sup>739</sup> *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902.

<sup>740</sup> Brevet européen EP n° 112-149, 10 avril 1991 sur le « clonage moléculaire et caractérisation de la séquence d'un autre gène codant pour la relaxine humaine ».

<sup>741</sup> OEB, Div. Opp., 8 déc. 1994, *JOOEB 1995* à la p 388.



synthétique produite avec la technologie du clonage »<sup>742</sup>. À la vérité, « il s'est avéré nécessaire de la fabriquer sous une forme synthétique. Après avoir donc isolé la séquence nucléotide qui avait codé la relaxine, des techniques d'ADN recombiné ont été utilisées pour cloner le gène, permettant ainsi plus tard de produire une relaxine synthétique. »<sup>743</sup>. L'on comprend alors qu'aux États-Unis d'Amérique la société Myriad Genetics et Utah University aient pu obtenir des brevets sur des

germline mutations in the BRCA1 [et BRCA2] gene and their use in the diagnosis of predisposition to breast and ovarian cancer [ainsi que] the therapy of human cancers which have a mutation in the BRCA1 gene, including gene therapy, protein replacement therapy and protein mimetics<sup>744</sup>.

Même si en Europe, la demande des brevets de Myriad Genetics pour une « méthode pour le diagnostic d'une prédisposition au cancer du sein ou de l'ovaire »<sup>745</sup> avait dû affronter une procédure d'opposition sans précédent<sup>746</sup>, la décision de la chambre des recours techniques de l'Office européen des brevets de confirmer lesdits brevets exprime la faiblesse des objections des opposants, dont l'argument fondamental reposait sur la préservation des droits des malades. L'affaire Myriad Genetics a par ailleurs connu une certaine résurrection en territoire américain. En effet, la Cour d'appel fédérale du District de Washington,

---

<sup>742</sup> OMPI, « Bioéthique et jurisprudence en matière de brevets : l'affaire de la relaxine » (2006) 2 Magazine de l'OMPI 16 à la p 17.

<sup>743</sup> *Ibid.*

<sup>744</sup> Brevets américains n° US 5747282, 5 mai 1998 et n° US 5710001, 20 janvier 1998.

<sup>745</sup> Brevets européens n° EP-B-699754, n° EP-B-705903 et n° EP-B-705902, 2001.

<sup>746</sup> Plusieurs opposants s'étaient manifestés en 2001, parmi lesquels : l'Assistance Publique - Hôpitaux de Paris, l'Institut Curie, l'Institut Gustave Roussy. Néanmoins, le 19 nov. 2008, la Chambre de recours technique a confirmé la validité, certes sous une forme modifiée du à Myriad. Voir Jacques Peuscet, *Brevetabilité de la biologie en France en 2006*, Paris, Litec, 2006 aux pp 78-80.

le Federal Circuit a récemment censuré<sup>747</sup>, en grande partie, la décision du United States District Court for the Southern District of New York<sup>748</sup>, ayant invalidé sept des brevets américains de Myriad Genetics; ce combat juridique a connu son épilogue par une décision critiquable de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique. En effet, la haute juridiction a partiellement infirmé la décision de la Cour d'appel, au motif qu'un gène n'est pas brevetable du seul fait qu'il a été isolé de son milieu naturel<sup>749</sup>. La critique tient au fait que cette position paraît nouvelle au regard de la tradition jurisprudentielle<sup>750</sup> de cette cour; même s'il n'y a pas de droit acquis à une jurisprudence stable, il faut se demander si l'on s'achemine vers un revirement jurisprudentiel, ce qui pourrait compromettre l'avenir du développement des sciences du vivant. Ainsi, un brevet a été délivré pour «an isolated bacteriocin, Divergin M 35, derived from a composition comprising an effective amount of Divergin M 35 and the use of that bacteriocin to kill or limit the proliferation of a microorganism»<sup>751</sup>. Par ailleurs, l'objet d'une invention biotechnologique peut être un procédé.

#### **2.1.2.2.2 L'application des biotechnologies aux brevets de procédé**

Un procédé est une succession d'étapes suivant un ordre déterminé pour aboutir à un résultat déterminé. Classiquement, les procédés en matière de génie génétique sont le croisement avec la sélection des espèces

---

<sup>747</sup> *Ass'n for Molecular Pathology v. U.S. Pat. & Trademark Off.*, 2011 U.S. App. LEXIS 21143 (Fed. Cir. Sept. 13, 2011); Jeffery Bernhardt et James Fox, « Gene Sequences are still Patentable: the Federal Circuit decides the *Myriad Genetics* Case » (2012) 2: 2 Bio-science Law review 45 aux pp 45-49.

<sup>748</sup> *Ass'n for Molecular Pathology v. U.S. Pat. & Trademark Off.*, 669 F. Supp. 2d 365 (S.D.N.Y. 2009).

<sup>749</sup> *Association for Molecular Pathology et al., v. Myriad Genetics et al.*, n° 12-398 U.S. (June 13, 2013).

<sup>750</sup> *Diamond v. Chakrabarty* - 447 U.S. 303 (1980).

<sup>751</sup> Brevet américain n° US 7247 306 B2, 24 juillet 2007.

vivantes et la culture de cellules, l'atténuation du pouvoir infectieux de germes microbiens pour la fabrication de vaccins et les réactions enzymatiques. Selon la doctrine, non seulement une large proportion des brevets délivrés dans le monde ont trait aux produits et procédés biotechnologiques, mais en plus la majorité des brevets pharmaceutiques porte sur des procédés et des variants de produits existant<sup>752</sup>. Ainsi, une demande de brevet pharmaceutique a pu porter sur :

Electrofiltration, a process combining a pressure gradient and an electrical potential gradient as driving forces could be use but pressure gradient modules produce the accumulation of molecules on the filtration membrane surface and then modified the membrane transport selectivity<sup>753</sup>.

De même, l'on a pu prendre un brevet sur des « séquences d'ADN, molécules d'ADN recombinant et procédé pour la production de l'interféron de fibroblastes humains »<sup>754</sup>. C'est encore le cas d'un brevet canadien portant sur « un vaccin dans lequel la neuraminidase recombinante est appliquée, ainsi qu'à des procédés de fabrication et de purification de ce vaccin »<sup>755</sup>.

En fait, la brevetabilité des procédés microbiologiques est entrée très tôt dans la tradition jurisprudentielle. Ainsi, la High Court britannique a, dans l'affaire *Commercial Solvents Corporation's patent*, validé un brevet sur un procédé de fabrication de l'acétone et de l'alcool butylique à partir de l'amidon fermenté au moyen de bactéries qui ont été isolées

---

<sup>752</sup> Carlos M Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*, Londres, Zed Books Ltd., 2000 à la p 55.

<sup>753</sup> Brevet américain n° 10/591238; brevet EP n° 05714579.9; brevet canadien n° 2, 558,164. En ligne : [https://oraweb.ulaval.ca/pls/vrr/docs/rbl\\_usg/document/210196/ULaval%20Technology%2000529.pdf](https://oraweb.ulaval.ca/pls/vrr/docs/rbl_usg/document/210196/ULaval%20Technology%2000529.pdf).

<sup>754</sup> Brevet européen n° 041-313, 12 septembre 1990.

<sup>755</sup> Brevet canadien n° CA 2180965, 11 mai 2010.

du sol<sup>756</sup>. Le brevet de procédé microbiologique est aussi admis en droit français<sup>757</sup>. En droit européen, « un procédé permettant de produire, de traiter ou d'utiliser de la matière biologique »<sup>758</sup> est brevetable. C'est aussi le cas de la *Loi sur les brevets* qui reconnaît, en son article 2, comme invention brevetable « toute réalisation, tout procédé, [...] ». C'est encore le cas aux États-Unis d'Amérique dont le *Patent Act* dispose que « celui qui invente ou découvre un procédé nouveau et utile [...] peut obtenir un brevet sous réserve des conditions et des exigences de ce titre »<sup>759</sup>. En réalité, « l'emprise des procédés microbiologiques [...] qui a débuté vraiment à l'avènement des antibiotiques, n'a pas cessé de s'affirmer »<sup>760</sup>. La brevetabilité des procédés microbiologiques est un moyen efficace pour mieux protéger le ou les produits qu'ils permettent d'obtenir. C'est en ce sens qu'il faut comprendre les dispositions de l'ALÉNA, suivant lesquelles

dans les cas où l'objet du brevet est un procédé, que le brevet confèrera au titulaire le droit d'empêcher d'autres personnes agissant sans son consentement d'employer ce procédé et d'utiliser, de vendre ou d'importer au moins le produit obtenu directement par ce procédé<sup>761</sup>.

Cependant, les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention de végétaux ou d'animaux<sup>762</sup>, de même que ceux visant à modifier

---

<sup>756</sup> *Commercial Solvents Corp. c. Synthetic Prods Co.*, 43 R.P.C. 185, 225 (Ch. 1926).

<sup>757</sup> *Code français de la propriété intellectuelle*, art. L 611-19-3°- III.

<sup>758</sup> *Directive 98/44/CE*, art. 3.1.

<sup>759</sup> *US Patent Act*, 35 USCS- section 101.

<sup>760</sup> Bernard Bizzini, « La brevetabilité des procédés microbiologiques » dans CEIPI, *La protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et techniques*, Paris, Librairies techniques, 1969 à la p 59.

<sup>761</sup> ALÉNA, art. 1709. 5 (b); *Accord sur les ADPIC*, art. 28. 1 (b). Voir aussi *Convention sur le brevet européen*, art. 64 (2).

<sup>762</sup> *Directive 98/44/CE*, art. 4.1 (b).

l'identité génétique des espèces animale et humaine<sup>763</sup>, sont exclus de toute appropriation par brevet. C'est que de tels procédés sont attentatoires à la moralité publique et, en tout état de cause, n'expriment pas un agir humain. Produits ou procédés biotechnologiques sont destinés à des utilisations bien déterminées.

### **2.1.2.2.3 L'application des biotechnologies aux brevets portant sur les utilisations**

Les inventions portant sur une utilisation dans le domaine des biotechnologies sont constituées « d'une entité vivante ou d'un matériel biologique »<sup>764</sup>. L'on comprend alors que dans l'affaire de la souris oncogène de Harvard, les juges de la Cour suprême du Canada puissent s'accorder qu'un œuf d'oncosouris génétiquement modifié aurait été brevetable, sans égard à son devenir; mieux, une application à des fins diagnostique, thérapeutique et de screening est tout à fait brevetable<sup>765</sup>. Ainsi, un brevet européen a pu porter sur des « variantes du virus LAV, leurs composants d'ADN et protéines ainsi que leur utilisation, en particulier à des fins diagnostiques et de préparation de compositions immunogènes »<sup>766</sup>. Il en est de même pour le brevet européen portant sur des « Agents de diagnostic et vaccins pour l'hépatite delta, leur préparation et leur usage »<sup>767</sup>. C'est encore le cas d'un brevet canadien portant sur :

---

<sup>763</sup> Directive 98/44/CE, art. 6.2.

<sup>764</sup> Marie-Catherine Chemtob-Concé, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques appliquées à l'Homme*, 3<sup>ème</sup> éd., Londres/Paris/New York, TED & DOC, 2006 à la p 78.

<sup>765</sup> *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45, paragr. 3. Le Juge Binnie au nom des dissidents et paragr. 162, le Juge Bastarache au nom des majoritaires.

<sup>766</sup> Brevet européen n° EP 0253701, 30 décembre 1992.

<sup>767</sup> Brevet européen n° EP 0251 575, 26 janvier 1992.

des composés qui peuvent être combinés à des agents pharmaceutiques, notamment à des agents pharmaceutiques biologiques, ainsi que des conjugués formés de ces composés et de molécules biologiques ou principes actifs pharmaceutiques. [...]. L'invention a [...] pour objet l'utilisation des conjugués en tant que formulation améliorée d'agents pharmaceutiques, et leur préparation<sup>768</sup>.

Au total, il faut retenir que le brevet « n'accorde pas de protection [...] sur l'agent [infectieux, en l'occurrence le micro-organisme] lui-même et encore moins sur son acide nucléique mais bien sur l'utilisation de la présence de cet agent pour diagnostiquer la présence de maladie »<sup>769</sup>. C'est dire que l'élément à partir duquel cette utilisation est déterminée reste entièrement disponible pour les fins d'autres recherches.

Toutes proportions gardées, l'objection dont la brevetabilité de la matière vivante est souvent l'objet est discutable. À ce propos, il semble qu'un des derniers verrous à l'utilisation d'embryons humains, aux fins de brevetage, vient d'être levé, lorsque la CJUE décide que leur « utilisation à des fins thérapeutiques ou de diagnostic applicable à l'embryon humain et utile à celui-ci [peut] faire l'objet d'un brevet »<sup>770</sup>. Certes, il faut être prudent en cette matière, en attendant les prochains développements jurisprudentiels, puisque la même cour s'est opposée avec fermeté, dans la même cause, à l'exploitation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales sous le couvert de l'article 6, paragraphe 2, c) de la *Directive 98/44/CE*. Mais, l'ouverture attendue du droit européen paraît profiler à l'horizon avec les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón près la CJUE qui, récemment, a proposé à la

---

<sup>768</sup> Brevet canadien n° CA 2528667, 05 juin 2012.

<sup>769</sup> TGI Paris, ch. civ., 16 décembre 2011, n° RG 2009/16586, cité par Frédéric Dardel, dir, *Veille juridique sur les principales évolutions législatives, jurisprudentielles et doctrinales en droit de la santé*, Paris, Publications de l'Institut Droit et Santé, n° 144, 1<sup>er</sup> au 15 mai 2012 à la p 31.

<sup>770</sup> CJCE, 18 oct. 2011, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e.V.*, n° C- 34/10.

juridiction communautaire un revirement de sa position traditionnelle, en des termes assez clairs :

les ovules humains non fécondés qui, par voie de parthénogenèse, ont été induits à se diviser et à se développer ne sont pas visés par l'expression «embryons humains» à l'article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, pour autant qu'ils ne soient pas en mesure de se développer en êtres humains et qu'ils n'aient pas été génétiquement manipulés pour acquérir cette capacité<sup>771</sup>.

À ce sujet, une doctrine bien autorisée, tout en se demandant si la recherche sur l'embryon n'est pas un vice à la vertu<sup>772</sup>, reconnaît qu'en dépit de « l'omerta dénoncée par certains scientifiques [...], les recherches sur les cellules souches adultes donnent lieu à des applications thérapeutiques et certaines découvertes suscitent un grand enthousiasme [...], aujourd'hui non démenti »<sup>773</sup>. Il n'y a donc plus qu'à espérer que la bioéconomie réussisse à vaincre la résistance du droit, puisqu'en tout état de cause, le juridisme n'a pas vocation à être « préjudiciable aux droits des malades en attente de thérapies nouvelles, [et] chacun doit pouvoir dépasser ses convictions philosophiques ou religieuses pour prendre en considération l'intérêt des malades et de leur famille »<sup>774</sup>. Toutefois, si le développement des biotechnologies a impulsé les activités liées au brevet pharmaceutique, notamment à l'ère des thérapies géniques, il faut dire l'exploitation effective des inventions brevetées est la preuve qu'ils servent les

---

<sup>771</sup> CJUE, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents*, n° C-364/13, conclusions présentées le 14 juillet 2014.

<sup>772</sup> Jean-René Binet, *La réforme de la loi bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Paris, LexisNexis, 2012 à la 75.

<sup>773</sup> Jean-René Binet, « Recherche sur l'embryon : la science rattrapée par la loi » (2010) 42 : 2 *Sociologie et sociétés* 91 à la p 104.

<sup>774</sup> Jean-René Binet, « Recherche sur l'embryon : la science rattrapée par la loi » (2010) 42 : 2 *Sociologie et sociétés* 91 à la p 103.

intérêts de la société, du moins sur le plan thérapeutique. Or, à l'étape de cette exploitation l'objet du brevet pharmaceutique doit encore être supporté par les renseignements non divulgués dont l'intérêt permet d'attester de l'innocuité de l'innovation.

### **2.1.3 L'intérêt des renseignements confidentiels à la fortification du brevet pharmaceutique**

Les renseignements confidentiels, encore désignés par renseignements non divulgués sont de « proto droits de propriété intellectuelle, c'est-à-dire d'ébauches de droits de propriété intellectuelle auxquels manque l'ultime consécration d'une telle désignation »<sup>775</sup>. Cette qualification est sans doute juste, en ce sens que les renseignements non divulgués souffrent d'une immaturité résultant de leur défaut d'indépendance. En matière de brevet pharmaceutique, ce défaut d'indépendance trouve son fondement dans le fait que ces renseignements fortifient les droits du titulaire du brevet. Autrement dit, leur existence est intrinsèquement liée au brevet pharmaceutique pour en assurer une meilleure protection.

#### **2.1.3.1 La protection des renseignements confidentiels**

En dépit de l'intérêt accordé à la valeur des renseignements non divulgués en droit, l'*Accord sur les ADPIC* n'y a pas consacré assez de détails. Tout au plus, est-il recommandé aux États de protéger « ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce »<sup>776</sup>. L'on peut alors comprendre qu'en droit canadien, les autorités gouvernementales s'interdisent de communiquer à des tiers « des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits

---

<sup>775</sup> Jean-Christophe Galloux, *Droit de propriété industrielle*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2003 à la p 10.

<sup>776</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 39.3; *ALÉNA*, art. 1711 (5).



financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité »<sup>777</sup>. Deux arguments peuvent justifier une telle interdiction. D'une part, il s'agit là disposition qui relève d'une cohérence juridique, puisque ces renseignements ont été communiqués pour une fin bien déterminée, en l'occurrence l'obtention de l'approbation commerciale du produit pharmaceutique innovant auquel ils se rapportent. D'autre part, en raison de leur valeur commerciale<sup>778</sup>, leur auteur les voudrait tenir secrets, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leur contenu et, l'État en sa qualité de régulateur neutre<sup>779</sup> du jeu de la concurrence, doit protéger les intérêts de tous les agents économiques sur un pied d'égalité. La divulgation des renseignements issus des essais sur les innovations pharmaceutiques à tout tiers qui s'en servirait à des fins commerciales mettrait, en effet, l'autorité gouvernementale dans une position impartiale.

### **2.1.3.1.1 Les fondements de la protection des renseignements non divulgués**

Il ne suffit pas que le titulaire d'un brevet pharmaceutique réalise les expérimentations requises aux fins de la mise en marché de son innovation; il faut encore qu'il en communique les données à l'autorité

---

<sup>777</sup> *Loi sur l'accès à l'information* (L.R.C. (1985), ch. A-1), art. 20(1) c).

<sup>778</sup> *CPC International Inc. c. Seaforth Creamery Inc.*, [1996] O.J. n° 3393 (Div. gén. Ont.), paragr. 22.

<sup>779</sup> Le principe de neutralité de l'administration tire sa source de celui de l'égalité. La neutralité, un des principes directifs du fonctionnement de l'administration, résulte de la *loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État* et signifie originellement l'absence de distinction, c'est-à-dire l'État doit traiter tout usager sur un pied d'égalité par des procédures qui garantissent son impartialité. La neutralité administrative ne s'accommode pas de l'indifférence, puisqu'elle impose à l'administration, tantôt des actes positifs (recevoir par exemple avec la même célérité des demandes adressées par tout usager), tantôt une stricte abstention (ne pas entraver la jouissance des droits et libertés reconnus aux usagers). Voir Geneviève Koubi, « Le principe de neutralité des services publics : un principe corollaire à la modernité de l'État? » (novembre-décembre 1992) 270 *La Revue administrative* 492 aux pp 492-499.

étatique. L'obligation de communication est donc une exigence dans le cadre du processus de l'autorisation de mise sur le marché du produit pharmaceutique innovant.

**L'existence d'une obligation de communication.** Il serait illusoire de croire que les laboratoires pharmaceutiques mettent spontanément en évidence les effets indésirables des médicaments qu'ils développent. D'ailleurs, la mise sur le marché de produits pharmaceutiques prétendument dangereux n'est pas en soi une faute, pour autant que le laboratoire fabricant ait obtenu l'autorisation étatique nécessaire. Mais la dissimulation des effets nocifs desdits produits engage la responsabilité<sup>780</sup> de l'industriel du médicament. C'est pourquoi,

Une "drogue nouvelle" doit subir des essais rigoureux avant de pouvoir être vendue. Le fabricant de la drogue doit remettre [au PPT] une présentation de drogue nouvelle ("PDN") indiquant notamment les propriétés curatives et les ingrédients de la drogue ainsi que les méthodes de fabrication et de purification. La PDN contient également les résultats des études cliniques qui ont été effectuées par le fabricant et qui confirment l'innocuité et l'efficacité de la drogue. Des équipes multidisciplinaires de la Direction des médicaments [du PPT] examinent tous les éléments de la PDN. Un ADC [Avis de conformité, ou autrement dit approbation de la commercialisation] ne sera délivré que si la drogue est jugée à la fois efficace et sans danger pour les humains [...] <sup>781</sup>.

La communication des renseignements non divulgués doit permettre à l'État de s'assurer d'une bonne connaissance de l'innovation pharmaceutique, nécessaire à sa surveillance dans le cadre de la pharmacovigilance. Ainsi, « les détails des résultats de l'ensemble des essais [cliniques] sont rendus publics par l'Agence [gouvernementale],

---

<sup>780</sup> Raymond Hudon, « Lobbying et politiques publiques » dans Stéphane Paquin, Luc Bernier et Guy Lachapelle, dir, *L'analyse des politiques publiques*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2010, 193 aux pp 212-213.

<sup>781</sup> *Apotex Inc. c. Canada (Attorney General)* (C.A.), [1994] 1 F.C. 742.

qu'ils aient été ou non achevés prématurément »<sup>782</sup>. En fait, le suivi du devenir du produit pharmaceutique autorisé à la vente impose au fabricant de rapporter ses effets indésirables, dont l'ampleur peut justifier le retrait dudit produit du circuit commercial. En ce sens, la jurisprudence peut décider que

la société Monsanto a manqué à ses obligations contractuelles [...] en vendant le Lasso sans informer exactement de la composition de ce produit, des précautions d'usage pour son utilisation, notamment par rapport aux risques d'inhalation alors qu'il s'agit d'un produit dangereux<sup>783</sup>.

La sulfureuse *affaire du Distilbène*<sup>784</sup>, bien connue en France, illustre, on ne peut plus clairement, l'importance attachée à une communication

---

<sup>782</sup> *Règlement CE n° 1901/2006* du Parlement européen et du Conseil relatif aux médicaments à usage pédiatrique, 12 décembre 2006, art. 41.2.

<sup>783</sup> TGI Lyon, 13 février 2012, *Paul F. c. Sté Mosanto agriculture France SAS*, cité par Frédéric Dardel, dir, *Veille juridique sur les principales évolutions législatives, jurisprudentielles et doctrinales en droit de la santé*, Paris, Publications de l'Institut Droit et Santé, n° 144, 1<sup>er</sup> au 15 mai 2012 à la p 31.

<sup>784</sup> Le diéthylstilboestrol (DES), une hormone de synthèse identifiée en 1930 pour son efficacité dans le traitement des avortements spontanés, fut largement prescrit dans les années 1940, sous la marque de Distilbène. À la suite d'études menées aux États-Unis d'Amérique, qui mirent en évidence les risques très élevés de malformations *in utero*, cancers, fausses couches chez les filles de femmes qui ont été traitées par la molécule et d'infertilités chez les garçons des femmes traitées par le médicament miracle, le Distilbène a été interdit de vente sur le marché américain en 1971, mais restera encore d'actualité en France jusqu'en 1977. Les enfants victimes en France du médicament vont alors élever le contentieux devant la justice. Le laboratoire français fabricant a été déclaré responsable de défaut de mise sur le marché d'un produit offrant la sécurité à laquelle les consommateurs sont en droit de s'attendre tant par les juges de fond, qu'en cassation. Le raisonnement de la jurisprudence est ainsi libellé : « Il ressort du rapport général d'expertise que, dès 1972, le *Concours médical*, largement diffusé auprès des médecins généralistes, titrait : DES chez la mère, cancer à retardement pour l'enfant [...], que le rapport bénéfices risques est devenu négatif dans la perception du monde médico-scientifique entre les quinquennats 1969-1973 et 1974-1978; que ceci correspond sensiblement à l'époque où l'indication du DES a été suspendue et où la possibilité de carcinogénèse transplacentaire a été démontrée en expérimentation animale; que l'on peut dire en toute objectivité que les études concluant en faveur du produit n'ont pas été réalisées avec les conditions scientifiques requises ; qu'en particulier, la référence à un groupe témoin est soit absente, soit non recevable ; qu' à l'opposé, les études en faveur de l'absence d'efficacité du produit font quasiment toutes appel à un groupe de référence, soit constitué par randomisation, soit selon une distribution alternée du produit ; le collège d'experts estime donc que, malgré les difficultés méthodologiques inévitablement rencontrées dans les études

éthique sur les effets indésirables des innovations pharmaceutiques, dans le cadre de la pharmacovigilance, car même si, à certains égards, le produit pharmaceutique est soumis aux règles du commerce<sup>785</sup>, il n'est pas un article de commerce ordinaire<sup>786</sup>. En effet, « une spécialité pharmaceutique ne saurait être commercialisée si, face aux effets secondaires même minimes qu'elle engendre, elle ne présente aucune utilité du point de vue de la santé »<sup>787</sup>. Même dans l'hypothèse où le rapport bénéfice/risque d'une spécialité pharmaceutique n'est pas susceptible d'être remise en question, c'est-à-dire lorsque le défaut de sécurité objective du produit n'est pas établi, la survenance d'un dommage consécutive à sa prise, n'engage pas moins la responsabilité de son fabricant<sup>788</sup>.

En fait, l'obligation juridique de communication qui pèse sur l'industriel du médicament ne supporte aucune échappatoire; elle s'impose en

---

cliniques, il n'en reste pas moins vrai qu'il existe de nombreux facteurs de probabilité permettant d'établir comme très vraisemblable la participation du DES comme co-facteur à l'origine des adénocarcinomes du vagin ou du col chez les filles de mères traitées par le DES pendant leur grossesse [...] ». Voir CA Versailles, 3<sup>ème</sup> Ch., 30 avril 2004, (2004) Dalloz à la p 1502, arrêt confirmé en cassation ; voir Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2009, n° 08-16.305. Voir aussi Alice Philippot, « Le droit face aux catastrophes sanitaires : l'affaire du Distilbène, épilogue? » (mars 2013) 46 Revue générale de droit médical 93.

<sup>785</sup> Le cas des médicaments dits « Over-the-counter » (OCT), dans les pays qui l'autorisent et dont les grandes surfaces assurent le service auprès du public, semble remettre en cause le monopole pharmaceutique, corollaire de l'idée de la propriété.

<sup>786</sup> Olivier Debarge, « La distribution au détail du médicament au sein de l'Union Européenne : un croisement entre santé et commerce. La délimitation des règles appliquées à l'exploitation des officines », (2011) 2 RIDE 193 à la p 203. Voir aussi Guillaume Rousset, « Réflexions sur une possible évolution du droit communautaire du médicament : le projet direct-to-consumers advertising » dans Marc Blanquet et Nathalie De Grove-Valdeyron, dir, *Études de droit communautaire de la santé et du médicament*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2009 à la p 105.

<sup>787</sup> Christine Noiville, *Du bon gouvernement des risques*, Paris, Presses universitaires de France, 2003 à la p 87.

<sup>788</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2012, *Mmes Nelly, Lauriane et Christelle X c. la société Sanofi Pasteur MSD*, n° 11-17738.

raison des exigences de la fiabilité qu'attend le public consommateur. Cette fiabilité justifie des normes contraignantes dont la caractéristique principale est d'être établies par ou au nom de l'État, lorsqu'elles se rapportent au domaine de la santé publique<sup>789</sup>. Avec l'effervescence du principe de précaution, l'obligation d'information s'apparente à un véritable droit à la qualité<sup>790</sup> justifié par la traçabilité et la surveillance, seules mesures susceptibles de permettre de faire le point<sup>791</sup>. En effet,

[...] Lorsque des incertitudes scientifiques subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé humaine, les institutions communautaires [tout autre pays] peuvent, en vertu du principe de précaution, prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées<sup>792</sup>.

Le régime de cette transparence s'impose à toutes les phases de la vie des innovations pharmaceutiques, depuis la période expérimentale jusqu'à la commercialisation. À cet égard, la jurisprudence a été très explicite : « en matière de recherche purement expérimentale, le médecin doit révéler tous les risques connus même rares ou éloignés et ce, à plus forte raison, si ceux-ci sont d'une conséquence grave »<sup>793</sup>. C'est dire que, si l'on ne peut pas contraindre l'industriel du médicament à un comportement éthique, l'obligation d'une communication éthique, de sa part, est un moyen efficace pour mieux protéger les intérêts des

---

<sup>789</sup> OMPI, « La P.I. et les entreprises - Brevets et normes techniques » (2005) 6 Magazine de l'OMPI 21 à la p 21.

<sup>790</sup> Arnaud Gossement, *Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique*, Paris, L'Harmattan, 2003 à la p 158.

<sup>791</sup> Christine Noiville, *Du bon gouvernement des risques*, Paris, Presses universitaires de France, 2003 à la p 57.

<sup>792</sup> Georges A. Legault et al., *Nanotechnologies et principe de précaution : forces et limites de l'appel au principe*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012 aux pp 93-94.

<sup>793</sup> *Weiss c. Solomon*, 1989 CarswellQue 72, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.), [1989] R.R.A. 374, (1989) 48 C.C.L.T. 280, p. 743.

consommateurs<sup>794</sup>. En tout état de cause, l'industrie pharmaceutique innovante ne peut prétendre avoir suffisamment informé le public sur les risques liés à une innovation, en excipant d'une communication détaillée faite aux professionnels de la santé, lorsqu'une telle communication met en exergue une divergence sur toute l'information nécessaire à une meilleure connaissance de l'innovation<sup>795</sup>. En un mot, la communication des données relatives aux essais sur le médicament innovant s'impose dans l'intérêt de la société. Mais, cela ne sacrifie pas les intérêts de l'industriel qui doit être assuré de la protection de l'autorité gouvernementale contre la propension de ses concurrents potentiels à se servir des données communiquées.

### **2.1.3.1.2 La nécessité d'une protection assurée par l'administration**

En tant que données accessoires du brevet pharmaceutique, et même en l'hypothèse de leur collecte en l'absence d'un brevet, les renseignements non divulgués ne sont pas de « libre parcours »<sup>796</sup>. S'ils étaient gardés au seul pouvoir de l'industriel, celui-ci en aurait organisé la protection selon son bon vouloir, de sorte que nul tiers n'y ait accès sans son consentement, sauf au prix d'une contrepartie.

En recevant communication des données scientifiques nécessaires à la commercialisation du produit princeps, l'autorité gouvernementale se trouve dans la position d'un dépositaire. Elle ne peut pas les transférer à une tierce personne à des fins autres que la nécessité de protéger la

---

<sup>794</sup> Lucien Rapp, « Pour une recherche socialement responsable » dans Jacques Larrieu, dir, *Qu'en est-il du droit de la recherche?*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2009 à la p 152. Pour plus de détails sur l'obligation de la communication éthique, voir Robert Reich, *Supercapitalisme*, Paris, Vuibert, 2008.

<sup>795</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 oct. 2011, *la SAS Laboratoire Roche*, n° 10-21709.

<sup>796</sup> Nicolas Binctin, *Le capital intellectuel*, Paris, Litec, 2007 à la p 43.

santé publique. Co-gardienne des renseignements non divulgués, l'État s'oblige à protéger les intérêts qui y sont associés pour leur auteur, en sa qualité de garant de l'ordre public qui, au-delà de préserver les intérêts des individus, assure le bon fonctionnement de la société<sup>797</sup>. En revanche, la question se pose de savoir quelle est l'étendue de la protection que garantit la puissance publique dépositaire des renseignements non divulgués.

### **2.1.3.2 L'étendue de la protection des renseignements non divulgués**

La protection des renseignements non divulgués consacre au profit de leur auteur un monopole additionnel au brevet. En effet, la protection des renseignements non divulgués illustre l'hypothèse d'une coexistence de droits, une mesure salubre lorsqu'en particulier l'ajout d'un droit vient combler les lacunes d'un autre qui en a un lien<sup>798</sup>. Mais par principe, la portée des droits monopolistiques doit être clairement définie afin de « paralyser l'exercice d'une prérogative qui serait contraire »<sup>799</sup> aux intérêts de la société. En effet, certains postulent que les monopoles favorisent la réduction de la production en dessous des niveaux concurrentiels, ce qui représente une perte pour la société<sup>800</sup>. Par conséquent, le champ de l'utilisation exclusive des renseignements non divulgués qui accompagnent le brevet pharmaceutique pour

---

<sup>797</sup> Jean-Baptiste Racine, « Droit économique et lois de police » (2010) 1 RIDE 61 à la p 64.

<sup>798</sup> Sylvain Chatry, « Le concours de droits de propriété intellectuelle. Essai d'une théorie générale » (2012) 42 Propriétés intellectuelles 119 à la p 120.

<sup>799</sup> Christophe Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Paris, Litec, 1998 à la p 3.

<sup>800</sup> Ben Hattenbach, « GATT, TRIPS and the small American inventor: an evaluation of the effort to preserve domestic technological innovation » (1995) 10: 61 Intellectual Property Journal 61 à la p 95.

permettre à l'industriel du médicament l'exploitation exclusive de son innovation doit être délimité.

### **2.1.3.2.1 La limitation quant à la commercialisation du produit princeps**

La protection des renseignements non divulgués est limitée dans le champ de l'économie de la connaissance<sup>801</sup>, c'est-à-dire dans la mesure utile et nécessaire pour préserver les intérêts commerciaux de l'industrie pharmaceutique innovante. Elle permet ainsi de consolider l'exploitation exclusive conférée par le brevet pharmaceutique. En ce sens, l'argument développé par le Canada devant l'organe de règlement des différends de l'OMC, dans le cadre du litige qui l'avait opposé aux communautés européennes, au sujet de la protection conférée par un brevet sur les produits pharmaceutiques, est saisissant :

Pour apprécier pleinement la "doctrine" canadienne<sup>802</sup> relative à la protection conférée par les brevets dans le domaine des produits pharmaceutiques, il était important de comprendre l'interaction entre la recherche pharmaceutique, le brevetage des inventions et l'approbation de la commercialisation des médicaments<sup>803</sup>.

Cette approbation repose, faut-il le rappeler, sur les renseignements non divulgués, dont la protection est conçue pour pallier l'inexistence

---

<sup>801</sup> Etienne Vergès, « Éthique et déontologie de la recherche scientifique : un système normatif communautaire » dans Jacques Larrieu, dir, *Qu'en est-il du droit de la recherche?*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2009 à la p 141.

<sup>802</sup> Je souligne l'expression pour signifier qu'elle paraît un peu excessive, puisque le système canadien du brevet pharmaceutique fonctionne suivant le même mécanisme comme partout ailleurs, avec l'exigence d'approbation préalable à la commercialisation. En Europe par exemple, l'on a recours à l'autorisation de mise sur le marché (AMM). Voir la *Directive 65/65/CEE* du Conseil, du 26 janvier 1965, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives aux spécialités pharmaceutiques. Aux États-Unis d'Amérique, l'on parle de « Drug approval » : *The Federal Food, Drug, and Comestic Act* (1938) des États-Unis d'Amérique.

<sup>803</sup> OMC, ORD, 17 mars 2000, *Canada c. Communautés Européennes et leurs États-membres : protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, Rapport du Groupe spécial, [2000] WT/DS 114/R à la p 17.



d'un droit spécifique destiné à protéger les investissements importants qui se concrétisent dans des informations de grande valeur scientifique et commerciale, tenues confidentielles<sup>804</sup>, se rapportant au produit pharmaceutique innovant. En l'absence de cette protection, il y aurait un énorme risque de pillage et d'exploitation opportuniste de la part d'autres acteurs économiques, en l'occurrence les producteurs de médicaments génériques. Ainsi, les renseignements non-divulgués ne servent pas seulement les intérêts de l'industrie pharmaceutique innovante. En fait, les données scientifiques relatives au médicament princeps ont aussi pour effet d'exempter les fabricants de spécialités génériques des essais précliniques et cliniques nécessaires à la mise en marché de leurs produits, sous réserve que ceux-ci établissent que leurs produits génériques sont l'équivalent du produit princeps, au moyen d'une documentation bibliographique scientifique appropriée<sup>805</sup>. Pour autant, il ne peut être contesté que les impératifs de sécurité des investissements faits dans les expérimentations qui permettent aux innovateurs de collecter ces données justifient la mise en œuvre de mesures protectrices. Ainsi, précise la jurisprudence, « by providing a period of market exclusivity for innovators, the [*Data protection Regulation*] provided an alternative to [...] protection against disclosure in a manner contemplated in the two international agreements [NAFTA and TRIPS] »<sup>806</sup>. Par contre, toute règle protectionniste, profitant à un

---

<sup>804</sup> Anne Laude et Didier Tabuteau, dir, *Information et produits de santé, quelles perspectives?*, Paris, Presses universitaires de France, 2006 aux pp 20- 23.

<sup>805</sup> CJUE, 23 octobre 2014, *Olainfarm AS c. Latvijas Republikas Veselības ministrija, Zāļu valsts aģentūra*, n° C-104/13, paragr. 21.

<sup>806</sup> *Canadian Generic Pharmaceutical Assn. c. Canada (Minister of Health)*, [2010] F.C.J., n° 1582, paragr. 52.

agent économique, dans le domaine des affaires, doit être limitée dans le temps pour permettre le rétablissement d'une concurrence rapide<sup>807</sup>.

### **2.1.3.2.1 La durée de protection des renseignements non divulgués**

La durée de protection des renseignements non divulgués est définie, *a posteriori*, par référence au moment de l'ouverture de la concurrence par des produits pharmaceutiques génériques essentiellement similaires au produit princeps déjà commercialisé. Au sein des communautés européennes par exemple, cette concurrence est ouverte après six ou dix ans depuis la première date de commercialisation du produit pharmaceutique innovant, étant précisé que la concurrence aux médicaments de haute technologie bénéficie du délai le plus long<sup>808</sup>. En droit canadien, l'approbation à la commercialisation d'une spécialité générique, par comparaison avec un produit princeps, ne peut être délivrée avant l'expiration d'un délai de huit ans suivant la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré au fabricant de la drogue innovante<sup>809</sup>; ce délai est assorti d'une protection supplémentaire de six mois dans le cas des produits princeps ayant fait l'objet d'essais cliniques conçus et menés dans le but d'accroître les connaissances de leur utilisation sur les populations d'âge pédiatrique<sup>810</sup>.

---

<sup>807</sup> Harold C. Wegner, *Patent Law in Biotechnology, Chemicals and Pharmaceuticals*, 2<sup>ème</sup> éd., New York, Stockton Pr, 1994 à la p 475.

<sup>808</sup> *Directive 87/21/CEE* du Conseil du 22 décembre 1986 modifiant la *Directive 65/65/CEE* concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques, art. 1 a) iii).

<sup>809</sup> *Règlement sur les aliments et les drogues* (C.R.C., ch. 870), art. C.08.004.1 (1) (3) b).

<sup>810</sup> *Règlement sur les aliments et les drogues* (C.R.C., ch. 870), art. C.08.004.1 (1) (4) a) – b).

En tout état de cause, l'ouverture de la concurrence par des spécialités génériques n'a pas vocation à porter atteinte au brevet protégeant le produit pharmaceutique innovant. En d'autres termes, la concurrence ne peut réellement s'exercer avant l'expiration de la durée du brevet. Par conséquent, l'utilisation des données non divulguées relatives à un produit pharmaceutique innovant par un producteur de spécialités génériques, même pour obtenir l'approbation de mise sur le marché, n'est possible qu'après l'expiration du brevet originaire. Par contre, en l'absence d'une harmonisation au plan international, la période de protection des renseignements non divulgués associés au brevet pharmaceutique évolue dans un ordre relativement éclaté<sup>811</sup>. Par exemple, en Australie, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis d'Amérique, la période exclusive de protection des données résultant des essais cliniques est de cinq<sup>812</sup>. Au sein l'Union européenne, exemple par excellence d'une intégration supranationale stable, ce délai varie de dix à onze ans pour compter du jour de l'autorisation de mise sur le marché du produit princeps<sup>813</sup>. Cet éparpillement de la période de protection des renseignements non divulgués à l'heure de l'extension du brevet pharmaceutique à l'échelle mondiale est une difficulté réelle.

---

<sup>811</sup> Mélanie Bourassa Forcier, « Négociations de libre- échange Canada – Union européenne : une limite à la gouvernance souveraine en matière de brevets pharmaceutiques » (2011) 41 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 554 aux pp 558-559.

<sup>812</sup> European Generic medicines Association, *TRIPS Article 39.3 Does not require Data Exclusivity Provisions: A critical issue for access to medicines*, juillet 2000. En ligne : [www.egagenerics.com](http://www.egagenerics.com).

<sup>813</sup> *Directive 2004/27/CE* du Parlement et du Conseil, modifiant la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, 31 mars 2004, art. 10.

## Conclusion de la sous-section 2.1

Dire que le brevet pharmaceutique a une utilité pour la société suppose qu'il met à jour une invention susceptible de résoudre un problème de santé; cette pertinence s'apprécie sur la base de l'innocuité de l'innovation il est porteur. L'appréciation de l'innocuité de l'innovation pharmaceutique permet implicitement d'éviter d'encombrer le domaine public de brevets insusceptibles d'être mis en œuvre, c'est-à-dire des inventions qui ne valent pas le titre<sup>814</sup>. En effet, le breveté se désintéressera lui-même spontanément de maintenir son titre en vigueur s'il ne peut l'exploiter. C'est dire que l'intérêt scientifique du brevet pharmaceutique inclut tous les renseignements accessoires, mais indispensables à justifier la mise en marché de l'innovation. Ces renseignements non divulgués permettent d'établir « le résumé des caractéristiques du produit [innovant], la notice destinée au patient ou à l'utilisateur et les informations contenues dans l'étiquetage »<sup>815</sup>. Par ailleurs, les nouveaux champs scientifiques porteurs d'espérance pour la société en matière pharmaceutique ne doivent pas être négligés. Cette extension de la matière brevetable à ces domaines a l'avantage de réduire « le décalage existant entre le fantastique bouleversement des technologies, et la relative stagnation des mécanismes de protection des créations nouvelles »<sup>816</sup>.

---

<sup>814</sup> Norman Siebrasse, « HGS v. Lilly: How Soon Is Too Soon to Patent? » (2011) 24 : 1 Intellectual Property Journal 41 à la p 43.

<sup>815</sup> *Règlement CE n° 726/2004* du Parlement européen et du Conseil, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, 31 mars 2004, art. 57.2.

<sup>816</sup> Jacques Azéma, « La protection juridique des nouvelles techniques » dans *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990, 43 à la p 43.

## 2.2 L'accès à l'information contenue dans le brevet

La propriété intellectuelle et donc, par définition le brevet, ont longtemps été considérés comme une propriété économique<sup>817</sup>, sans pour autant que l'on ne doute de la valeur informationnelle du brevet<sup>818</sup>. Mais, l'opinion selon laquelle l'information serait libre d'accès comme de l'air ne peut être généralisée, car « good ideas will always be important and will always have commercial value »<sup>819</sup>. En effet, « although information itself is a public good and once known would be consumed at zero marginal cost, discovering and making information useful requires inputs that are rival and are susceptible to efforts to exclude »<sup>820</sup>. Ainsi, qualifier l'information de la plus précieuse matière première qui soit<sup>821</sup> signifie qu'elle est négociable économiquement. C'est pourquoi, la doctrine estime que « [information] may be [...] the most important primary good we can imagine when we consider its role in the economy, the development of knowledge and culture and, [...] its impact on power in a society »<sup>822</sup>. La vocation de l'information à illuminer une société plongée dans l'ignorance suffit déjà à lui attribuer un prix. « L'information revêt une importance capitale pour la vie

---

<sup>817</sup> Robert Mysicka, « Exclusion versus Control : The Competition Dimension of Intellectual Property Rights » (juin 2012) 28 : 1 *Revue canadienne de propriété intellectuelle* 109 à la p 112.

<sup>818</sup> Sophie Chauveau, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété est-elle une marchandisation ?*, Paris, Dalloz, 2004, p. 111 ; Bernard Remiche, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Ibid*, à la p 120.

<sup>819</sup> Joseph J. Sipur, « Are Ideas Really Free As the Air? Recent Developments in the Law of Ideas » (2011) 51: 1 *The Intellectual Property Law Review* 111 à la p 111.

<sup>820</sup> Henry E. Smith, « Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information » (2007) 116 *The Yale Law Journal* 1742 à la p 1744. En ligne : [www.yalelawjournal.org/images/pdfs/567.pdf](http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/567.pdf).

<sup>821</sup> Reto M. Hilty, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle : problème et perspectives. Introduction » (2006) 4 *RIDE* 353 à la p 353.

<sup>822</sup> Peter Drahos, *A philosophy of Intellectual Property*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1996 à la p 171.

quotidienne, pour l'éducation des générations futures et pour le développement économique »<sup>823</sup>. L'on comprend alors que Victor Hugo puisse s'exclamer : « Tout homme ouvrant un livre y trouve une aile, et peut planer là-haut où l'âme en liberté se meut »<sup>824</sup>.

Certains auteurs estiment que la contestation des droits de propriété intellectuelle résulte du renforcement des prérogatives individuelles qui y sont attachées, au détriment de l'accès du public aux connaissances nouvelles<sup>825</sup>. Mais, puisque le brevet, en tant que source d'information, porte la marque du triomphe de l'inventeur sur la nature pour le bénéfice l'humanité<sup>826</sup>, il devient une « propriété particulière »<sup>827</sup>, une valeur économique pour son titulaire. L'on a parfois craint que la profusion de brevets puisse nuire à l'innovation, parce que tout nouvel inventeur doit requérir l'autorisation d'un précédent breveté dont le titre est encore en vigueur, dans l'hypothèse d'inventions de dépendance, pour exploiter sa propre création<sup>828</sup>. L'on parle à ce propos de « patent thicket », c'est-à-dire un immense réseau de brevets dont les revendications, en s'entremêlant les unes sur les autres, peuvent

---

<sup>823</sup> Tonssira Myriam Sanou, « L'agenda de l'OMPI pour le développement : vers une réforme de la propriété intellectuelle ? » (2009) 2 RIDE 175 à la p 204.

<sup>824</sup> Victor Hugo, « Chaque enfant qu'on enseigne est un homme qu'on gagne » dans *Les Quatre vents de l'Esprit*, Jersey, 27 février 1853.

<sup>825</sup> Renée Marlin-Bennett, *Knowledge Power : Intellectual Property, Information, and Privacy*, Londres, Lynne Rienner Publishers, Inc., 2004 à la p 64.

<sup>826</sup> Lysander Spooner, *The Law of Intellectual Property* (1855), traduit par Patricia Chameaureau, *Plaidoyer pour la propriété intellectuelle*, Paris, Les Belles Lettres, 2012 à la p 156.

<sup>827</sup> Cass. Req., 23 mai 1900, *Havas*, DP 1902, 1, p. 40, cité par Philippe Letourneau, « Idée et responsabilité civile » (1998) XLVI Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse 199 à la p 213.

<sup>828</sup> Jean-Nicolas Delage et Marie-Christine Levasseur, « Normes internationales et pools de brevets : terrain miné ou mine d'or? » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, 2008, 33 à la p 43.

constituer un obstacle au développement des entreprises innovantes<sup>829</sup>. Cette crainte s'appuie sur l'idée que les écueils liés à la parcellisation des brevets « finissent par devenir un instrument de la réduction de la base de connaissances »<sup>830</sup>. Pour la professeure Arti Rai par exemple, « when patent pools did emerge, they were sometimes anti-competitive »<sup>831</sup>, mais nul ne conteste que chaque brevet constitue une richesse particulière pour la société parce qu'il s'agit, dans chaque cas, de connaissances nouvelles pour l'avancement de la science (2.2.1). Au demeurant, le regroupement des brevets complémentaires pour la fabrication d'un seul produit peut permettre de lever les barrières qui résulteraient de l'enchevêtrement des revendications de différents brevets. Ainsi, en raison de la valeur qui s'y rattache, le brevet « assure la diffusion de l'information technique [...], support des échanges de technologie [...] et instrument de la division internationale des tâches »<sup>832</sup>, puisqu'il doit son importance à l'essor de l'industrie. D'une part, il stimule la recherche et développement par l'évaluation des technologies concurrentes et, de l'autre il favorise l'accès aux résultats de la recherche fondamentale (2.2.2).

---

<sup>829</sup> Carl Shapiro, « Navigating the Patent Thicket : Cross-Licenses, Patent Pools and Standard-Setting » dans Adam Jaffe, Josh Lerner et Scott Stern, eds, *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 1, Cambridge, Massachusetts Institute of Technology Press, 2001, 119 à la p 120. En ligne : <http://www.nber.org/chapters/c10778.pdf>.

<sup>830</sup> Isabelle Liotard, « Persistance et intensité des conflits entre normalisation et propriété intellectuelle : les enseignements de la 3<sup>e</sup> génération du téléphone mobile » (2008) 1 RIDE 47 à la p 56.

<sup>831</sup> Arti K. Rai, « Intellectual Property Rights in the Biotechnology: Addressing New Technology » dans Arti K. Rai, ed, *Intellectual Property and Biotechnology*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, 285 à la p 298.

<sup>832</sup> Martine Hiance et Yves Plasseraud, *Brevets et sous-développement : la protection des inventions dans le Tiers-monde*, Paris, Librairies techniques, 1972 à la p 17.

### 2.2.1 Le brevet : un moyen d'information

L'accès à l'information confère au système des brevets son efficacité et sa crédibilité dans la société<sup>833</sup> puisque, selon la doctrine, « l'information sert l'intérêt public »<sup>834</sup>. En effet, la délivrance du brevet est un moyen privilégié de diffusion de l'information scientifique<sup>835</sup>. En fait :

la publication d'une demande de brevet est [...] la première possibilité d'accéder à l'information correspondante. De plus, le document de brevet donne sur la technique des informations beaucoup plus détaillées que tout autre type de publication scientifique ou technique. Enfin l'on estime que plus de 70% des renseignements divulgués dans les demandes de brevet ne sont jamais publiés ailleurs<sup>836</sup>.

En outre,

les exigences de plus en plus poussées en ce qui concerne la rédaction des textes de brevets, et la clarté des dessins qui les accompagnent constituent [...], des mémoires techniques souvent très bien rédigés, qui donnent bien souvent des descriptions qui ne paraissent dans aucune littérature<sup>837</sup>.

Cependant, en dépit du caractère évanescent de l'information mise à jour par l'invention, le brevet en assure la privatisation, car même « s'il est permis de surfer librement sur les autoroutes de l'information, les navigateurs sont tenus de respecter les défenses anti-invasion

---

<sup>833</sup> Commission européenne, DG marché intérieur et services, économie basée sur la connaissance, propriété industrielle, *Questionnaire sur le système des brevets en Europe*, Bruxelles, 9 janv. 2006. En ligne : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/docs/patent/consult\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/consult_fr.pdf).

<sup>834</sup> Marc-François Bernier, « Les sources anonymes des journalistes et le droit du public à une information de qualité » dans Karim Benyekhlef, dir, *Les secrets du droit*, Montréal, Thémis, 2014, 51 à la p 67.

<sup>835</sup> *Loi sur les Brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 10(2).

<sup>836</sup> OMPI, « La propriété intellectuelle et l'entreprise : les brevets sont une véritable mine d'informations » (2005) 1 Magazine de l'OMPI 8 à la p 9.

<sup>837</sup> Monique Pinson, « Le brevet, source d'information technique » (août 1961) 116 Cahiers de l'institut de science économique appliquée 127 aux pp 127-128.



d'autrui »<sup>838</sup> ; cette privauté témoigne d'ailleurs, d'une certaine façon, de l'utilité de l'information contenue dans le brevet.

### **2.2.1.1 L'utilité de l'information contenue dans le brevet**

Jeremy Bentham et, à sa suite, John Stuart Mills, réfèrent l'utilité, dans leurs travaux sur l'utilitarisme, à la capacité d'une chose à procurer plus du bien, et à diminuer les peines<sup>839</sup>. Il y a peut-être, en pratique, une certaine difficulté à apprécier la mesure de l'utilité, même vue sous l'angle économique. Mais cette difficulté est inhérente au concept, non au service que peut rendre une chose utile. À cet égard, l'utilité de l'information qu'apporte le brevet peut être appréciée en tant que véhicule de transfert de technologie. En outre, cette information constitue un moyen privilégié au sein de l'entreprise qui l'a mise à jour.

#### **2.2.1.1.1 L'exploitation de la documentation sur le brevet au sein de l'entreprise**

Dans le souci de gérer la diffusion de l'invention au mieux de ses intérêts, l'entreprise prendra en considération toutes autres publications dans le domaine considéré, mais aussi la technicité et la précision du contenu de la rédaction du brevet. En effet, la documentation sur le brevet est une archive qui retrace dans une suite chronologique les différentes étapes franchies par l'inventeur pour parvenir à la solution que dégage l'invention<sup>840</sup>, parce que les techniques bien connues sont

---

<sup>838</sup> Daniel Gutmann, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique » (1999) 43 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1999, 65 à la p 65.

<sup>839</sup> John Stuart Mill, *Utilitarianism*, Paris, Flammarion, 2009.

<sup>840</sup> Christopher Floyd, « Nicholas Pumfrey – A patent Lawyer's Appreciation » dans Hugh C. Hansen, ed, *Intellectual Property Law and Policy*, Vol. 11, Portland, Hart Publishing, 2010, xvii à la p xviii. Voir dans le même sens CA Colmar, 1<sup>ère</sup> ch. civ., sect. B, 8 sept. 2005, *Serge Schlee c. Décision du directeur général de l'INPI*, (2005) 820 PIBD à la p III-717.

en général mieux décrites dans le brevet<sup>841</sup>. L'information technique que décrit le brevet est donc très complète, puisqu'elle rappelle l'état de l'art antérieur dans le domaine de l'invention ; elle est suffisamment documentée, « dépourvue de bruit »<sup>842</sup> et permet ainsi de remonter la filière de l'invention. Cette information transcende son seul contenu pour revêtir la forme de l'« évidence de l'immatériel »<sup>843</sup> ; elle révèle une « idée technique »<sup>844</sup>, permettant à l'entreprise de faire un tri pour vérifier sa liberté d'agir. En fait, « les connaissances préalables constituent la ressource la plus importante pour générer un savoir nouveau ; celui-ci ne saurait jaillir spontanément »<sup>845</sup>. En ce sens, la doctrine affirme que « the new builds on the old, and hence depends, to a degree, on access to the old »<sup>846</sup>.

En effet, dans une « société de l'information, l'un de ces changements les plus remarquables est que [le brevet] flirte à présent avec cet objet singulier qu'est l'information »<sup>847</sup>. Par conséquent, avant de recourir au brevet, le postulant peut déjà procéder à une première recherche de la nouveauté de son invention sur la base des informations résultant de l'art antérieur. Cette pré-recherche d'antériorités offre un double intérêt.

---

<sup>841</sup> David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyrights, Patents, Trade-marks*, 2<sup>ème</sup> édition, Toronto, Irwin Law, 2011 à la p 341; Francis Marquer, *Innovation et management des brevets*, Paris, les Éditions d'Organisation, 1985, à la p 153.

<sup>842</sup> Francis Marquer, *Innovation et management des brevets*, Paris, les Éditions d'Organisation, 1985 à la p 150.

<sup>843</sup> Salvatore Amato, « Rien qui soit : présences juridiques de l'immatériel » (1999) 43 Archives de philosophie du droit, t. 43, Paris, Sirey, 45 à la p 58.

<sup>844</sup> Christian Le Stanc, « Logiciel : trente ans entre droit d'auteur et brevet. Bilan? » dans *Études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris, LexisNexis, 2007, 271 à la p 275.

<sup>845</sup> Reto M. Hilty, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle : problème et perspectives. Introduction » (2006) 4 RIDE 353 à la p 354.

<sup>846</sup> Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, Inc. (Vintage Books), 2002 à la p 105.

<sup>847</sup> Michel Vivant, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle » (2006) 4 RIDE 361 à la p 362.

D'une part, elle évite de présenter une demande impertinente de brevet et, par ricochet, elle évite des frais inutiles ; elle sert aussi à opérer un choix définitif dès le moment du dépôt du brevet en considérant la valeur économique de l'invention<sup>848</sup>. D'autre part, elle constitue une sonnette d'alarme pour éviter d'empiéter sur un champ d'exploitation non autorisée en raison de brevets antérieurs. La pré-recherche d'antériorités peut aussi permettre de mieux rédiger la demande de brevet d'une invention bien distincte de l'art antérieur, en évitant tout risque de confusion. En effet, la rédaction d'un brevet s'appuie sur le postulat suivant lequel « A well drafted patent on invention is the one that classifies winners from losers »<sup>849</sup>. Par ailleurs, la pré-recherche d'antériorités permet aux chercheurs de se déterminer par rapport aux projets qui prennent en compte « *les besoins du marché* »<sup>850</sup>, parce que l'innovation est une activité qui s'appuie sur une tendance à l'efficacité économique ; elle cherche en amont à faire une étude prospective sur les nécessités du marché, en aval à apporter des solutions, non pas quelconques, mais économiquement utiles. Les résultats de la recherche doivent tendre vers la création de richesses, c'est-à-dire être profitables à la société.

---

<sup>848</sup> Joanna Schmidt, *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, Paris, Librairies techniques, 1972 à la p 159.

<sup>849</sup> Shivanand P. Puthli et al., « Intellectual Property and Nanopharmaceuticals » dans B. Eliana Souto, ed., *Patenting nanomedicines: legal aspects, intellectual property and grant opportunities*, Berlin/New York, Springer, 2012, 3 à la p 11.

<sup>850</sup> Horatia Muir-Watt, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *LPA*, 20 nov. 2002 à la p 45, cité par Denis Mazeaud, « Le droit des obligations et l'efficacité économique » dans Sylvain Bollee, Yves-Marie Laithier et Cécile Pérès, dir, *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010, 67 à la p 68.

### **2.2.1.1.2 La disponibilité de l'information contenue dans le brevet au-delà de l'entreprise**

La protection d'une invention par brevet, à l'instar de tout autre mécanisme juridique, doit être portée par l'ambition de concilier les droits et intérêts du breveté avec ceux d'autres personnes de s'investir dans les activités de recherche scientifique<sup>851</sup>. La privauté des prérogatives du breveté ne doit donc pas constituer un obstacle à d'autres travaux de recherche et développement orientés vers des solutions meilleures<sup>852</sup>, pour autant que ces solutions se démarquent du précédent brevet. En admettant que le brevet est une information<sup>853</sup>, c'est-à-dire un « élément de connaissance susceptible d'être présenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué »<sup>854</sup>, l'on reconnaît que tout individu peut s'en servir pour apprendre et comprendre l'invention, une activité aux conséquences insoupçonnables.

**La reconnaissance du droit d'utilisation à titre expérimental du brevet.** Définir le brevet comme de l'information destinée à la société, à commencer notamment par toute personne compétente dans le domaine de la technologie en cause, emporte la conséquence qu'il serve à satisfaire la curiosité scientifique pour toute personne qui voudrait s'instruire. Ainsi, dès l'orée du XIX<sup>ème</sup> siècle, Justice Story de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, alors juge à la Cour d'appel du Circuit de Massachusetts, par application de la théorie du « *mythe du*

---

<sup>851</sup> David Vaver, « Sprucing up Patent Law » (déc. 2010) 23: 2 Intellectual Property Journal 63 aux pp 64-65.

<sup>852</sup> Jean-Philippe Mikus, « Chauvechement de droits en propriété intellectuelle – Première partie : le rodéo du droit des brevets et des marques de commerce » (2001-2002) 14 : 1 Les cahiers de la propriété intellectuelle 311 à la p 315.

<sup>853</sup> *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel, (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504.

<sup>854</sup> CA Paris, 18 mai 1988, (1990) D. à la p 35, note G. Drouot.

*législateur rationnel* »<sup>855</sup> -la théorie du législateur rationnel enseigne que la loi est nécessairement intelligible; si elle paraît stupide, le juge saisi d'un litige né à l'occasion de sa mise en œuvre, doit fournir une interprétation rationnelle qui remplace la disposition stupide-, affirma dans une formule sacramentelle : « it could never have been the intention of the legislature to punish a man, who constructed such a machine for purely philosophical experiments, or for the purpose of ascertaining the sufficiency of the machine to produce its described effects »<sup>856</sup>. Cette opinion, d'ailleurs suivie par la cour, consacra, en matière de brevet, un véritable droit des utilisateurs qui s'est définitivement imposé<sup>857</sup>. L'on parle, à cet égard, de l'usage à titre expérimental. Cependant, si les piliers de l'empire du brevet doivent ménager une certaine tolérance à l'égard de ceux qui désirent s'exercer à apprendre et comprendre l'invention, il faut bien s'entendre sur le concept de l'usage expérimental.

**Le concept d'usage à titre expérimental.** Le système des brevets ne peut « retire[r] aux utilisateurs éventuels une liberté de consultation, de lecture, d'apprentissage, d'enseignement »<sup>858</sup>, consubstantielle à la divulgation de l'invention. Pourtant, en dépit de la reconnaissance du droit à utiliser à des fins expérimentales une invention sous brevet, aucune définition législative satisfaisante n'en est formulée. Cette lacune permet les interprétations les plus larges. Par exemple, au soutien des dispositions de l'ancien article 55.2 (2) de la *Loi sur les brevets* (L.R.C.,

---

<sup>855</sup> Jean-François Perrin, *Sociologie empirique du droit*, Bâle / Francfort-sur-le-main, Helbing & Lichtenhahn SA, 1997 à la p 59.

<sup>856</sup> *Whittemore c. Cutter*, 29 F.Cas. 1120, 1121, (C.C.D. Mass 1813).

<sup>857</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 30; *ALÉNA*, art. 1709. 6.

<sup>858</sup> Ian Kerr, Alana Maurushat et Christian S. Tacit, « Mesures de protection technique : partie II – Protection juridique des MPT » (2002-2003) 15 : 3 *Les cahiers de la propriété intellectuelle* 805 à la p 824.

1985, ch. P-4), portant sur l'exception d'emmagasinage, le Canada fit valoir « que l'article 30 [de l'Accord sur les ADPIC] autorisait [...] des mesures limitant les droits exclusifs, à condition qu'aucune exploitation commerciale – ou autrement dit vente – n'ait lieu pendant la durée du brevet »<sup>859</sup>. L'usage à titre expérimental devrait alors légitimer tous actes, pourvu qu'ils ne visent pas une concurrence immédiate. Cette argumentation n'avait pas emporté l'adhésion de l'organe de règlement des différends de l'OMC. En fait, il est un principe en droit, qu'en l'absence d'une définition extensive, les concepts reçoivent l'acceptation la plus restrictive. L'on comprend que la doctrine attribue à l'usage à titre expérimental :

the use of the invention [...] intended only for [...] the gratification of scientific tastes, or for curiosity, or for amusement, [thus] the interests of the patentee are not antagonized, the sole effect being of an intellectual character in the promotion of the employer's knowledge or the relaxation afforded to his mind<sup>860</sup>.

Autrement dit, l'utilisation à titre expérimental ne peut avoir d'autres buts que de satisfaire la curiosité scientifique, dans la limite du respect des droits conférés par le brevet. Par conséquent, c'est par rapport à l'objectif poursuivi par l'expérimentateur de l'invention que l'on peut mieux juger les actes entrepris. La détermination de cet objectif fixe les limites de l'usage à titre expérimental.

**Les frontières de l'usage à titre expérimental.** L'aspiration fondamentale du breveté, c'est la sécurité de son invention dans la sphère de ses affaires. L'usage à titre expérimental ne doit donc pas avoir pour ambition de lui ravir sa part de marché. Ainsi, un concurrent

---

<sup>859</sup> OMC, *Canada c. Communautés Européennes et leurs États-membres : protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, Rapport du Groupe spécial, 17 mars 2000 à la p 21, aff. WT/DS 114/R.

<sup>860</sup> William Callyhan Robinson, *The Law Of Patents for Useful Inventions*, Vol. 3, Boston, Little Brown, 1890 à la p 56.

peut bien procéder à des expérimentations sur une invention sous brevet, tant et aussi longtemps qu'il n'ambitionne pas d'interférer avec les prérogatives monopolistiques du breveté. En ce sens, la doctrine affirme de façon péremptoire: « The involvement of a for-profit firm in the use of patented research tools to develop new products should not be treated as per se outside the scope of the experimental use doctrine »<sup>861</sup>. En ce sens, la Cour suprême du Canada déclare que

Celui qui utilise expérimentalement, sans licence, un article breveté dans des expériences qu'il fait de bonne foi n'est pas, en droit, un contrefacteur. L'appelante a utilisé la substance brevetée, non pas pour en tirer un profit mais pour voir si elle pouvait fabriquer un produit de qualité suivant le mémoire descriptif inclus dans la demande en vue d'obtenir le brevet. Des expériences et préparatifs de ce genre ne constituent pas une contrefaçon<sup>862</sup>.

En revanche, ne peuvent être couvertes par l'exception de l'usage à titre expérimental :

- la présentation d'un prototype, « amplement relayée auprès du public par la presse nationale » car elle « excède manifestement la simple expérimentation »<sup>863</sup>, ou encore
- la mise à disposition gratuite d'un dispositif prévoyant des mises au point en vue de constituer une amélioration éventuelle, à un objet breveté, pour satisfaire le client, parce qu'un tel acte déborde la sphère de la vérification substantielle de l'invention<sup>864</sup>.

---

<sup>861</sup> Janice M. Mueller, « No Dilettante Affair: Rethinking the Experimental Use Exception to Patent Infringement for Biomedical Research Tools » (2001) 76: 1 Washington Law Review 1 à la p 37.

<sup>862</sup> *Micro Chemicals Limited c. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] R.C.S. 506, à la p 507.

<sup>863</sup> CA Paris, 3 juil. 2002, *Parianti c. Automobiles Peugeot*, (2003) 756 PIBD à la p III-93.

<sup>864</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., Sect. B, 7 oct. 2005, *Agrosol SA c. Sodifag Sarl et Michel Lesaint*, (2005) 819 PIBD à la p III-685.

En somme, l'usage à titre expérimental ne doit avoir aucune visée commerciale qui constitue une concurrence injustifiée. À ce sujet, la jurisprudence communautaire européenne a élaboré, à propos de la marque de commerce, quatre critères cumulatifs pour l'appréciation de la concurrence injustifiée qui peuvent, en tout état de cause, recevoir application en matière de brevet :

- usage de la marque [ou de du brevet] dans le domaine des affaires,
- usage fait pour des produits et services identiques ou similaires,
- usage portant atteinte à la fonction essentielle de la marque [ou du brevet],
- absence de consentement du titulaire de la marque [ou du brevet]<sup>865</sup>.

De ce fait,

[...] unlicensed experiments conducted with a view to the adaption of the patented invention to the experimenter's business is a violation of the rights of the patentee to exclude others from using his patented invention. It is obvious here that it is a misnomer to call the intended use *de minimis*. It is no trifle in its economic effect on the parties even if the quantity used is small<sup>866</sup>.

Il est donc aisé de comprendre que le champ d'application de l'ancienne exception canadienne d'emmagasiner déborde la sphère du simple usage à titre expérimental. En revanche, si

l'utilisation, [...] d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier

---

<sup>865</sup> CJCE, 12 juin 2008, *02 Holdings Ltd. c. Hutchison 3 G UK Ltd.*, n° C-533/06.

<sup>866</sup> *Roche Prods., Inc. c. Bolar Pharm. Co.*, 733 F.2d 858, 862 (Fed. Cir. 1984) à la p 863, cité par Natalie M. Derzko, « In Search of a Compromised Solution to the Problem Arising From Patenting Biomedical Research Tools » ( 2003-2004) 20 Santa Clara Computer & High Tech Law Journal 347 à la p 363.



d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit [et dans la mesure qu'une telle utilisation] n'a pas pour effet de porter atteinte au régime légal des exceptions au droit de propriété ou au privilège exclusif que confère un brevet [...] <sup>867</sup>,

elle pourra et devra être considérée comme expérimentale. Pour autant, il y a manifestement une énorme constriction du droit d'usage à titre expérimental, lorsque l'on dénie à une institution d'enseignement et de recherche agissant es-qualité, en l'occurrence la Duke University, la possibilité de s'en prévaloir, même si ladite utilisation peut lui servir à faire valoir sa notoriété <sup>868</sup>. Cette réduction de l'assiette de l'usage à titre expérimental à la portion congrue renvoie à ce que la doctrine qualifie du « lien [...] sans abus entre une logique de l'américanisation et une logique de la marchandisation » <sup>869</sup> généralisée pour laquelle elle éprouve de la gêne <sup>870</sup>. Sans doute, l'usage à titre expérimental peut se conclure par la conception d'une autre invention ; mais en pareille occurrence, tout conflit d'intérêts peut être résolu par le mécanisme de la gestion des brevets de dépendance.

**La gestion du cas des brevets de dépendance.** Si par principe, les brevets sont indépendants, les inventions elles peuvent se greffer l'une sur l'autre. La réplique à titre expérimental d'une invention brevetée peut se conclure par une nouvelle invention ; en cette occurrence, l'on parle d'invention de perfectionnement. Mais « perfectionner, c'est

---

<sup>867</sup> *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, ch. P-4), art. 55. 2 (1) et 55. 2 (6).

<sup>868</sup> *Madey c. Duke Univ.*, 307 F. 3d 1351 (Fed. Cir. 2002).

<sup>869</sup> Philippe Gaudrat et Michel Vivant, « Marchandisation » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Paris, Dalloz, 2004, 31 à la p 31.

<sup>870</sup> Bernard Remiche, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Ibid.*, 119 aux pp 136-137.

contrefaire »<sup>871</sup>, parce que l'auteur du perfectionnement envisagera l'exploitation de son invention. Certes, la possibilité d'expérimenter une invention sous brevet est une autorisation implicitement donnée au perfectionnement, et rien en droit n'interdit à l'auteur d'une invention de perfectionnement de recourir à la prise de brevet. Mais, la question se pose de savoir si un tel brevet peut être exploité, étant donné que cette exploitation comporte l'inconvénient de heurter le brevet antérieur. Or, ainsi que l'on vient de le voir, l'usage à titre expérimental ne doit s'accompagner d'aucun objectif commercial. De fait, il y a lieu de définir cette interrelation entre les deux brevets, l'un dépendant et l'autre dominant.

Selon la doctrine, le brevet dépendant est celui « *dont l'exploitation suppose la reproduction, en tout ou partie, des revendications contenues dans un brevet principal considéré pour cette raison comme le brevet dominant* »<sup>872</sup>. Dans le même sens, l'Association internationale de la protection de la propriété industrielle déclare qu'« un brevet dépendant est un brevet qui ne peut, en vertu de la loi, être mis en œuvre sans tomber dans le champ de protection d'un autre brevet. Ce dernier brevet sera dénommé brevet dominant »<sup>873</sup>. En raison de l'intérêt que la société accorde à chaque invention, il y a alors lieu de favoriser l'exploitation du brevet dépendant sans que cela conduise à faire disparaître le brevet dominant, ou l'industrie de son titulaire. Ainsi, il convient d'instituer un mécanisme opératoire pour promouvoir

---

<sup>871</sup> Jean-Christophe Galloux, « Le droit des brevets à l'aube du 3<sup>ème</sup> millénaire » (2000) JCP à la p I-195.

<sup>872</sup> Jacques Azéma, « Les aspects juridiques de la dépendance » dans *Inventions et droits antérieurs : 7ème Rencontres de la propriété industrielle*, Lyon, 1978, Paris, Litec, 1978 à la p 139, cité par Jean-Marc Mousseron et Daniel Maiguy, « La liberté d'exploitation de l'industriel » dans *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, 349 à la p 355.

<sup>873</sup> Association internationale de la protection de la propriété industrielle, « Les brevets dépendants et leur exploitation » (1991) I Annuaire 199 aux pp 262 – 263.

l'exploitation de ces deux brevetés, l'objectif étant de « répondre aux éventuelles pressions subies de leur part, plutôt que de les impliquer d'une manière proactive durant le processus »<sup>874</sup>. L'on comprend donc que, sous le couvert des nombreuses hypothèses d'utilisation à titre exceptionnel de l'objet d'un brevet, l'*Accord sur les ADPIC* tire une conclusion logique des conséquences de telles activités, en autorisant la licence de dépendance<sup>875</sup>, sous la double condition que le brevet dépendant constitue une avancée technologique importante et soit d'un intérêt économique majeur par rapport au brevet dominant. Indépendamment du caractère très fluctuant et subjectif<sup>876</sup> du sens que l'on peut donner au concept « avancée technologique importante », l'exigence de cette double condition appelle quelques remarques. D'une part, une invention peut être ponctuelle pour le développement des produits existants dans le contexte de la dépendance, ou pour l'optimisation du rendement de la production. D'autre part, l'invention peut aussi s'inscrire dans un processus de permanence ; il s'agit dans ce cas d'un management stratégique, de l'acquisition d'un avantage compétitif.

La pratique de la licence de dépendance remonte à une réforme législative intervenue en droit français des brevets en 1968 ; l'objectif poursuivi était alors de « régler les éventuels conflits entre deux brevetés, en raison de la règle interdisant au titulaire d'un brevet portant sur un perfectionnement de l'exploiter sans l'accord du titulaire

---

<sup>874</sup> Céline Bérard, « Les démarches participatives en matière de politiques publiques : le cas de la propriété intellectuelle des innovations biotechnologiques » (2013) 30 : 1 *Politiques et management public* 51 à la p 67.

<sup>875</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 31. I).

<sup>876</sup> Alain Casalonga, *Brevets d'invention, marques et modèles*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970 à la p 33.

du brevet dominant (et vice-versa) »<sup>877</sup>. L'hypothèse renvoie donc à « une situation de licence croisée pour éviter la stérilisation d'un perfectionnement important »<sup>878</sup>, car ce serait une injustice flagrante que celui qui s'est placé dans le sillage d'un premier brevet l'absorbe complètement à son seul profit, en paralysant l'industrie du premier inventeur<sup>879</sup>. Ainsi, les deux brevetés auront le plus souvent intérêt à collaborer pour s'offrir mutuellement le bénéfice d'une licence d'exploitation sur leurs inventions respectives, à défaut de quoi, ils pourront recourir à l'autorité du pouvoir judiciaire. Le recours à la voie judiciaire pour la gestion de la licence de dépendance est si rare que la doctrine affirme que les titulaires des brevets dépendant et dominant préfèrent collaborer, étant toutefois précisé que le titulaire du brevet dépendant ne doit pas exploiter son invention avant l'octroi de la licence de dépendance<sup>880</sup>. En effet, leurs divergences « peuvent conduire à des batailles juridiques [...] qui peuvent durer des années et engendrer des incertitudes juridiques préjudiciables au développement de l'activité économique et à la satisfaction des besoins des consommateurs. »<sup>881</sup>. En d'autres termes, la licence de dépendance sert à proposer à la société les offres de deux producteurs qui auraient pu bloquer le marché, s'ils devaient se regarder en chiens de faïence. Ce cadre relativement restreint de collaboration sous-tend d'ailleurs la forte

---

<sup>877</sup> Joanna Schmidt-Szalewski et Jean-Luc Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 2007 à la p 119.

<sup>878</sup> Jacques Peuscet, *Brevetabilité de la biologie en France en 2006*, Paris, Litec, 2006, à la p 63.

<sup>879</sup> Eugène Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie générale de jurisprudence Marchal, Billard Imprimeurs – éditeurs, 1915 à la p 237.

<sup>880</sup> Joanna Schmidt-Szalewski et Jean-Luc Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 2007 à la p 120.

<sup>881</sup> Bernard Thiry, « Analyse de la performance de la régulation économique » dans *Études en l'honneur du professeur Michel Bazex. Droit et économie : interférences et interactions*, Paris, Litec, 2009, 355 à la p 358.

présomption que, dans la meilleure des hypothèses, le brevet est un moyen privilégié de transfert de technologie.

### **2.2.1.2 Le brevet : un moyen de transfert de technologie**

Dans une économie fondée sur le libre-échange, les entreprises dont la technologie est disponible se satisfont des négociations susceptibles d'accroître leurs influences sur le marché. Lorsqu'elles ne peuvent pas investir elles-mêmes un marché donné, elles ont intérêt à ne pas se retrancher derrière le principe qu'énonce la règle *nemo cogitur rem suam vendere, estiam justo prestio* (nul ne peut être contraint à vendre sa propriété, même si c'est à sa juste valeur). En effet, l'un des objectifs de la protection de la propriété intellectuelle est de promouvoir l'innovation et le transfert de technologie<sup>882</sup>.

Selon une conception adoptée par l'Organisation des Nations Unies, reprise par la doctrine, le transfert de technologie, « c'est le transfert des connaissances systématiquement nécessaires à la fabrication d'un produit ou à l'application d'un procédé ou à la prestation d'un service; il ne s'étend pas aux transactions comportant la simple vente ou le simple louage de biens »<sup>883</sup>. Cette définition est à la fois compréhensible et incomplète. Certes, elle identifie le transfert de technologie à la transmission de connaissances, c'est-à-dire des savoirs mis en forme, telle qu'une invention brevetée. Mais, elle est évasive en ce qu'elle ne renseigne pas suffisamment sur la protection du processus de transfert de technologie, qui emprunte la voie contractuelle<sup>884</sup>, une voie dont la

---

<sup>882</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 66. 2.

<sup>883</sup> Andrée Vuillermoz, *La filière des contrats internationaux de transfert de technologie*, 2<sup>ème</sup> éd., Québec, Les Publications du Québec, 1995 à la p 9.

<sup>884</sup> *Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission*, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, Bruxelles, 27 avril 2004, art. 1.

spécificité est de défendre les divers intérêts en jeu<sup>885</sup>. Par exemple, le titulaire d'un brevet pharmaceutique peut en transférer l'exploitation à tout tiers<sup>886</sup> intéressé par le truchement de négociations contractuelles classiques.

#### **2.2.1.2.1 Les mécanismes du transfert de la technologie brevetée**

En application de la théorie de l'encouragement et de la rémunération, la commercialisation du brevet se justifie en tant que tel<sup>887</sup>. Divers contrats permettent d'assurer le transfert<sup>888</sup> de la technologie brevetée. Leur libellé doit cependant fournir les éléments nécessaires pour permettre leur rattachement à un genre classique de contrat, pour les besoins de l'application du régime juridique subséquent.

**La cession volontaire du brevet.** Aussi longtemps que le brevet sera la propriété de son titulaire, celui-ci peut le transférer à toute personne de son choix, suivant les modalités commerciales ordinaires. De fait, tout ou partie du breveté peut être cédé par le titulaire contre rémunération. C'est l'hypothèse de la vente classique du brevet. En application du principe du consensualisme contractuel, la cession ne devrait requérir aucun formalisme, dès lors que les parties ont pu se mettre en accord sur la chose et le prix<sup>889</sup>. Pourtant, tant en droit

---

<sup>885</sup> Jean-Marie Deleuze, *Le contrat de transfert de processus technologique (know-how)*, Paris/New York/Barcelone/Milan, Masson, 1976 à la p 41.

<sup>886</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 28.2; *ALÉNA*, art. 1709.9.

<sup>887</sup> Ted Sicheelman, « Taking Commercialisation Seriously » (2011) 33: 4 *European Intellectual Property Review* 200 à la p 201.

<sup>888</sup> Michel Dusclaud et Jacques Soubeyrol, dir, *Enjeux technologiques et relations internationales*, Paris, Économica, 1986 à la p 125.

<sup>889</sup> C.c.Q., L.Q. 1991, c-64, art. 1708.

européen que canadien, un écrit<sup>890</sup> est exigé pour la validité de la cession du brevet<sup>891</sup>, ce qui en fait un contrat solennel. En effet, l'État, et par extension la société, ont besoin de savoir en toutes circonstances, la personne qui détient les prérogatives attachées au brevet, ne serait-ce pour les besoins du paiement des taxes de maintien en vigueur ou d'actions en justice. Par contre, le mutisme des textes de loi sur le contenu de l'écrit exigé autorise les parties à se conformer à un formalisme informationnel, tout en se réservant la confidentialité du contenu effectif de leur contrat, en particulier les aspects techniques et le know-how communiqué<sup>892</sup>. Le know-how est constitué « des formules et techniques secrètes [ou] une technique liée à des procédés et produits brevetés, nécessaire pour exploiter le brevet d'invention et qui permet au breveté de placer le brevet dans un cadre technique plus large »<sup>893</sup>. La jurisprudence en a déduit que « les brevets d'invention ne sont pas des ouvrages de vulgarisation destinés à l'initiation de personnes dépourvues de toute connaissance technique; il suffit pour leur validité que les indications qu'ils fournissent, permettent à l'homme du métier de réaliser l'invention décrite à l'aide des connaissances du domaine public qu'il est censé posséder »<sup>894</sup>. La confidentialité sur ce know-how est une stratégie classique dans le domaine pharmaceutique en raison de la facilité qu'il y a à reproduire les brevets dans ce secteur.

---

<sup>890</sup> *Loi sur les Brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 50 (1) ; *Convention sur le brevet européen*, art. 72.

<sup>891</sup> *Loi sur les Brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 51.

<sup>892</sup> Thierry Sueur, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé – La pratique internationale des entreprises » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, *Les contrats d'exploitation des droits des brevets d'invention*, Paris, TEC & DOC, 2006, 19 à la p 23.

<sup>893</sup> Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.), *Document n° 450/138*, octobre 1957.

<sup>894</sup> CA Paris, 21 juin 1966, (1966) Ann. à la p 126.

Néanmoins, le transfert de brevet peut n'être réalisé que sous une forme parcellaire, suivant les modalités convenues par les parties.

**La licence volontaire du brevet.** La licence contractuelle de brevet est un accord de volontés par lequel le titulaire en concède, en tout ou partie, la jouissance à un tiers, contre rémunération<sup>895</sup>. Elle consiste en la fourniture au licencié des moyens du brevet, de sorte que celui-ci puisse être en mesure de le mettre en œuvre. Le licencié dispose alors, non de la plénitude des droits attachés au brevet, mais de l'usage de celui-ci et, par conséquent, devra se contenter des clauses d'exploitation inscrites au contrat. En toutes hypothèses, le licencieur n'accorde à son cocontractant, aux termes de la licence, le bénéfice d'aucune partie de la propriété du brevet<sup>896</sup>. La licence est elle aussi, un contrat solennel, suivant les modalités décrites en ce qui concerne la cession.

Que l'on soit dans l'hypothèse de la cession ou de la concession, le transfert du brevet doit permettre au bénéficiaire du contrat une exploitation effective de l'invention.

#### **2.2.1.2.2 L'effectivité du transfert de la technologie brevetée**

Si le transfert de technologie peut prendre une forme contractuelle, il n'est effectif que s'il permet au bénéficiaire de mettre l'invention en œuvre au même titre que le breveté. Au nom de la bonne foi, le titulaire du brevet qui veut en communiquer le contenu à un tiers, ne peut retenir, ni taire, une quelconque information que ses cessionnaire ou concessionnaire ont intérêt à savoir. Le breveté peut, en effet, devoir instruire son cocontractant puisque « l'intérêt de ce dernier est lié à la

---

<sup>895</sup> Jean-Jacques Burst, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Paris, Librairies Techniques, 1970 à la p 17.

<sup>896</sup> Henri Allart, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, Paris, Rousseau, 1911 à la p 217.



bonne exploitation de l'invention »<sup>897</sup>; la même logique commande qu'il communique à son partenaire les perfectionnements apportés à l'invention, même après l'entrée en vigueur du contrat. Cette instruction va de la communication du know-how qui supporte le brevet, aux résultats d'études de faisabilité et, quelquefois, inclure l'assistance technique et l'ingénierie industrielle que l'on désigne souvent par l'expression « contrat clé en main »<sup>898</sup>. À vrai dire, le transfert de technologie exige du temps et implique une véritable coopération technique, notamment dans le domaine pharmaceutique, puisque « la communication de la connaissance technique à une tierce personne a pour effet de l'introduire dans un circuit économique »<sup>899</sup>. Il paraît alors difficilement soutenable d'exiger le transfert de technologie comme un préalable à la mise en application de l'*Accord sur les ADPIC*, comme une doctrine bien autorisée semble le professer<sup>900</sup>. Certes, il est possible de critiquer que la communication du contenu d'un brevet par des contrats économiques repose, en toutes circonstances et exclusivement, sur des bases capitalistiques, surtout dans le secteur pharmaceutique du fait des préoccupations liées à la santé publique. Mais il est possible que le développement de la densité du réseau des activités industrielles

---

<sup>897</sup> Jean-Jacques Burst, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Paris, Librairies techniques, 1970 à la p 6.

<sup>898</sup> Jean-Albert Boon et René Goffin, *Les contrats « clé en main »*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris/New York/Barcelone/Milan, Masson, 1987 à la p 55.

<sup>899</sup> Joseph Jehl, *Le commerce international de la technologie : approche juridique*, Paris, Librairies techniques, 1985 à la p 174.

<sup>900</sup> Bernard Remiche, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Paris, Dalloz, 2004, 119 à la p 122.

contribue à une réduction substantielle des coûts d'information<sup>901</sup>, c'est-à-dire qu'il favorise la réduction des coûts.

Certains pensent que le transfert de technologie qu'ils estiment devoir être une contrepartie de l'*Accord sur les ADPIC* serait une promesse non tenue<sup>902</sup>, du moins vis-à-vis des pays du Sud, en particulier dans l'industrie pharmaceutique. Mais en vérité, la diversité des contrats destinés à assurer le transfert de technologie, reflète non seulement la diversité des transferts eux-mêmes, mais encore une complexité structurelle. En effet, le transfert de technologie peut être opéré tant par la collaboration industrielle que par des investissements de capitaux. En outre, la question se pose en termes de choix économiques ; certaines options des investissements étrangers peuvent ne pas coïncider avec l'intérêt du pays hôte<sup>903</sup>. En effet, certains pays sont de véritables enclaves industrielles avec un marché consommation trop restreint insusceptible d'absorber une production à grande échelle aux fins de la réduction des coûts, particulièrement dans l'industrie pharmaceutique où les investissements sont très élevés<sup>904</sup>. À cela, il faut ajouter les difficultés liées à ce que le professeur Maurice Dahan appelle « le test de sincérité »<sup>905</sup>, c'est-à-dire la réalité peu glorieuse, mais bien connue des

---

<sup>901</sup> Mikoto Usui, « Les entreprises transnationales et le développement international : une nouvelle optique dans le cadre de la coopération industrielle et technologique » (1976) 17 : 65 *Tiers-Monde* 81 à la p 88.

<sup>902</sup> Denis Borges Barbosa, « ADPIC, première décennie : droits d'auteur et accès à l'information. Perspective latino-américaine » dans Bernard Remiche et Jorge Kors, dir, *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Bruxelles, Larcier, 2007, 373 aux pp 418-423.

<sup>903</sup> Jacques Béguin, « L'adaptation des techniques contractuelles aux transferts de technologie » dans Michel Dusclaud et Jacques Soubeyrol, *Enjeux technologiques et relations internationales*, Paris, Économica, 1986 aux pp 180-181.

<sup>904</sup> Karen Godnick, « Profitability versus the Public Interest: Is International Patent Law Hindering Third World Countries Access to HIV/AIDS Medications? » (2006-2007) 86: 10 *Richmond Journal of Law and the Public Interest* 85 à la p 92.

<sup>905</sup> Maurice Dahan, *La pratique française du droit du commerce international*, t. 1, Paris, Les Éditions du Centre français du commerce extérieur, 1992 à la p 118.

rétro-commissions qui, lorsqu'elles ne découragent pas les investissements étrangers dans nombre de pays, les étranglent drastiquement jusqu'à faire fuir les investisseurs.

L'idée même que le brevet peut assurer est un instrument juridique dont l'intérêt économique ne se dément pas.

### **2.2.2 Le brevet : un motif de coopération**

La perspective du brevet a non seulement révolutionné la recherche, mais encore contractualisé les stratégies en matière de recherche. Au fait « une entreprise qui ne fait pas de recherche va tout droit à la faillite. On suppose même qu'il y a une corrélation étroite entre le niveau de vie des différents pays et les sommes investies dans la recherche. »<sup>906</sup>. La réalité est cependant que la recherche est une activité de perspicacité dans laquelle les universités et institutions spécialisées s'illustrent depuis bien longtemps avec un personnel très compétitif que ne peuvent se permettre d'employer même les grandes entreprises du secteur privé<sup>907</sup>. De fait, même si elles disposent de plus en plus de centres de recherche, ces entreprises privées n'hésitent pas à recourir à l'expertise des chercheurs académiques.

#### **2.2.2.1 La coopération entre les entreprises et les centres académiques de recherche**

La collaboration entre les structures de recherche académiques et les entreprises du secteur privé a un passé relativement récent, datant des

---

<sup>906</sup> John Jewkes, David Sawers et Richard Stillerman, *L'INVENTION dans l'industrie de la recherche à l'exploitation : 60 exemples récents* (traduit de l'anglais par Anne CIRY), Paris, Éditions d'Organisation, 1966 à la p 126.

<sup>907</sup> Thierry Sueur, « Recherche et grande entreprise » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, Paris, TEC & DOC, 2005, 165 aux pp 170-171.

années 1980. Cette coopération s'appuie sur un partenariat gagnant-gagnant, autorisant chaque partie à utiliser les résultats obtenus sur la base de sa contribution au développement des inventions réalisées<sup>908</sup>. Elle a plébiscité la valorisation de la recherche académique qui, au-delà des traditionnelles publications scientifiques, se nobélise sur le plan économique. Cette coopération est bien imagée par la doctrine:

For the industry, it is definitely cost-effect to conduct a project with university. In addition there is access to expertise not available in industrial set-up, the company's technology can be expanded, and leverage to internal research capabilities. University benefits in getting financial support for their research and educational activities, expanding the experience of students, and increasing employment opportunities for the students. The collaboration also gives university scientists the opportunity to conduct market-relevant research based programs. Additionally, the university has an alternate revenue generating tool by licensing their technology<sup>909</sup>.

Le problème est que les universités ne s'investissent généralement pas dans l'industrie de leurs inventions, même si la prise de brevet prend de plus en plus une place de choix dans le processus de valorisation de la recherche académique.

**L'intérêt croissant du recours au brevet dans la recherche académique.** Pendant très longtemps, la recherche académique s'est souvent satisfaite du seul privilège des communications scientifiques. Exemple même de persévérance et de garantie d'objectivité, parce que libérée de toute pression économique, la recherche académique a souvent été des plus rigoureuses. Mais elle s'autodétruit, du moins sur le plan de son financement, en faisant de son potentiel un instrument servant au seul rayonnement de ses chercheurs, en termes de

---

<sup>908</sup> Martin A. Bader, *Intellectual Property Management in R&D Collaborations: The Case of the Service Industry Sector*, New York, Physica-Verlag, 2006 à la p 159.

<sup>909</sup> Shivanand P. Puthli et al., «Intellectual Property and Nanopharmaceuticals» dans B. Eliana Souto, ed., *Patenting Nanomedicines: Legal Aspects, Intellectual Property and Grant Opportunities*, Berlin/New York, Springer, 2012, 3 à la p 16.

publications. En ce sens, la doctrine précise que « given the nature of academic research, it is no surprise that most of the research outcomes from universities (at least those that are observable and quantifiable) take the form of publications in scientific journals, and only a few end up as patents »<sup>910</sup>. Il est vrai que débarrassée de la course au brevet et du pouvoir d'un investisseur privé, la recherche académique peut mieux maintenir sa rigueur scientifique. Mais, l'indépendance du chercheur académique, ne le met-il pas déjà au-dessus du vouloir capitalistique? En fait, la recherche académique a déjà affermi ses fondements par la meilleure invention de tous les temps, c'est-à-dire la méthode inventive<sup>911</sup>. Dorénavant, elle peut se mettre en relation avec le secteur privé intéressé pas la rentabilité économique<sup>912</sup>. Ainsi, avec ses 5147 demandes internationales de brevet en 2011, l'Université de Berkeley en Californie aux États-Unis d'Amérique se classe au 23<sup>ème</sup> rang des cinquante meilleurs demandeurs de brevet, très loin devant des multinationales pharmaceutiques, tels que Astrazeneca AB (44<sup>ème</sup>), Merck & Co., Inc. (48<sup>ème</sup>) et Bayer Aktiengesellschaft (50<sup>ème</sup>)<sup>913</sup>; dans le domaine des biotechnologies, elle occupe le 7<sup>ème</sup> rang en matière de brevetage<sup>914</sup>. Une telle performance ne peut laisser indifférentes les entreprises du secteur privé qui, mues par la nécessité d'une source

---

<sup>910</sup> Adam B. Jaffe et Manuel Trajtenberg, *Patent, Citations, and Innovations: A Window on the Knowledge Economy*, Cambridge, The Massachusetts Institute of Technology Press, 2002 à la p 69.

<sup>911</sup> John Jewkes, David Sawers et Richard Stillerman, *The sources of invention*, Londres, MacMillan & Co Ltd., 1958 à la p 32.

<sup>912</sup> Agnès Robin, dir, *L'innovation et la recherche en France : analyse juridique et économique*, Bruxelles, Larcier, 2009 à la p 43.

<sup>913</sup> WIPO, *PCT Yearly Review: the International Patent System*, Genève, Publications de l'OMPI, 2012 à la p 18. En ligne: <http://www.wipo.int/pct/en/activity/>.

<sup>914</sup> Carol Mimura, «Nuanced Management of IP Rights: Shaping Industry-University Relationships to Promote Social Impact» dans Rochelle C. Dreyfuss, Harry First et Diane L. Zimmerman, *Working within the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 269 à la p 270.

extérieure d'inventions, se tournent vers la recherche académique, provoquant ainsi un véritable changement de paradigme, tant il est vrai que « the flow of technology out of universities almost certainly contributes to technological innovation in the private sector »<sup>915</sup>.

### **La recherche académique investie par les entreprises privées.**

L'économicité de la recherche académique a justifié sa financiarisation par les entreprises privées en panne de source de matières premières et devant les plans d'austérité étatiques. En plus de contribuer au rayonnement des chercheurs académiques, le partenariat entreprises privées/universités a revalorisé les travaux de ceux-ci; ce partenariat revêt divers modèles économiques suivant les pays. L'exemple français des conventions industrielles de formation par la recherche peut, à toutes fins utiles, permettre d'apprécier la pertinence de ce nouveau modèle économique. En effet, suivant une étude récente de l'Association nationale de la recherche et de la technologie, cadre regroupant les acteurs de ce partenariat pour la recherche et l'innovation,

les entreprises, dont la moitié sont des PME-PMI, déclarent dans 70% des cas, avoir obtenu des résultats utilisables pour leurs produits ou procédés; 15% des conventions ont donné lieu au dépôt d'au moins un brevet. Sur les 12000 conventions menées à terme, 90% ont conduit à la soutenance de la thèse<sup>916</sup>.

Dans la même perspective, en Afrique du Sud où seulement 30% des ressources du Conseil sud-africain pour la recherche scientifique et

---

<sup>915</sup> Adam B. Jaffe et Manuel Trajtenberg, *Patent, Citations, and Innovations: A Window on the Knowledge Economy*, Cambridge, The Massachusetts Institute of Technology Press, 2002 à la p 246.

<sup>916</sup> UPMC, « Partenariat entreprise-laboratoire autour des conventions Cifre ». En ligne: [http://www.upmc.fr/fr/recherche/recherche\\_contractuelle/partenariats\\_avec\\_des\\_entreprises/exemples\\_de\\_partenariat/contrat\\_cifre.html](http://www.upmc.fr/fr/recherche/recherche_contractuelle/partenariats_avec_des_entreprises/exemples_de_partenariat/contrat_cifre.html). Voir aussi Association nationale de la recherche et de la technologie, *Enquête sur le devenir professionnel des anciens doctorants ayant bénéficié du dispositif CIFRE, depuis sa création en 1981*, Synthèse des résultats, Paris, 1<sup>er</sup> avril 2009. En ligne : [http://www.anrt.asso.fr/fr/pdf/resultats\\_enquete\\_cifre\\_2009.pdf](http://www.anrt.asso.fr/fr/pdf/resultats_enquete_cifre_2009.pdf).

industrielle, un organisme public de recherche, proviennent des deniers publics, 70% des revenus du centre sont assurés par les contrats entre le centre et les organismes du secteur public ou privé<sup>917</sup>. Aux États-Unis d'Amérique, une étude menée en 1990 montre que sur des brevets issus de la recherche académique (1,2% des brevets américains et un total de 2,4% de brevets d'origine américaine), 25 à 30% se rapportent aux domaines de la biologie et de la médecine<sup>918</sup>. Faut-il encore le rappeler, les résultats de la recherche académique ont vocation à être transférés vers les entreprises privées.

L'implication du privé commerçant dans les programmes de recherche académique a, non seulement écloso les perspectives d'application des travaux des chercheurs académiques, mais encore leur valeur économique, sans pour autant affecter substantiellement la nécessité du rayonnement scientifique de ces chercheurs au moyen des publications. En effet, le droit des brevets ménage la préservation de la nouveauté de l'invention en cas de communication publique intervenue dans les temps voisins de la demande de brevet : c'est la théorie du délai de grâce<sup>919</sup>. En outre, la collaboration entre les chercheurs académiques et les entreprises du secteur privé a eu pour effet de réduire les écarts entre la recherche académique et les besoins réels du monde de l'entreprise<sup>920</sup>. Dans le domaine des biotechnologies par exemple, où la recherche académique semble des plus pointues,

---

<sup>917</sup> Catherine Jewell, « Création d'un écosystème de l'innovation en Afrique du Sud » (2012) 5 Magazine de l'OMPI 13 à la p 17.

<sup>918</sup> Adam B. Jaffe et Manuel Trajtenberg, *Patent, Citations, and Innovations: A Window on the Knowledge Economy*, Cambridge, The Massachusetts Institute of Technology Press, 2002 à la p 70.

<sup>919</sup> *Convention sur le brevet européen*, art. 55. 1 b) ; *Loi sur les Brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 28. 2 (1).

<sup>920</sup> Yannis Caloghirou, Nicholas S. Vonortas et Stavros Ioannides, eds, *European Collaboration in Research and Development: Business Strategy and Public Policy*, Northampton, Edward Elgar Publishing, Inc., 2004 à la p 195.

les relations avec les universités ou les centres de recherche et les nouvelles entreprises sont de plus en plus étroites. Certains projets sont financés partiellement par les universités qui mettent à la disposition des nouvelles firmes leur personnel qualifié et leurs équipements<sup>921</sup>.

L'on peut craindre le risque d'une ingérence trop poussée des entreprises du secteur privé dans la recherche académique, conduisant de ce fait, à un certain désintérêt pour les recherches scientifiques à faible valeur économique. À ce sujet, il faut préciser que les ressources des centres académiques de recherche dans ce modèle sont diversifiées, provenant à la fois des redevances de brevets, des crédits de recherche et des subventions publiques<sup>922</sup>.

En tout état de cause,

il est important que les organisations de propriété intellectuelle et les offices publics de recherche organisent [un] véritable transfert de technologie pour permettre aux connaissances des chercheurs et des offices publics de recherche d'être transférées à l'industriel qui mettra en œuvre l'invention<sup>923</sup>.

Par exemple, une invention brevetée portant sur un gène pour le traitement de l'obésité, alors qualifiée du plus grand succès depuis des années, laquelle invention fut l'œuvre des chercheurs de l'Institut Rockefeller aux États-Unis d'Amérique, avait été transférée à la firme Amgen, en février 1995, par le truchement d'un contrat exceptionnel de USD 20 millions à titre de frais d'accès à la technologie et des

---

<sup>921</sup> Georges Hübner, Pierre-Armand Michel et Mélanie Servais, *Valeur et risque des brevets pour les biotechnologies*, Bruxelles, Larcier, 2003 à la p 18.

<sup>922</sup> Olivier Moréteau, « Remarques comparatives sur l'Organisation de la recherche dans les pays de *common law* » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, Paris, TEC & DOC, 2005, 235 à la p 245.

<sup>923</sup> Thierry Sueur, « Le point de vue d'un industriel » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, Paris, TEC & DOC, 2005, 211 à la 221.



redevances annuelles se situant entre USD 70 et 80 millions<sup>924</sup>, après que l'Institut Rockefeller ait engagées des négociations commerciales avec une douzaine de firmes pharmaceutiques. En fait, si les universités ferment leurs portes aux entreprises privées, celles-ci pourront toujours collaborer entre elles.

### **2.2.2.2 La coopération entre entreprises d'un même domaine**

La tendance à la coopération industrielle est une dimension importante de la politique de développement des entreprises d'un même secteur. En effet, la collaboration limite les effets pervers de la concurrence. La coopération inter-entreprise est aussi une stratégie efficiente pour réduire la charge des risques économiques inhérents à toute activité de recherche et développement<sup>925</sup> et, en conséquence des obligations assumées, ces entreprises partageront ensemble le bénéfice des résultats obtenus, brevetés ou non. Ce modèle de coopération se justifie en analyse économique par le principe selon lequel, « à plusieurs, on fait à moindre coût ce qu'on peut faire tout seul de façon plus onéreuse »<sup>926</sup>. Ainsi,

en septembre 2003, trois entreprises pharmaceutiques (*Cambridge Antibody Technology, Micromet AG et Enzon Pharmaceuticals*) ont annoncé qu'elles avaient signé un accord de concession de licence réciproque et non exclusive. Cet accord conférait aux parties une grande «liberté d'agir» à l'égard de certains actifs de propriété intellectuelle des unes et des autres, afin de leur permettre de réaliser des travaux de recherche et de créer un certain nombre de

---

<sup>924</sup> Richard Razgaitis, *Valuation and Pricing of Technology-Based Intellectual Property*, Hoboken, John Wiley & Sons, Inc., 2003 à la 261.

<sup>925</sup> Christian Le Bas, *Économie et management du brevet*, Paris, Économica, 2007 à la p 87.

<sup>926</sup> Michel Germain, « Un droit de l'entreprise de recherche » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, Paris, TEC & DOC, 2005, 157 à la p 159.

produits à usage thérapeutique et diagnostique à partir d'anticorps<sup>927</sup>.

La coopération peut aussi être l'opportunité pour une entreprise s'intéressant à de vastes champs de recherche de recourir à l'expertise pointilleuse d'une autre spécialisée dans un domaine précis. L'exemple de Biocon, une entreprise indienne de biotechnologie, peut être illustratif à ce propos. En effet, la responsable de cette entreprise, Kiran Mazumdar-Shaw, qui souhaitait fournir de l'insuline par voie orale à un prix abordable à la population indienne, avoue devoir la réalisation de son projet à l'existence de brevets valables<sup>928</sup> à cette fin. En fait :

Biocon a actuellement, entre autres priorités, un programme de fabrication d'insuline à administrer par voie orale. «Imaginez simplement que les diabétiques puissent prendre l'insuline en comprimés et non plus en injections : quel changement dans leur vie quotidienne», [...]. Le programme a été lancé quand les chercheurs de Biocon ont découvert un intéressant brevet détenu par Nobex, petite société américaine, qui portait sur une technique d'administration orale de peptides. Cela a directement complété ce que Biocon cherchait à obtenir : un partenariat mutuellement avantageux a été conclu.

« Partager les actifs de propriété intellectuelle est le moyen qui permet de développer très rapidement les entreprises dans le monde actuel » [...]. « Il s'agit non de simplement les acquérir, mais de les partager véritablement. Nous avons quelque chose dont d'autres sociétés ont besoin; et elles ont autre chose dont nous avons besoin. Mettez-les ensemble et vous obtenez cette puissante et très prometteuse synergie »<sup>929</sup>.

Cette collaboration est d'autant plus nécessaire dans le domaine pharmaceutique, que sur des milliers de molécules identifiées, très peu se révéleront, *in fine*, exploitable au nombre desquels un ou deux

---

<sup>927</sup> OMPI, « La propriété intellectuelle et les entreprises : lancement d'un nouveau produit : évaluation de votre liberté d'agir » (2005) 5 Magazine de l'OMPI 14 à la p 14.

<sup>928</sup> Kiran Mazumdar-Shaw, « Portraits d'innovateurs : naissance de la biotechnologie à Bangalore » (2005) 5 Magazine de l'OMPI 2 à la p 4.

<sup>929</sup> Kiran Mazumdar-Shaw, « Portraits d'innovateurs : naissance de la biotechnologie à Bangalore » (2005) 5 Magazine de l'OMPI 2 à la p 4.

parviendront au stade de médicaments<sup>930</sup>. Certains auteurs avancent même qu'en matière de recherche pharmaceutique, environ 1/1000 de projet de recherche et développement aboutit à la commercialisation d'un produit innovant<sup>931</sup>.

Quelle que soit la nature des acteurs impliqués dans la coopération en matière de recherche et développement basée sur la perspective d'un brevet, les rapports sont gérés par la logique contractuelle, seul mécanisme juridique susceptible de mieux protéger les intérêts en jeu. Mais, le plus grand avantage de la coopération est, sans doute, la construction de pôles de compétitivité du fait de la synergie des efforts consentis pour l'innovation<sup>932</sup>, que le partenariat étatique peut mieux favoriser.

**Le partenariat entre l'État et les entreprises privées.** Le libéralisme économique ne suppose pas un État indifférent et amorphe. Mieux qu'un simple gendarme régulateur de l'activité économique, l'État peut intervenir en établissant avec le secteur privé un partenariat; ce qui implique nécessairement un objet, un motif qui justifie et renforce la collaboration. Par exemple,

les organismes de recherche du secteur public peuvent mettre à profit leurs actifs de propriété intellectuelle pour faire fructifier les investissements publics consentis dans la recherche, que le retour

---

<sup>930</sup> Christopher Thomas Taylor et Z.A. Silberston, *The Economic Impact of the Patent System: A Study of the British Experience*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973 à la p 251.

<sup>931</sup> Paul Belleflamme, « How Efficient is the Patent System? A General Appraisal and an Application to the Pharmaceutical Sector » dans Axel Gosseries, Alain Marciano and Alain Strowel, eds, *Intellectual Property and Theories of Justice*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, 210 à la 226.

<sup>932</sup> Nadine Levratto, *Les PME : définition, rôle économique et politiques publiques*, Bruxelles, de Boeck, 2009 à la p 150.

sur investissement se définisse en termes financiers ou en termes d'avantages plus larges pour la société<sup>933</sup>.

En cette occurrence, les perspectives de la biotechnologie dans le domaine pharmaceutique ont substantiellement contribué à renforcer le rapprochement entre l'État et le secteur privé. La doctrine semble formelle à ce sujet, lorsqu'elle affirme: « the revolution in molecular biology and the transition to "rational" or "mechanism driven" drug design and then to the techniques of biotechnology have revolutionized the relationship between the public and private sectors »<sup>934</sup>.

Les mécanismes de ce partenariat vont du financement de la recherche publique dont les résultats doivent directement être transférés au secteur privé pour une exploitation efficiente<sup>935</sup>, aux mesures à impact direct sur le financement de la recherche par des fonds privés, tels que les dégrèvements fiscaux<sup>936</sup>. Par exemple, le gouvernement québécois a institué en 2013 un crédit d'impôt bonifié, lequel passe de 17,5% a

---

<sup>933</sup> Roya Ghafele et Antony Taubman, « L'innovation biomédicale en Jordanie et en Indonésie » (2007) 2 Magazine de l'OMPI 19 à la p 20.

<sup>934</sup> Iain M. Cockburn et Rebecca M. Henderson, « Publicly Funded science and the Productivity of the Pharmaceutical Industry » dans Adam B. Jaffe, Josh Lerner et Scott Stern, eds, *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 1, Massachusetts, The Massachusetts Institute of Technology Press, 2001, 1 à la p 4.

<sup>935</sup> À ce sujet, le *Bayh-Dole Act* oblige les Universités américaines à transférer les résultats de leurs recherches financées par les fonds publics aux entreprises du secteur privé, en vue de leur exploitation commerciale.

<sup>936</sup> À titre d'exemple, la France a mis en place un dispositif dénommé Crédit impôt recherche qui permet aux entreprises innovantes de recouvrer au moins 30 p. cent de leurs dépenses engagées dans les activités de recherche et développement, renforcé dans la loi de finances 2008, et par une mesure gouvernementale spéciale en 2009 au profit des entreprises du secteur pharmaceutique de « 140 millions d'euros, cofinancés par le Fonds stratégique d'investissement (FSI) et neuf industriels pharmaceutiques français et étrangers ». Voir Maryline Rosa et Christian Orfila, « Le crédit d'impôt recherche ». En ligne : <http://www.seine-et-marne-invest.com/invest/aides/cir-credit-dimpot-recherche>; Myriam Berber « Coup de pouce aux biotechnologies ». En ligne : [http://www.rfi.fr/actufr/articles/118/article\\_86010.asp](http://www.rfi.fr/actufr/articles/118/article_86010.asp). (26/10/2009); Philippe Jurgensen, « Le soutien par le financement » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, Paris, TEC & DOC, 2005, 199.

27,5%, au profit des entreprises pharmaceutiques qui s'engagent à implanter leurs activités de recherche et développement au Québec, par l'octroi de contrat de recherche aux centres universitaires<sup>937</sup>. En fait, le partenariat public/privé vise essentiellement à offrir des incitations aux entreprises innovatrices pour impulser leurs activités de recherche et développement. L'on comprend par exemple que l'OMPI ait mis en œuvre le projet Re:Search, en vue de créer :

un nouveau consortium dans lequel des organismes publics et privés partagent de précieux actifs de propriété intellectuelle et de précieuses compétences avec les milieux mondiaux de la recherche en santé dans le but d'encourager la mise au point de nouveaux médicaments, vaccins et diagnostics pour traiter les maladies tropicales négligées [...] <sup>938</sup>.

Dans tous les cas, le brevet n'est pas une garantie absolue de succès.

### **2.2.2.3 Deux constantes liées au brevet**

Incontestablement, la nouvelle ère de l'individu-inventeur et de l'entreprise-investisseur<sup>939</sup> a entériné la propension de l'investisseur à la captation du brevet. Devenu un heureux prestataire de la recherche scientifique, l'inventeur a perdu le prestigieux titre de propriétaire du brevet au profit de l'industriel alors titulaire du titre<sup>940</sup> et, pour

---

<sup>937</sup> Nicolas Marceau, *Discours sur le budget : Budget 2013-2014*, prononcé à l'Assemblée nationale, le 20 novembre 2012, à la p 15.

<sup>938</sup>OMPI, « WIPO Re:Search : un nouveau consortium d'organisations des secteurs public et privé qui favorise la création de partenariats de recherche-développement avec des chercheurs travaillant sur les maladies tropicales négligées », Communiqué commun de l'OMPI et bvgh, PR/2011/699, 26 octobre 2011. En ligne : [http://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2011/article\\_0026.html](http://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2011/article_0026.html).

<sup>939</sup> Cette opinion se fonde sur des arguments tirés, entre autres, du fait que les cent principaux demandeurs de brevet européen sont des personnes morales. Voir OEB, *Top applicants seeking protection with the EPO in 2013*. En ligne : [http://www.epo.org/about-us/statistics/top\\_fr.html](http://www.epo.org/about-us/statistics/top_fr.html).

<sup>940</sup> Marie-Angèle Hermitte, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation : l'exemple des droits intellectuels » (1985) 30 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 331 à la p 339.

reprendre le philosophe Jean Guitton, « l'inventeur n'a pas plus de mérite que celui qui donne, dans le percement d'un tunnel, le dernier coup de pioche »<sup>941</sup>. Certes, la conception de l'invention l'a ennobli en l'érigant au rang d'inventeur, mais l'obtention et l'exploitation du brevet requièrent un très important investissement dont la charge peut être mieux supportée par l'entreprise.

Que le brevet soit la propriété de l'entreprise ou de l'inventeur, il met seulement son titulaire en l'état « d'obtenir la récompense de son effort créateur sans cependant lui garantir en toutes circonstances l'obtention de celle-ci »<sup>942</sup>. En effet, « le seul fait de rendre le produit existant (ce qui implique certes la nécessité de pouvoir amortir les coûts de recherche et de développement), c'est-à-dire le fait de le rendre susceptible d'être mis sur le marché international »<sup>943</sup>, implique pour le breveté une obligation de diligence, encore que la solution proposée par le brevet peut n'être que minime par rapport à l'art antérieur<sup>944</sup>. C'est dire que l'importance et l'utilité réelle de la solution proposée par le brevet relèvent de l'appréciation du public dont l'exigence en matière de consommation constitue une forte pression sur le breveté.

### **2.2.2.3.1 L'existence d'une pression socio-économique sur le breveté**

Livré au sort du devenir de son entreprise et de la rentabilité du brevet, l'investisseur est désormais à la solde de tous les frémissements du

---

<sup>941</sup> Jean Guitton, « Le déclin des maîtres » dans *Le Figaro*, chronique, 25 août 1956.

<sup>942</sup> CJCE, 5 décembre 1996, *Merck*, n° 267 et 268/95, [1997] 2 Journal de droit international à la p 594.

<sup>943</sup> Bernard Remiche, « Propriété intellectuelle : intérêts d'entreprises et intérêt général » dans *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud : Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 1997, à la p 530.

<sup>944</sup> François Valancogne, *L'invention : sa brevetabilité - l'étendue de sa protection*, t. 1, Paris, Librairies techniques, 1968 à la p 201.

marché. Il doit veiller à satisfaire ce marché, la qualité de son offre basée sur le rapport produit innovant/prix, étant indispensable pour s'y maintenir. Or, abandonné au libre jeu des pouvoirs économiques, le marché impose au breveté une régularisation juridique du jeu de la concurrence entre producteurs<sup>945</sup>.

Sur un plan strictement économique, le titulaire du brevet doit faire preuve de diligence pour le mettre en œuvre, ou à tout le moins, entreprendre assez promptement les préparatifs sérieux à cette fin, au risque de s'auto-punir par un délai d'exploitation commerciale plus court. Le défaut de diligence peut, par ailleurs, être interprété comme un obstacle économique et justifier l'imposition d'une exploitation concurrente<sup>946</sup>. L'on peut postuler que l'exploitation diligente du brevet va de soi, mais en réalité elle relève d'une délibération sur la rentabilité économique de l'innovation. À cet égard, il convient de reconnaître que nombreuses sont des entreprises qui prennent « le risque d'écarter une découverte importante [...], à moins de pouvoir l'exploiter d'une façon ou d'une autre, [faute de] moyens financiers de conserver un vaste portefeuille de brevets internationaux »<sup>947</sup>. Par exemple, selon le président du conseil sud-africain pour la recherche scientifique et industrielle, Sibusiso Sibisi, le recours au brevet implique déjà un important risque financier qu'il faut seulement prendre en fonction des perspectives économiques de l'invention; ainsi, nombre de brevets sont abandonnés en raison de l'économie de leur exploitation<sup>948</sup>. En d'autres termes, le lien entre le brevet et la rentabilité économique de son exploitation n'est pas toujours établi.

---

<sup>945</sup> Paul Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952 à la p 1.

<sup>946</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 31(k).

<sup>947</sup> Catherine Jewell, « Création d'un écosystème de l'innovation en Afrique du Sud » (2012) 5 Magazine de l'OMPI 13 à la p 17.

<sup>948</sup> *Ibid.*, aux pp. 16-17.

### **2.2.2.3.2 L'absence de lien entre le brevet et la rentabilité du produit fini**

L'obtention d'un brevet, en dehors des dépenses de recherche et développement, est un investissement relativement important. À titre illustratif et abstraction faite des frais de prestation des services de l'agent de brevet<sup>949</sup>, l'obtention d'un seul brevet européen coûte au minimum cinq mille cent euros<sup>950</sup>. Ajoutés à cela, les frais de maintien en vigueur du brevet européen jusqu'à son terme, l'on arrive aisément à la somme de vingt-trois mille euros<sup>951</sup>. En réalité, les frais d'obtention d'un brevet européen sont plus élevés, en fonction, notamment, du nombre d'États désignés dans la demande et des revendications. Or, le développement d'un nouveau produit pharmaceutique requiert souvent l'association de milliers de brevets souvent complémentaires. En effet, à l'instar des technologies de l'information et de la communication, l'industriel du médicament a recours au pool de brevets pour se permettre des activités de production sans trop risquer d'enfreindre les monopoles de ses concurrents<sup>952</sup>. Le pool de brevets est une technique visant à regrouper plusieurs brevets essentiels, parfois détenus par différentes entités, pouvant aller jusqu'à un millier, pour constituer un

---

<sup>949</sup> L'agent de brevet est le seul professionnel autorisé au Canada, en vertu de la *Loi sur les brevets* à représenter un demandeur désireux d'obtenir un brevet auprès du Bureau des brevets. Voir <http://www.ipic.ca/french/general/agents.cfm>. En droit européen, l'on parle de Conseil en propriété industrielle.

<sup>950</sup> European Patent Office, *European Patents and the Grant Procedure*, Munich, 2010. En ligne: [www.epo.org/fees](http://www.epo.org/fees).

<sup>951</sup> Mike Adcock, « Biotechnology and Intellectual Property Rights in UK », Communication, Université Internationale d'été sur Biotechnology and intellectual property: linking Law, Business and Science, Giessen (Allemagne), 1<sup>er</sup> août, 2011.

<sup>952</sup> Jean-Nicolas Delage, Lucie Dufour et Joanie Lapalme, « Les pools de brevets dans l'industrie biopharmaceutique : la pertinence d'une utilisation ciblée » (2010) 22 : 2 Les cahiers de la propriété intellectuelle 219 à la p 231.



espace relativement libre aux fins de la fabrication du produit fini<sup>953</sup>. Même lorsque les titulaires des différents brevets nécessaires à la fabrication d'un nouveau médicament ont pu parfaitement s'entendre, cette entente ne garantit pas l'amortissement des coûts transactionnels liés à une telle opération<sup>954</sup>. Par contre, le défaut de coopération entre eux postule d'une impossibilité de la mise au point du produit fini<sup>955</sup>. À ces difficultés managériales, il convient d'ajouter que le défaut de paiement des frais de maintien en vigueur du brevet peut être sanctionné par la péremption du titre<sup>956</sup>. Or, la mise en œuvre du brevet, dont l'utilité ne peut être contestée, n'autorise pas son titulaire à exercer un contrôle permanent sur les divers marchés où pénètre son innovation. En effet, le titulaire du brevet ne peut impunément prétendre à un monopole frisant le « patent misuse »<sup>957</sup>, c'est-à-dire une monopolisation artificielle du marché par le breveté n'est pas permise<sup>958</sup>.

---

<sup>953</sup> Lucie Gauthier, « Quelques observations sur le pool de brevets et le droit de la concurrence » (2007) 19 : 1 Les cahiers de la propriété intellectuelle 103 à la p 125.

<sup>954</sup> Jean-Nicolas Delage et Marie-Christine Levasseur, « Normes internationales et pools de brevets : terrain miné ou mine d'or » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 33 à la p 55.

<sup>955</sup> Michael S. Mireles, « An Examination of Patents, Licensing, Research Tools, and the Tragedy of the Anticommons in Biotechnology Innovation » (2004) 38: 1 University of Michigan Journal of Law Reform 141 à la p 168.

<sup>956</sup> *Loi sur les brevets* (L.R.C. (1985), ch. P4), art. 46 (2).

<sup>957</sup> Marie-Angèle Hermitte, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation : l'exemple des droits intellectuels » (1985) 30 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 331 à la p 345.

<sup>958</sup> Douglas Broder, *U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012 à la p 108.

## Conclusion de la sous-section 2.2

Avec « la mondialisation des marchés et [l']économie basée sur le haut savoir »<sup>959</sup>, la propriété intellectuelle en général et le brevet en particulier sont devenus incontournables. Certes, les difficultés de cette marchandisation ont été portées à son acmé avec l'extension à l'échelle internationale du brevet pharmaceutique<sup>960</sup>, mais la globalisation de l'économie et ses instruments ne sont pas forcément antinomiques des revendications sociales.

L'économie « *science-based* »<sup>961</sup> qu'incarne le brevet est une réalité pour de nombreuses entreprises commerciales qui ont dû leur succès à l'exploitation d'une invention brevetée. Citons à titre d'exemple, « l'Air liquide, grâce aux brevets de Georges Claude sur la liquéfaction et la distillation fractionnée de l'air ; Pechiney, grâce aux brevets de Sainte-Claire-Deville (traitement de la bauxite) et Paul Héroult (l'électrolyse de l'alumine) »<sup>962</sup>. Il en est de même pour de nombreuses entreprises pharmaceutiques qui se ruent aujourd'hui sur le brevet pour, non seulement sécuriser leurs investissements, mais encore assurer le financement d'importants projets de recherche. En d'autres termes, le brevet constitue un apport inestimable dans le patrimoine des firmes pharmaceutiques.

---

<sup>959</sup> Serge Lapointe, « L'histoire des brevets » (1999-2000) 12 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 635 à la p 656.

<sup>960</sup> Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, dir, *Libertés économiques et droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011 à la p 99.

<sup>961</sup> Sophie Chauveau, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, Paris, Dalloz, 2004, 105 à la p 113.

<sup>962</sup> Hélène Gaumont-Prat, *Cours de Droit des brevets*, Université Paris VIII Saint-Denis, 2007-2008 à la p 5.

## Conclusion de la section 2

Dès lors que

[...] le produit de l'innovation surmonte l'obstacle des conditions spécifiques à remplir pour bénéficier d'une protection au titre du droit [des brevets, le breveté] obtient une position particulière sur le marché selon une conception actuellement courante, et généralement reconnue, des instruments de protection juridique ; mais même ici sa position privilégiée repose sur une orientation du comportement individuel vers l'intérêt général, à savoir la promotion du progrès<sup>963</sup>.

Dans le domaine pharmaceutique, ce progrès, qui s'est construit, entre autres, autour de l'invention, a permis dans de nombreuses hypothèses d'améliorer la santé de l'individu et, plus généralement, les conditions de la vie humaine, même si « avec le surgissement à la fin du siècle dernier, parmi les techniques, [...] des biotechnologies, la notion d'invention s'est brouillée tout autant »<sup>964</sup>. En fait, le brevet supporte l'innovation qui est vitale à la production de moyens thérapeutiques essentiels à la gestion de la santé publique, ces moyens étant en constant accroissement depuis quelques décennies grâce à diverses initiatives qui, à côté du brevet, soutiennent l'innovation<sup>965</sup>.

Les particularités du brevet pharmaceutique se démarquent du régime général des brevets, pour inclure les données informationnelles qui s'ajoutent à l'invention elle-même pour produire un « effet unitaire »<sup>966</sup>,

---

<sup>963</sup> Reto M. Hilty, « La constitution économique européenne et la propriété intellectuelle » (2011) XXV : 4 RIDE 481 à la p 491.

<sup>964</sup> Michel Vivant, « Objet juridique, objet social. Réflexion sur la propriété intellectuelle » (2012) 43 Propriétés intellectuelles 269 à la p 269.

<sup>965</sup> Michael Lanthier et al., « An Improved Approach To Measuring Drug Innovation Finds Steady Rates Of First-In-Class Pharmaceuticals, 1987-2011 » (août 2013) 32 : 8 Health Affairs 1433 aux pp 1433 et 1438.

car en l'absence de ces données, l'objet du brevet pharmaceutique ne serait d'aucune utilité thérapeutique pour le public. Ainsi, convaincue

qu'il est de l'intérêt bien compris de tous les pays que le régime international des brevets soit appliqué de manière à tenir pleinement compte des nécessités et exigences spéciales du développement économique des pays sous-développés, ainsi que des prétentions légitimes des titulaires de brevets<sup>967</sup>,

l'Assemblée générale des Nations Unies avait adopté, il y a quelques décennies, une résolution mandant le secrétaire général de ladite organisation de faire :

- a) Une étude des effets des brevets sur l'économie des pays sous-développés;
- b) Une étude de la législation de certains pays développés et sous-développés en matière de brevets, qui traitera tout particulièrement du régime auquel sont soumis les brevets étrangers;
- c) Une analyse des caractéristiques de la législation des pays sous-développés en matière de brevets eu égard aux objectifs du développement économique, compte tenu de la nécessité de l'absorption rapide de nouveaux produits et de techniques nouvelles, ainsi que de l'élévation du niveau de productivité de leur économie;
- d) Une recommandation sur l'opportunité de réunir une conférence internationale chargée d'examiner les problèmes relatifs à l'octroi, à la protection et à l'utilisation des brevets eu égard aux dispositions des conventions internationales en vigueur, en tenant compte des besoins spéciaux des pays en voie de développement et en utilisant les services existants de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle<sup>968</sup>.

L'objectif poursuivi par l'adoption de cette résolution était de permettre que le brevet joue pleinement la mission qui lui est dévolue, c'est-à-dire

---

<sup>966</sup>L'expression est empruntée au professeur Jean-Christophe Galloux, « Le brevet européen à effet unitaire : greffe et chimère » » (2012) 43 Propriétés intellectuelles 193.

<sup>967</sup> *Résolution 1713 (XVI)* sur le rôle des brevets dans le transfert des connaissances techniques aux pays sous-développés, New York, 19 décembre 1961, 6<sup>ème</sup> point du préambule.

<sup>968</sup> *Ibid.*

promouvoir l'innovation et favoriser le développement économique, dans tous les domaines, y compris pharmaceutique.

Dans le cadre de notre démonstration, cette partie aura permis de comprendre que l'intérêt général est intrinsèquement lié à la brevetabilité, que ce soit au regard des critères d'octroi d'un brevet par l'État, de la durée du brevet ou en raison de l'importance de la divulgation obligatoire de l'invention brevetée. La connaissance d'une invention brevetée favorise, faut-il le rappeler, les opportunités de coopération.



### **3. L'intérêt général dans l'exploitation du brevet pharmaceutique**

Si l'on considère, tel que nous venons de le démontrer, que la production du brevet pharmaceutique se justifie par rapport à l'intérêt général, son exploitation est aussi encadrée par l'ambition de satisfaire cet intérêt général. Il a été, bien évidemment, mis en exergue que les activités liées à la production du brevet en fait un droit subjectif, une prérogative privée pour son titulaire; mais « les droits subjectifs, modes de relations sociales, ne peuvent être totalement étrangers à la recherche de l'intérêt général, ou si l'on préfère du bien commun »<sup>969</sup>. De ce fait, le breveté doit savoir se exploiter avec raison son innovation, pour le bien de la collectivité.

En effet, la recherche de la rentabilité économique ne saurait être extensive en matière de brevet pharmaceutique (3.1). Au fait, la rivalité que met en lumière le brevet pharmaceutique est source de tensions qui, si l'on y prend garde, peuvent aboutir au démantèlement des activités de recherche et développement. Pressés de satisfaire leurs intérêts respectifs, ni l'innovateur, ni même la société ne doivent se livrer inutilement une guerre qui ne serait que source d'obstacle<sup>970</sup>. La nécessité de tirer profit du brevet pharmaceutique doit s'accommoder d'une autre, celle de vaincre toute résistance de son titulaire lorsque ce dernier semble méconnaître les intérêts de la société (3.2). C'est dire que la jouissance des prérogatives conférées par le brevet doit justifier la recherche d'un équilibre entre deux nécessités, « le besoin de la société au libre usage des inventions et, [...] le besoin de promouvoir le progrès technique en donnant à l'inventeur le moyen de tirer une juste

---

<sup>969</sup> Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, n° 198, 1994 à la p 148.

<sup>970</sup> Quesney, *Droit naturel*, INED à la p 732, cité par Cathérine Larrère, « Droit naturel et physiocratie » (1992) 37 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 69 à la p 74.

rémunération de sa création »<sup>971</sup>. Par conséquent, les prétentions du breveté doivent être contenues dans des proportions qui assurent la recherche d'un équilibre entre celles-ci et les besoins incompressibles des bénéficiaires de l'invention<sup>972</sup>.

### **3.1 L'épuisement des droits liés au brevet et les importations parallèles**

S'il est admis que le titulaire du brevet tire profit de l'exploitation de son invention, il faut aussi admettre que la recherche de ce profit ne doit pas se réaliser au détriment des intérêts de la société; le droit a donc posé une limite aux prérogatives d'exploitation conférées par le brevet. L'épuisement des droits, notamment en ce qui a trait aux brevets pharmaceutiques, en demeure une illustration éloquente.

En dépit de l'intérêt qu'il y a à définir la portée des actes exclusifs que confère le brevet, cette question a été subrepticement esquivée en droit international, étant donné qu'« aucune disposition de [*l'Accord sur les ADPIC*] ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle »<sup>973</sup>. Cette disposition, à certains égards, laxiste, exprime un défaut de consensus, ou tout au plus un compromis<sup>974</sup> dont le sens a été plus tard explicité par la déclaration de Doha sur *l'Accord sur les ADPIC* et la santé publique, laquelle proclame : « l'effet des dispositions de *l'Accord sur les ADPIC* qui se rapportent à l'épuisement des droits de propriété intellectuelle est de laisser à chaque

---

<sup>971</sup> Jean-Jacques Burst, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Paris, Librairies techniques, 1970, à la p 193.

<sup>972</sup> *CCH canadienne Ltée c. Barreau du haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, 34, paragr. 48.

<sup>973</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 6.

<sup>974</sup> Keith E. Maskus, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Washington, Institute for International Economics, 2000 à la p 209.



Membre la liberté d'établir son propre régime en ce qui concerne cet épuisement sans contestation, [...] »<sup>975</sup>. En effet,

le « droit », phénomène reflétant et ensemble ordonnant des relations et des rapports, ne voltige pas dans des espaces inhabités où régnerait la seule imagination. Puisqu'il représente une tentative d'ordonner, et par là de maîtriser, des relations et des rapports, tout ordre juridique dépend, de ce fait même, d'un effort de raisonnement<sup>976</sup>.

Devenu objet de commerce international qui proclame le débridement de tous les obstacles, le brevet pharmaceutique ne peut donc plus être soumis à l'érection de barrières artificielles par son titulaire et à son seul profit. En ce sens, certains auteurs affirment avec force :

Dès qu'un inventeur ou un auteur ont pu être récompensés de leurs dépenses [...] en argent ou en réputation, tous les hommes ont le droit de jouir du présent qui leur est fait. La Société en doit reconnaissance et récompense, mais l'une et l'autre ont leur borne et leur mesure. Sans cela toute invention deviendrait pour chaque particulier un impôt qui gênerait l'industrie et détruirait nécessairement l'émulation et le commerce<sup>977</sup>.

Cependant, le problème réside dans la détermination du moment à partir duquel, l'inventeur est censé recevoir cette récompense (3.1.1), car cet instant déterminé, l'innovation brevetée est libérée de son emprise et peut circuler librement (3.1.2). Cette libre circulation met un terme à la mainmise du breveté sur tous les marchés où pénètre son innovation, d'autant que la politique commerciale des entreprises innovantes peut varier d'un espace géographique à un autre. En l'occurrence, l'épuisement des droits du breveté est un mécanisme

---

<sup>975</sup> *Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, 14 novembre 2001, paragr. 5 (d).

<sup>976</sup> H. A. Schwarz-Libermann von Wahlendorf, « Les notions de right reason et de reasonable man en droit anglais » (1978) 23 *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 43 à la p 43.

<sup>977</sup> Marc Couture, Marcel Dubé et Pierrick Malissard, *Propriété intellectuelle et Université : entre la libre circulation des idées et la privatisation des savoirs*, Québec, Presses de l'Université de Québec, 2010 à la p 123.

d'autorégulation très important dans le domaine pharmaceutique où il supporte, *a priori*, la disponibilité des produits innovants.

### **3.1.1 L'atténuation du monopole lié au brevet par la théorie de l'épuisement des droits**

La question a été généralement soulevée de savoir si et jusqu'où, le breveté peut étendre son droit de monopole après s'être volontairement dessaisi de l'objet de ce droit. En partant du postulat que le brevet confère à son titulaire ou à son ayant cause, le privilège exclusif de fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer<sup>978</sup> l'objet de son droit, la doctrine s'est demandé s'il s'en déduit « le principe de la non-consommation du droit, selon lequel le titulaire conserve [...] le contrôle permanent du produit breveté »<sup>979</sup>. Si l'on répond par l'affirmative, il y a un risque d'auréoler le brevet d'un empire géographique susceptible de dépasser les frontières de l'État qui l'a octroyé<sup>980</sup>. En effet, dire que le breveté doit être maître absolu de l'opportunité des mouvements subséquents à la première mise régulière de l'objet de son droit dans le circuit commercial peut conduire à un contrôle du produit allant jusqu'au terme de la durée du brevet. Si l'on répond par la négative, c'est-à-dire

---

<sup>978</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 28; *Loi sur les brevets*, (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 42.

<sup>979</sup> CÉIPI, *L'épuisement du droit du breveté*, Paris, Librairies techniques, 1971 à la p 18.

<sup>980</sup> En tant que droit subjectif, le brevet est limité au territoire de l'État qui l'a délivré. Voir *Convention d'Union de Paris*, art. 4bis; *Convention sur le brevet européen*, art. 3. Il y a toutefois des exceptions à ce principe, qui du reste, se fondent sur des accords de coopération régionale. Il en est ainsi du régime du brevet OAPI dont l'empire s'étend, *ipso jure*, dans l'ensemble des États membres de cette organisation sous-régionale, suivant les termes de l'article 2. 2) de l'Accord portant révision de l'*Accord de Bangui* du 02 mars 1977: « L'Organisation tient lieu, pour chacun des États membres, de service national de la propriété industrielle au sens de l'article 12 de la Convention de Paris [...] et d'organisme central de documentation et d'information en matière de brevets d'invention ». Pareille exception existe pour le régime du brevet eurasiatique qui s'étend sur le territoire des pays ci-après : Arménie, Azerbaïdjan, Belarus, Fédération de Russie, Kirghizistan, Kazakhstan, République de Moldavie, Tadjikistan, Turkménistan. Voir *Convention sur le brevet eurasiatique*, Moscou, 9 sept. 1994, art. 15 (11).

l'extinction automatique du monopole lié au brevet après la première utilisation régulière, il faut encore justifier le fondement de cette limitation et en comprendre l'effet sur les brevets pharmaceutiques.

### **3.1.1.1 Les fondements de la doctrine de l'épuisement des droits du breveté**

La notion d'épuisement des droits du breveté sur son innovation tient à la nature même des actes exclusifs qui lui sont réservés<sup>981</sup>. En fait, il y a lieu de distinguer entre les « actes matériels de détention, d'usage, de jouissance, de transformation [...] sur la chose [le brevet en l'occurrence] »<sup>982</sup> dont le titulaire du brevet ne peut être privé et ceux sur l'objet du brevet, une fois que cet objet a été mis dans le commerce. Cette distinction permet de situer la sphère des prérogatives du breveté et de déterminer les actes qui, s'opérant sur un produit breveté, ne relèvent plus du champ des droits exclusifs résultant du brevet.

#### **3.1.1.1.1 Les explications de la théorie de l'épuisement des droits du breveté**

De façon invariable, la jurisprudence précise que l'objectif des droits de propriété intellectuelle, et par définition du brevet, a été atteint par la première mise en circulation du produit protégé par le monopole par le breveté ou avec son consentement; par conséquent, elle en déduit que le breveté ne peut se prévaloir de son droit pour cloisonner les

---

<sup>981</sup> Sophie Verville, « La notion d'épuisement des droits : évolution et rôle actuel en commerce international » (2006) 18 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 549 à la p 555.

<sup>982</sup> Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1926, cité par Anne Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, Paris, Dalloz, 2001 à la p 34.

marchés<sup>983</sup>. Dans le même sens, la doctrine rappelle que le brevet est certes un moyen privilégié d'entrer sur le marché, mais n'a pas vocation, ni à échafauder le partage du marché, ni à le cloisonner<sup>984</sup>. En effet, « extending legal rights to control goods beyond their first sale is unnecessary to accomplish the incentive function and may unduly interfere with competition and free movement of goods in marketplace »<sup>985</sup>. Pour mieux comprendre la pertinence de cette doctrine, il serait utile d'en remonter la source et d'en examiner le principe.

### **Les origines de la théorie de l'épuisement des droits du breveté.**

La théorie de l'épuisement des droits énonce que le breveté perd toutes ses prérogatives fondées sur le brevet, dès lors que son produit a été commercialisé, soit par lui-même, soit avec son consentement. Elle trouve son origine dans la pratique anglaise des contrats de vente de choses mobilières du XV<sup>ème</sup> siècle, souvent assortis d'une clause controversée dite du « post-sale restraints »<sup>986</sup>; cette clause « refers generically to any restriction imposed by a seller on how a purchased good can be used or resold after the initial sale »<sup>987</sup>. Cette pratique pose le problème de l'énorme emprise que le vendeur a sur l'usage auquel

---

<sup>983</sup> CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.*, n° 78-70, paragr. 6; CJCE, 14 septembre 1982, *Keurkoop BV c. Nancy Kean Gifts BV.*, n° 144/81, paragr. 24.

<sup>984</sup> Michel Vivant, « Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention sous l'emprise du droit communautaire » dans Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques, *Les contrats d'exploitation des droits des brevets d'invention*, Paris, TEC & DOC, 2006, 106 à la p 122.

<sup>985</sup> Margreth Barrett, « The United States' Doctrine of Exhaustion: Parallel Imports of Patented Goods » (2000) 27:2 Northern Kentucky Law Review 910 à la p 914.

<sup>986</sup> Pour plus de détails sur la doctrine du « Post-Sale restraints », lire Ariel Katz, « The First Sale Doctrine and the Economics of Post-Sale Restraints » (2014) 1 Brigham Young University Law Review 55 / University of Toronto Working Paper series n° 2014-09.

<sup>987</sup> Herbert Hovenkamp, « Post-sale Restraints and Competitive Harm: the First Sale Doctrine in Perspective » (2011) 66: 3 New York University Annual Survey of American Law 487 à la p 487.

l'acquéreur doit destiner l'objet acheté, en même temps qu'elle est d'une grande fragilité puisqu'elle repose uniquement sur la seule volonté du vendeur. En effet, l'iniquité d'une clause contractuelle peut être un indice de soupçon d'abus de la part du contractant qui était en position de domination lors de sa conclusion.

La doctrine de l'épuisement des droits du breveté peut être analysée, tant sous l'angle du droit des brevets qu'au regard du droit de propriété de l'objet dans lequel se manifeste momentanément le brevet. D'une part, en considération de l'objet spécifique du droit des brevets, la jurisprudence américaine, sous la plume du chief Justice Taney, fut la première à affirmer en 1852 :

The franchise which the patent grants, consists altogether in the right to exclude everyone from making, using or vending the thing patented, without the permission of the patentee. This is all that he obtains by the patent. And when he sells the exclusive privilege of making or vending it for use in a particular place, the purchaser buys a portion of the franchise which the patent confers. He obtains a share in the monopoly, [...] <sup>988</sup>.

Ainsi, il n'y a plus de droit monopolistique qui survit à l'exploitation normale du brevet. D'autre part, en matière de propriété, il est peu soutenable que le propriétaire d'un bien, qui s'en dessaisit volontairement par une opération juridique, la vente en l'occurrence, puisse imposer des restrictions quant à l'usage que l'acquéreur dudit bien doit en faire. Sur ce fondement, l'honorable juge américain, plus tard Justice Lurton opposa, dans une décision très célèbre, une fin de non-valoir à la prétention d'un titulaire de brevet pharmaceutique qui voulut contrôler la redistribution de médicaments sous brevet qu'il avait

---

<sup>988</sup> *Bloomer c. McQuewan et autres*, 14 How 539, 549, 14 L ed 532, cité par Ridsdale Ellis, « Validity of Doctrine that a Full Exclusive Licence is in fact An Assignment » (1954) 36 : 9 *Journal of the Patent Office Society* 643 aux pp 648-649.

lui-même cédés à un acquéreur, au moyen d'une clause interdisant cette redistribution. Le raisonnement du célèbre juge est saisissant:

The right of alienation is one of the essential incidents of a right of general property in movables, and restraints upon alienation have been generally regarded as obnoxious to public policy, which is best subserved by great freedom of traffic in such things as pass from hand to hand<sup>989</sup>.

En d'autres termes, la libre circulation de biens ayant été régulièrement mis dans le commerce s'impose dans l'intérêt de la société. L'admission de l'épuisement des droits du breveté, après une exploitation régulière de son brevet, ne fait alors l'objet d'aucun doute.

Toutefois, il y a lieu de retracer l'évolution, dans le temps des discours explicatifs sur la théorie de l'épuisement des droits du breveté, pour mieux comprendre sa pertinence, aux fins d'une analyse économique rationnelle.

**La justification de la théorie de l'épuisement des droits du breveté.** L'on a tenté d'expliquer la doctrine de l'épuisement des droits du breveté par diverses approches. En l'occurrence, deux théories furent élaborées au XIX<sup>ème</sup> siècle pour justifier le principe de l'épuisement des droits du breveté.

La première approche évoque l'existence d'une licence implicite associée à la vente du produit breveté<sup>990</sup>, ce qui autorise toute utilisation ultérieure par l'acquéreur. Ainsi, le breveté devrait perdre tout contrôle sur l'objet vendu, à moins d'avoir exprimé une volonté contraire. Si

---

<sup>989</sup> John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 39 (6th Cir. 1907), aff'd, 220 U.S. 373 (1911), cité par Hannah G. Poteat, « Consumers, Licensors, and Digital Media: An Advisory Approach », Communication à la 27<sup>ème</sup> Annual Intellectual Property Law Conference, American Bar Association, Section of Intellectual Property Law, Arlington, Virginia, 28-30 march 2011 à la p 4.

<sup>990</sup> CÉIPI, *L'épuisement du droit du breveté*, Paris, Librairies techniques, 1971 à la p 19.

cette volonté était clairement exprimée, l'acquéreur, qui y contrevient, serait alors un contrefacteur. La licence implicite s'apparente à la conséquence d'une combinaison de la conduite du titulaire du brevet avec la confiance raisonnable de l'acquéreur du produit breveté. En fait, « the doctrine [of implied license] was initially adopted in various patent contexts in order to introduce a certain degree of order, or rather logic, into the law. [...]. The implied license doctrine comes to the rescue and infuses reasonableness into patent law »<sup>991</sup>. Toutefois, cette conception paraît limitée puisqu'elle comporte le risque de légitimer l'exclusion de cette licence implicite par une volonté expresse du breveté. Par exemple, la revente d'un produit pharmaceutique breveté régulièrement acquis ne serait admissible que si le titulaire du brevet ne s'y est pas expressément opposé. Sans doute, la doctrine de la licence implicite peut-elle prospérer en matière de brevet de procédé, puisque l'acquisition régulière d'un brevet de procédé suppose son utilisation pour fabriquer le produit fini qu'il permet d'obtenir.

La deuxième approche visant à expliquer l'épuisement des droits du breveté s'appuie sur « la consommation du droit [de monopole par] l'acquisition de la propriété »<sup>992</sup> de l'objet du brevet. En d'autres termes, les droits monopolistiques conférés par le brevet se perdent du fait de l'acquisition de leur objet. Le brevet se confond alors au bien matériel dans lequel il s'incarne. Cet argument comporte deux difficultés majeures. D'une part, « un brevet peut être délivré alors que l'invention n'a pas été mise en œuvre, et l'œuvre est protégée du simple fait de sa

---

<sup>991</sup> Orit Fischman Afori, « Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law » (2009) 25: 2 Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal 275 aux pp 276-280.

<sup>992</sup> CÉIPI, *L'épuisement du droit du breveté*, Paris, Librairies techniques, 1971 à la p 19.

création, en dehors de toute fixation matérielle »<sup>993</sup>. D'autre part, en ce qui concerne les brevets de procédé, le produit obtenu par la mise en œuvre du brevet ne peut pas être considéré comme appartenant, *ipso jure*, au titulaire du brevet. En effet, l'objet du brevet est différent du bien matériel dans lequel il s'incorpore. En ce sens, la doctrine précise: « ownership of IPR [intellectual property right] covering a certain product is different from ownership of the product itself. An intellectual property asset is ubiquitous and is always incorporated and present in any physical goods covered by the relevant right »<sup>994</sup>. Dans la même logique, le célèbre juriste belge Edmond Picard mettait en garde contre toute assimilation du brevet à un droit matériel. En s'appuyant sur l'héritage romain de la division classique entre droits réels, droits personnels et droits d'obligation (cette classification s'arrête désormais aux droits réels et droits personnels), reçu dans les systèmes juridiques qui en sont nés, le professeur Picard démontre que les droits portant sur les œuvres de l'esprit relèvent de la catégorie des droits réels. Pour éviter toute équivoque, l'auteur désigne le brevet par « *droit d'invention* » qui, affirme-t-il, exprime mieux « le travail de l'esprit, aidé par les inspirations et les trouvailles du talent ou du génie, qui est le sceau originel justificatif du droit accordé par le législateur »<sup>995</sup>. Cependant, une telle appellation ne paraît pas indispensable pour comprendre que le brevet porte sur l'idée mise en forme dans l'invention.

---

<sup>993</sup> Nicolas Bronzo, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, 2007 à la p 78.

<sup>994</sup> Enrico Bonadio, « Parallel Imports in a Global Market: Should a Generalised International Exhaustion Be the Next Step? » (2011) 33:3 *European intellectual property review* 153 à la p 153.

<sup>995</sup> Edmond Picard, « Embryologie juridique – nouvelle classification des droits » (1883) 10 *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* 565 à la p 584.



Les deux tentatives d'expliquer la théorie de l'épuisement des droits du breveté montrent ainsi leur limite. Le bilan des incohérences de ces approches explicatives de la théorie de l'épuisement des droits exclusifs liés au brevet pose le problème de la clarification du concept. En effet, il est essentiel de se convaincre de l'évidence de la doctrine de l'épuisement des droits qui, en matière de brevet pharmaceutique, a un intérêt particulier. À cet égard,

*le principe de la continuité des actes d'exploitation qu[e le célèbre juriste allemand Josef Kohler] a avancé comme motif va être précisé en raison de l'étape importante que sa découverte a constituée dans l'évolution de la justification de l' « épuisement » du droit exclusif d'exploitation après la première mise en circulation du produit<sup>996</sup>.*

### **3.1.1.1.2 La rationalité économique de la continuité des actes d'exploitation du brevet**

En partant du principe que le brevet réserve exclusivement à son titulaire, toutes les formes d'exploitation exclusive, Josef Kohler en vient à déduire que :

L'utilisation et la mise en circulation d'un objet protégé ou dont le procédé de fabrication est protégé [par brevet] sont toujours en relation avec la fabrication même de ce produit. L'utilisation et la mise en circulation constituent, pour ainsi dire, la suite de l'acte de production; elles constituent le prolongement économique de l'exercice du droit sur le brevet qui se réalise dans la fabrication.

Il s'ensuit que, si un produit a été licitement fabriqué à l'intérieur d'un pays, il peut y être également utilisé et mis en circulation. Cela s'applique à l'acquéreur de bonne foi, mais aussi à l'acquéreur de mauvaise foi; ce dernier n'acquiert pas la propriété de la chose, mais, par ailleurs, il ne commet pas non plus de contrefaçon<sup>997</sup>.

---

<sup>996</sup> Brigitte Castell, *L' « épuisement » du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Paris, Presses universitaires de France, 1989 à la p 95.

<sup>997</sup> CÉIPI, *L'épuisement du droit du breveté*, Paris, Librairies techniques, 1971 à la p 20.

En clair, le titulaire du brevet consomme son droit dès l'utilisation de son invention et la mise en circulation du produit fini, qui sont, en fait, les deux dimensions de l'acte unique d'exploitation<sup>998</sup> auquel le brevet donne droit. Tous autres actes qui viendraient à se greffer sur cette exploitation ne relèveraient plus des restrictions liées au brevet. Par conséquent, ces actes sont licites en fait et en droit. En fait, les actes successifs d'échange du bien protégé par le brevet sont gouvernés de la liberté du commerce et d'industrie. En droit, ils sont couverts par la rationalité du monopole lié au brevet. En effet, tout comme l'économie a dû changer d'épistémologie lorsqu'elle a décidé de prendre corps dans des représentations concrètes<sup>999</sup>

Les différences entre un acteur économique rationnel et un sujet de droit raisonnable sont devenues des constructions qu'on a voulu lier à la valeur de vérité susceptible d'être reconnue à différentes *représentations* propositionnelles d'un objet ou d'un artefact pour un sujet. Il a donc fallu faire une distinction radicale entre une action rationnelle guidée par une raison indépendante des normes pratiques et une action raisonnable qui ne peut se comprendre sans la présence des normes et d'autrui, entre une théorie du choix économique rationnel et une théorie de l'action juridiquement raisonnable<sup>1000</sup>.

En d'autres termes, le brevet ne donne droit qu'à une seule économie et s'oppose à la multiplication à l'infini de l'acte unique d'exploitation. Si l'on permet cette multiplication à l'infini au profit du breveté, il y aurait un risque d'empiéter sur l'espace de liberté du public.

**Le refus d'une économie surnuméraire du brevet.** Selon le doyen Jean Carbonnier, repris par le professeur Oppetit, « il existe une dimension économique des phénomènes juridiques et, dans nombre de

---

<sup>998</sup> Brigitte Castell, *Ibid.*, à la p 98.

<sup>999</sup> Philippe Coppens, « Les fonctions du droit dans une économie globalisée » (2012) 3 RIDE 269 à la p 278.

<sup>1000</sup> *Ibid.*, aux pp 278-279.

circonstances, les sujets de droit ou les agents économiques »<sup>1001</sup> ne doivent pas négliger les dimensions économiques de leurs prétentions. Ainsi, le breveté ne peut prétendre multiplier, par un coefficient de distribution, le bénéfice auquel lui donne droit son invention; les mouvements ultérieurs d'exploitation d'un produit protégé par brevet, régulièrement mis dans le commerce doivent échapper à son contrôle. À cet égard, une doctrine bien autorisée rappelle que « patents give an economic monopoly, [...] for a time. That happens when there are no sufficiently close substitutes for the invention, and there is strong demand for it at the heightened price which monopoly will underpin »<sup>1002</sup>. En effet, conférer au breveté un monopole qui va au-delà du premier acte d'exploitation constituerait, à certains égards, un enrichissement sans cause, car les actes ultérieurs dont il revendiquerait ainsi le contrôle n'apportent rien de nouveau à la société. Aussi, la jurisprudence, précise-t-elle qu'il faut éviter qu'un contrôle excessif de la part des titulaires de droit de propriété intellectuelle conduise à restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société « ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime »<sup>1003</sup>. Par conséquent, tout acte de commercialisation, par lequel le produit breveté entre dans d'autres circuits de distribution différents de celui où il se trouve au départ, est couvert par la première mise en marché. Il faut alors définir concrètement comment la théorie de l'épuisement des droits du breveté s'applique dans l'espace.

---

<sup>1001</sup> Bruno Oppetit, « Droit et économie » (1992) 37 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 17 à la p 22.

<sup>1002</sup> William Cornish, *Intellectual Property: Omnipresent, Distracting, Irrelevant?*, New York, Oxford University Press, 2004 à la p 9.

<sup>1003</sup> *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, 210 D.L.R. (4<sup>ème</sup>) 385 paragr. 32.

### 3.1.1.2 Les formes classiques d'application de la théorie de l'épuisement dans l'espace

En partant du principe que le brevet n'a pas vocation à accorder à son titulaire « le monopole de la diffusion des produits protégés, en lui permettant même de les retirer à tout moment du commerce »<sup>1004</sup>, l'on convient qu'il a été entièrement payé<sup>1005</sup> dès le moment où il a pu percevoir une redevance, en mettant en circulation son innovation, soit par lui-même, soit par le truchement d'un ayant-cause. La question alors se pose de savoir à quelle échelle les prérogatives liées au brevet s'éteignent, une fois que l'objet qu'il protège a été régulièrement commercialisé.

L'épuisement des droits attachés au brevet peut s'exercer dans un espace juridique qui coïncide avec les frontières géographiques de l'État et, d'une certaine manière, cela exprime un protectionnisme un peu trop favorable au breveté. En vertu de l'épuisement national, la première mise en circulation, par le fait du breveté lui-même ou avec son consentement, de son produit dans l'État qui a accordé le brevet (par exemple le Canada), éteint le monopole y afférant sur le territoire dudit État. En revanche, la mise en circulation sur le territoire d'un autre État n'a aucune incidence sur les droits du breveté dans l'État qui a octroyé le brevet. Ainsi, le breveté peut en vertu de son monopole contrôler le marché de chaque pays où pénètre son innovation, par exemple s'opposer à la réimportation dans l'État où son titre est en vigueur. En fait, « a policy of national exhaustion amounts to a government-

---

<sup>1004</sup> Dominique Graz, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'accord de libre-échange Suisse-CEE*, Genève, Droz, 1988 à la p 61.

<sup>1005</sup> Brigitte Castell, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Paris, Presses universitaires de France, 1989 à la p 237.

provided international restriction on vertical distribution »<sup>1006</sup> dont la conséquence inéluctable est la segmentation des marchés. En arriver à « une telle conclusion ne serait qu'un pitoyable paradoxe »<sup>1007</sup> qui contraste avec le développement harmonieux des activités économiques portant sur le brevet qui ont vocation à transcender l'espace de plus en plus restreint d'un seul État, à l'ère de la mondialisation. En d'autres termes, l'application de la théorie de l'épuisement national peut s'avérer insuffisante, car les affaires impliquant l'innovation brevetée tendent inexorablement vers des zones d'action plus étendues<sup>1008</sup>.

À la vérité, l'extension « géographique ne serait pas plus gênante car la technologie permettrait d'abolir les distances, et même l'absence de familiarité des parties avec un autre environnement juridique que le leur [...] »<sup>1009</sup>. Par exemple, le *Traité européen* dit du marché commun, proclame « un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux »<sup>1010</sup>. Dans le même sens, au vu des principes de traitement national, de la nation la plus favorisée et de la transparence, l'ALÉNA s'est assigné comme objectif d'« éliminer les obstacles au commerce des produits et des services entre les

---

<sup>1006</sup> Keith E. Maskus, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Washington, Library of Congress cataloging-in- Publication, 2000 à la p 208.

<sup>1007</sup> Henri Desbois, « Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de la concurrence dans le Traité du marché commun » dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, 425 à la p 425.

<sup>1008</sup> Paul Roubier, « Unité et synthèse des droits de propriété industrielle » dans *Études sur la propriété industrielle, littéraire et artistique : mélanges Marcel Plaisant*, Paris, Sirey, 1960, 161 à la p 166.

<sup>1009</sup> Sylvain Bollée, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridiction) » dans Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier et Cécile Pérès, dir, *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010, 121 à la p 137.

<sup>1010</sup> *Traité de Rome* instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957, art. 3. c.

territoires des Parties et [de] faciliter le mouvement transfrontière de ces produits et services »<sup>1011</sup>. De tels objectifs ne peuvent, en effet, être atteints qu'en débridant le monopole lié au brevet à une échelle géographique plus élargie.

Appliqué à l'échelle régionale, comme cela se passe dans la communauté européenne, l'épuisement des droits emporte que le breveté perd le contrôle de son monopole dès lors que la commercialisation a eu lieu dans n'importe quel État partie à l'accord régional. En ce sens, la CJUE affirme de façon constante, qu'après avoir mis dans le circuit commercial ses produits protégés par un brevet, le titulaire dudit brevet a épuisé son droit et, par conséquent, est irrecevable à l'invoquer pour s'opposer à la libre circulation desdits produits au sein du marché commun<sup>1012</sup>, puisqu' :

en matière de brevets, l'objet spécifique de la propriété industrielle est notamment d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que de s'opposer à toute contrefaçon<sup>1013</sup>.

Même le moyen tiré du reconditionnement des produits brevetés, alors présentés sous une nouvelle marque, est inopérant pour écarter l'épuisement des droits du breveté<sup>1014</sup>. Par contre, sous l'empire de l'épuisement régional, la mise en circulation sur le territoire d'un État tiers, non partie à l'espace géographique considéré, n'a aucune incidence sur les droits du breveté dans les États membres de cet

---

<sup>1011</sup> ALÉNA, art. 102-1. a).

<sup>1012</sup> CJCE, 31, oct. 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, n° 15/74, paragr. 10.

<sup>1013</sup> CJCE, 31, oct. 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, n° 15/74, paragr. 9.

<sup>1014</sup> CJCE, 28 juil. 2011, *Paranova Danmark A/S c. Merck Sharp & Dohme Corp.*, n° C-400/09 et C-207/10.

espace. Autrement dit, l'épuisement régional ne permet pas d'assurer une totale liberté de circulation des innovations brevetées ; il limite, à certains égards, une plus grande liberté de circulation des produits pharmaceutiques innovants.

### **3.1.1.3 La nécessité d'adoption d'une application de l'épuisement international des droits du breveté**

Dans le cadre de l'épuisement international des droits du breveté, il y a lieu de dire que la première mise sur le marché du produit protégé par le brevet épuise les prérogatives monopolistiques du titulaire, sans égard au lieu où cette commercialisation est intervenue. La législation de certains États<sup>1015</sup> reconnaît formellement l'épuisement international des droits exclusifs du breveté. Ainsi,

la Loi argentine sur les brevets n° 24 481 de 1995 prévoit que les droits conférés par un brevet ne s'étendent pas « aux personnes qui... acquièrent, utilisent, importent ou commercialisent de quelque manière que ce soit le produit breveté ou obtenu par le procédé breveté une fois que ce produit a été mis licitement dans le commerce dans un pays quelconque. Il est entendu que la mise dans le commerce est licite lorsqu'elle est conforme à la partie III, section 4 de l'Accord sur les ADPIC »<sup>1016</sup>.

Dans le même sens, la Cour suprême du Japon avait décidé que

the purpose of an international exhaustion regime is to encourage the free movement of goods in international trade and prevent the partitioning of international markets. [...] a regime of international

---

<sup>1015</sup> Communauté andine, *Décision 486 relative au régime commun concernant la propriété industrielle* (Protocole modifiant l'Accord d'intégration sous-régionale, encore dite *Accord de Carthagène*, Bogota, 1969), 14 septembre 2000, art. 54.

<sup>1016</sup> Carlos M. Correa, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, Genève, Publications du Centre Sud, 2001 à la p 109.

exhaustion create[s] conditions for the free distribution of goods, including their importation<sup>1017</sup>.

D'ailleurs, le moyen tiré de l'indépendance des brevets obtenus pour la même invention dans différents pays est inopérant pour s'opposer à l'épuisement international des droits du breveté<sup>1018</sup>. Au surplus, en conférant à ses membres la possibilité de choisir le régime de l'épuisement des droits qui leur semble approprié au regard de l'*Accord sur les ADPIC*, l'OMC a, *volens nolens*, autorisé l'épuisement international. En fait, l'épuisement international est non seulement compatible avec le nouvel ordre juridique en matière de brevet, mais encore conforme aux règles de l'économie mondialisée. En ce sens, la doctrine estime que l'épuisement des droits conférés par le brevet au niveau européen est une forme d'épuisement international à une échelle réduite<sup>1019</sup>. C'est dire que la brèche paraît largement ouverte pour faire prospérer la théorie de l'épuisement international ; cette occurrence permettrait une plus grande libéralisation du marché.

En tout état de cause, l'épuisement international des droits du breveté s'induit de l'objectif poursuivi par l'*Accord sur les ADPIC*, à savoir :

réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, et tenant compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété

---

<sup>1017</sup> *Jap Auto Products KK v. BBS Kraftfahrzeugtechnik AG*, (1996) 27 International Review of Industrial Property and Copyright Law, 550, 554, cité par WIPO, Committee on the Development and Intellectual Property, *Interface between Exhaustion of Intellectual Property Rights and Competition Law*, CDIP/4/4/ REV./ STUDY/INF/ 2, Genève, juin 2011 à la p 22.

<sup>1018</sup> Carlos M. Correa, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, Genève, Publications du Centre Sud, 2001 à la p 109.

<sup>1019</sup> Enrico Bonadio, « Parrallel Imports in a Global Market: Should a Generalised International Exhaustion Be the Next Step? » (2011) 33 : 3 European intellectual property review 153 à la p 159.



intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime<sup>1020</sup>.

En effet, l'inter-commercialité entre les nations ne peut plus s'accommoder de mécanismes restreignant injustement la libre circulation des innovations brevetées. En d'autres termes, un cloisonnement purement artificiel des marchés constitue un obstacle intolérable aux importations parallèles qui sont le prolongement de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle, cet épuisement dont l'intérêt en matière de brevets pharmaceutiques est fondamental.

### **3.1.2 Les importations parallèles de produits pharmaceutiques**

L'expression « importations parallèles » n'est pas exclusivement réservée au domaine de la propriété intellectuelle.

Dans un cadre notionnel très général, « parallel imports are those goods that are purchased in a foreign market by an independent third party and later resold in the domestic market where they unfairly compete with authorized distributors because of their much lower price »<sup>1021</sup>. Par exemple, un État peut, par le biais de procédures d'autorisation destinées à protéger certains intérêts prépondérants, comme la sécurité ou la santé publique, exercer une influence sur les conditions de mise sur le marché de certains produits. En pareille occurrence, l'État pourra autoriser l'importation sur son territoire de produits qui ont fait l'objet de conditions semblables de mise sur le marché à l'étranger. Dans ce cas précis, une importation parallèle consiste à importer sur le territoire national, sans aucune procédure d'autorisation connexe ou, le cas

---

<sup>1020</sup> *Accord sur les ADPIC*, 1<sup>er</sup> point du préambule.

<sup>1021</sup> Ako Shimada Williams, « International Exhaustion of Patent Rights Doctrine: Is Japan's Move a Step Forward or Back from the Current Harmonization Effort? » (Automne 1998) 7: 3 *Journal of International Law and Practice* 327 à la p 329.

échéant, en conformité avec une procédure d'autorisation simplifiée qui vise à vérifier la rigueur des conditions de mise sur le marché étranger.

Dans un cadre conceptuel plus restreint, les importations parallèles sont souvent évoquées à propos d'un produit protégé par un droit de la propriété intellectuelle et qui, régulièrement mis en circulation dans un pays tiers par le fait du titulaire des droits lui-même ou avec son consentement, « vole de ses propres ailes »<sup>1022</sup>. Dans cette hypothèse, l'importation parallèle se fonde sur la théorie de l'épuisement des droits. D'ailleurs, l'exclusion de l'obligation de manufacturer localement, en matière de brevet<sup>1023</sup>, justifie les importations parallèles puisqu'elle assimile la simple commercialisation du produit breveté à la mise en œuvre du brevet y afférant. À vrai dire, les opérations d'importation et d'exportation relèvent de la liberté de commerce et d'industrie qui, elle-même, n'est, en principe, soumise qu'aux règles du droit de la concurrence<sup>1024</sup>. L'on comprend alors que, dans l'affaire *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada*<sup>1025</sup>, l'honorable juge Fish de la Cour suprême du Canada exprime un « doute sérieux quant à la possibilité de transformer le droit de la propriété intellectuelle [et par définition le brevet] en un instrument de contrôle du commerce »<sup>1026</sup>. En d'autres termes, une fois l'acte unique d'exploitation du brevet régulièrement entrepris, il n'y a

---

<sup>1022</sup> Dominique Graz, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'accord de libre-échange Suisse-CEE*, Genève, Droz, 1988 à la p 62.

<sup>1023</sup> *Convention d'Union de Paris*, art. 5. A. (1); *Accord sur les ADPIC*, art. 27.1.

<sup>1024</sup> Bernard Dutoit, *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle?*, Genève, Droz, 1996 à la p 105.

<sup>1025</sup> *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 21. Il faut préciser que ce contentieux se rapporte au droit d'auteur, mais la solution est tout à fait transposable à toute autre matière de la propriété intellectuelle.

<sup>1026</sup> Daniel S. Drapeau, « Marchandises d'importation parallèle : une Cour suprême divisée » (2008) 20 : 1 *Les cahiers de la propriété intellectuelle* 183 à la p 189.

point de mécanisme juridique par lequel le titulaire du brevet pourrait envisager cloisonner les différents marchés où pénètre son innovation.

### **3.1.2.1 La justification du marché parallèle**

Sauf justifications objectives, le breveté ne peut assortir la circulation de son innovation, une fois celle-ci régulièrement mise sur le marché, de règles révélant un degré intolérable de nocivité à l'égard de la concurrence. À ce propos, l'avocat général, Mazák, près la CJUE précise dans une conclusion remarquable que :

la notion de justification objective doit être interprétée de façon stricte et s'applique seulement dans deux cas de figure : d'abord, lorsque la pratique résulte directement du droit national ou communautaire visant à protéger l'ordre public, ensuite, lorsque la pratique est objectivement nécessaire à l'existence de ce type d'accord [interdiction faite aux distributeurs de vendre en ligne]. Par conséquent, seules peuvent être invoquées des justifications objectives extérieures à l'entreprise concernée et à ses choix commerciaux<sup>1027</sup>.

Autrement dit, la libre circulation des produits brevetés précédemment mis dans le commerce par le breveté lui-même ou avec son consentement, ne relève plus que des règles établies par le législateur, à l'exclusion de toutes autres prétentions fondées sur le brevet. Par conséquent, la redistribution de produits brevetés régulièrement mis sur le marché est à la discrétion de tout acquéreur, sous réserve du respect des mesures visant la protection du public.

En fait, les importations parallèles sont le prolongement de l'épuisement international ou, à tout le moins, régional du monopole lié au brevet et, dans ce dernier cas, elles valent uniquement à l'intérieur d'un l'espace économique bien défini. En effet,

---

<sup>1027</sup> CJCE, 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, n° C-439/09, conclusions présentées le 3 mars 2011, paragr. 30.

there is more than some danger that firms engaging in international trade will seek to manipulate the isolation of national markets by intellectual property rights for their own ends rather than for purposes which intellectual property seeks to promote<sup>1028</sup>.

En d'autres termes, les prérogatives liées au brevet ne s'étendent pas à l'organisation d'un réseau qui permettrait au breveté de contrôler la chaîne de distribution de ses produits. Une doctrine bien autorisée<sup>1029</sup> a, au regard d'une jurisprudence incertaine sur la portée internationale<sup>1030</sup> de la règle de l'épuisement, pensé que les importations parallèles sont une atteinte au droit du breveté. En l'occurrence, le doute est entretenu lorsque la jurisprudence admet la nécessité du consentement exprès du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle pour que puisse prospérer la réimportation des produits affectés du droit en cause sur le territoire de leur mise en circulation<sup>1031</sup>. Certes, cette espèce se rapporte au droit d'auteur, mais l'intérêt de la question reste entier, puisque le principe de l'épuisement est indifférent à un genre particulier de droits de propriété intellectuelle. À vrai dire, la frilosité et les caractères isolé et très circonstancié de ces tendances jurisprudentielles ne permettent pas de leur reconnaître la valeur d'une solution affermie, car les importations parallèles s'appuient sur le seul fait que les droits liés à la propriété intellectuelle sont épuisés par la première commercialisation régulière des produits qui en sont l'objet. En d'autres termes, « [the patentee's] monopoly remains so long as he retains the ownership of the patented article. But sale of it exhausts the monopoly in that article and the

---

<sup>1028</sup> Warwick A. Rothnie, *Parallel Imports*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993 à la p 5.

<sup>1029</sup> Darren E. Donnelly, « Parallel Trade and International Harmonization of the Exhaustion of Rights Doctrine » (1997) 13 Santa Clara computer & High Tech Law Journal 445 à la p 447.

<sup>1030</sup> *Keystone Mushroom Farm, Inc.*, 453 F. Supp. 1283 (E.D. Pa. 1978).

<sup>1031</sup> *L'Anza Research Int'l, Inc. c. Griffin c. Quality King Distributions, Inc.*, 98 F. 3d 1109 (9th Cir. 1996).

patentee may not thereafter, by virtue of his patent, control the use or disposition of the article »<sup>1032</sup>.

Le fondement des importations parallèles s'identifie à l'épuisement des droits du breveté qui, elle-même devrait être indifférente à sa portée territoriale<sup>1033</sup>. La seule constante qui vaut est de savoir si les actes d'exploitation entrepris sur les produits protégés par un brevet sont postérieurs et subséquents à leur première mise dans le circuit commercial par le breveté ou avec son consentement, auquel cas ils ne sont plus susceptibles d'aucune autre revendication légitime résultant du brevet.

### **3.1.2.2 L'intérêt des importations parallèles de produits pharmaceutiques brevetés**

Les importations parallèles sont une mesure efficace pour limiter les risques liés à une segmentation territoriale des marchés dans une économie mondialisée<sup>1034</sup>. « Appréciée au regard des conditions d'approvisionnement, la revente parallèle est en principe licite dès lors que l'approvisionnement ne résulte pas d'une violation »<sup>1035</sup> des droits exclusifs conférés par le brevet. Car, permettre au titulaire du brevet

---

<sup>1032</sup> *United States c. Univis Lens Co, Inc.*, 316 U.S. 241 (1942) paragr. 250, cité par Darren E. Donnelly, « Parallel Trade and International Harmonization of the Exhaustion of Rights Doctrine » (1997) 13 Santa Clara Computer & High Tech Law Journal 445 à la p 450.

<sup>1033</sup> Dominique Graz, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'accord de libre-échange Suisse-CEE*, Genève, Droz, 1988 à la p 71.

<sup>1034</sup> Keith E. Maskus, « Parallel Imports in Pharmaceuticals: Implications for Competition and Prices in Developing Countries » dans The World Bank, *World Development Indicators 2000*; OECD, *Main Economic Indicators May 2000, Final report to World Intellectual Property Organization*, avril 2001 à la p 3.

<sup>1035</sup> Nicolas Ferrier et Laura Sautonie-Laguionie, « La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau » (avril/juin 2011) 2 Rev. Trim. Dr. Civ. 225 à la p 239.

d'organiser le réseau de distribution de ses produits sur la seule base de son titre peut lui donner la liberté de créer artificiellement des déficits en vue de surfaire ses prix. Or, la liberté de commerce offre à l'importateur parallèle toute opportunité, dès lors qu'il y trouve un intérêt économique.

### **3.1.2.2.1 L'intérêt économique des importations parallèles**

Il faut avouer, à la suite de la doctrine, que: « harmonization of parallel trade is necessary because world trade is becoming increasingly complex and because it is logical for multinational corporations to comply with one unified law »<sup>1036</sup>. En effet, si l'intérêt du breveté disparaît en raison de l'acte unique d'exploitation de son invention, la concurrence doit être ouverte dans l'intérêt du public, car « la marchandise, une fois qu'elle a été mise en circulation par le titulaire [du brevet], n'est soumise selon le droit des brevets, à aucune restriction de circulation »<sup>1037</sup>. En ce sens, la CJUE a précisé, dans une décision très remarquable, que les importations parallèles reposent exclusivement sur le principe de la libre circulation des produits, même si dans le pays exportateur, les produits n'étaient pas protégés par un brevet, en l'occurrence des médicaments<sup>1038</sup>, le seul critère à prendre en considération étant la légitimité de leur mise sur le marché<sup>1039</sup>. En d'autres termes, les importations parallèles reposent sur un intérêt économique présent et actuel lié au coût de l'opération.

---

<sup>1036</sup> Ako Shimada Williams, « International Exhaustion of Patent Rights Doctrine: Is Japan's Move a Step Forward or Back from the Current Harmonization Effort? » (1998) 7:3 *Journal of International Law and Practice* 327 à la p 358.

<sup>1037</sup> Arrêt du Reichsgericht, 26 mars 1902, cité par Christian Le Stanc, *L'acte de contrefaçon de brevet d'invention*, Paris, Litec, 1977 à la p 93.

<sup>1038</sup> CJCE, 5 décembre, *Merck c. Primecrown*, n° C- 267/95 et C-268/95.

<sup>1039</sup> Carlos M. Correa, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevet dans les pays en développement*, Genève, Publications du Centre Sud, 2001 à la p 92.

**L'intérêt tiré de la différence de prix.** Les importations parallèles n'ont d'intérêt, pour l'importateur, qu'à la condition que les prix pratiqués dans le pays d'importation sont plus élevés que ceux en vigueur dans le pays d'exportation, où les produits ont été mis en circulation, de sorte à permettre la réalisation d'un profit sur l'économie de l'importation. C'est donc une différence de prix sur le même produit et sur des marchés différents qui, économiquement, justifie les importations parallèles. En ce sens, le Conseil des ADPIC déclare:

Parallel imports are one of the most important measures that a Member [of WTO] can take to protect public health. [...] Where the prices of pharmaceutical products are lower in a foreign market, for instance, a government may allow importation of such products into the national market, so as to allow offers of drugs at more affordable prices<sup>1040</sup>.

En effet, « when a seller sets discriminatory prices, the aim is to take advantage of differences in the willingness to pay of individual consumers or consumer group »<sup>1041</sup>. La pratique de bas prix sur un marché donné peut être due à certaines exemptions de l'État sur certains produits, par exemple l'exemption fiscale sur les produits pharmaceutiques. Elle peut aussi résulter de l'existence de produits de substitution<sup>1042</sup>. D'autres raisons pour la pratique de prix différenciés, assez spécifiques au domaine pharmaceutique, résultent des régimes administratifs de régulation des prix, des systèmes d'assurance sociale

---

<sup>1040</sup> Cité par Nick Gallus, « The Mystery of Pharmaceutical Parallel Trade and Developing Countries » (2004) 7:2 The Journal of World intellectual property 169 aux pp 169-171.

<sup>1041</sup> Gordon Mills, *Retail Pricing Strategies and Market Power*, Carlton South, Melbourne University Press, 2002 à la p 22.

<sup>1042</sup> Shahid Alikhan et Raghunath Mashelkar, *Intellectual Property and Competitive Strategies in the 21<sup>st</sup> Century*, 2<sup>ème</sup> éd., The Netherlands, Klumer Law International BV, 2009 à la p 172.

et des politiques gouvernementales de subvention<sup>1043</sup>. Par ailleurs, « in a perfectly competitive market, in which consumers will automatically buy a substitute good if its price is lower, international drug prices would spontaneously tend to be based on [...] marginal cost »<sup>1044</sup>. Dans ces conditions, des importateurs peuvent se procurer ces produits sur les marchés favorables et les livrer sur le marché local, lorsque la marge différentielle permet de réaliser une économie substantielle. L'objectif, *in fine*, des importations parallèles de produits brevetés est de faire répercuter la baisse des prix profitant à l'importateur, sur les consommateurs finaux et, dans une certaine mesure, d'agir sur le comportement économique du breveté dans le pays d'importation.

**L'intérêt du public destinataire des produits importés.** Les importations parallèles des innovations pharmaceutiques brevetées peuvent être efficacement utilisées pour favoriser la baisse des prix de ces produits sur le territoire de l'État importateur. En cette occurrence, le prix pratiqué par l'industrie pharmaceutique innovante à l'étranger sert de référencement extérieur dans le pays d'importation. « Such external referencing is used formally by the Netherlands, Canada, Greece and Italy, among others, and used informally by many other countries. External referencing is equivalent to fully importing a foreign price »<sup>1045</sup>. En l'occurrence, le conseil canadien d'examen du prix des médicaments sous brevet s'appuie sur « le prix de vente — antérieur ou

---

<sup>1043</sup> Pita Barros et Xavier Martinez-Giralt, « On international cost-sharing of pharmaceutical R&D » (2008) 8:4 International Journal of Health Care Finance and Economics 301 à la p 302.

<sup>1044</sup> Stéphane Lucchini et al., « Decrease in Prices of Antiretroviral Drugs for Developing Countries: From Political Philanthropy to Regulated Market? » dans Jean-Paul Moatti, dir, *Economics of Aids and Access to HIV/Aids Care in Developing Countries. Issues and Challenges*, Paris, ANRS, 2003 à la p 179.

<sup>1045</sup> Patricia M. Danzon et Adrian Towse, « Differential Pricing for Pharmaceuticals: Reconciling Access, R&D and Patents » (2003) 3 International Journal of Health Care Finance and Economics 183 à la p 191.



actuel — du médicament sur les marchés canadien et étranger »<sup>1046</sup> dans le cadre de sa mission de contrôle des prix; il s'agit d'une politique d'importation du prix des médicaments sous brevet, favorable au public.

L'impact le plus direct des importations parallèles est d'assurer une bonne fourniture des produits sur le marché d'importation, ce qui limite ainsi les risques liés à une éventuelle insuffisance quantitative, et par ricochet, favorise une concurrence dont le prix profite au public. L'on a parfois craint que, dans la réalité, l'économie des importations parallèles ne profite pas aux consommateurs finaux<sup>1047</sup>. À ce propos, il faut répondre que si les importations parallèles sont réalisées en dehors de tout réseau lié au breveté, l'effet escompté sur les prix jouera nécessairement. En d'autres termes, les importations parallèles ne peuvent produire les effets attendus sur les prix qu'en l'absence de toute réglementation prévoyant l'octroi d'accords de licence exclusifs pour l'importation et la distribution des marchandises. Certains auteurs ont dénoncé une certaine confusion entre la nature immatérielle du brevet et les produits pharmaceutiques dans lesquels il peut s'incorporer momentanément, dans les relations Nord-Sud, une confusion qu'ils indiquent comme obstruant la possibilité pour les pays du Sud à recourir aux importations parallèles des médicaments sous brevet<sup>1048</sup>. À vrai dire, les importations parallèles portent sur des biens tangibles, à l'instar des produits pharmaceutiques brevetés, et s'appuient sur le seul fait non discutable de leur première mise dans le circuit commercial qui épuise les droits du titulaire du brevet. De fait, les limitations aux

---

<sup>1046</sup> *Loi sur les brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 80 (1) b).

<sup>1047</sup> Patricia M. Danzon et Adrian Towse, « Differential Pricing for Pharmaceuticals: Reconciling Access, R&D and Patents » (2003) 3 *International Journal of Health Care Finance and Economics* 183 à la p 190.

<sup>1048</sup> Elangi Botoy Ituku, *Propriété intellectuelle et droits de l'homme : l'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH-SIDA en Afrique*, Genève, Schulthess Verlag, 2007 à la p 6.

importations parallèles, lorsqu'il y en a, ne peuvent être fondées que sur des motifs extérieurs au droit des brevets, en particulier la protection de la santé publique.

### **3.1.2.2 Les limitations aux importations parallèles de produits pharmaceutiques**

Il ressort des développements ci-dessus que, sur la seule base des prérogatives attachées au brevet, les importations parallèles sont permises, dès lors que le breveté a été désintéressé au moment de l'acte unique d'exploitation de son invention. Par contre, la question se pose de savoir si l'admission des importations parallèles joue pleinement et sans égard à d'autres conditions liées à la commercialisation des produits protégés par un brevet, en l'occurrence dans le domaine pharmaceutique, où le seul brevet ne suffit pas à la mise sur le marché. À ce sujet, la CJUE a précisé qu'en vertu du principe de l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et les mesures ayant un effet équivalent<sup>1049</sup>, le renoncement ou le retrait par le breveté de l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament princeps, dans un pays, ne suffisent pas pour justifier la cessation de son importation parallèle dans ledit pays, en l'absence de l'existence d'un risque pour la santé des personnes<sup>1050</sup>. Une remarque importante s'induit de cette jurisprudence : un comportement du breveté, extérieur au droit des brevets, n'a aucun effet restrictif sur les importations parallèles. L'on en déduit, par la même occasion, que les importations parallèles de produits pharmaceutiques brevetés peuvent être interdites par les

---

<sup>1049</sup> *Traité CE* instituant la Communauté économique européenne, Rome 25 mars 1957, ensemble art. 28 et 30.

<sup>1050</sup> CJCE, 10 sept. 2002, *Ferring Arzneimittel GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, n° C-172/00; CJUE, 15 mai 2012, *AstraZeneca AB et AstraZeneca Plc c. Commission européenne et European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA)*, n° C 457-10/P.

autorités étatiques pour des raisons de santé publique. En outre, il y a l'hypothèse où les produits brevetés ont été mis sur le marché dans un but déterminé qui ne saurait permettre leur libre circulation sans provoquer un détournement de ce but.

**L'obstacle résultant du détournement de destination des produits pharmaceutiques fabriqués sous une licence obligatoire.**

Les médicaments génériques produits sous une licence obligatoire ne peuvent faire l'objet d'une liberté de commerce qui les détournerait du but recherché par l'émission de ladite licence. En ce sens, la jurisprudence précise avec une constante fermeté que les médicaments sous brevet fabriqués en vertu d'une licence obligatoire, n'épuisent pas les droits du breveté, faute de consentement de sa part et, par conséquent, ne peuvent faire l'objet d'une libre circulation sans porter atteinte à la substance des droits exclusifs découlant du brevet<sup>1051</sup>. L'on peut alors comprendre que si, en vertu d'une licence obligatoire, des produits pharmaceutiques sont fabriqués et exportés vers des pays industriellement enclavés ou connaissant des problèmes de santé publique, les autorités de l'Union européenne considèrent qu'

il est impératif que les produits fabriqués conformément [à l'octroi de cette licence] ne parviennent qu'aux personnes qui en ont besoin et ne soient pas détournés de leurs destinataires [...].

Des mesures devraient être prises pour les contrôles douaniers aux frontières extérieures en ce qui concerne les produits fabriqués et vendus à l'exportation en vertu d'une licence obligatoire et qu'une personne essaie de réimporter sur le territoire de la Communauté<sup>1052</sup>.

---

<sup>1051</sup> CJCE, 8 juil. 1985, *Pharmon c. Hoechst. V.*, n° 19/84, [1985] Rec. 1985; CJCE, 27 octobre 1992 *Generics et Harris Pharmaceuticals c. Smith Kline & French Laboratories*, n° C-191/90.

<sup>1052</sup> *Règlement CE n° 816/2006*, préambule, points 8 et 9.

En fait, une telle disposition vise à éviter que les copies génériques de médicaments sous brevet, fabriquées dans un but humanitaire ne soient détournées à des fins commerciales<sup>1053</sup>. En effet, laisser prospérer un tel changement d'option serait un déni de la nécessité de « concilier ordre public national et multilatéralisme »<sup>1054</sup> qui a présidé au consensus sur le nouveau régime juridique international du brevet pharmaceutique, en l'occurrence l'*Accord sur les ADPIC*. Mais le problème de refus de changement de destination pour les médicaments produits en vertu d'une licence obligatoire peut être explicité autrement. En fait, libéraliser la circulation de médicaments sous brevet et produits en vertu d'une licence obligatoire met en exergue une double objection à la volonté du titulaire du brevet. D'une part, la licence obligatoire exprime un refus circonstancié à l'autorité du brevet en raison de circonstances particulières nécessitant une action appropriée. D'autre part, l'admission d'importations parallèles exprime l'opposition à un contrôle excessif du breveté sur ses produits et se fonde sur la présomption que celui-ci a été récompensé par une commercialisation régulière. Ainsi, « privé de son pouvoir de décider librement [l]es conditions dans lesquelles il commercialise son produit »<sup>1055</sup>, le breveté ne peut, en plus, se voir opposer la libre circulation dudit produit. Il s'agit là d'un principe simple dans son objet et supérieur dans sa portée, qui s'impose tant en droit, qu'en équité. En droit, la méconnaissance de ce principe, même par le législateur, fait craindre l'arbitraire, car selon l'adage « opposition sur opposition ne vaut ». En équité, le principe repose sur le bon sens.

---

<sup>1053</sup> *Loi sur les brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 21.03 (1) (D).

<sup>1054</sup> Laurence Boy, « Évaluation du préjudice commercial au regard des mesures de rétorsion dans le cadre du règlement des différends par l'ORD » dans Yves Chaput, dir, *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, 81 à la p 88.

<sup>1055</sup> CJCE, 8 juil. 1985, *Pharmon c. Hoechst. V.*, n° 19/84, [1985] Rec. à la p 2298.

Cependant, un État peut adopter une réglementation plus stricte des importations parallèles en matière de médicaments, afin de s'assurer que les produits ainsi importés sont conformes à ses propres critères en matière de protection de la santé publique sur son territoire.

**L'obstacle fondé sur des raisons de santé publique.** La disparité, entre États souverains, des règles sur la mise en marché des produits pharmaceutiques innovants est une cause par excellence de segmentation des marchés desdits produits. Par exemple, le marché américain des produits pharmaceutiques brevetés très convoité<sup>1056</sup> par les entreprises pharmaceutiques innovantes paraît très exigeant en matière de la protection du public. En effet, « in addition to setting standards for safety and effectiveness testing, [the Food and Drug Administration] also set standards for drug quality and manufacturing processes »<sup>1057</sup>. L'imposition de telles mesures d'un caractère draconien saisissant se justifie pour empêcher que les objectifs commerciaux ne l'emportent sur les moyens de production qu'emploie l'industriel du médicament. Le cas des implants mammaires en silicone qui ont fait l'objet d'un moratoire gouvernemental aux États-Unis d'Amérique et au Canada depuis 1992 pour des recherches plus approfondies sur leur innocuité<sup>1058</sup>, et qui sont actuellement mis en cause en France, soit deux décennies après, est révélateur des divergences en matière

---

<sup>1056</sup> Cathérine Druetz-Marie et Véronique Stérin, « La propriété intellectuelle : un enjeu pour pénétrer le marché américain » (2009) Documentation française 64 à la p 64. En ligne : [http://www.irpi.ccip.fr/pages/index.asp?ID\\_ARBO=36&ref\\_page=436](http://www.irpi.ccip.fr/pages/index.asp?ID_ARBO=36&ref_page=436).

<sup>1057</sup> Food and Drug Administration, Center for Drug Evaluation and Research, *Improving Public Health Through Human Drugs*, 2007 à la p 8. En ligne : <http://www.fda.gov/Drugs/DevelopmentApprovalProcess/HowDrugsareDevelopedandApproved/default.htm>. Voir aussi *Règlement sur les aliments et drogues* (C.R.C., ch. 870), titre 2 : bonnes pratiques de fabrication.

<sup>1058</sup> Réseau women's health network, « Les implants mammaires provoquent des complications » dans Aleina Tweed, *Health Care Utilization among Women Who Have Undergone Breast Implant Surgery*, En ligne : <http://www.cwhn.ca/node/39987>.

d'appréciation des risques sanitaires par les États, justifiant des mesures spécifiques pour la protection du public.

Par ailleurs, le *Patented Medicine Review Board*, qui avait mené une étude sur l'efficacité de 577 médicaments innovants commercialisés entre 1991 et 1997, conclua que « seulement 50 d'entre eux (ou 8,7 %) représentaient de réelles avancées thérapeutiques et étaient nettement plus efficaces que les médicaments existants »<sup>1059</sup>. En pareil cas, des États peuvent adopter une politique d'importation restrictive basée sur le service médical rendu des innovations pharmaceutiques, en fonction de leur capacité industrielle. En droit français, le service médical rendu d'un médicament innovant

prend en compte l'efficacité et les effets indésirables du médicament, sa place dans la stratégie thérapeutique, notamment au regard des autres thérapies disponibles, la gravité de l'affection à laquelle il est destiné, le caractère préventif, curatif ou symptomatique du traitement médicamenteux et son intérêt pour la santé publique<sup>1060</sup>,

pour déterminer si ce médicament peut être remboursé par l'assurance maladie et la proportion du remboursement. Le service médical rendu repose donc sur l'appréciation de la plus-value que le médicament innovant apporte par rapport à l'arsenal thérapeutique existant et, de ce fait, permet de court-circuiter les enjeux économiques par des impératifs liés à l'efficacité budgétaire en matière de santé publique. Ainsi, lorsqu'il s'avère que des innovations pharmaceutiques brevetées n'apportent pas une meilleure réponse par rapport aux thérapeutiques

---

<sup>1059</sup> Barbara Mintzes et Rosanna Baraldi, « La publicité directe aux consommateurs des médicaments d'ordonnance : quand la protection de la santé n'est plus une priorité ». En ligne : [http://www.whp-apsf.ca/fr/documents/pdmo\\_pr.html](http://www.whp-apsf.ca/fr/documents/pdmo_pr.html).

<sup>1060</sup> CE, 3 juin 2013, 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies, *Laboratoire GlaxoSmithKline c. Ministre du travail, de l'emploi et de la santé et Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat*, n° 352655, point 7 des considérants. Voir aussi HAS, « Réévaluation du service médical rendu (SMR) ». En ligne : [http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c\\_412115/reevaluation-du-service-medical-rendu-smr](http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_412115/reevaluation-du-service-medical-rendu-smr).

existantes, un État peut, au moyen d'une politique de rigueur, décourager leur importation sur son territoire. En outre, l'importation parallèle de nouveaux médicaments sous brevet, qui est une autorisation que l'État d'importation accorde à des opérateurs économiques, peut être refusée lorsque les médicaments visés présentent ou sont susceptibles de présenter un risque pour la santé publique et, pour ce qui est des médicaments nécessaires à la réalisation d'une recherche biomédicale, si la recherche biomédicale a fait l'objet d'un refus d'autorisation<sup>1061</sup>.

Somme toute, l'épuisement des droits exclusifs résultant du brevet ne se suffit pas, à lui seul, pour justifier les importations parallèles des innovations pharmaceutiques, l'État devant objectivement s'assurer de protéger le public consommateur dans la sphère géographique de son autorité.

### **Conclusion de la sous-section 3.1**

Le brevet pharmaceutique serait un titre purement honorifique pour son titulaire et sans aucun intérêt pour la société, si son objet n'était pas commercialisé. En fait, si le brevet peut, à certains égards, être qualifié de propriété, c'est essentiellement parce que :

Treating [patent] as property has at least three additional important benefits: First, it improves socially constructive coordination that facilitates the complex process of commercializing innovation. Second, the lack of property treatment facilitates the socially destructive coordination among large players employing a « keiretsu » strategy<sup>1062</sup> of collusion. Third, property treatment helps

---

<sup>1061</sup> *Code de la santé publique* de France, art. R5121-108. Dans le même sens le *Règlement sur les aliments et drogues* (C.R.C., ch. 870), art. C.03.303 pose des conditions très rigides pour l'importation et la vente de produits pharmaceutiques destinés à l'essai.

<sup>1062</sup> Le concept de la stratégie de « Keiretsu » est apparu au Japon dans le domaine des affaires, au lendemain de la seconde guerre mondiale. Les Keiretsu sont des groupes d'entreprises qui s'obligent entre elles en vue du développement de l'activité de leurs membres, à l'image du groupement d'intérêt économique, bien connu en droit

to mitigate those transaction and public choice costs that are associated with political, as compared to economic, markets<sup>1063</sup>.

Pour autant, la propriétérisation du brevet pharmaceutique ne peut être étendue au-delà de la limite économiquement tolérable, puisque « dans une société, l'intérêt particulier est soumis à l'intérêt général »<sup>1064</sup> selon une expression de Sallé de Chou, rapportée par Marcel Gauchet.

### **3.2 Les licences obligatoires pour la fabrication de médicaments génériques en dépit du brevet**

L'intérêt général associé au brevet pharmaceutique, en raison du lien qu'il entretient avec la santé, serait vain si le breveté peut impunément exercer la liberté d'exploitation consubstantielle à son monopole. En effet, dans une formule énergique, l'ALÉNA sanctionne de nullité absolue le brevet dont l'octroi d'une licence obligatoire n'aura pas permis de remédier à l'absence d'exploitation<sup>1065</sup>. Une double observation s'induit de cette disposition. D'une part, le défaut par le breveté de mettre en œuvre son invention est sanctionné par la licence obligatoire, elle-même visant à prémunir la société contre les risques

---

français et européen (Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967; loi n° 09-377 du 13 juin 1989, arrêté du 20 juin 1989; *Règlement CEE* n° 2137/85 du 25 juil. 1985) et en droit OHADA (*Acte uniforme relatif au droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique*, Port-Louis, 17 avril 1997). Les entreprises membres d'un Keiretsu sont alors, en vertu du droit japonais, contraintes à une obligation de coopération, étant précisé que chaque entreprise associée bénéficie d'un avantage concurrentiel important, grâce à la stratégie à long terme du consortium. En revanche, dans l'hypothèse où chaque entreprise poursuivrait sa propre stratégie, elle perd les avantages qu'elle aurait pu tirer du mouvement d'ensemble; il s'agit simplement du bénéfice du combat collectif contre la prétention à l'action individuelle. Lire Justin J. Camp, *Venture Capital. Due Diligence: A Guide to Making Smart Investment Choices and Increasing your Portofolio Ruturns*, New York, John Wiley & Sons, Inc., 2002 à la p 15.

<sup>1063</sup> F. Scott Kieff, « Economic Perils of U.S. Patent Reform: Flexibility's Achilles Heel » dans Liber Amicorum Joseph Straus, *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, Berlin, Springer-Verlag, 2009 à la p 798.

<sup>1064</sup> Marcel Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989 à la p 89.

<sup>1065</sup> ALÉNA, art. 1709: 8. b).



éventuels d'abus par le breveté, abus que la doctrine définit comme « the use of a patent for an improper, unintended or malicious purpose »<sup>1066</sup>. Par exemple, la CJUE a entériné la condamnation, par la commission, de deux firmes pharmaceutiques à une amende de 60 millions d'euros pour avoir utilisé abusivement le système des brevets et les procédures de commercialisation de leur médicament princeps pour empêcher ou retarder la concurrence par des médicaments génériques et, par ricochet, entravé le commerce parallèle desdits médicaments génériques<sup>1067</sup>. D'autre part, si une autre personne ne peut mettre en œuvre l'invention sur la base de la description contenue dans le brevet, l'annulation de ce brevet sanctionne sa désutilité, puisque le brevet est un droit finalisé qui oblige le breveté à devoir rendre compte de la manière dont il s'en sert<sup>1068</sup>.

Le risque des répercussions d'un usage malveillant du brevet face aux impératifs de santé publique dans les pays en développement<sup>1069</sup> et la hausse de prix qu'entraîne l'exclusivité de marché, illustrée par des études réalisées en Colombie et en Thaïlande<sup>1070</sup> par exemple, ont clairement indiqué la nécessité de mesures énergiques pour favoriser l'accès, à coûts réduits, aux médicaments innovants, en dehors d'une politique volontariste de régulation des prix. En effet, « au milieu des

---

<sup>1066</sup> Cameron Hutchison, « Over 5 Billion Not Served: The TRIPS Compulsory Licence Export Restriction » (2008) 5: 1 & 2 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 43 à la p 49.

<sup>1067</sup> CJUE, *AstraZeneca AB et AstraZeneca Plc c. Commission européenne et European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA)*, C457-10/P, [2012], paragr. 1.

<sup>1068</sup> David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyrights, Patents, Trade-marks*, 2<sup>ème</sup> édition, Toronto, Irwin Law, 2011 à la p 415.

<sup>1069</sup> Jean-Paul Moatti et al., éd., *Economics of AIDS and Access to HIV/AIDS Care in Developing Countries. Issues and Challenges*, Paris, Publications de l'ANRS, 2003 aux pp 28-30.

<sup>1070</sup> Gaëlle P. Krikorian, « Les négociations sur le libre-échange pourraient nuire à votre santé » (décembre 2006) 11 : 2-3 *Revue VIH/sida droit et politiques* 1 à la p 2.

dogmes actuels sur la "mondialisation", le mouvement a mis en relief les grossières inégalités "Nord-Sud", soulignant la nécessité de politiques commerciales justes pour le Sud »<sup>1071</sup>. Ainsi, face à l'impérialisme économique des entreprises pharmaceutiques<sup>1072</sup>, au regard des nécessités impérieuses de la santé publique (3.2.1), l'État dispose de moyens alternatifs pour éviter que le brevet ne devienne un instrument de perversion au pouvoir de son titulaire. Mais, puisque les actions de la puissance publique sont généralement invasives, susceptibles de porter atteinte à la liberté et aux droits individuels, il convient de leur fixer des limites qui respectent ces droits individuels (3.2.2).

### **3.2.1 Les fondements des licences obligatoires**

Historiquement, les licences obligatoires sont apparues au Royaume-Uni en 1872 à la faveur d'une modification apportée au *Statute of monopolies*, comme un moyen pour répondre à un besoin social réel dans l'hypothèse où l'inventeur n'aurait manifestement eu recours au brevet que dans la seule vue de soustraire son invention à la société<sup>1073</sup>. Elles furent assez vite adoptées par de nombreuses lois nationales sur les brevets au XIX<sup>ème</sup> siècle, pour permettre d'exploiter une invention brevetée, lorsque le titulaire en abuse.

En droit international, les licences obligatoires furent introduites dans la *Convention d'union de Paris* lors de sa révision par la conférence

---

<sup>1071</sup> Honorable Edwin Cameron et Alok Gupta, « L'accès mondial aux traitements : réussites et défis » (juillet 2002) 7 : 1 Revue canadienne VIH/sida et droit i à la p 4.

<sup>1072</sup> Amelle Guesmi, *Le médicament à l'OMC : droit des brevets et enjeux de santé*, Bruxelles, Larcier, 2011 à la p 288.

<sup>1073</sup> Carlos M. Correa, *Droits de propriété intellectuelle et licences obligatoires : options pour les pays en développement*, Genève, Publications du Centre Sud, octobre 2002 à la p 11.

diplomatique de La Haye en 1925<sup>1074</sup> ; leur octroi se justifie en cas d'abus des droits exclusifs conférés par le brevet, notamment lorsque le breveté ne rapporte la preuve qu'il n'a pas mésusé de son monopole<sup>1075</sup>. À l'heure actuelle, les questions relatives au brevet pharmaceutique ont conduit à instaurer un régime international relativement flexible de licences obligatoires, pour des raisons de santé publique<sup>1076</sup>. Mais, au prime abord, il convient de s'entendre sur le concept de licence obligatoire.

Dans un cadre notionnel plus général, la licence obligatoire est une limitation aux droits exclusifs conférés par le brevet pour contraindre son titulaire à autoriser l'exploitation de son invention par des bénéficiaires, selon des conditions financières qu'il n'aurait peut-être pas agréées spontanément<sup>1077</sup>. Cette acception paraît certes compréhensible, mais elle est, d'une part, restrictive, limitant la licence obligatoire à la seule hypothèse du brevet et, d'autre part, elle ne fournit aucune précision sur la personne habilitée à émettre une licence obligatoire.

Dans un cadre conceptuel plus restreint,

la licence obligatoire est une autorisation donnée par une autorité nationale à une personne, sans le consentement du détenteur du

---

<sup>1074</sup> Casimir Akerman, *L'obligation d'exploiter et la licence obligatoire en matière de brevets d'invention : étude de droit international et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1936 à la p 57.

<sup>1075</sup> *Rodi & Wienerberger Aktiengesellschaft c. Metalliflex Ltd*, [1966] R.C.S. 593, à la p 594.

<sup>1076</sup> Duncan Matthews, « WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on TRIPS Agreement and Public Health: A Solution to the Access to Essential Medicines Problem? » (2004) 7 : 1 *Journal of international economic law* 73 aux pp 73-74.

<sup>1077</sup> Jean-Luc Piotraut, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé*, Paris, Tec & Doc, 2007 à la p 32.

titre ou contre sa volonté, pour l'exploitation d'un objet protégé par un brevet ou d'autres droits de propriété intellectuelle<sup>1078</sup>.

Cette définition, pour autant qu'elle présente la licence obligatoire sous la forme de représailles visant à sanctionner l'attitude indélicat du titulaire d'un brevet ou de tout autre droit de propriété intellectuelle, ne permet pas de comprendre les fondements de son octroi. De plus, elle laisse penser que la licence obligatoire a vocation à prospérer dans toutes les matières de la propriété intellectuelle. Or, en ce qui concerne la marque de commerce par exemple, l'octroi de la licence obligatoire n'est pas permis<sup>1079</sup>, puisqu'en dehors de la distinctivité, la marque n'a pas plus d'utilité que le luxe.

Quoi qu'il en soit, en tant que manifestation d'une volonté unilatérale de l'autorité publique, la licence obligatoire doit pouvoir se justifier par des raisons d'intérêt général.

### **3.2.1.1 La justification des licences obligatoires en matière de brevet pharmaceutique**

L'*Accord sur les ADPIC*, tout en instituant un régime minimal et uniforme de protection par brevet, offre surtout dans le domaine pharmaceutique, une importante flexibilité, qui peut être utilisée avec beaucoup d'avantages<sup>1080</sup>. En effet, la diversité et l'importance des licences obligatoires affectant le brevet pharmaceutique confortent l'opinion selon laquelle l'élaboration ou la modification des lois nationales des membres de l'OMC peuvent « reflète[r] le souci d'assurer

---

<sup>1078</sup> Carlos M. Correa, *Droits de propriété intellectuelle et licences obligatoires : options pour les pays en développement*, Genève, Publications du Centre Sud, octobre 2002 à la p 11.

<sup>1079</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 21.

<sup>1080</sup> Marcelo D. Varela, « POINT DE VUE. L'organisation mondiale du commerce, les brevets, les médicaments et le rapport nord-sud : un point de vue du sud » (2004) XVIII : 1 RIDE 79 à la p 89.

un équilibre entre l'intérêt public et les droits accordés aux titulaires des brevets »<sup>1081</sup>. Par exemple, les licences obligatoires peuvent servir comme moyen pour lutter contre la propension du breveté à surfaire ses prix. Plus particulièrement, les licences obligatoires sont un arsenal juridique important pour réagir promptement en cas d'urgence sanitaire, en éludant les discussions dilatoires qui sont une stratégie inhérente à toute négociation commerciale classique.

### **3.2.1.1.1 Les licences obligatoires : une sanction contre la démesure du breveté**

En accordant au breveté le droit exclusif de disposer de la production et de la fourniture d'un bien aussi essentiel que les médicaments innovants, l'on s'attend à ce qu'il prenne toute la mesure de ses responsabilités. S'il s'y dérobe, il devrait perdre la confiance et l'estime que la société lui porte. « Generally, liberal right-wingers see the need for serious punitive intervention in such cases, in the interests both of retribution and of specific and general deterrence »<sup>1082</sup>. Il y a cependant une difficulté à ce propos, liée à l'absence d'une obligation préexistante d'exploitation de l'invention brevetée. De fait, toute sanction qui viserait à contraindre le titulaire du brevet pharmaceutique à mettre en œuvre son invention, par exemple par des amendes comminatoires, paraît inappropriée, même si l'invention porte sur un produit indispensable pour la société. Il n'empêche, néanmoins, que le breveté qui se fourvoie

---

<sup>1081</sup> Rosine Jourdain, « Les droits de propriété intellectuelle et la santé publique dans l'Accord de Bangui révisé : défis majeurs en santé publique dans les pays africains » dans Ricardo Meléndez-Ortiz et al., *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique (ICTSD Series : intellectual property rights and sustainable development n° 3)*, Solagral, ICTSD, ENDA, 2002, 103 à la p 106.

<sup>1082</sup> Scott Ann, *Bioethics in Perspective: Corporate Power, Public Health and Political Economy*, New York, Cambridge University Press, 2010 à la p 27.

dans la posture d'un « kleptomane »<sup>1083</sup> peut et doit être évincé de l'exploitation monopolistique résultant du brevet.

### **Le défaut par le breveté de pratiquer des prix « raisonnables ».**

Le titulaire d'un brevet pharmaceutique qui refuse d'offrir des conditions et modalités commerciales raisonnables à un concurrent, ou qui fait perdurer le délai des négociations<sup>1084</sup>, peut se voir imposer une licence obligatoire. Mais, aucune définition du concept «raisonnables» n'est fournie, parce qu'en l'absence d'une définition des concepts, le recours à un adjectif qualificatif pose, en légistique, un sérieux problème d'interprétation. « Il est vrai que, de manière générale, l'interprétation vise à jeter un pont afin de relier la règle générale et abstraite à la situation concrète à laquelle elle cherche à s'appliquer »<sup>1085</sup>. De fait, une question préalable, portant sur le sens du raisonnable, mérite, ici, une attention particulière.

Le raisonnable est à la fois un indice de processualisation des rapports juridiques, et un frein ou un enchérissement des initiatives juridiques. Le raisonnable apparaît donc comme la matrice des rapports juridiques ; ses manifestations, souvent latentes en droit positif, conjuguées avec une approche plus prospective, ont permis de dégager un véritable système coercitif<sup>1086</sup>. En l'absence de toute précision, le raisonnable permet la recherche d'une solution équitable. Par ailleurs, le recours au

---

<sup>1083</sup> Le mot est emprunté au professeur Georges Azzaria, « Les compositeurs kleptomanes face au droit d'auteur » (2009) 21 : 2 Les Cahiers de la propriété intellectuelle 337.

<sup>1084</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 31 b).

<sup>1085</sup> Julien Burda, « Les fonctions de la démarche interprétative dans le cadre de l'Organisation mondiale du Commerce » (2008) 21 : 2 RQDI 1 à la p 3.

<sup>1086</sup> Pour plus de précision, voir Hobinavalona Ramparany-Ravololomiarana, *Le raisonnable en droit des contrats*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009; Han-Ru Zhou, « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile » (2001) 61 *Revue du Barreau* 451.

raisonnable peut simplement fournir une solution provisoire, en attendant l'élaboration d'une construction juridique consistante et satisfaisante. Dans ce cas, le raisonnable devient l'antichambre vers l'effort de rationalisation.

Sur le fondement du sens accordé au raisonnable, il appert que la liberté du titulaire du brevet pharmaceutique n'a pas vocation à supplanter la protection du bien commun qui justifie l'octroi du titre. Bien qu'il soit mû par la recherche du profit attaché à son invention, le breveté doit donc avoir une attitude économiquement raisonnable. En d'autres termes, l'utilisation du brevet doit être conforme à la raisonabilité commerciale, laquelle, à défaut de définition législative, « [...] reflects the legal realists' belief that the law can be (and is) revealed by the behavior and practices of commercial parties »<sup>1087</sup> ; il faut assimiler à l'expression « commercial parties », et le titulaire du brevet, et le demandeur de la licence à qui serait opposé un refus détourné par une offre de prix déraisonnable. En fait, l'on peut analyser, à la suite de la jurisprudence, la question du prix raisonnable sous l'angle d'un certain rapport avec le montant que le titulaire de la licence offre de payer et ce que le titulaire du brevet demande<sup>1088</sup>. La raisonabilité commerciale s'apprécie donc par rapport à la notion de marché<sup>1089</sup>, apprécié sous le double angle de l'économie et du droit. En un mot, le breveté doit être un « individu qui raisonne et élabore [s]es stratégies [...] en prenant en compte les avantages et les désavantages qui pourraient résulter de la

---

<sup>1087</sup> Clayton P. Gillette, Alan Schartz et Robert E. Scott, *Payment Systems and Credit Instruments*, Westbury, The Fondation Press Inc., 1996 à la p 33.

<sup>1088</sup> *Merck & Co. Inc. c. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1974] R.C.S. 839 à la p 843.

<sup>1089</sup> Voir à ce propos, sous-section 1.1 Exposé sur le rapport entre le système des brevets et l'intérêt général, *supra*, 1.1.2.1.1 L'harmonie entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, sous-section La logique du marché.

transgression de la loi »<sup>1090</sup>. Il doit mettre ses ambitions en conformité avec les objectifs législatifs qui visent l'adéquation, l'atteinte minimale aux ambitions des tiers et la proportionnalité<sup>1091</sup>, car « celui qui, prétendant exercer les prérogatives que la loi lui confère, n'agit pas comme le ferait un individu normalement prudent et raisonnable, commet une faute que l'on qualifiera d'abus »<sup>1092</sup>. Ainsi, l'exagération dans la recherche de profits par le breveté est un abus juridiquement intolérable.

### **L'intolérabilité de la recherche par le breveté de profit usuraire.**

Si le profit n'est pas condamné en doctrine économique, c'est dans la mesure où il se situe dans les proportions du travail industriel. Le professeur François Perroux, retraçant à cet égard l'évolution des théories proposées par les différentes écoles de pensée, conclut que le commerçant, outre la valeur réelle d'un bien, peut légitimement faire payer à l'acheteur ses risques et ses peines<sup>1093</sup>. En application de cette doctrine, le prix de vente d'un produit pharmaceutique breveté peut comprendre :

---

<sup>1090</sup> Christian Debuyst, « Raison, communication et délinquance. La notion d'homme raisonnable et sa complexité chez Condillac » (1992) 37 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 229 à la p 229.

<sup>1091</sup> Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 1997 à la p 56.

<sup>1092</sup> *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122 (1990) à la p 151.

<sup>1093</sup> François Perroux, *Œuvres complètes*, Vol. 7, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1996 à la p 52.



in addition to expenditure in research and development that ultimately leads to the patented invention, the associated monopolies of supplementary protection certificates and data and marketing exclusivity are incorporated into [the] model of compensation for the associated 'costs' to that patent involving in bringing that invention to market, quantified by time<sup>1094</sup>.

Un exemple concret de cette formule est fourni en droit canadien des brevets qui autorise l'inclusion des « coûts de réalisation et de mise en marché du médicament »<sup>1095</sup> dans le prix de vente du médicament innovant sous brevet. En revanche, le profit purement commercial, empreint d'un caractère excessif, qui manque de fondement, peut donner lieu à reddition<sup>1096</sup>. En ce sens, Platon recommandait, en son temps, qu'il était nécessaire de lutter contre l'appétit des profits sans mesure des marchands, par la fixation d'un prix déterminé à partir du coût de production, auquel l'on ajouterait une rémunération pour le travail effectué<sup>1097</sup>.

Dans la pratique, la thèse platonicienne se heurte au problème que la fixation des prix de vente par le législateur est une tâche trop malaisée à laquelle ce dernier n'est pas formé et dont il ne dispose pas de beaucoup d'éléments, n'étant pas le producteur. À supposer que l'on fournisse au législateur les éléments à prendre en compte pour qu'il fixe les prix, il lui faudra étudier chaque cas, une tâche, à certains égards, attentatoire à la liberté de commerce et d'industrie. Par contre, il sera certainement plus aisé de décourager un marchand spéculateur qui fait de ses désirs la seule norme valable, encore qu'en cette occurrence des

---

<sup>1094</sup> Johanna Gibson, *Intellectual Property, Medicine and Health: Current Debates*, Londres, Ashgate, 2009 à la p 85.

<sup>1095</sup> *Loi sur les brevets*, (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 80.

<sup>1096</sup> *Ibid.*, art. 83.

<sup>1097</sup> Platon, *Œuvres complètes*, t. XII, Paris, Les Belles lettres, 1956, 2<sup>ème</sup> partie : les lois, livre XI, aux pp 15-17.

difficultés peuvent surgir. L'affaire *Sandoz Canada Inc. c. Canada*<sup>1098</sup> est, à cet égard, révélatrice. Dans cette espèce, le Conseil d'examen du prix des médicaments avait entrepris d'imposer à la compagnie Sandoz, un fabricant de médicaments génériques, de lui fournir les renseignements à l'effet de permettre de déterminer si elle pratiquait des prix excessifs pour ses médicaments. Faisant droit aux arguments de Sandoz, la Cour d'appel fédérale, en renvoyant l'affaire devant le Conseil d'examen du prix des médicaments lui ordonna de statuer que le champ d'activités de la compagnie échappe à son domaine de compétence<sup>1099</sup>. Il en aurait été autrement si Sandoz était une firme pharmaceutique innovante qui détient des brevets. En effet, ni la récompense due aux entreprises pharmaceutiques innovantes, ni même la nécessité pour elles d'investir des ressources financières dans des activités de recherche et développement de nouveaux médicaments, ne justifient la pratique de prix anormalement élevés<sup>1100</sup>, encore que ce besoin d'investir dans de nouveaux projets de recherche oblige, du moins en théorie, le breveté à exploiter son invention. À ce propos, le défaut d'exploiter l'invention sur une échelle commerciale est une autre cause justifiant la licence obligatoire<sup>1101</sup>.

### **3.2.1.1.2 La non-exploitation du brevet et l'approvisionnement insuffisant du marché**

Dans une formule énergique, la jurisprudence affirme qu'« un monopole non exploité peut [...] ouvrir droit à des licences obligatoires visant

---

<sup>1098</sup> *Sandoz Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2014] CF 501.

<sup>1099</sup> *Ibid.*, paragr. 41.

<sup>1100</sup> *ICN Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen des prix des médicaments brevetés) (C.A.)*, [1997] 1 C.F. 32, paragr. 3.

<sup>1101</sup> *Rodi & Wienerberger Aktiengesellschaft c. Metalliflex Ltd*, [1966] R.C.S. 593, à la p 594.

l'exploitation de l'invention »<sup>1102</sup>. En fait, la non-exploitation et, dans une certaine mesure, l'insuffisance d'exploitation du brevet expriment une incohérence dans le comportement du breveté, puisqu'il a eu recours au titre pour avoir le bénéfice d'une exploitation exclusive. Ces manquements sont un fait matériel constatable avec peu de difficulté. Aussi, est-il prévu qu'un brevet qui n'aura pas été mis en œuvre au bout de quatre ans depuis la demande du titre (ou trois ans depuis l'octroi du titre), doit faire l'objet de la concession de licence obligatoire, sauf si le breveté a une excuse légitime<sup>1103</sup>. Quelques observations s'imposent à ce sujet. D'abord, il semble que l'exploitation du brevet se confond avec la mise dans le circuit commercial de son objet; ce qui signifie que l'exploitation doit être effective et complète<sup>1104</sup>. Ensuite, l'excuse légitime qui absoudrait l'inexploitation fautive devant être extérieure au breveté (par exemple l'attente de l'approbation de mise en vente des produits pharmaceutiques), ne couvre pas l'inaction du breveté à entamer au moins des « préparatifs effectifs et sérieux »<sup>1105</sup> tendant à l'exploitation. Une conclusion assez logique s'impose : l'exploitation doit être permanente, du moins aussi longtemps que le brevet est en vigueur. Le breveté ne peut abandonner l'exploitation entreprise, pour plus de trois ans, sauf, par exemple, en l'hypothèse du retrait de l'autorisation de mise sur le marché du produit. L'excuse légitime peut aussi résulter du « fait de fabriquer le produit concerné selon une technique également brevetée et plus performante [puisqu'on ne peut] imposer au titulaire d'un brevet une exploitation industrielle et commerciale moins efficace que celle à laquelle il a par ailleurs

---

<sup>1102</sup> *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [2006] A.C.F. n° 671, paragr. 165.

<sup>1103</sup> *Convention d'union de Paris*, art. 5 A (4).

<sup>1104</sup> Cass. com., 17 fév. 1982, (1982) D. à la p 482.

<sup>1105</sup> CA Paris, 2 mai 1963, (1963) Ann. Prop. Ind. à la p 297, note Combeau.

accédé »<sup>1106</sup>. En fait, l'amélioration par le breveté de ses moyens ou procédés de fabrication tend vers une productivité plus efficace et plus efficiente. Ainsi, l'on attend du breveté, non pas une simple commercialisation des produits, mais aussi la recherche de moyens nouveaux destinés à améliorer l'économie de la production. À ce sujet, il peut se poser le problème de la nécessité pour le breveté de devoir réévaluer le prix du produit en fonction de l'économie de l'exploitation du brevet.

Somme toute, tous les ingrédients d'une obligation de résultat sont réunis à la charge du breveté, le vice de conformité et, par extraordinaire, la malfaçon du produit pharmaceutique breveté, pouvant justifier non seulement son retrait, mais en plus engager de la responsabilité civile et même pénale du breveté<sup>1107</sup>. C'est dire que le produit pharmaceutique est une chose trop sérieuse pour que l'État puisse en veiller à la disponibilité de son objet, en particulier en cas de menace grave et imminente pour la santé publique.

### **3.2.1.1.3 La licence obligatoire : un moyen pour répondre à l'urgence sanitaire**

Si, au nom du principe du respect de la propriété privée, il ne doit être émis de licence obligatoire, qu'en raison d'un mésusage du brevet pharmaceutique par son titulaire, il n'en sera pas toujours ainsi. En effet, la licence obligatoire peut être émise avec le bénéfice du « privilège du préalable »<sup>1108</sup>, de sorte que la décision la consacrant soit

---

<sup>1106</sup> Cass. com., 11 janv. 2000, *Emsen c. Nijal*, n° 97-20822.

<sup>1107</sup> Voir sous-section 2.1 Les particularités du brevet pharmaceutique, *supra*, 2.1.3.1 Les mesures de protection des renseignements non divulgués (affaire diéthylstilboestrol) en note de bas de page 757.

<sup>1108</sup> Le concept du « privilège du préalable », bien connu en droit administratif français, est une formule du Doyen Maurice Hauriou, qui exprime la toute puissance de l'État. Le privilège du préalable permet à l'administration de prendre des mesures qui s'imposent

exécutoire *de jure*, sans que l'État émetteur ait besoin de se référer à un juge, encore moins au titulaire du brevet dans les « situations d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence ou en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales »<sup>1109</sup>. C'est reconnaître que les prérogatives privées du breveté ne peuvent prévaloir sur la gestion des crises sanitaires.

**Les circonstances factuelles de l'urgence sanitaire.** Devant l'apocalypse de certaines pandémies, en l'occurrence le SIDA, la tuberculose et le paludisme, pour lesquelles les pays du Sud paient le plus lourd tribut, l'on a pu craindre, à bon droit, qu'une rigueur du système des brevets ne devienne une insensibilité à la détresse des populations à faibles revenus, ne bénéficiant en général pas d'un régime adéquat d'assurance maladie. À vrai dire, les situations qui constituent l'urgence sanitaire sont entendues *lacto sensu*, puisqu'elles peuvent couvrir toutes les hypothèses sanitaires qualifiables d'épidémie<sup>1110</sup>, à la discrétion de l'État qui prend la décision d'octroyer la licence obligatoire<sup>1111</sup>. En d'autres termes, aucune restriction ne s'applique, ni en ce qui concerne les brevets pharmaceutiques, ni même les maladies susceptibles de justifier l'émission d'une licence obligatoire<sup>1112</sup>, dans le

---

préalablement à toute intervention d'un juge et qui bénéficient, avant tout contrôle par celui-ci, d'une présomption de conformité au droit. L'idée à la base du principe est que l'action de l'administration vise la satisfaction de l'intérêt général, donc l'acte administratif est présumé nécessaire et même urgent, sauf qu'il peut être discuté devant le juge de l'excès de pouvoir, mais à la diligence de l'administré froissé dans ses prérogatives. Pour plus de précisions, lire Lucien Sfez, *Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.

<sup>1109</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 31. b).

<sup>1110</sup> *Loi sur les brevets*, (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 21.01.

<sup>1111</sup> *Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, paragr. 5 b) et 5 c).

<sup>1112</sup> *Règlement (CE) n° 816/2006* du Parlement européen et du Conseil concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits

but de répondre aux besoins du public en cas d'urgence sanitaire. Aussi, la doctrine affirme-t-elle qu'« il appartient aux juges ou aux autorités administratives de juger si l'octroi d'une licence obligatoire est de nature à servir l'intérêt public »<sup>1113</sup>. La voie paraît donc ouverte pour faire prévaloir la primauté des considérations de santé publique sur la privauté du brevet pharmaceutique.

**La primauté de la santé publique sur la privauté du brevet.** « Le droit moderne de la santé a évolué et la protection de celle-ci est devenue aussi une responsabilité collective, un impératif humanitaire reconnu par des textes internationaux et pris en charge par des organismes comme l'OMS »<sup>1114</sup>. À ce sujet, nombre d'actions concertées sont menées conjointement par l'OMS, l'OMC et l'OMPI, par exemple l'assistance auprès des pays du Sud « [to] ensure that public health rather than commercial interests have primacy in pharmaceutical and health policies and to review their options under TRIPS Agreement to safeguard access to essential drugs »<sup>1115</sup>. Pourtant, en dépit des efforts accomplis grâce aux accords multilatéraux, en l'occurrence dans le cadre de l'*Accord sur les ADPIC* et la Déclaration de Doha qui s'y rattache, qui consacrent le droit aux médicaments génériques notamment pour les pays du Sud<sup>1116</sup>, l'effectivité de cet accès demeure un véritable défi pour

---

pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, 17 mai 2006, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>1113</sup> Carlos M. Correa, *Droits de propriété intellectuelle et licences obligatoires : options pour les pays en développement*, Genève, Publications du Centre Sud, octobre 2002 à la p 21.

<sup>1114</sup> Jean-Louis Baudouin, « Rapport de synthèse, Congrès de l'association Henri Capitant 2009 » (2009) 40 : 1-2 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 365 à la p 375.

<sup>1115</sup> Duncan Matthews, *Intellectual Property, Human Rights and Development: The Role of NGOs and Social Movements*, Northampton, Edward Elgar Publishing Ltd., 2011 à la p 29.

<sup>1116</sup> Marie-Catherine Chemtob-Concé, « Accès aux médicaments essentiels des pays en développement et respect du droit des brevets : un changement de position en faveur

de milliers de personnes à travers le monde, particulièrement en Asie et en Afrique où le tiers des populations vit au quotidien cette douloureuse expérience<sup>1117</sup>. Bien entendu, il est difficile d'affirmer, à la suite d'une doctrine bien autorisée, que les brevets sont réellement la principale cause des problèmes de santé des populations des pays en développement, en raison notamment de la complexité du marché des produits pharmaceutiques<sup>1118</sup>. Mais, toute initiative tendant à favoriser la disponibilité des produits pharmaceutiques innovants pour les populations à faibles revenus peut s'appuyer sur le régime libéral des licences obligatoires.

### **3.2.1.2 Les modalités de mise en œuvre des licences obligatoires**

En déclarant que « *l'Accord sur les ADPIC n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique* »<sup>1119</sup>, la communauté internationale a réaffirmé sa ferme volonté de promouvoir l'accès de tous aux innovations pharmaceutiques par le truchement de mécanismes qui en facilitent la production à coût réduit. En l'occurrence, deux modalités de production des versions génériques de produits pharmaceutiques brevetés ont vocation à prospérer, suivant que la décision administrative ou judiciaire conférant la licence obligatoire à des tiers peut être mise en application localement ou non.

---

du droit à la santé » (22 décembre 2004) 357 *Gazette du Palais, Doctrine*, 3691 aux pp 3691-3695.

<sup>1117</sup> Jakkrit Kouanpoth, *Patent Rights in Pharmaceuticals in Developing Countries: Major Challenges for the Future*, Williston, Edward Elgar Publishing, 2010 à la p 163.

<sup>1118</sup> Keith E. Maskus, *Private Rights and Public Problems : The Global Economics of Intellectual Property in the 21<sup>st</sup> Century*, Washington DC, Peterson Institute for International Economics, 2012 aux pp 252-253.

<sup>1119</sup> *Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, paragr. 4.

### **3.2.1.2.1 La production locale de versions génériques de médicaments sous brevet**

Classiquement, la production de versions génériques de médicaments sous brevet est l'œuvre d'entreprises pharmaceutiques opérant sur le marché local. Certes, les grandes industries pharmaceutiques aussi diversifient leurs activités par la production de copies génériques de leurs produits princeps<sup>1120</sup>. Mais, la licence obligatoire vise à combattre une menace réelle et sérieuse dans le pays émetteur<sup>1121</sup>. En ce sens, l'*Accord sur les ADPIC* proclame que l'émission de la licence obligatoire sera destinée principalement à l'approvisionnement du marché intérieur de l'État membre intéressé<sup>1122</sup>. Concrètement, la production locale de médicaments génériques signifie que cette production a lieu sur le territoire de l'État émetteur de la licence obligatoire, ce qui logiquement doit contribuer à en réduire le coût de production, lequel se repercutera sur les prix de cession.

#### **Amélioration de l'accès aux médicaments innovants à prix réduit.**

La production de médicaments génériques par le truchement de la licence obligatoire relève d'un modèle économique qui propose un prix de vente exclusif des coûts de recherche et développement, du moins dans leur globalité. En fait, la réduction du prix des médicaments génériques<sup>1123</sup> résulte du fait qu'en dehors des coûts de production et de mise en marché, le fabricant des spécialités génériques n'a pas à

---

<sup>1120</sup> Johanna Gibson, *Intellectual Property, Medicines and Health: Current Debates*, Londres, Ashgate, 2009 à la p 84.

<sup>1121</sup> Mpazi Sinjela, ed, *Human Rights and Intellectual Property Rights: Tensions and Convergences*, Boston, Martinus Nijhoff publishers, 2007 à la p 110.

<sup>1122</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 31 (f).

<sup>1123</sup> Canada, Commission royale d'enquête sur les services de santé, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les services de santé*, Vol. 1, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964 à la p 695.



répercuter sur le consommateur d'autres frais, à l'exception d'une éventuelle participation aux coûts de recherche et développement. En outre, l'économie de la production locale de médicaments génériques est exemptée des frais de transport international; toute chose qui concourt à en réduire le prix de vente aux consommateurs finaux. Ainsi, « it has been shown that production costs on generics thus obtained allow for significantly lower treatment prices (from \$10-12,000 per person/year to about \$300-350) »<sup>1124</sup>. En ce sens, la commission canadienne d'enquête sur l'industrie pharmaceutique de 1985 avait établi que :

dans les comparaisons de 62 prix, 14 (ou 22,6 pour cent) prix de produits génériques se situaient entre 50 et 60 pour cent du prix du médicament breveté, 27 ou 43, 6 pour cent se situaient entre 25 et 49,9 pour cent du prix du médicament breveté et 21 ou 33,9 pour cent du total se situaient entre 0 et 24,9 pour cent du prix du médicament breveté. En aucun cas, le prix du produit générique n'a représenté 75 pour cent ou plus du médicament breveté<sup>1125</sup>.

Cependant, le modèle économique basé sur la production de copies génériques ne peut pas servir de politique commerciale pour le titulaire de la licence. D'une part, il offrirait aux producteurs de génériques l'opportunité d'attendre stoïquement que d'autres innovent, ce qui à plus ou moins brève échéance découragera les innovateurs. D'autre part, la société a constamment besoin d'innovations dans le but d'accroître les ressources disponibles.

**Refus d'objectifs de politique commerciale pour les bénéficiaires de licences obligatoires.** Le refus d'objectifs de politique commerciale aux entreprises bénéficiaires d'une mesure de licence obligatoire repose

---

<sup>1124</sup> Benjamin Coriat et al., « Patents, Generic Drugs and the Markets for Antiretrovirals » dans Jean-Paul Moatti et al., eds, *Economics of AIDS and Access to HIV/AIDS Care in Developing Countries. Issues and Challenges*, Paris, Publications de l'ANRS, 2003, 27 à la p 32.

<sup>1125</sup> Canada, Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique, *Rapport de la commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique*, Ottawa, Centre d'édition du Gouvernement du Canada, 1985 à la p 334.

sur deux postulats assez simples. D'une part, l'on a recouru à la licence obligatoire pour combattre le profit démesuré du titulaire du brevet ou dans l'hypothèse d'une crise humanitaire. De fait, les mêmes causes ne pouvant produire les mêmes effets, il ne convient pas que le fabricant des médicaments génériques s'engage dans la pure spéculation. D'autre part, les producteurs de médicaments génériques n'ont rien apporté à la société qui justifie une gratification substantielle. En conséquence, l'octroi de la licence obligatoire doit être lié à des conditions claires pour son titulaire<sup>1126</sup>. Par ailleurs, le modèle économique basé sur la production générique est susceptible de perversion. En effet, la pratique montre que

during a patent litigation dispute over a branded drug, generic drug companies may try to invalidate the branded drug patent by proving that the patent holder did not comply with the best requirement, thus clearing the way for early generic drug market entry<sup>1127</sup>.

En d'autres termes, les poursuites en contrefaçon du brevet sont l'opportunité de recours reconventionnels et dilatoires en invalidité dudit brevet, engagés par les présumés contrefacteurs pour obtenir l'absolution de leur forfait, ou pour recourir, *in extremis*, au mécanisme de licences obligatoires.

Cependant, « the situation for the economic success of generic in developing countries is bleak »<sup>1128</sup>, en raison notamment de réelles difficultés industrielles justifiant une alternative à l'exigence de la

---

<sup>1126</sup> Règlement (CE) n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, 17 mai 2006, point 8 du préambule.

<sup>1127</sup> Wesley D. Markham, « Is Best Mode the Worst? Dueling Arguments, Empirical Analysis, and Recommendations for Reform » (2011) 51: 1 The Intellectual Property Law Review 129 à la p 135.

<sup>1128</sup> Mpazi Sinjela, ed, *Human Rights and Intellectual Property Rights: Tensions and Convergences*, Boston, Martinus Nijhoff publishers, 2007 à la p 114.

production locale en matière de licence obligatoire pour les brevets pharmaceutiques.

### **3.2.1.2.2 La licence obligatoire à fins d'importation**

La licence obligatoire à fins d'importation de médicaments génériques n'est pas, à proprement parler, une nouveauté de l'*Accord sur les ADPIC*; elle était connue plus tôt en droit canadien qui, en 1969, avait modifié la *Loi sur les brevets* de façon à permettre aux fabricants de produits pharmaceutiques génériques d'importer les ingrédients actifs d'un médicament et de les transformer au Canada, pour ensuite vendre le médicament<sup>1129</sup>. La solution a été reçue en droit international, conformément à la *Déclaration de Doha*<sup>1130</sup> par le Conseil des ADPIC le 30 août 2003; elle est devenue applicable suivant la procédure d'admission des amendements<sup>1131</sup> à l'accord instituant l'OMC, en guise

---

<sup>1129</sup> Margaret Smith, «Les produits pharmaceutiques et la protection accordée par brevet ». En ligne : <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp354-f.htm>.

<sup>1130</sup> *Déclaration Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, paragr. 6.

<sup>1131</sup> Accord de Marrackech instituant l'OMC, 15 avril 1994, art. X (1-3) : «Tout Membre de l'OMC pourra prendre l'initiative d'une proposition d'amendement des dispositions du présent accord ou des Accords commerciaux multilatéraux figurant à l'Annexe 1 en présentant ladite proposition à la Conférence ministérielle. Les Conseils énumérés au paragraphe 5 de l'article IV pourront également présenter à la Conférence ministérielle des propositions d'amendement des dispositions des Accords commerciaux multilatéraux correspondants figurant à l'Annexe 1 dont ils supervisent le fonctionnement. A moins que la Conférence ministérielle ne décide d'une période plus longue, pendant une période de 90 jours après que la proposition aura été présentée formellement à la Conférence ministérielle, toute décision de la Conférence ministérielle de présenter aux Membres, pour acceptation, l'amendement proposé sera prise par consensus. A moins que les dispositions des paragraphes 2, 5 ou 6 ne soient applicables, cette décision précisera si les dispositions des paragraphes 3 ou 4 seront d'application. S'il y a consensus, la Conférence ministérielle présentera immédiatement aux Membres, pour acceptation, l'amendement proposé. S'il n'y a pas consensus à une réunion de la Conférence ministérielle pendant la période établie, la Conférence ministérielle décidera, à une majorité des deux tiers des Membres, de présenter ou non aux Membres, pour acceptation, l'amendement proposé. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2, 5 et 6, les dispositions du paragraphe 3 seront applicables à l'amendement proposé, à moins que la Conférence ministérielle ne décide, à une majorité des trois quarts des Membres, que les dispositions du paragraphe 4 seront d'application. Les amendements aux dispositions du présent article et aux dispositions des articles ci-après ne prendront effet que lorsqu'ils auront

d'alternative pour les pays ayant des difficultés à mettre en œuvre sur leur territoire l'octroi d'une licence obligatoire.

**La licence d'exportation est une alternative pour les pays industriellement enclavés.**

La licence obligatoire à fins d'importation est une avancée majeure en matière de recherche de mécanismes susceptibles de favoriser la possibilité pour les enclaves industrielles à disposer des innovations pharmaceutiques. Quatre ans après son adoption, elle fut concrétisée le 19 juillet 2007 par le Rwanda, seul pays à ce jour, à l'avoir expérimentée en partenariat avec le Canada par l'importation de 260 000 boîtes de TriAvir — produit, en combinaison à dose fixe, composé de Zidovudine, Lamivudine et Nevirapine — sur deux ans; la production et l'exportation ont été faites par Apotex Inc., sous l'appellation ApoTriavir<sup>1132</sup>. Cette singularité du recours au mécanisme est critiquée, en doctrine, comme la preuve de sa rigidité et de son inefficacité<sup>1133</sup>. Certes, le conseil des ADPIC pense que « dans l'unique

---

été acceptés par tous les Membres: Article IX du présent accord; Articles premier et II du GATT de 1994; Article II:1 de l'AGCS; Article 4 de l'Accord sur les ADPIC. Les amendements aux dispositions du présent accord, ou des Accords commerciaux multilatéraux figurant aux Annexes 1A et 1C, autres que celles qui sont énumérées aux paragraphes 2 et 6, de nature à modifier les droits et obligations des Membres, prendront effet à l'égard des Membres qui les auront acceptés dès qu'ils auront été acceptés par les deux tiers des Membres et, ensuite, à l'égard de tout autre Membre, dès que celui-ci les aura acceptés. La Conférence ministérielle pourra décider, à une majorité des trois quarts des Membres, qu'un amendement ayant pris effet en vertu du présent paragraphe est d'une nature telle que tout Membre qui ne l'aura pas accepté dans un délai fixé par la Conférence ministérielle dans chaque cas pourra se retirer de l'OMC ou continuer à en être Membre avec le consentement de la Conférence ministérielle».

<sup>1132</sup> Emily Ng et Jillian Clare Kohler, « Finding Flaws: The Limitations of Compulsory Licensing for Improving Access to Medicine – An International Comparison » (2008) 16 Health Law Journal 143 aux pp 163 et s.

<sup>1133</sup> Caroline Mascaret, « Licences obligatoires de médicaments pour les pays connaissant des problèmes de santé publique : mythe ou réalité juridiques ? » (sept.-oct. 2011) 2011 : 110 Médecine et Droit 211 aux pp 211-215. Voir dans le même sens la proposition de Loi modifiant la *Loi sur les brevets*, pour rectifier le régime canadien d'accès aux médicaments, (Projet de loi C-398) de la députée Hélène Laverdière, déposée au Parlement fédéral le 16 février 2012 et rejetée par vote le 28 novembre 2012.

cas où [le système] avait été utilisé, il avait montré qu'il pouvait fonctionner efficacement et contribuer aux efforts plus largement déployés pour améliorer l'accès aux médicaments essentiels »<sup>1134</sup>. Mais cet argument ne peut pas être soutenu pendant longtemps, même si l'on n'a pas la preuve d'une pluralité de recours à la licence obligatoire à fins d'importation et le nombre de fins de non-recevoir opposées aux pays ayant eu recours au système d'une part et, de l'autre, les motifs de ces refus. Aussi, convient-il d'analyser le système de fonctionnement de cette licence afin de voir s'il y a lieu d'y proposer des corrections.

**Le fonctionnement de la licence obligatoire d'exportation.** Le mécanisme de mise en œuvre de la licence obligatoire d'exportation est essentiellement administratif, donc susceptible d'être empreint de prérogatives exorbitantes de droit commun. La mise œuvre du système est initiée par une demande émanant des autorités officielles du pays qui en sollicite le bénéfice, et la procédure est alignée sur le régime de la licence d'importation originellement négocié dans le cadre du GATT, lors du Tokyo round qui s'était étendu de septembre 1973 à avril 1979 avec la participation de 102 pays<sup>1135</sup>. Suivant cette procédure :

le délai d'examen des demandes ne dépassera pas, sauf impossibilité due à des raisons indépendantes de la volonté des Membres, 30 jours lorsque les demandes sont examinées au fur et à mesure de leur réception, c'est-à-dire que le premier venu est le premier servi, et 60 jours lorsqu'elles sont toutes examinées simultanément [...] la durée de validité des licences sera raisonnable et non d'une brièveté telle qu'elle empêcherait les importations. Elle n'empêchera pas les importations de provenance lointaine [...]<sup>1136</sup>.

---

<sup>1134</sup> OMC, Conseil des ADPIC, « Réexamen annuel de la décision sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique », *Rapport IP/C/57*, 10 décembre 2010 à la p 3.

<sup>1135</sup> Amine Alavi, *Legalization of Development in the WTO: Between Law and Policy*, AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV, 2009 à la p 173.

<sup>1136</sup> *Accord relatif aux procédures en matière de licences d'importation*, Genève le 12 avril 1979, art. 3 (f) et 3 (g).

En outre, la satisfaction des demandes repose sur le principe de neutralité suivant laquelle la qualité de pays importateur s'apprécie uniquement sur la base de son niveau de développement<sup>1137</sup>, peu important qu'il soit ou non membre de l'OMC. L'on aurait pu refuser le bénéfice de la licence obligatoire d'importation aux pays non membres de l'OMC, en vertu de la règle qu'énonce l'adage « *Ibi onus ubi emolumentum* » (celui qui supporte les charges doit profiter des bénéfices). Mais, cela aurait été une peine pour les populations, en dehors d'une prise en considération leurs réels besoins et l'on aurait détourné le système de son but principal.

D'un point de vue technique, le bénéfice de la licence obligatoire à fins d'importation revient aux pays ne disposant pas d'une capacité de production pharmaceutique assez suffisante ou qui n'en ont pas du tout, pour répondre à leurs besoins nationaux, l'absence de capacité étant assimilée à l'inexistence d'industrie pharmaceutique<sup>1138</sup>.

Dans la pratique, le mécanisme de la licence d'exportation est assorti d'un formalisme qui n'a permis la concrétisation de l'unique cas de sa mise en œuvre par le Rwanda qu'au bout de deux ans. Certes, il faut avouer que cette lenteur est due à une conjonction d'exigences procédurales, au Canada, auprès de l'OMC et au Rwanda lui-même qui

---

<sup>1137</sup> Les pays importateurs sont tous les pays en développement et les moins avancés figurant à ce titre sur la liste des Nations Unies, ou les pays à faible revenu définis comme tels par le comité de l'aide au développement de l'Organisation de Coopération pour le Développement Économique et dont le produit national brut par habitant est inférieur à 745 USD, et tous les États membres de l'OMC qui n'ont pas expressément objecté de recourir au mécanisme de la licence obligatoire d'importation.

<sup>1138</sup> Andrew Law, *Patents and Public Health: Legalising the Policy Thoughts in the Doha TRIPS Declaration of 14 November 2001*, München, édition du Munich Intellectual Property Law Center, 2009 à la p 187.

n'a attribué le marché de fabrication à Apotex qu'en mai 2008<sup>1139</sup>. Mais, si l'on convient que dans l'hypothèse d'une situation juridique nouvelle, la recherche d'un délai raisonnable remplit la fonction du délai d'adaptation<sup>1140</sup>, il est difficile d'évaluer l'efficacité d'une mesure qui n'a été suivie d'effet qu'une seule fois, car « [...] *le droit n'étudie pas des natures mortes, ni des paysages vides de marmousets.* »<sup>1141</sup>. Sans doute qu'il serait nécessaire d'améliorer les conditions de mise en œuvre de la licence obligatoire d'exportation pour son effectivité. En effet, selon certains auteurs, le mécanisme opératoire de cette licence

permet théoriquement l'exportation mais [il] est très difficilement applicable. Les multiples démarches, notifications, conditions nécessaires à l'exportation des génériques compliquent à l'extrême voire rendent impossible son utilisation [...] par les pays en développement, ceux pour qui justement l'exportation est nécessaire<sup>1142</sup>.

**Nécessité d'une correction du mécanisme de la licence obligatoire à fins d'importation.** En s'appuyant sur une étude menée par la Commission canadienne d'enquête sur l'industrie pharmaceutique relativement à la modification de la *Loi sur les brevets* de 1969, qui autorisa l'octroi de la licence obligatoire pour l'importation au Canada de médicaments sous brevet, l'on conviendrait, à la suite de certains auteurs<sup>1143</sup>, qu'une telle licence peut être mise en œuvre à bon escient

---

<sup>1139</sup> Emily Ng and Jillian Clare Kohler, « Finding Flaws: The Limitations of Compulsory Licensing for Improving Access to Medicine – An International Comparison » (2008) 16 *Health Law Journal* 143 à la p 159.

<sup>1140</sup> Jean-Marc Thouvenin, « Le délai raisonnable » dans *Société française pour le droit international, Le droit international et le temps*, Paris, A. Pedone, 2001, 109 à la p 115.

<sup>1141</sup> Jean Carbonnier, *Droit civil : les biens, les obligations*, 1<sup>ère</sup> éd., Vol. II, Paris, Presses universitaires de France, 2004 à la p 1637.

<sup>1142</sup> Marianne Langlet, « Accès aux génériques : état des lieux » (janv.-fév. 2006) 182 *Journal du SIDA, Cahier spécial : La guerre des génériques : dérives et enjeux*, I à la p V.

<sup>1143</sup> Jean-Frédéric Morin et Mélanie Bourassa Forcier, « Pharmaceutical Patent Policy in Developing Countries: Learning from the Canadian Experience » dans Kenneth C. Shadlen, *Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health: Access to Drugs in*

pour assurer la disponibilité de produits pharmaceutiques génériques. En effet, sur la base de l'expérience canadienne, il appert qu'entre 1969 et 1985, 559 demandes de licence obligatoire à fins d'importation pour la vente de médicaments génériques furent octroyées dont 306 satisfaites, 96 retirées ou abandonnées par les demandeurs, et seulement 15 demandes firent l'objet de refus ou de résiliation, le reste des demandes étant en étude au moment du rapport<sup>1144</sup>. Il faut mentionner à titre de comparaison qu'entre 1923 et 1969, sous l'empire de l'article 17 de la *Loi sur les brevets*, S.C. 1923, c. 23, qui autorisait seulement la licence obligatoire à effet local, seulement 49 demandes furent présentées dont 22 avaient été satisfaites<sup>1145</sup>.

Cependant, lorsque l'on examine les mesures de contrôle dont la licence d'exportation adoptée dans le cadre des efforts communs en matière de santé publique est assortie<sup>1146</sup>, la question se pose de savoir si le seul engagement d'une exécution de bonne foi<sup>1147</sup> des pays industrialisés fournisseurs de médicaments génériques peut suffire pour sa mise en œuvre aisée. En fait, pour donner plein effet à la mesure, il faut la purger, au moins, en partie de la lourdeur et de la complexité des

---

*Developing Countries*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar, 2011, 202 à la p 204.

<sup>1144</sup> Canada, Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique, *Rapport de la commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique*, Ottawa, Centre d'édition du Gouvernement du Canada, 1985 à la p 2.

<sup>1145</sup> *Ibid.*

<sup>1146</sup> *Loi sur les brevets*, (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 21.06 et s. Voir aussi *Règlement (CE) n° 816/2006* du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, art. 6.

<sup>1147</sup> *Règlement (CE) n° 816/2006* du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, point 8 du préambule. Voir aussi *Loi sur les brevets*, (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 21.01 et art. 21.03.



formalités dont elle est grevée, d'autant que les situations urgentes et humanitaires qui la justifient, ne peuvent pas être au pouvoir, ni des pays demandeurs, encore moins des pays exportateurs. En effet, si des « governments in the less developed world and supportive NGOs in both the North and South have fought better and harder to advance policies that are more tailored to local health needs and conditions »<sup>1148</sup>, la mise en œuvre effective de ces politiques est nécessaire. En un mot, il faut décomplexifier les procédures d'application des licences obligatoires à fins d'importation, aussi bien pour le producteur des génériques que pour les pays importateurs. Cette décomplexification peut consister en la suppression de l'exigence pour le laboratoire pharmaceutique détenteur du droit de production d'avoir à créer un site internet et le maintenir, site internet sur lequel figureront

les renseignements réglementaires concernant le nom du produit, le nom du pays ou du membre de l'OMC vers lequel le produit sera exporté, la quantité qu'il est autorisé à fabriquer et à vendre aux fins d'exportation ainsi que les caractères distinctifs du produit et de son étiquetage et emballage<sup>1149</sup>.

En fait, cette exigence n'est vraiment pas nécessaire, ni pour répondre aux besoins de populations en détresse, ni pour assurer un contrôle adéquat que les produits fabriqués sont réellement exportés, ni même pour permettre au titulaire du brevet de connaître les quantités de produits pharmaceutiques exportés; la sauvegarde des intérêts de ce dernier ne commande pas une telle mesure, à la limite, superfétatoire.

### **3.2.2 Aménagement des intérêts du titulaire du brevet**

---

<sup>1148</sup> Peter K. Yu, « The Global Governance of HIV/AIDS and the Rugged Road Ahead: An Epilogue » (2012) 3 Drake University Legal Studies Research Paper 1 à la p 4.

<sup>1149</sup> *Loi sur les brevets*, (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 21.06

L'émission de la licence obligatoire en vue de la production de médicaments génériques, n'est possible qu'en l'hypothèse où il existe un brevet valable, c'est-à-dire susceptible d'être mis en œuvre. En d'autres termes, le brevet est la condition nécessaire et suffisante pour justifier la nécessité de répondre aux besoins de la société, par l'octroi d'une licence obligatoire. Aussi, l'émission de la licence obligatoire ne doit-elle pas ignorer les intérêts du titulaire du brevet, car la méconnaissance de cet intérêt porterait un coup dur à la satisfaction des besoins de toute la société<sup>1150</sup>. En ce sens, la doctrine propose un dialogue saisissant :

Si vous prétendez vous emparer de l'invention sans récompenser l'inventeur, vous pouvez exposer la société à en être à jamais privée. Il se peut, en effet, que l'inventeur, gardant le secret de sa découverte, n'en veuille pas faire bénéficier une société ingrate. À cela, nos adversaires font toujours la même réponse : un autre inventera. Et nous répondons à notre tour : il inventera, c'est possible, mais quand?<sup>1151</sup>

En fait, il ne convient pas de décourager l'effort de l'innovateur en le privant du bénéfice qu'il escompte, car « if the beneficial effects of inventions could be applied to avoid or to end a pandemic, or at least to alleviate its consequences, appropriately rewarding the inventor seems fully justified »<sup>1152</sup>. Au demeurant, l'on ne doit pas perdre de vue que la licence obligatoire promeut l'industrie des fabricants de médicaments génériques. De fait, il faut non seulement qu'ils désintéressent le titulaire du brevet pour ses peines, mais encore il faut ménager à ce

---

<sup>1150</sup> Georges Azzaria, « L'avare et l'intangible : à propos du téléchargement d'œuvres » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Le de droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 139 à la p 141.

<sup>1151</sup> Eugène Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'inventions et des secrets de fabrique* (1890), introduction p. xix, cité par Thierry Sueur et Jacques Combeau, « Un monument en péril : le système des brevets en Europe » dans Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello, dir, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, 95 à la p 103.

<sup>1152</sup> A. Samuel Oddi, « Plagues, Pandemics, and Patent: Legality and Morality » (2011) 51: 1 *The Intellectual Property Law Review* 1 à la p 7.

dernier la possibilité de poursuivre sa propre exploitation, l'émission de la licence obligatoire pouvant d'ailleurs l'amener à reconsidérer ses ambitions commerciales.

### **3.2.2.1 La préservation de la redevance due au titulaire du brevet**

Le détenteur du brevet aura droit à une rémunération adéquate selon le cas d'espèce, compte tenu de la valeur économique de la licence obligatoire pour son bénéficiaire<sup>1153</sup>. Il s'agit là d'une application particulière du principe suivant lequel « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »<sup>1154</sup>. Certes, la licence obligatoire ne réalise pas une expropriation, mais elle constitue une interférence dans la jouissance paisible des prérogatives liées au brevet. Cette interférence se suffit donc à justifier le désintéressement du breveté.

À bien d'égards, la licence obligatoire est une autorisation de s'arroger ce qui appartient à autrui, une sorte de collectivisme anarchique qu'énonce la maxime « Tout est à tous, tout de suite et sans effort ni rétribution, sans permission ni restriction »<sup>1155</sup>. En effet, permettre aux firmes pharmaceutiques bénéficiaires de licences obligatoires d'exploiter privément le brevet sans contrepartie, consacrerait l'idéologie de l'opportunisme et le pillage, un renoncement au principe même de

---

<sup>1153</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 31 h).

<sup>1154</sup> *Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de la révolution française*, art. XVII.

<sup>1155</sup> Lysander Spooner, *The Law of Intellectual Property* (1855), traduit par Patricia Chameaureau, *Pladoyer pour la propriété intellectuelle*, Paris, Les Belles Lettres, 2012 à la p xviii.

socialisation. Puisque « les fabricants de produits génériques, dont les frais de recherches liés à une drogue introduite sur le marché par une société innovatrice sont généralement peu élevés, n'ont que leurs unités de production et de distribution à rentabiliser »<sup>1156</sup>, il faut qu'ils paient une « part des dépenses de recherche et développement et de promotion »<sup>1157</sup> engagées par les titulaires de brevets.

En effet, le détenteur de la licence obligatoire serait « un *free-rider* moralement problématique [s'il] bénéficie d'une action ou d'un système sans en payer une partie ou totalité du coût, et ce, jusqu'au point où les coûts imposés par la participation commenceraient à dépasser les bénéfices qu' [il] en dérive »<sup>1158</sup>. Mais, il convient de fixer les limites de la redevance exigée de l'exploitant de la licence obligatoire, car emmené par un sentiment d'amertume pour la part de marché qui lui échappe, le breveté pourrait lui imposer une redevance dissuasive.

Dans les circonstances normales, le titulaire du brevet et son concessionnaire de licence devraient négocier le prix de leur contrat. Contrairement au calcul des frais d'accès à l'innovation et de la plus-value que l'exploitation du brevet procurerait au bénéficiaire de la licence obligatoire, il n'existe pas de méthode définitive permettant de déterminer le montant de la redevance d'une licence. Sur le plan juridique, l'on aurait souhaité que la redevance soit d'un montant raisonnable. Mais, il faut le rappeler, la notion de prix raisonnable fait référence un ensemble de valeurs acceptables plutôt qu'à un montant

---

<sup>1156</sup> *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26, paragr. 7.

<sup>1157</sup> Canada, Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique, *Rapport de la commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique*, Ottawa, Centre d'édition du Gouvernement du Canada, 1985 à la p 473.

<sup>1158</sup> D. Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford, Clarendon Press, 1986, cité par Axel Gosseries, « Émissions historiques et *free-riding* » (2003) 47 *Annales de philosophie de droit*, Paris, Dalloz, 301 à la p 319.

chiffré; elle n'appartient pas à sa boîte à outils<sup>1159</sup>. Aussi, la doctrine économique suggère-t-elle l'application d'un prix optimal<sup>1160</sup> qui reflète la valeur du brevet.

Le principe du prix optimal consiste à se figurer une négociation virtuelle entre le breveté et le licencié, au moment des circonstances justifiant l'émission de la licence obligatoire et à imaginer quelle aurait été le prix conclu par les parties. En pratique, des paramètres, tels que le taux de redevance perçue pour des inventions comparables, la durée et l'étendue du brevet, les effets sur les ventes du licencié, servent de référence à la jurisprudence<sup>1161</sup>, pour déterminer cette redevance. La fixation du prix repose donc sur « a book of wisdom that courts may not neglect. We find no rule of law that sets a clasp upon its pages, and forbids us to look within. »<sup>1162</sup>. La détermination par une autorité officielle, judiciaire ou administrative, du montant de la redevance due au breveté a l'avantage de limiter les contestations en mettant les parties sur un pied d'égalité, mais elle « oblige les tribunaux à agir en planificateur central en identifiant le prix approprié et les autres termes du contrat – un rôle pour lequel ils sont mal préparés »<sup>1163</sup>. Dans tous les cas, l'assistance d'une expertise offre les garanties de transparence.

Cependant, si l'on y prend garde, il peut y avoir un risque de maximisation des profits du titulaire du brevet et, par ricochet, un prix

---

<sup>1159</sup> François Lévêque, « Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire? » (2004) 1 Revue des droits de la concurrence 1 aux pp 3-5.

<sup>1160</sup> Dieter Bös, *Pricing and Price Regulation: An Economic Theory for Public Enterprises and Public Utilities*, 3<sup>ème</sup> éd., Amsterdam, Elsevier Science B.V., 1994 aux pp 73-82.

<sup>1161</sup> *Georgia-Pacific Corp. c. US Plywood Corp.*, 318 F Supp. 1116, 1120 (SDNY 1970) Modified on other grounds, 446 F 2d 295 (2d Circ. 1971).

<sup>1162</sup> *Sinclair Refining Co. c. Jenkins Petroleum Process Co.*, 289 U.S. 689, 698 (1933).

<sup>1163</sup> *Verizon Comm., Inc c. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* (124 S Ct 872 (2004), cité par François Lévêque, « Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire? » (2004) 1 Revue des droits de la concurrence 1 à la p 10.

relativement élevé pour l'acquisition du médicament générique. Le substitut serait alors que l'émetteur de la licence obligatoire, sinon fixe le prix de la redevance, du moins en détermine la limite. À ce propos, et dans le cadre de la licence obligatoire à fins d'importation, la redevance est fixée à un maximum de 4 % du prix d'achat total des médicaments génériques payé par le pays importateur à la firme productrice des génériques<sup>1164</sup>, étant toutefois précisé qu'il est pris en considération le fait que l'octroi de cette licence est fondé sur des motifs humanitaires et non commerciaux<sup>1165</sup>. Cette détermination de la redevance du breveté, par référence à un pourcentage du montant encaissé pour les ventes par le fabricant des génériques, trouve ses origines dans la pratique canadienne de 1969<sup>1166</sup>. Toutefois, la question se pose de savoir si cette redevance doit être déterminée en fonction du nombre de brevets visés par la licence obligatoire et qui s'avèrent indispensables pour la fabrication du médicament générique : c'est la théorie de la distinctivité de la redevance pour chaque brevet utilisé. Dans l'affaire *Merck & Co c. S. & U. Chemicals Ltd.*<sup>1167</sup> citée plus haut, cette question était, entre autres, l'objet du litige; la licence obligatoire avait visé onze brevets, tous nécessaires pour la fabrication d'un même médicament, le méthyl dopa. Pour la Cour suprême du Canada, le titulaire des onze brevets a droit à une redevance unique, étant précisé qu'il est seulement pris en compte l'avantage de favoriser l'accès du médicament au public au plus bas prix possible, tout en accordant au breveté une juste rémunération pour ses recherches<sup>1168</sup>. L'unicité de la redevance

---

<sup>1164</sup> *Règlement (CE) n° 816/2006* du Parlement européen et du Conseil, art. 9 a).

<sup>1165</sup> *Loi sur les brevets*, (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 21.08 (2).

<sup>1166</sup> Kristen Douglas et Célia Jutras, *Protection des brevets pour les produits pharmaceutiques au Canada – Chronologie*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2008 à la p 1.

<sup>1167</sup> *Merck & Co. Inc. c. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1974] R.C.S. 839.

<sup>1168</sup> *Merck & Co. Inc. c. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1974] R.C.S. 839 à la p 842.

renvoie à l'économie de la fabrication du médicament générique, puisque, de toute évidence, tous les brevets visés par l'émission de la licence obligatoire conduisent à l'obtention d'un produit unique.

En tout état de cause, la licence obligatoire, en tant que manifestation de la volonté unilatérale de la puissance publique doit être bien encadrée.

### **3.2.2.2 L'étendue de la licence obligatoire**

En tant que mesure conjoncturelle, la licence obligatoire doit être limitée à ce qui est nécessaire pour remédier à ses situations causales. À cet égard, il importe qu'elle ne soit pas un mécanisme visant à soutenir la politique commerciale des entreprises pharmaceutiques productrices de génériques; le cas échéant, le bénéficiaire de cette licence obligatoire peut être convaincu de contrefaçon. L'affaire *Micro Chemicals Ltd. c. Rhone-Poulenc, S.A.*<sup>1169</sup> fournit une belle illustration à ce sujet. Dans cette espèce,

la compagnie pharmaceutique française [Rhone-Poulenc, S.A.] était titulaire d'un brevet canadien se rapportant, entre autres, à un procédé pour la production de « chlorpromazine », une substance médicale. La compagnie défenderesse Micro était le porteur d'une licence non exclusive au Canada sous le régime d'une licence forcée émise par le Commissaire des brevets en vertu de l'art. 41(3) de la *Loi sur les brevets* S.R.C. 1952, c. 203. La licence permettait à Micro de se servir de l'invention pour préparer des médicaments dans son propre établissement et de les vendre tels que préparés pour servir au Canada. Micro a fabriqué de la « chlorpromazine » en gros, l'a vendue à la défenderesse Gryphon qui s'en est servie pour faire des comprimés chlorhydrate de « chlorpromazine » lesquels elle a vendus à la compagnie Maney, qui à son tour a vendu ces comprimés au gouvernement de la Nouvelle-Zélande. Les trois compagnies défenderesses avaient les mêmes bureaux et avaient des officiers et du personnel en commun, et toutes trois étaient clairement au courant de la portée et des limites de la licence. Le juge au procès trouva que la vente des tablettes au gouvernement

---

<sup>1169</sup> *Micro Chemicals Ltd. v. Rhone-Poulenc, S.A.* [1965] S.C.R. 284.

de la Nouvelle-Zélande avait violé les termes de la licence et maintint l'action pour contrefaçon<sup>1170</sup>.

Cette position de la Cour suprême du Canada permet, à l'aune de la mondialisation du droit, de comprendre qu'en droit européen, les actes couverts par une licence obligatoire soient bien énumérés<sup>1171</sup> et la sphère d'action du bénéficiaire délimitée.

### **3.2.2.2.1 La limitation quant au droit concédé**

La licence obligatoire, en tant que politique volontariste favorable à la disponibilité de copies génériques de médicaments sous brevet, pourrait s'avérer nuisible à la rentabilité de l'industrie pharmaceutique innovante jusqu'à provoquer, dans des hypothèses excessives, le dépôt de bilan<sup>1172</sup>. Or, en dépit des stratégies commerciales parfois contestables des innovateurs, il est certain que leurs œuvres servent la société. En tout cas, la doctrine affirme avec force que « the patent system induces pharmaceutical industries [...] to invent pharmaceutical products or processes that are useful to society in general »<sup>1173</sup>. Par conséquent, pour minimiser les éventuels effets négatifs de la licence obligatoire sur l'effort d'innovation, il faut limiter les pouvoirs qu'elle confère à son bénéficiaire.

**La licence obligatoire est une autorisation à titre personnel.** À l'exception de la licence obligatoire judiciaire dont le caractère *intuitu personae* s'induit de la décision de justice, puisqu'elle met en opposition

---

<sup>1170</sup> *Micro Chemicals Ltd. v. Rhone-Poulenc, S.A.* [1965] S.C.R. 284 à la p 285.

<sup>1171</sup> *Règlement (CE) n° 816/2006* du Parlement européen et du Conseil, art. 6.

<sup>1172</sup> Mélanie Bourassa Forcier, « Les contrats : véritables vecteurs d'innovation dans le secteur pharmaceutique? » (2011) 23 : 3 *Les cahiers de la propriété intellectuelle* 699 à la p 703.

<sup>1173</sup> Tshimanga Kongolo, *Unsettled International Intellectual Property Issues*, Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands, Kluwer Law International, 2008 à la p 5.



les plaideurs, la licence obligatoire émise d'office par une autorité administrative est une décision administrative unilatérale de nature mixte<sup>1174</sup> qui donne droit, une fois l'arrêté publié, à toute personne qualifiée de demander une licence d'exploitation<sup>1175</sup>. Par contre, l'acte administratif subséquent qui désigne le bénéficiaire de la licence d'exploitation a un caractère personnel. Ainsi, la licence obligatoire n'admet pas de sous-licence. Néanmoins, elle survit aux aléas affectant l'entreprise de son bénéficiaire dans la seule hypothèse d'une opération de fusion-acquisition<sup>1176</sup>. En effet, étant devenue un actif du patrimoine social de son bénéficiaire, la licence obligatoire ajoute de la valeur à ce patrimoine. Il n'y a pas lieu de déprécier, avant échéance, le patrimoine social d'une telle entreprise puisque la valeur de la licence obligatoire constitue un élément de son actif immobilisé. En un mot, la licence obligatoire doit survivre à l'entreprise qui en a eu le bénéfice et être transmissible de droit dans le cadre d'une liquidation des biens de ladite entreprise. Néanmoins, la licence obligatoire n'a pas vocation à priver le titulaire du brevet de l'opportunité de poursuivre sa propre industrie.

**La non-exclusivité de la licence obligatoire.** Au regard de son régime juridique, la licence obligatoire est non exclusive<sup>1177</sup>. En fait, une exclusivité n'aurait pas beaucoup de sens. D'une part, la licence obligatoire n'emporte pas transmission du ou des brevets à son bénéficiaire, le breveté devant continuer à en assurer le maintien en

---

<sup>1174</sup> Au regard du breveté, il s'agit d'un acte administratif faisant grief dont celui-ci peut se pourvoir devant l'autorité judiciaire pour en contester les motifs ; voir *Accord sur les ADPIC*, art. 31 i). En revanche, il n'est encore créateur d'aucun droit vis-à-vis de potentiels demandeurs d'une licence d'exploitation et, dès lors, constitue à leur égard un acte réglementaire.

<sup>1175</sup> Frédéric Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle : la propriété industrielle*, Paris, Economica, 2011 à la p 347.

<sup>1176</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 31 e).

<sup>1177</sup> *Accord sur les ADPIC*, art. 31 f).

vigueur, par exemple en payant les frais y afférant. D'autre part, une exclusivité confèrerait le pouvoir implicite au bénéficiaire de la licence obligatoire de poursuivre le breveté en contrefaçon, au cas où malgré cette exclusivité, ce dernier continuerait à exploiter l'invention. Ç'eût été un trop grand risque pris de retomber dans le piège d'un mésusage du brevet, et l'on aurait simplement déplacé toutes les difficultés qui ont pu justifier l'émission de la licence obligatoire. De plus, la licence obligatoire peut indirectement influencer sur le prix pratiqué par le titulaire du brevet, en raison de la menace qu'elle constitue pour le développement de son commerce. En toute hypothèse, la licence obligatoire doit rester une mesure inspirée par la nécessité de satisfaire des besoins actuels et impérieux, d'ordre social et économique, sans pour autant démotiver l'innovation<sup>1178</sup>. Ainsi, elle doit, par exemple, être limitée dans le temps pour ne pas trop empiéter sur la durée du monopole d'exploitation du breveté.

#### **3.2.2.2.2 La durée de la licence obligatoire**

La licence obligatoire ne peut être octroyée, ni pour un temps trop long, car elle risque de devenir un mode classique pour son bénéficiaire de construire son modèle économique, ni pour un délai trop bref qui ne permettrait pas alors d'atteindre les buts recherchés. Elle doit donc tenir compte des circonstances de la cause, qui elles-mêmes peuvent être évolutives. En matière de licence obligatoire émise pour produire et exporter les produits pharmaceutiques par exemple, l'autorisation est valide pour une période de deux ans, renouvelable une fois, au

---

<sup>1178</sup> Karlo Fonseca Tinoco, « Les licences autoritaires de brevet en droit français et en droit brésilien » dans Michel Storck, Gustavo Viera Da Costa Cerquiera et Thales Morais Da Costa, dir, *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Études de droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2010, 251 à la p 252.

besoin<sup>1179</sup>. La rigueur du délai d'effet de la licence obligatoire a parfois été critiquée<sup>1180</sup> du fait de l'imprévisibilité des problèmes de santé, en particulier dans les hypothèses d'urgence, ces problèmes pouvant prendre une forme endémique. En fait, la licence obligatoire est une soupape de sécurité et ne peut pas être appréciée sous l'angle d'une solution parfaite comme le voudraient certains auteurs<sup>1181</sup>. En tout état de cause, il ne peut être contesté que la licence obligatoire constitue une « souplesse du brevet face aux effets du monopole »<sup>1182</sup>. De fait, pour résoudre définitivement la question ambiguë de l'accès aux innovations pharmaceutiques brevetées, il faut se reporter à une politique structurelle de santé publique.

### **Conclusion de la sous-section 3.2**

Il n'est pas possible de dissocier l'accessibilité financière aux innovations pharmaceutiques du droit des titulaires de brevets de bénéficier des fruits de leurs investissements, parce que le brevet pharmaceutique n'aura réellement servi la société que dans la mesure où celle-ci peut effectivement accéder à l'innovation. L'exploitation du brevet pharmaceutique par son titulaire ne doit donc pas conduire à la déshumanisation de l'innovation. En d'autres termes, l'autorité du brevet pharmaceutique ne peut se désintéresser de certaines réalités sociales. Les licences obligatoires sont, sans doute, un moyen pour

---

<sup>1179</sup> *Loi sur les brevets*, (L.R.C. (1985), ch. P-4), art. 21.09 et art. 21.12.

<sup>1180</sup> Jenny Wakely, « Compulsory Licensing under TRIPS: An Effective Tool to Increase Access to Medicines in Developing and Least Developed Countries? » (2011) 33: 5 *European Intellectual Property Review* 299 aux pp 304-305.

<sup>1181</sup> Emily Ng et Jillian Clare Kohler, « Finding Flaws: The Limitations of Compulsory Licensing for Improving Access to Medicines – An International Comparison » (2008) 16 *Health Law Journal* 143 à la p 166.

<sup>1182</sup> Hélène Gaumont-Prat, « La souplesse du brevet face aux effets du monopole » dans Florence Bellivier et Christine Noiville, dir, *La bioéquité. Bataille autour du vivant*, Paris, Autrement, 2009, 12.

relever le défi d'un régime du brevet pharmaceutique qui concilie l'encouragement de l'innovation et le droit d'accéder à son objet. Chaque État peut s'en approprier et s'en servir à bon escient, parce que « dans un monde où opère une multitude d'individus et d'entreprises [...], la demande de chaque bien ou service est égale à l'offre correspondante »<sup>1183</sup>. Ainsi, il une théorie du brevet pharmaceutique qui protège l'intérêt général, implique la participation de la société bénéficiaire de l'innovation, à côté du droit du breveté à se créer de la richesse. En un mot, le mécanisme opératoire des licences obligations qui grèvent le brevet pharmaceutique protège tant l'intérêt des brevetés que de la société.

---

<sup>1183</sup> Francesco Magris, « Logique de marché et pouvoirs publics dans la sphère internationale : la Banque mondiale, le FMI et l'OMC » dans Nicolas Thirion, dir, *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation : actes du 1<sup>er</sup> colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, Larcier, 2007, 193 à la p 196.

## Conclusion de la section 3

Le brevet est un facteur favorable à l'innovation et par cela il s'oppose au simple copiage par des produits génériques de substitution<sup>1184</sup>. Ainsi, la première fonction du brevet pharmaceutique n'est pas de résoudre le problème de l'accès à l'innovation qui est un point de divergence. D'ailleurs, en purgeant les produits pharmaceutiques innovants du monopole résultant du brevet, l'on se rend compte que la question de leur accessibilité financière aux populations à faibles revenus n'est pas pour autant résolue. L'on peut en déduire que le brevet n'est pas, intrinsèquement, un obstacle à cet accès. D'ailleurs, « le système de propriété intellectuelle ne saurait davantage tout régler, [...] les questions de coût doivent être abordées sous différents angles et selon des mécanismes divers, tels que les assurances »<sup>1185</sup>. En d'autres termes, l'accès aux produits pharmaceutiques peut mieux être analysé sous l'angle d'une politique de santé publique qui repose nécessairement sur son financement. Certes, la question pourrait être autrement posée; l'on peut se demander s'il ne faut pas alors financer des activités publiques de recherche et développement en matière pharmaceutique. À bien d'égards, cette alternative met en exergue la théorie des coûts de transaction de Ronald Coase, dont la charge reviendrait alors aux pouvoirs publics<sup>1186</sup>, c'est-à-dire aux citoyens, *in fine*. Mais une telle option n'est pas synonyme d'absence de brevet, car « it is a fact that, without the strong incentive that the prospect of a successful patent

---

<sup>1184</sup> Tu Thanh Nguyen, Xavier Groussot et Timo Minssen, « Refusal to Supply in the EU Pharmaceutical Sector under the Rule of Reason » dans Hans Henrik Lidgard, ed., *National Developments in the Intersection of IPR and Competition: from Maglite to Private Bay*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2011, 283 à la p 301.

<sup>1185</sup> Kiran Mazumdar-Shaw, « Portraits d'innovateurs : naissance de la biotechnologie à Bangalore » (2005) 5 Magazine de l'OMPI 2 à la p 5.

<sup>1186</sup> Ronald Coase, *Le coût du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2000 à la p 15.

induces, those researchers would not be working as hard as they do »<sup>1187</sup>. Au demeurant, même si certains États peuvent se lancer dans une telle aventure de recherches publiques, beaucoup d'autres ne le pourront pas, non seulement en raison du poids financier d'une telle entreprise, mais aussi et surtout du fait de l'incertitude de succès. L'exemple des échecs à la mise au point d'un traitement définitif ou même d'un vaccin pour de nombreuses affections dont le VIH-SIDA est, à ce titre, illustratif. En d'autres termes, laisser à l'entrepreneur privé, le soin d'investir, à ses risques et périls, dans la recherche et développement d'innovations pharmaceutiques, est salvateur pour les budgets des États. Par conséquent, dès lors que les recherches ont porté des fruits pour l'intérêt de la société, il faut récompenser, sinon l'inventeur, du moins l'investisseur, par la garantie du brevet.

---

<sup>1187</sup> Michele Boldrin et David K. Levine, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 à la p 228.

## Conclusion générale

Cette étude a permis une réflexion approfondie sur la problématique du brevet pharmaceutique au regard de l'intérêt général; plus exactement, elle a examiné la question de la protection de l'intérêt général associée au brevet pharmaceutique. À ce sujet, il appert que la réponse à cette question s'entend dans un sens matériel, étant précisé qu'elle repose sur les intérêts scientifiques et socio-économiques relatifs au brevet pharmaceutique. Il faut rappeler, à ce titre, que le brevet est source d'avantages concurrentiels, améliore la productivité, permet la mise au point de nouveaux produits, la création de nouveaux débouchés commerciaux ou la génération d'emplois<sup>1188</sup>.

*Prima facie*, les intérêts associés au brevet pharmaceutique profitent à son titulaire. Mais, autant « la poursuite par les acteurs économiques de leurs intérêts individuels [connaît] des limites au nom de l'intérêt général »<sup>1189</sup>, autant il faut admettre que ce même intérêt général vise le « bien-être général, dont depuis Adam Smith, l'économie soutient qu'il résulte de la poursuite des intérêts égoïstes de chacun dans un marché concurrentiel »<sup>1190</sup>. Malheureusement, associer la protection de l'intérêt général au brevet pharmaceutique, à l'aune du droit de l'OMC qui privilégie davantage l'intégration des valeurs sacrées, a mis en relief et exacerbé un véritable conflit entre valeurs strictement marchandes - celles que défend l'OMC - et valeurs non marchandes, comme le droit à

---

<sup>1188</sup> Catherine Jewell et Sacha Wunsch-Vincent, «Indice mondial 2014 de l'innovation: le facteur humain dans l'innovation» (2014) 4 Magazine de l'OMPI 2 à la p 4.

<sup>1189</sup> Horatia Muir Watt, « La fonction économique du droit international privé » (2010) 1 RIDE 103 à la p 109.

<sup>1190</sup> François Lévêque, « Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public » dans Thierry Kirat et Évelyne Serverin, dir, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS éditions, 2000, 179 à la p 183.

la vie et à la santé<sup>1191</sup>, parce qu'en l'occurrence, l'on conçoit que le brevet pharmaceutique soit inscrit sur la liste de ces valeurs non marchandes. Or, en intégrant les valeurs non marchandes « les règles de l'OMC sont fiables, compréhensibles et applicables et, notamment, [...] elles ne sont pas rigides ou inflexibles au point d'interdire tout jugement motivé face aux flux et reflux incessants et toujours changeants de faits réels concernant des affaires réelles dans le monde réel »<sup>1192</sup>. Ainsi, si l'on assimile la mixité « brevet pharmaceutique et intérêt général » au droit à la santé et, par extension à l'accès aux innovations pharmaceutiques – acception, au demeurant, ambiguë - il y aurait une constriction de la portée réelle de cette mixité. Pour autant, il n'est pas évident que le régime du brevet pharmaceutique épuise les exigences liées à l'intérêt général, en raison, notamment, du fait que celles-ci visent « un idéal en perpétuel mouvement et toujours en devenir »<sup>1193</sup>; mais il ne peut être contesté qu'il ait réalisé des avancées significatives en ce sens. D'ailleurs, les travaux des auteurs qui se sont intéressés à l'intérêt général révèlent la complexité de la notion. Cette complexité conceptuelle a été examinée, au tout début de cette étude, avec la doctrine de Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham et son disciple John Stuart Mills, ou encore Adam Smith; tous admettent que l'on ne peut traiter la question de l'intérêt général en laissant de côté l'intérêt de l'individu. Précurseur de cette conception de l'intérêt général, Bernard Mandeville avait même eu l'audace de professer la thèse selon laquelle les vices et la rapacité des particuliers sont autant d'éléments nécessaires au bien-être et à la grandeur d'une

---

<sup>1191</sup> Laurence Boy, « Propos conclusifs » (2012) 4 RIDE 99 à la p 101.

<sup>1192</sup> Renaud Witmeur, « L'article XX A) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international » (2012) 3 RIDE 237 à la p 243.

<sup>1193</sup> Mustapha Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004 à la p 235.



société. En d'autres termes, l'impulsion des échanges qui résultent des intérêts particuliers, dans la mesure où des retombées en dérivent pour la société, permet de mieux réaliser l'intérêt général<sup>1194</sup>. L'on convient alors avec le professeur Henri Desbois que :

les droits exclusifs [à l'instar du brevet pharmaceutique] servent l'intérêt général, par l'intermédiaire des intérêts privés dont ils assurent la protection [...]. La destruction [du brevet] réaliserait l'égalité dans la stagnation; c'est le libre accès aux attributs des brevets [...] qu'il importe de favoriser, afin que tous puissent jouer leurs chances<sup>1195</sup>.

Ainsi, grâce à la conjugaison d'efforts communs dans la mise en œuvre de l'*Accord sur les ADPIC* d'une manière qui promeuve l'intérêt général, divers mécanismes visant à concrétiser et renforcer cet intérêt général peuvent être identifiés. Par exemple, le conseil des ADPIC

contrôlera si les Membres s'acquittent des obligations [qu'ils doivent assumer dans le cadre de l'*Accord sur les ADPIC*], et il ménagera aux Membres la possibilité de procéder à des consultations sur les questions concernant les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Il exercera toute autre attribution que les Membres lui auront confiée et, en particulier, fournira toute aide sollicitée par ces derniers dans le contexte des procédures de règlement des différends<sup>1196</sup>.

À titre illustratif, le cadre du conseil des ADPIC a permis d'instituer les licences obligatoires à fins d'importation de copies génériques de médicaments sous brevet, dans le but d'atténuer la tension entre pays du Nord et pays du Sud ne disposant pas de capacités technologiques pour mettre effectivement en œuvre, sur leur territoire, une politique réaliste de licence obligatoire. C'est dire que l'espace étatique demeure

---

<sup>1194</sup> Sébastien Brammeret, « La valorisation ne peut pas se faire au détriment de la concurrence » (2014) 41 *Revue Lamy de la Concurrence* 32 à la p 33.

<sup>1195</sup> Henri Desbois, « Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de la concurrence dans le Traité du marché commun » dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, 425 aux pp 425-426.

<sup>1196</sup> *Accord sur les APIC*, art. 68.

le cadre privilégié pour faire du brevet pharmaceutique un instrument servant l'intérêt général parce que c'est là que sont organisées les activités liées au brevet suivant les principes « d'égalité, de continuité et d'adaptation au changement »<sup>1197</sup>.

En effet, « toute mainmise sur les rapports internationaux mise à part, [...], l'État est le sujet à la fois originel et nécessaire du droit »<sup>1198</sup> international des brevets dont l'*Accord sur les ADPIC* est, à l'heure actuelle, l'ultime page du livre dont la préface fut écrite<sup>1199</sup> au Congrès de Paris de 1878 sur le projet d'une convention internationale relative à la propriété industrielle. En tant que destinataires de ce nouveau droit, il est de la responsabilité des États de rechercher, dans le cadre de l'*Accord sur les ADPIC*, les mécanismes pour promouvoir l'intérêt général; ils doivent « arbitrer clairement entre les différents intérêts particuliers qui s'opposent »<sup>1200</sup> au sujet du brevet pharmaceutique.

Au-delà de toutes les controverses qu'elle soulève, la théorie suivant laquelle le brevet pharmaceutique sert l'intérêt général, théorie au demeurant liée à l'objectif de l'*Accord sur les ADPIC* au terme duquel « la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux

---

<sup>1197</sup> François Lévêque, « Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public » dans Thierry Kirat et Evelyne Serverin, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS éditions, 2000, 179 à la p 181.

<sup>1198</sup> Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000 à la p 50.

<sup>1199</sup> Cette expression est de monsieur Bozerian, président de la Commission exécutive permanente du Congrès Paris de 1878 sur le projet d'une convention internationale en matière de la propriété industrielle. Voir Geoffroy Gaultier, « L'A.I.P.P.I. et le rêve de l'harmonisation du droit » dans *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990, 167 à la p 172.

<sup>1200</sup> Mustapha Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004 à la p 60.

qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations »<sup>1201</sup>, repose sur la contribution substantielle de l'institution à :

- favoriser la recherche pharmaceutique aux fins, d'accroître les moyens thérapeutiques dans l'intérêt de la société, en particulier avec le développement des biotechnologies,
- permettre une utilisation optimale des brevets pharmaceutiques aussi bien par leurs titulaires que des tiers.

Cette théorie est d'autant plus vraie que le brevet est une propriété économique et, par principe, l'intérêt de la propriété comme instrument de développement socio-économique d'un pays n'est lié, ni à sa capacité économique, ni même à celle de sa population.

---

<sup>1201</sup> *Accord sur les ADPIC, art. 7.*



# Bibliographie

## 1. Législation

### 1.1 Conventions internationales et déclarations de même valeur

*Accord commercial anti-contrefaçon*, finalisé le 15 avril 2011, signé le 1er octobre 2011 par le Canada et le 26 janvier 2012 par l'Union européenne.

*Accord de Bangui instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle*, 02 mars 1977.

*Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce*, Marrakech, 14 avril 1994.

*Accord de Libre-Échange Nord-Américain*, 1er janvier 1994.

*Accord relatif aux procédures en matière de licences d'importation*, Genève le 12 avril 1979.

*Acte uniforme sur le droit commercial général*, Port-Louis (Île Maurice), 17 avril 1997.

*Arrangement de Strasbourg concernant la classification internationale des brevets*, 24 mars 1971.

*Communauté andine, Décision 486 relative au régime commun concernant la propriété industrielle* (Protocole modifiant l'Accord d'intégration sous-régionale, encore dite Accord de Carthagène, Bogota, 1969), 14 septembre 2000.

*Conseil des Organisations internationales des sciences médicales (CIOSM) et OMS, Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains*, Genève, 2003.

*Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé*, New York 19-22 juin 1946.

*Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, Paris, 20 mars 1883.

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1969.

*Convention des Nations Unies sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992.*

*Convention instituant l'OMPI, Stockholm, 14 juillet 1967, modifiée le 28 septembre 1979.*

*Convention internationale pour la protection des obtentions végétales, Paris, 2 décembre 1961, entrée en vigueur le 10 août 1968.*

*Convention sur le brevet eurasien, Moscou, 9 sept. 1994*

*Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, 14 novembre 2001.*

*Déclaration universelle de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme, 11 novembre 1997.*

*Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de la révolution française, 26 août 1789.*

*Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948.*

*Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, 2005.*

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, 16 décembre 1966.*

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, New York, 16 décembre 1966.*

*Résolution 1713 (XVI) de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le rôle des brevets dans le transfert des connaissances techniques aux pays sous-développés, New York, 19 décembre 1961.*

*Statuts de la Cour internationale de justice, juin 1945.*

*Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale de dépôt de micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevet, 28 avril 1977.*

*Traité de Coopération en matière de brevet (Patent Cooperation Treaty), Washington, 19 juin 1970.*

## **1.2 Législation canadienne**

### **- Au niveau fédéral**

*Loi sur l'accès à l'information* (L.R.C. (1985), ch. A-1).

*Loi sur la procréation assistée* (L.C. 2004, ch. 2).

*Loi sur les aliments et drogues* (L.R.C. (1985), ch. F-27).

*Loi sur les Brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4).

*Proposition de Loi modifiant la Loi sur les brevets, pour rectifier le Régime canadien d'accès aux médicaments, (Projet de loi C-398) de la députée Hélène Laverdière, déposée au Parlement fédéral le 16 février 2012 et rejetée par vote le 28 novembre 2012.*

*Règlement sur les aliments et les drogues* (C.R.C., ch. 870).

### **- Québec**

C.c.Q., L.Q. 1991, c-64.

## **1.3 Législation de l'Europe et de l'Union Européenne**

### **- Europe**

*Convention de Munich sur le brevet européen, 1973, révisée en 2000.*

*Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine), Oviedo, 1997.*

### **- Union européenne**

*Directive 2004/27/CE* du Parlement et du Conseil, modifiant la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, 31 mars 2004.

*Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004* du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

*Directive 2004/48/CE* du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

*Directive 65/65/CEE* du Conseil du 26 janvier 1965, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives aux spécialités pharmaceutiques.

*Directive 87/21/CEE* du Conseil du 22 décembre 1986 modifiant la *Directive 65/65/CEE* concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques.

*Directive 98/44/CE* du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, relative à la protection juridique des inventions biotechnologique, 6 juillet 1998.

*Directive européenne 2001/20/CE*, du Parlement Européen et du Conseil sur le rapprochement des dispositions réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, 04 avril 2001.

*Directives 2009/31/CE du 23 avril 2009 et 2006/21/CE* du Parlement européen et du Conseil, 15 mars 2006.

*Règlement (CE) n° 772/2004* de la Commission, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, Bruxelles, 27 avril 2004.

*Règlement (CE) n° 816/2006* du Parlement européen et du Conseil concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, 17 mai 2006.

*Règlement 469/2009/CE* du Parlement européen et du Conseil concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments, 6 mai 2009.

*Règlement CE n° 141/2000* du Parlement européen et du Conseil, concernant les médicaments orphelins, 16 déc. 1999.

*Règlement CE n° 1901/2006* du Parlement européen et du Conseil relatif aux médicaments à usage pédiatrique, 12 décembre 2006.

*Règlement CE n° 726/2004* du Parlement européen et du Conseil, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, 31 mars 2004.



Règlements n° 1257/2012 et n°1260/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 17 décembre 2012, sur la mise en œuvre de la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire.

*Traité CE instituant la Communauté économique européenne, Rome 25 mars 1957.*

## **- France**

*Code civil français.*

*Code français de la propriété intellectuelle.*

*Code français de la santé publique.*

*Loi française du 5 juillet 1844 sur les brevets.*

*Loi française du 7 janvier 1791 relative au brevet d'invention.*

*Loi n° 82-610, d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, 15 juillet 1982,*

*Loi n° 99-587, sur l'innovation et la recherche, 12 juillet 1999.*

## **1.4 Lois d'autres pays, en particulier États-Unis d'Amérique, Afrique du Sud**

*2750 Patent Term Extension for Delays at other Agencies under 35 U.S.C. 156, 1984.*

*An Act to Amend the Patent Act and to Provide for Certain Matters in Relation Thereto, R.C.S. 1985 (3d Supp.), c. 33.*

*Bayh-Dole University and Small Business Patent Procedures Act (PL 96-517, Patent and Trademark Act Amendments), 12 déc. 1980.*

*Federal Food, Drug, and Comestic Act (1938).*

*Mediciness and related substances control amendment act, 1997 (Act 90-1997 Afrique du Sud)*

*Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 (Public Law 100-148 August 23<sup>rd</sup>, 1988).*

*Patent Reform Bill (S.23), 16 septembre 2011.*

*Statute of monopolies*, 25 mai 1624.

*US Patent Act*, 35 USCS- section 101.

## **2. Jurisprudence**

### **2.1 Canada**

#### **- Au niveau fédéral**

*Angiotech Pharmaceuticals Inc. c. Conor Medsystems Inc.*, [2007] R.P.C. 20.

*Apotex Inc. c. Canada (Attorney General)* (C.A.), [1994] 1 F.C. 742.

*Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. et Ministère de la santé*, [2008] 3 R.C.S. 265, 2008 CSC 61.

*Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153.

*Association canadienne du médicament générique c. Canada (Ministère de la Santé)*, 2009 CF 725, [2009] 4 R.C.F. F-2.

*Beloit Canada Ltd. c. Valmet Oy*, [1995] 3 F.C. 0.

*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26.

*Canadian Generic Pharmaceutical Assn. c. Canada (Minister of Health)*, [2010] F.C.J., n° 1582.

*CCH canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, 34.

*Commercial Solvents Corp. c. Synthetic Prods Co.*, 43 R.P.C. 185, 225 (Ch. 1926).

*Comstock Canada c. Electec Ltd*, (1991) 45 F.T.R. 241 (C.F.).

*Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504.

*Crosley Radio Corp. c. Cdn General Electric Co.*, [1936] R.C.S. 551.

*Delisle c. Canada (Procureur général)*, [2006] A.C.F. n° 1230.

*Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 21.

*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024.

*General Electric Co.'s Application (Patent)*, [1961] 2 R.P.C. 21.

*Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76.

*Hoechst Pharmaceuticals of Canada c. Gilbert and Company*, [1966] S.C.R. 189.

*Hoffman-La Roche Ltd. c. Bell-Craig Pharmaceuticals Division of L.D. Craig Ltd.*, [1966] S.C.R. 313.

*Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122 (1990).

*ICN Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen des prix des médicaments brevetés) (C.A.)*, [1997] 1 C.F.

*Johns-Manville Corporation's Patent*, [1967] R.P.C. 479 (C.A.).

*Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [2006] A.C.F. n° 671.

*Merck & Co. Inc. c. S. & U. Chemicals Ltd.*, [1974] R.C.S. 839

*Micro Chemicals Limited c. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] R.C.S. 506

*Micro Chemicals Ltd. v. Rhone-Poulenc, S.A.* [1965] S.C.R. 284.

*Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902.

*Novopharm Limited c. Janssen-Ortho Inc.*, 2007, FCA 105 (2007).

*Parke-Davis and Co c. The Comptroller General et al.* (1954) 71 R.P.C. 169 (H.L.).

*Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623.

*R. c. Shape*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2.

*Re Application of Abitibi Co.* (1982), Canadian Patent Reporter (CPR), Vol. 62, 2<sup>nd</sup>, p. 81.

*Riello Canada, Inc. c. Lambert* [(1986), 9 C.P.R. (3<sup>e</sup>), 324 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)].

*Rodi & Wienenberger Aktiengesellschaft c. Metalliflex Ltd*, [1966] R.C.S. 593.

*Sandoz Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2014] CF 501.

*Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536.

*Tennessee Eastman Co. et al. c. Commissaire des Brevets*, [1974] R.C.S. 111.

*Teva Canada Ltd c. Pfizer Canada Inc.* [2012] CCS n°12825, [2012] SCJ n° 60.

*Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, 210 D.L.R. (4<sup>ème</sup>) 385.

*Wellecome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289 (C.F.).

## **- Québec**

*Allseas Engineering B.V. c. Marine structure Consultants (MSC) B.V. et al.*, 13 C.P.R. (3d) 84 (C.S.Qué.).

*C.É.G.E.P. de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance inc.*, [2001], J.Q. n° 4381 (C.S.).

*Weiss c. Solomon*, 1989 *CarswellQue* 72, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.), [1989] R.R.A. 374, (1989) 48 C.C.L.T. 280.

## **- Ontario**

*CPC International Inc. c. Seaforth Creamery Inc.*, [1996] O.J. n° 3393 (Div. gén. Ont.).

## **2.2 Europe et Union européenne**

### **- Europe**

CEDH, 18 sept. 2007, 5<sup>ème</sup> Sect., *Paeffgen GMBH c. Allemagne*, n<sup>os</sup> 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05.

OEB, ch. de recours technique, 08 sept. 2000, n° T931/95, [2001] JOOEB.

OEB, ch. de recours technique, 22 juin 1982, n° T 22/82, [1982] JOOEB.

OEB, ch. de recours technique, 25 sept. 1987, n° T 385/86.

OEB, ch. de recours, 18 novembre 2011, n° T 1135/08.

OEB, Div. Opp., 8 déc. 1994, *Howard Florey Institute*, [1996] D., note Jean-Christophe Galloux.

OEB, Grande ch. de recours, 15 Oct. 1987, n° T 0019/86.

OEB, Grande ch. de recours, 3 juil. 1990, *Marker c. Beattie*, n° T 603/89.

OEB, Grande ch. de recours, 5 déc. 1984, *EISAI*, n° G 05/83.

OEB, Grande ch. de recours, 5 déc. 1984, *Pharmaka*, n° G 06/83.

OEB, Grande ch. de recours, avis G1/92 du 18 déc. 1992, [1993] JOOEB.

## **- Union européenne**

CJCE, 5 décembre, *Merck c. Primecrown*, n° C- 267/95 et C-268/95.

CJUE, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c. Commission européenne et European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA)*, n° C-457/10 P.

CJUE, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents*, n° C-364/13, conclusions présentées le 14 juillet 2014.

CJCE, 5 février 1963, *Société N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, n° 26/62, [1963] Recueil de la Jurisprudence de la Cour.

CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.*, n° 78-70.

CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, n° 15/74.

CJCE, 17 décembre 1981, *Frans-Nederlandse Maatschppif Voor Biologische Producten BV.*, n° 272/80.

CJCE, 14 septembre 1982, *Keurkoop BV c. Nancy Kean Gifts BV.*, n° 144/81.

CJCE, 8 juillet 1985, *Pharmon c. Hoechst. V.*, n° 19/84, [1985] Rec.

CJCE, 16 juin 1987, *Commission c. Italie*, n° 118/85.

CJCE, 27 octobre 1992, *Generics et Harris Pharmaceuticals c. Smith Kline & French Laboratories*, n° C-191/90.

CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP c. Commission*, n° C-241/91 P et C-242/91 P.

CJCE, 5 décembre 1996, *Merck*, n° 267 et 268/95.

CJCE, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas E.A. c. Elliniko dimosio*, n° C-367/96.

CJCE, 03 juin 1999, *Farmitalia Carlo S.r.l. c. Patentamt*, n° C-392/97.

CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, n° C-377/98.

CJCE, 10 septembre 2002, *Ferring Arzneimittel GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, n° C-172/00.

CJCE, 16 mars 2004, *AOK-Bundesverband*, n° C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, conclusions présentées le 22 mai 2003, Rec., I, p. 2493.

CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co OHG et NDC Health GmbH & Co KG c. Commission*, n° C-418/01.

CJCE, 12 juin 2008, *02 Holdings Ltd. c. Hutchison 3 G UK Ltd.*, n° C - 533/06.

CJCE, 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commission*, n° C-113/07 P.

CJCE, 09 mars 2010, *Monsanto Technology LLC c. Cefetra BV et autres*, n° C-428/08.

CJCE, 03 février 2011, *Gühring OHG c. OHMI*, n° T-299/09 et T-300/09.

CJCE, 28 juillet 2011, *Paranova Danmark A/S c. Merck Sharp & Dohme Corp.*, n° C-400/09 et C-207/10.

CJCE, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, n° C-439/09.

CJCE, 18 octobre 2011, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e.V.*, n° C- 34/10.

CJUE, 23 octobre 2014, *Olainfarm AS c. Latvijas Republikas Veselības ministrija, Zāļu valsts aģentūra*, n° C-104/13.

## **- France**

CA Aix-en-Provence, 27 janvier 1965, (1965) II JCP, note Delpech.

CA Colmar, 1<sup>ère</sup> ch. civ., sect. B, 8 sept. 2005, *Serge Schlee c. Décision du directeur général de l'INPI*.

CA Paris, 17 septembre 1997, (1999) 2 JCP, obs. Jean-Marc Mousseron.

CA Paris, 18 mai 1988, (1990) D., note G. Drouot.

CA Paris, 2 mai 1963, (1963) Ann. Prop. Ind.

CA Paris, 21 juin 1966, (1966) Ann.

CA Paris, 28 avril 2004, *Sté Christian Dior c. Meybeck*.

CA Paris, 3 juillet 2002, *Parienti c. Automobiles Peugeot*, (2003)756 PIBD.

CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 13 mai 1974, *HD c. Cegedur*, (1974) Ann.

CA Paris, 4<sup>e</sup> Ch., 19 oct. 1977, *Ciba Geigy c. Phyteurop S.A. et Loiret*.

CA Paris, 4<sup>e</sup> Ch., 19 octobre 1977, (1977) 204 PIBD.

CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., Sect. B, 7 oct. 2005, *Agrosol SA c. Sodifag Sarl et Michel Lesaint*.

CA Paris, 7 octobre 2005, *Agrosol c. Sodifag*, (2005) 819 PIBD.

CA Versailles, 3<sup>ème</sup> Ch., 30 avril 2004, (2004) Dalloz.

Cass, civ., com., 12 février 2013, *Société Produits dentaires Pierre Roland c. X.*, n° 12-12.898.

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 1997, n° 95-12576.

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2012, *Mmes Nelly, Lauriane et Christelle X c. la société Sanofi Pasteur MSD*, n° 11-17738.

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 octobre 2011, *la SAS Laboratoire Roche*, n° 10-21709.

Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2009, n° 08-16.305.

Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c. époux Mercier*, (1936) D.P., concl. Matter.

Cass. com., 11 janvier 2000, *Emsen c. Nijal*, n° 97-20822.

Cass. com., 15 novembre 1994, (1995) PIBD.

Cass. com., 17 fév. 1982, (1982) D.

Cass. com., 17 juillet 1967, (1968) Ann.

Cass. com., 17 octobre 1995, (1995) Dossiers Brevets.

Cass. com., 21 novembre 2000, *Sté Hoechst Marion Roussel c. MM. Raynaud et al.*

Cass. com., 26 janvier 1999, (1999) 100 Rev. dr. Propr. Intell.

Cass. com., 5 octobre 2004, (2005) 798 PIBD.

Cass. crim., 26 mars 1997, (1997) 123 Bull.

Cass. Req., 23 mai 1900, *Havas*, (1902) 1 DP.

Cass., req., 8 février 1853, (1853) D.

CE, 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 03 juin 2013, *Laboratoire GlaxoSmithKline c. Ministre du travail, de l'emploi et de la santé et Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat*, n° 352655.

CE, 27 avril 2011, 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies, n° 334396.

CE. Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

TGI Lyon, 13 février 2012, *Paul F. c. Sté Mosanto agriculture France SAS*.

TGI Paris, 24 septembre 2008, *Levasseur-Cruz c. Laboratoires Goëmar*.

TGI Paris, 3<sup>e</sup> Ch, 3<sup>e</sup> Sect., 14 sept. 2005, *Thierry Brinon c. Vygon S.A.*



TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 3<sup>e</sup> sect., 7 octobre 2009 *Alk Abello A/S (Denemark) c. Stallergenes Sa*, (2009) 909 PIBD.

TGI Paris, ch. civ., 16 décembre 2011, n° RG 2009/16586.

Trib. civ. Seine, 29 novembre 1913, (1915-1919) Ann. Propr. Ind.

### **2.3 Jurisdiction et organe juridictionnel internationaux**

CPJI, 25 mai 1926, *certaines intérêts allemands en Haute -Silésie polonaise*, (1926) A : 7 Rec.

OMC, ORD, 17 mars 2000, *Canada c. Communautés Européennes et leurs États-membres : protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, Rapport du Groupe spécial, n° WT/DS 114/R.

OMC, ORD, 24 août 1998, *Inde-protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, Rapport du Groupe spécial, n° WT/DS79/R.

WTO, DSB, 26 janvier 2009, *China – Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights*, VIII Conclusions and recommendation, n° WT/DS362/R.

### **2.4 Autres pays (Allemagne, États-Unis d'Amérique, Grande-Bretagne, Cameroun, Inde)**

*Ass'n for Molecular Pathology v. U.S. Pat. & Trademark Off.*, 2011 U.S. App. LEXIS 21143 (Fed. Cir. Sept. 13, 2011).

*Ass'n for Molecular Pathology v. U.S. Pat. & Trademark Off.*, 669 F. Supp. 2d 365 (S.D.N.Y. 2009).

*Autogiro*, 384 F. 2d at 400, 155 USPQ at 704-705.

*Bloomer c. McQuewan et al.*, 14 How 539, 549, 14 L ed 532.

*Dawson Chem. Co c. Coriat. Rohm & HAAS Co.*, 448 U.S. 176 [1980].

*Diamond c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).

*eBay, Inc. c. MercExchange LLC*, 126 S. Ct. 1837 (2006).

*Edward Darcy v. Allein* (1602) 1 WPC 1 (Court of Queen's Bench).

*Feist Publications Inc.c. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

*Georgia-Pacific Corp. c. US Plywood Corp.*, 318 F Supp. 1116, 1120 (SDNY 1970) Modified on other grounds, 446 F 2d 295 (2d Circ. 1971).

*Keystone Mushroom Farm, Inc.*, 453 F. Supp. 1283 (E.D. Pa. 1978).

*L'Anza Research Int'l, Inc. c. Griffin c. Quality King Distribs., Inc.*, 98 F. 3d 1109 (9th Cir. 1996).

*Leslie A Kelly v. Arriba Soft Corporation*, n° 00-55521, 280 F.3d 934 (9th Cir., February 6, 2002) withdrawn, -- F.3d --- (9th Cir., July 3, 2003).

*Madey c. Duke Univ.*, 307 F. 3d 1351 (Fed. Cir. 2002).

*Mazer c. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954).

*Moore c. Regents of the University of California*, 51 Cal3d 120, 793 P2d 479, 271 Cal Rptr 146 (1990), *cert denied*, 499 US 936 (1991).

*Roche Prods., Inc. c. Bolar Pharm. Co.*, 733 F.2d 858, 862 (Fed. Cir. 1984).

*Sinclair Refining Co. c. Jenkins Petroleum Process Co.*, 289 U.S. 689, 698 (1933).

Supreme Court of India, Civil Appellate Jurisdiction, 1er avril 2013, *Novartis c. Union of India & Others*, Civil appeal n° 2706-2716 of 2013 (arising out of SLP (C) n° 20539-20549 of 2009); *Natco pharma ltd. c. Union of India & Others*, Civil appeal n° 2728 of 2013 (arising out of SLP(C) n° 32706 of 2009) et *M/S Cancer patients Aid Association c. Union of India & Others*, Civil appeal n° 2717-2727 of 2013 (arising out of SLP (C) n° 12984-12994 of 2013) SLP(C)...../2011 CC n° 6667-6677.

TGI du Wouri (Douala-Cameroun), ch. Civ. et Com., 06 décembre 2004, n° 164, obs. Hervé Ndédi Penda, (avril 2008) 0001 Revue La GAZELLE.

*United States c. Univis Lens Co, Inc.*, 316 U.S. 241 (1942).

*Verizon Comm., Inc v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* (124 S Ct 872 (2004)).

*Whittemore c. Cutter*, 29 F.Cas. 1120, 1121, (C.C.D. Mass 1813).

### **3. Avis et recommandations d'organes quasi-juridictionnels**

- GEÉ. «The ethical aspects of biomedical research in developing countries », avis du 1<sup>er</sup> octobre 2002. En ligne : [http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/publications/proceedings-ege-roundtables/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/publications/proceedings-ege-roundtables/index_fr.htm).
- GEÉ. «The ethical aspects of ICT implants in human body », avis du 21 décembre 2004. En ligne : [http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/publications/proceedings-ege-roundtables/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/publications/proceedings-ege-roundtables/index_fr.htm).

### **4. Doctrine : Monographies et ouvrages collectifs**

- Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques. *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, Paris, TEC & DOC, 2005.
- Académie des sciences, Académie des sciences morales et politiques. *Les contrats d'exploitation des droits des brevets d'invention*, Paris, TEC & DOC, 2006.
- Adler, David Gray et George, Larry Nelson, eds, *The Constitution and the Conduct of American Foreign Policy: Essays in Law and History*, Kansas, University Press of Kansas, 1996.
- Akerman, Casimir. *L'obligation d'exploiter et la licence obligatoire en matière de brevets d'invention : étude de droit international et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1936.
- Alavi, Amine. *Legalization of Development in the WTO: Between Law and Policy*, AH Alphen aan den Rijn (Netherlands), Kluwer Law International BV, 2009.
- Alikhan, Shahid et Mashelkar, Raghunath. *Intellectual Property and Competitive Strategies in the 21<sup>st</sup> Century*, 2<sup>ème</sup> éd., The Netherlands, Klumer Law International BV, 2009.
- Allart, Henri. *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, Paris, Rousseau, 1911.
- Alliance pour un monde responsable, pluriel et solidaire. *Privatisation du vivant : du refus aux contre-propositions*, Paris, Éd. Charles Léopold Mayer, 2003.

- Amicorum, Liber et Straus, Joseph. *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, Berlin, Springer-Verlag, 2009.
- Anderson, Robert D. et Gallini, Nancy T., *La politique de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir*, Calgary, University of Calgary Press, 1998.
- Appelbe, Gordon E. et Wingfield, Joy. *Dale and Appelbe's Pharmaceutical Law and Ethics*, 7<sup>ème</sup> éd., Londres, Pharmaceutical Press, 2001.
- Arbour, Jean-Maurice. *Droit international public*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002.
- Aristote. *La politique*, Paris, Hermann Éditeur des Sciences et des Arts, 1996.
- Arrow, Kenneth Joseph. *Choix collectif et préférences individuelles*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Calmann-Lévy, 1974.
- Audard, Cathérine. *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987.
- Azéma, Jacques et Galloux, Jean-Christophe. *Droit de propriété industrielle*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006.
- Bader, Martin A., *Intellectual Property Management in R&D Collaborations: The Case of the Service Industry Sector*, New York, Physica-Verlag, 2006.
- Bahan, David et al., *Les impacts économiques de la « règles des 15 ans » appliquée au remboursement des médicaments innovateurs au Québec*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, août 2005.
- Bakounine, Mikhaïl. *Fédéralisme, socialisme et antithéologisme* (1867)
- Battifol, Henri. *Problème de base de philosophie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.
- Baud, Jean-Pierre. *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993.
- Becquet, Samuel. *Le bien industriel*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005.

- Bellivier, Florence et Noiville, Christine, dir, *La bioéquité. Bataille autour du vivant*, Paris, Autrement, 2009.
- Bengtsson, Bo et al., *Un brevet pour la vie : la propriété intellectuelle et ses effets sur le commerce, la biodiversité et le monde rural*, Ottawa, Publications du Centre de recherches pour le développement international, 1994.
- Bertin, André. *Le secret en matière d'inventions*, Paris, Éditions du Tambourinaire, 1965.
- Bertin, Gilles Y. et Wyatt, Sally. *Multinationales et propriété industrielle : le contrôle de la technologie mondiale*, Genève, Institut de Recherche et d'Information sur les Multinationales, 1986.
- Biadgleng, Ermias Tekeste. *Droits de propriété intellectuelle dans les accords d'investissement: les répercussions de type ADPIC-plus sur la protection de l'intérêt général et son application*, Genève, Publications du Centre Sud, 2006.
- Binctin, Nicolas. *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2010.
- Binctin, Nicolas. *Le capital intellectuel*, Paris, Litec, 2007.
- Binet, Jean-René. *La réforme de la loi bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Paris, LexisNexis, 2012.
- Blanquet, Marc et De Grove-Valdeyron, Nathalie, dir, *Études de droit communautaire de la santé et du médicament*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2009.
- Boldrin, Michele et Levine, David K., *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Bollée, Sylvain, Laithier, Yves-Marie et Pérès, Cécile, dir, *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010.
- Bonfante, Pietro. *Histoire du droit romain*, Paris, Sirey, 1928.
- Bonnard, Jérôme. *Introduction au droit*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Ellipses, 2004.
- Bonnet, Alfred. *Manuel d'économie politique*, t. 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963.

- Boon, Jean-Albert et Goffin, René. *Les contrats « clé en main »*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris/New York/Barcelone/Milan, Masson, 1987.
- Bös, Dieter. *Pricing and Price Regulation: An Economic Theory for Public Enterprises and Public Utilities*, 3<sup>ème</sup> éd, Amsterdam, Elsevier Science B.V., 1994.
- Boskovic, Oliveira, dir, *L'efficacité du droit de l'environnement : mises en œuvre et sanctions*, Paris, Dalloz, 2010.
- Bouchard, Charlaïne. *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 2, Cowansville, Yvon Blais, 2005.
- Boufflette, Sophie. *La possession*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- Bourgeois, Bernard. *Philosophie et droits de l'homme : de Kant à Marx*, Paris, Presses universitaires de France, 1990.
- Broder, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Bronzo, Nicolas. *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, 2007.
- Bruguière, Jean-Michel, Mallet-Poujol, Nathalie et Robin, Agnès. *Propriété intellectuelle et droit commun*, Aix-En-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007.
- Brunier, Dominique. *La notion de l'invention en droit européen des brevets*, Genève, Droz, 1981.
- Burns, J. H. et Hart, H. L. A., eds, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, New York, Oxford University Press, 1970.
- Burst, Jean-Jacques. *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Paris, Librairies techniques, 1970.
- Buydens, Mireille et Dusollier, Séverine, eds, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- Buydens, Mireille. *La propriété intellectuelle: évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- Caloghirou, Yannis, Vonortas, Nicholas S. et Ioannides, Stavros, eds, *European Collaboration in Research and Development :*

*Business Strategy and Public Policy*, Northampton, Edward Elgar Publishing, Inc., 2004.

- Camp, Justin J., *Venture Capital. Due Diligence: A Guide to Making Smart Investment Choices and Increasing your Portfolio Returns*, New York, John Wiley & Sons, Inc., 2002.
- Carbonnier, Jean et al. *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit : archéologie d'une discipline/ présentation et commentaires de Simona Andrini et André-Jean Arnaud*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.
- Carbonnier, Jean. *Droit civil : les biens, les obligations*, Vol. II, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 2004.
- Carbonnier, Jean. *Droit flexible. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988.
- Carbonnier, Jean. *Sociologie juridique*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, Thémis, 1978.
- Caron, Christophe. *Abus de droit et droit d'auteur*, Paris, Litec, 1998.
- Casalonga, Alain. *Brevets d'invention, marques et modèles*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.
- Casalonga, Alain. *Supplément au traité technique et pratique des brevets d'invention*, t. 3, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958.
- Casalonga, Alain. *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, t. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949.
- Castell, Brigitte. *L'« épuisement » du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Paris, Presses universitaires de France, 1989.
- CÉIPI. *L'épuisement du droit du breveté*, Paris, Librairies techniques, 1971.
- CÉIPI. *La protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et techniques*, Paris, Librairies techniques, 1969.

- Champeil-Desplats, Véronique et Lochak, Danièle, dir, *Libertés économiques et droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011.
- Chappuis, Christine et Winiger, Bénédicte eds, *Le préjudice : une notion en devenir*, Genève, Schulthess Medias Juridiques, 2005.
- Chaput, Yves, dir, *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002.
- Chemtob-Concé, Marie-Catherine. *La brevetabilité des inventions biotechnologiques appliquées à l'Homme*, 3<sup>ème</sup> éd., Londres/Paris/New York, TED & DOC, 2006.
- Coase, Ronald. *Le coût du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- Cornish, William. *Intellectual Property: Omnipresent, Distracting, Irrelevant?*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Correa, Carlos M., dir, *Guides sur les brevets pharmaceutiques*, Vol. 1, Genève, publications du Centre Sud, juil. 2008.
- Correa, Carlos M., *Droits de propriété intellectuelle et licences obligatoires : options pour les pays en développement*, Genève, Publications du Centre Sud, octobre 2002.
- Correa, Carlos M., *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, Genève, publications du Centre Sud, 2001.
- Correa, Carlos M., *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*, Londres, Zed Books Ltd., 2000.
- Couture, Marc, Dubé, Marcel et Malissard, Pierrick. *Propriété intellectuelle et Université : entre la libre circulation des idées et la privatisation des savoirs*, Québec, Presses de l'Université de Québec, 2010.
- CRDI, *S'approprier la vie : la recherche, le droit et les biotechnologies*, Ottawa, publications du CRDI, 1991.
- Cuanguilhem, Georges. *La connaissance de la vie*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Vrin, 1971.



- Dahan, Maurice. *La pratique française du droit du commerce international*, t. 1, Paris, Les Éditions du Centre français du commerce extérieur, 1992.
- Dahl Rendtorff, Jacob, ed, *Power and Principle in the Market Place: On Ethics and Economics*, Burlington, Ashgate, 2010.
- Dardel, Frédéric, dir, *Veille juridique sur les principales évolutions législatives, jurisprudentielles et doctrinales en droit de la santé*, n° 144, Paris, Publications de l'Institut Droit et Santé, 1<sup>er</sup> au 15 mai 2012.
- de Beaufort, Viviane, dir, *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé : actes du colloque du Centre européen de droit et d'économie*, Paris, Vuibert, 2009.
- de Beer, Daniel. *Brevet, santé publique et accès aux médicaments essentiels. Une fin du droit?*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- De Lamberterie, Isabelle et Lucas, Henri-Jacques, dir, *Informatique, libertés et recherche médicale*, Paris, Éditions du CNRS, 2001.
- de Santillana, Giorgio. *The CRime of Galileo*, Chicago, The University of Chicago Press, 1955.
- de Savigny, Frédéric Charles. *La possession en droit romain*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Auguste Durand, 1866.
- Debroy, Bibek et Chakraborty, Debashis. *The trade game: negociation trends at WTO and concerns of developing countries*, New Delhi, Academia Foundation, 2006.
- Deffrains, Bruno et Langlais, Éric, dir, *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, 2009.
- Delas, Olivier et Deblock, Christian, dir, *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- Deleuze, Jean-Marie. *Le contrat de transfert de processus technologique (know-how)*, Paris/New York/Barcelone/Milan, Masson, 1976.
- Delmas-Marty, Mireille, dir, *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, Presses universitaires de France, 2004.

- Demichel, Sophie. *Philosophie du droit de la santé : l'identification biologique du sujet de droit, Extension du domaine du droit médical*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2009.
- Démogue, René. *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931.
- Devant, Pierre et al., *Les brevets d'invention*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1971.
- Diawara, Karounga. *Le contrôle de la puissance de marché - Contribution à une approche juridique du marché*, Montréal, Yvon Blais, 2011.
- Djuvara, Neagu M., *Civilisations et lois historiques : essai d'étude comparée des civilisations*, Paris, N.M. Djuvara et Mouton et Cie, 1975.
- Douglas, Kristen et Jutras, Célia. *Protection des brevets pour les produits pharmaceutiques au Canada - Chronologie*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2008.
- Drahos, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1996.
- Draï, Raphaël et Harichaux, Michèle. *Bioéthique et droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.
- Drexl, Josef et Lee, Nari, eds, *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law: A Trilateral Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar Pub. Ltd., 2013.
- Duchatel, Julie et Gaberell, Laurent, dir, *La propriété intellectuelle contre la biodiversité? Géopolitique de la diversité biologique*, Genève, CITMA, 2011.
- Dupichot, Philippe. *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005.
- Duplé, Nicole. *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson Lafleur, 2004.
- Dupuy, Pierre-Marie et Leben, Charles, dir, *Droit international*, Paris, Pedonne, 1999-2000.

- Durand, Claude dir, *Regards sur les biotechnologies*, Paris, L'Harmattan, 2002.
- Dusclaud, Michel et Soubeyrol, Jacques. *Enjeux technologiques et relations internationales*, Paris, Économica, 1986.
- Dutoit, Bernard. *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle?*, Genève, Droz, 1996.
- Dybdahl, Lise. *Les brevets européens*, Paris, Litec, 2005.
- Edelman, Bernard. *La personne en danger*, Paris, Presses universitaires de France, 1999.
- Edou Edou, Paulin. *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI*, Yaoundé, 1<sup>ère</sup> éd., Publications de l'OAPI, 2009.
- Ekeidi-Samnik, Joseph. *L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1975.
- *Études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris, LexisNexis, 2007.
- *Études en l'honneur du professeur Michel Bazex. Droit et économie : interférences et interactions*, Paris, Litec, 2009.
- *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992.
- *Études sur la propriété industrielle, littéraire et artistique : mélanges Marcel Plaisant*, Paris, Sirey, 1960.
- European Generic medicines Association, *TRIPS Article 39.3 Does not require Data Exclusivity Provisions: A critical issue for Access to Medicines*, juillet 2000. En ligne: [www.egagenerics.com](http://www.egagenerics.com).
- European patent office, *European Patents and the Grant Procedure*, Munich, 2010. En ligne: [www.epo.org/fees](http://www.epo.org/fees).
- Farjat, Gérard et Remiche, Bernard, dir, *Liberté et droit économique*, 1<sup>ère</sup> éd., Bruxelles, De Boeck, 1989.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte et al., *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz, 2007.
- Favret, Jean-Marc. *Droit et pratique de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Gualino éditeur, 2005.

- Ferey, Samuel. *Une histoire de l'analyse économique du droit : calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- Ferraud-Ciandet, Nathalie. *Protection de la santé et sécurité alimentaire en droit international*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- Fichte, Johann Gottlieb. *Doctrine du droit de 1812*, traduction de l'Allemand par Anne Gahier et Isabelle Thomas-Fogiel, présentation et notes par Isabelle Thomas-Fogiel, Paris, Cerf, 2005.
- Flahault, François. *Où est passé le bien commun?*, Paris, Mille et une nuits (Fayard), 2011.
- Fox, Harold G., *The Canadian Patent Law and Practice relating to letters patent for inventions*, 4e éd., Toronto, Carswell Company Limited, 1969.
- Foyer, Jean et Vivant, Michel. *Le droit des brevets*, Paris, Presses universitaires de France, 1991.
- Franceschi, Magali. *Droit et marchandisation de la connaissance sur les gènes humains*, Paris, Éd. du CNRS, 2004.
- Friboulet, Jean-Jacques. *Histoire de la pensée économique : XVIII<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècles*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009.
- Frison-Roche, Marie-Anne et Abello, Alexandra, dir, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005.
- Frison-Roche, Marie-Anne. *Les 100 mots de la régulation*, Paris, Presses universitaires de France, 2011.
- Gagné, Mathieu. *Le droit des médicaments au Canada et autres produits de santé*, 2<sup>ème</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2010.
- Galloux, Jean-Christophe. *Droit de la propriété industrielle*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2003.
- Gamharter, Katharina. *Access to Affordable Medicines: Developing Responses under TRIPS Agreement and EC Law*, Vienne, Springer-Verlag, 2004.

- Gary P. Sampson, *The WTO and Sustainable Development*, Tokyo/New York/Paris, United Nations University Press, 2005.
- Gauchet, Marcel. *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989.
- Gauchet, Marcel. *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989.
- Gaudemet, Jean. *Les institutions de l'Antiquité*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2002.
- Gény, François. *Méthode d'interprétation et Sources en droit positif*, tome II, Paris, LGDJ, 1954.
- Geoffroy, Henri. *Des brevets d'invention en droit international*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1888.
- Gervais, Daniel et Judge, Elisabeth F., *Le droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2006.
- Gervais, Daniel. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 3<sup>ème</sup> éd., Thomson Reuters Ltd., 2008.
- Ghestin, Jacques et Goubeaux, Gilles. *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., n° 198, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.
- Ghidini, Gustavo. *Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham (UK) / Northampton, Edward Elgar, 2006.
- Gibson, Johanna. *Intellectual Property, Medicine and Health: Current Debates*, Londres, Ashgate, 2009.
- Gibson, Johanna. *Patenting Lives: Life Patents, Culture and Development*, Burlington, Ashgate, 2008.
- Gillette, Clayton O., Schartz, Alan et Scott, Robert E., *Payment Systems and Credit Instruments*, Westbury (New York), The Foundation Press Inc., 1996.
- Goldsmith, Immanuel. *Patents of invention*, 3<sup>ème</sup> éd., Toronto, Carswell, 1981.

- Gossement, Arnaud. *Le principe de précaution : essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique*, Paris, L'Harmattan, 2003.
- Gosseries, Axel, Marciano, Alain et Strowel, Alain, eds, *Intellectual Property and Theories of Justice*, New York, 2008.
- Graz, Dominique. *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'accord de libre-échange Suisse-CEE*, Genève, Droz, 1988.
- Grubb, Philip W., *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology: Fundamentals for Global Law, Practice, and Strategy*, Oxford, Oxford University Press 2004.
- Guesmi, Amelle. *Le médicament à l'OMC : droit des brevets et enjeux de santé*, Bruxelles, Larcier, 2011.
- Guèvremont, Véronique. *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2013
- Gurvitch, Georges. *L'idée du droit social. Notion et système du Droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Paris, Sirey, 1932.
- Hermitte, Marie-Angèle, dir, *Le droit du génie génétique végétal*, Vol. 12, Paris, Librairies techniques, 1987.
- Hervé, Christian et al., dir, *Pour des recherches biomédicales communes avec les pays du Sud*, Paris, Dalloz, 2010.
- Hestermeyer, Holger. *Human rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines*, New York, Oxford University Press, 2008.
- Hiance, Martine et Plasseraud, Yves. *Brevets et sous-développement*, Paris, Librairies techniques, 1972.
- Hobbes, Thomas. *De cive ou les fondements de la politique*, Paris, Sirey, 1981.
- *Hommage à Henri Desbois : études de propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 1974.

- Hübner, Georges, Michel, Pierre-Armand et Servais, Mélanie. *Valeur et risque des brevets pour les biotechnologies*, Bruxelles, Larcier, 2003.
- Hugo, Victor. *Les Quatre vents de l'Esprit*, Jersey, 27 février 1853.
- Ilardi, Alfredo. *Propriété intellectuelle : principes et dimension internationale*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- International Center for Trade and Sustainable Development (ICTSD), *The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries*, document n° 22 Genève, Publications de ICTSD, 2009.
- Ituku, Elangi Botoy. *Propriété intellectuelle et droits de l'homme : l'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH-SIDA en Afrique*, Genève, Schulthess Verlag, 2007.
- Jackson, John H. et Sykes, Alan O., *Implementing the Uruguay Round*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- Jackson, John H., *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Jaffe, Adam B. et Trajtenberg, Manuel. *Patent, Citations, and Innovations: A Window on the Knowledge economy*, Cambridge, The Massachusetts Institute of Technology Press, 2002.
- Jehl, Joseph. *Le commerce international de la technologie : approche juridique*, Paris, Librairies techniques, 1985.
- Jewkes, John, Sawers, David et Stillerman, Richard. *L'INVENTION dans l'industrie de la recherche à l'exploitation : 60 exemples récents* (traduit de l'anglais par Anne Ciry), Paris, Éditions d'Organisation, 1966.
- Jewkes, John, Sawers, David et Stillerman, Richard. *The sources of invention*, Londres, MacMillan & Co Ltd., 1958.
- Jourdain-Fortier, Clotilde. *Santé et commerce international : contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Vol. 26, Paris, Litec, 2006.

- Kahn, Axel et Rousset, Dominique. *La médecine au XXI<sup>e</sup> siècle : des gènes et des hommes*, Paris, Bayard Éditions, 1996.
- Kahn, Axel. *Et l'homme dans tout ça? Plaidoyer pour un humanisme moderne*, Paris, NiL éditions, 2000.
- Kahn, Philippe et Fritz, Jean-Claude. *La gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, Paris, Litec, 1983.
- Kant, Emmanuel. *Fondements de la métaphysique des mœurs* (1785), édition électronique réalisée par Philippe Folliot, Chicoutimi, 6 juin 2002. En ligne : [http://classiques.uqac.ca/classiques/kant\\_emmanuel/fondements\\_meta\\_moeurs/fondements.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/kant_emmanuel/fondements_meta_moeurs/fondements.html).
- Keith E. Maskus, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Washington, Library of Congress cataloging-in-Publication, 2000.
- Kirat, Thierry et Serverin, Évelyne, dir, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS éditions, 2000.
- Knoppers, Bartha Maria et Joly, Yann. *La santé et le bien commun*, Montréal, Thémis, 2008.
- Kongolo, Tshimanga. *Unsettled International Intellectual Property Issues*, Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands, Kluwer Law International, 2008.
- Kouanpoth, Jakkrit. *Patent Rights in Pharmaceuticals in Developing Countries: Major Challenges for the Future*, Williston (VT, USA), Edward Elgar Publishing, 2010.
- Lajoie, Andrée. *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, Presses universitaires de France, 1997.
- Landes, William L. et Posner, Richard A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.
- Larrieu, Jacques, dir, *Qu'en est-il du droit de la recherche?*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2009.
- Laude, Anne et Tabuteau, Didier, dir, *Information et produits de santé, quelles perspectives*, Paris, Presses universitaires de France, 2006.



- Law, Andrew. *Patents and Public Health: Legalising the Policy Thoughts in the Doha TRIPS Declaration of 14 November 2001*, München, édition du Munich Intellectual Property Law Center, 2009.
- Le Bas, Christian. *Économie et management du brevet*, Paris, Economica, 2007.
- Le Stanc, Christian. *L'acte de contrefaçon de brevet d'invention*, Paris, Litec, 1977.
- Legault Georges A. et al., *Nanotechnologies et principe de précaution : forces et limites de l'appel au principe*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012.
- Lendrevie, Jacques, Lévy, Julien et Lindon, Denis. *Mecator : théories et nouvelles pratique du marketing*, 9<sup>ème</sup> édition, Paris, Dunod, 2009.
- Lessig, Lawrence. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House Inc. (Vintage Books), 2002.
- Levratto, Nadine. *Les PME : définition, rôle économique et politiques publiques*, Bruxelles, de Boeck, 2009.
- Lewin, Leif et Lavery, Donald. *Self-Interest and Public Interest in Western Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- Lippert, Owen, éd, *Competitive Strategies for the Protection of Intellectual Property*, Vancouver, The Fraser Institute, 1999.
- Lluelles, Didier et Moore, Benoît. *Droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Montréal, Thémis, 2012
- Loquin, Éric et Martin, Annie, dir, *Droit et marchandisation*, Paris, Litec, 2009.
- Lorenzi, Jean. *Les responsabilités du pharmacien*, Paris, Litec, 2002.
- Machelard, Eugène. *Dissertations de droit romain et de droit français*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1882.
- Mackaay, Ejan et Rousseau, Stéphane. *Analyse économique du droit*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008.

- Mackaay, Ejan. *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Thémis / Paris, Litec, 1991.
- Macleod, Alex et O'Meara, Dan, dir, *Théories des relations internationales : contestations et résistances*, Outremont, Athéna, 2007.
- Mandeville, Bernard. *La fable des abeilles, ou les fripons devenus honnêtes gens*, t. 1<sup>er</sup>, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Bibliothèque nationale de France, 1740. En ligne : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k822239/f2.image>.
- Mann, Jonathan, dir, *Santé publique et droits de l'Homme*, Paris, Publications de l'Espace éthiques de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, 1997.
- Mann, Scott. *Bioethics in Perspective: Corporate Power, Public Health and Political Economy*, New York, Cambridge University Press, 2010.
- Marlin-Bennett, Renée. *Knowledge Power: Intellectual Property, Information, and Privacy*, Londres, Lynne Rienner Publishers, Inc., 2004.
- Marquer, Francis. *Innovation et management des brevets*, Paris, les Éditions d'Organisation, 1985.
- Martial, Nathalie. *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007.
- Maskus, Keith E., *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Washington, Institute for international economics, 2000.
- Maskus, Keith E., *Private Rights and Public Problems: The Global Economics of Intellectual Property in the 21<sup>st</sup> Century*, Washington DC, Peterson Institute for International Economics, 2012.
- Maskus, Keith E., *Reforming U.S. Patent Policy: Getting the Incentives Right*, New York / Washington, Council on Foreign Relations, 2006.
- Mathély, Paul. *Le droit européen des brevets d'invention*, Paris, Journal des notaires et des avocats, 1978.
- Mathieu, Bertrand et Verpeaux, Michel, dir, *L'intérêt général et la norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007.

- Matthews, Duncan. *Intellectual Property, Human Rights and Development: The Role of NGOs and Social Movements*, Northampton (MA, USA), Edward Elgar Publishing Ltd., 2011.
- Mekki, Mustapha. *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004.
- *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990.
- *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud : Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 1997.
- *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Paris, Litec, 2009.
- *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1961.
- *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997.
- *Mélanges Victor Nabhan*, Montréal, éd. Yvon Blais, 2004.
- Meléndez-Ortiz, Ricardo et al., *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique (ICTSD Series : intellectual property rights and sustainable development n° 3)*, Solagral, ICTSD, ENDA, 2002.
- Mémeteau, Gérard et Clément, Jean-Marie, dir, *Revue générale de droit médical (1ères rencontres internationales André Demichel)*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2001.
- Mill, John Stuart. *Utilitarianism: On liberty: Essay on Bentham: Together with selected writings of Jeremy Bentham and John Austin*, Oxford, Mary Warnock, 1962
- Mill, John Stuart. *Utilitarianism*, Paris, Flammarion, 2009.
- Mills, Gordon. *Retail Pricing Strategies and Market Power*, Carlton South, Melbourne University Press, 2002.
- Mills, Oliver. *Biotechnological Inventions: Moral Restraints and Patent Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Burlington, Ashgate, 2010.

- Missa, Jean-Noël, dir, *Le devoir d'expérimenter : études philosophiques, éthiques et juridiques sur la recherche biomédicale*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 1996.
- Moatti, Jean-Paul, dir, *Economics of Aids and Access to HIV/Aids Care in Developing Countries. Issues and Challenges*, Paris, ANRS, 2003.
- Moine-Dupuis, Isabelle, dir, *Le médicament et la personne : aspects de droit international*, Paris, Litec, 2007.
- Montesquieu. *De l'esprit des lois*, Genève (1748).
- Morin, Jean-Frédéric. *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- Morin, Michel. *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004.
- Mousseron, Jean-Marc et Sonnier, Annie. *Le droit français nouveau des brevets d'invention*, Paris, Litec, 1978.
- Mousseron, Jean-Marc. *Le droit du brevet d'invention : contribution à une analyse objective*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961.
- Mousseron, Marianne. *Les inventions de salariés : la composition du droit des brevets et du droit du travail*, Paris, Litec, 1995.
- Neschke-Hentschke, Ada. *Platonisme politique et théorie du droit naturel : contribution à une archéologie de la culture politique européenne*, Louvain/Paris, Peeters, 2003.
- Neven, Jean-François et Cornu, Emmanuel, dir, *Le patrimoine intellectuel de l'entreprise : protection des actifs incorporels de l'employeur et droits et obligations des travailleurs*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- Nietzsche, Friedrich. *Œuvres*, Paris, Robert Laffont, 1993.
- Noiville, Christine. *Du bon gouvernement des risques*, Paris, Presses universitaires de France, 2003.
- O'Connor, Bernard. *The Law of Geographical Indications*, Londres, Cameron May, 2004.

- Olgagnier, Paul. *Le droit des savants*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1937.
- Pactet, Pierre. *Droit constitutionnel*, 26<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007.
- Paquin, Stéphane, Bernier, Luc et Lachapelle, Guy, dir, *L'analyse des politiques publiques*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2010.
- Pascaud, Claude F. et Piotraut, Jean-Luc. *Protéger et valoriser l'innovation industrielle, Brevets et savoir-faire : de la théorie à la pratique*, Paris, Tec & Doc, 1994.
- Pélissier, Anne. *Possession et meubles incorporels*, Paris, Dalloz, 2001.
- Pereira, Irène. *L'anarchisme dans les textes. Anthologie libertaire*, Paris, Éditions Textuel, 2010.
- Perrin, Jean-François. *Sociologie empirique du droit*, Bâle / Francfort-sur-le-main, Helbing & Lichtenhahn SA, 1997.
- Perroux, François. *Œuvres complètes*, Vol. 7, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1996.
- Pettitt, Clare. *Patent Inventions – Intellectual Property and the Victorian Novel*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Peuscet, Jacques. *Brevetabilité de la biologie en France en 2006*, Paris, Litec, 2006.
- Picard, Edmond et Olin, Xavier. *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel / Bruxelles, Ferd. Claassen, 1869.
- Piotraut, Jean-Luc et Deschristé, Pierre-Jean. *Jugements et arrêts fondamentaux de la propriété intellectuelle*, Paris, Ted & Doc, 2002.
- Piotraut, Jean-Luc. *La propriété intellectuelle en droit international et comparé : France, Allemagne, Royaume-Uni, États-Unis*, Paris, Ted & Doc, 2007.
- Pirini, Lorena, dir, *États et Mondialisation : stratégies et rôles*, Paris, L'Harmattan, 2001.

- Planiol, Marcel et Ripert, Georges. *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1926.
- Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950.
- Platon, *Les lois*, Paris, Flammarion, 2006.
- Platon. *La République*, Paris, Les Belles lettres, 1932-1934.
- Platon. *Œuvres complètes*, t. XII, Paris, Les Belles lettres, 1956.
- Pollaud-Dulian, Frédéric. *Le droit d'auteur*, Paris, Économica, 2005.
- Pollaud-Dulian, Frédéric. *Propriété intellectuelle : la propriété industrielle*, Paris, Economica, 2011.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 7<sup>th</sup> Edition, Austin/Boston/Chicago/New York, Wolters Kluwer, 2007.
- Pouillet, Eugène. *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie générale de jurisprudence Marchal, Billard Imprimeurs – éditeurs, 1915.
- Prince Agbodjan, Hervé. *Le droit de l'OMC et l'agriculture : analyse critique et prospective du système de régulation des subventions agricoles*, Montréal, Thémis, 2012.
- Proudhon, Pierre Joseph. *Qu'est-ce que la propriété ?*, Paris, Librairie Internationale, 1867.
- Rafiquzzaman, Mohammed et Whewell, Lori. *La hausse récente des demandes de brevets et la performance des principaux pays industrialisés sur le plan de l'innovation – tendances et explications*, Document de travail n° 27 d'Industrie Canada, Ottawa, 1998.
- Rainelli, Michel. *La nouvelle théorie du commerce international*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, La Découverte, 2003.
- Ramparany-Ravololomiarana, Hobinavalona. *Le raisonnable en droit des contrats*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009.

- Rangeon, François. *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Économica, 1986.
- Razgaitis, Richard. *Valuation and Pricing of Technology-Based Intellectual Property*, Hoboken (New Jersey), John Wiley & Sons, Inc., 2003.
- Reich, Robert. *Supercapitalisme*, Paris, Vuibert, 2008.
- Remiche, Bernard et Cassiers, Vincent. *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- Remiche, Bernard et Kors, Jorge, dir, *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- Remiche, Bernard, dir, *Brevet, innovation et intérêt général : le brevet pourquoi et pour faire quoi?*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- Ren, Junmin. *La protection juridique des inventions dans les relations commerciales entre la France et la Chine : étude de droit comparé et de droit international privé*, Paris, éd. YOU-FENG, 2007.
- Ricardo, David. *On the Principles of Political Economy and Taxation* (3<sup>ème</sup> éd., 1821) Kitchener, Batoche Books, 2001.
- Rifkin, Jeremy. *Le siècle biotech le commerce des gènes dans le meilleur des mondes*, Paris, Éditions La Découverte ; Montréal, Boréal, 1998.
- Robelin, Jean. *La petite fabrique du droit*, Paris, Éd. KIMÉ, 1994.
- Robin, Agnès, dir, *L'innovation et la recherche en France : analyse juridique et économique*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- Robinson, William Callyhan. *The Law of Patents for Useful Inventions*, Vol. 3, Boston, Little Brown, 1890.
- Rochet, Claude. *Gouverner par le bien commun, un précis d'incorrection politique à l'usage des jeunes générations*, Paris, François-Xavier de Guilbert, 2001.
- Rolin, Henri. *Introduction historique au droit romain*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1900.

- Romain, Jean-François et al., *L'ordre public : concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- Rothnie, Warwick A., *Parallel Imports*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993.
- Roubier, Paul. *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952.
- Rouland, Norbert. *Aux confins du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1991.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Du contrat social* (précédé de discours sur l'économie politique et de contrat social, première version et suivi de Fragments politiques), Paris, Gallimard, 1993.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Du contrat social* (précédé de Jean-Pierre Siméon, *La démocratie selon ROUSSEAU*), Paris, Seuil, 1977.
- Rouzioux, Jean-Marc. *Les essais des nouveaux médicaments chez l'homme*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, Masson, 1978.
- Sabanna, Talwar. *WTO and Intellectual Property Rights*, New Delhi, Serials Publications, 2008.
- Sabatier, Marc. *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Strasbourg, Librairies techniques, 1967.
- Schieber, Caroline et Schneider, Thierry. *Analyse des modalités de fixation des valeurs limites d'exposition et d'émission pour les substances chimiques et radioactives*, Centre d'études sur l'évaluation de la protection dans le domaine nucléaire, Rapport n° 272, août 2002.
- Schmidt, Joanna. *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, Paris, Librairies techniques, 1972.
- Schmidt-Szaleswski, Joanna et Pierre, Jean-Luc. *Droit de la propriété industrielle*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 2007.
- Serre, Marie-Paule et Wallet-Wodka, Déborah. *Marketing des produits de santé*, Paris, Dunod, 2008.



- Sfez, Lucien. *Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.
- Shiva, Vandana. *La vie n'est pas une marchandise : les dérives des droits de propriété intellectuelle*, Paris, Éditions de l'Atelier, 2004.
- Sibony, Anne-Lise. *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008.
- Simon, Françoise et Kotler, Philip. *Le marketing des biotechnologies*, Paris, Pearson Education France, 2005.
- Sinjela, Mpazi, ed, *Human Rights and Intellectual Property Rights: Tensions and Convergences*, Boston, Martinus Nijhoff publishers, 2007.
- Smith, Adam. *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, (1776), (édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, Chicoutimi, 26 février 2002).
- Smith, Murray G., *Global Rivalry and Intellectual Property: Developing Canadian Strategies*, Halifax, The Institute for Research on Politic Policy / Institut de recherches politiques, 1990.
- Sournia, Jean-Charles. *Histoire du diagnostic en médecine*, Paris, Éditions de la Santé, 1995. En ligne : [http://www.serpsy.org/formation\\_debat/diagnostic/diagnostic\\_medical.html](http://www.serpsy.org/formation_debat/diagnostic/diagnostic_medical.html).
- Souto, B. Eliana, ed., *Patenting nanomedicines: legal aspects, intellectual property and grant opportunities*, Berlin/New York, Springer, 2012.
- Spooner, Lysander. *Letter to Scientists and Inventors on the Science of Justice and their Right of Perpetual Property in the Discoveries and Inventions*, Boston, Cupples, UPHAM & Co, 1884. En ligne: <http://lysanderspooner.org/node/61>.
- Spooner, Lysander. *The Law of Intellectual property* (1855), traduit par Patricia Chameaureau, *Plaidoyer pour la propriété intellectuelle*, Paris, Les Belles Lettres, 2012.

- St-Onge, Jean-Claude. *L'envers de la pilule : les dessous de l'industrie pharmaceutique*, Montréal, Écosociété, 2004.
- Strowel, Alain. *Droit d'auteur et copyrights : divergences et convergences : études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1993.
- Syndicat National de l'Industrie Pharmaceutique, dir, *Dimension éthique des stratégies des entreprises pharmaceutiques*, Paris, John Libbey Eurotext, 1996.
- Takenaka, Toshiko. *Patent Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar, 2008.
- Taylor, Christopher Thomas et Silberston, Z.A., *The Economic Impact of the Patent System: A Study of the British Experience*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973.
- Temkin, C. Lilian et al., *Four Treatises of Theophrastus von Hohenheim Called Paracelsus*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1941.
- Thirion, Nicolas, dir, *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation : actes du 1<sup>er</sup> colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- Tirole, Jean et al., *Propriété intellectuelle : rapports*, Paris, La documentation française, 2003.
- Turpin, Dominique. *Droit constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 2007.
- Twigg-Flesner, Christian et Puig, Gonzalo Villata, eds, *Boundaries of Commercial and Trade Law*, Munich, Sellier European Law Publishers GmbH, 2001.
- Université de Dijon, Institut de relations internationales. *La protection de la création végétale. Le critère de nouveauté*, Vol. 11, Paris, Librairies techniques, 1985.
- Valancogne, François. *L'invention : sa brevetabilité – l'étendue de sa protection*, t. 1, Paris, Librairies techniques, 1968.
- Van De Kerchove, Michel. *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyrights, Patents, Trade-marks*, 2<sup>ème</sup> édition, Toronto, Irwin Law, 2011.
- Velásquez, Germán et Correa, Carlos. *L'accès aux médicaments : entre le droit à la santé et les nouvelles règles du commerce international*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- Velásquez, Germán et Seuba, Xavier. *Repenser la santé mondiale : une convention obligatoire pour la R-D de produits pharmaceutiques*, (Document de recherche n° 42), Genève, Centre Sud, décembre 2011.
- Verhoeven, Joe. *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- Villey, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 1990.
- Vivant, Michel, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Paris, Dalloz, 2004.
- Vivant, Michel, dir, *Protéger les inventions de demain : biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, Paris, La documentation française, coll. « Propriété intellectuelle », 2003.
- Vivant, Michel. *Le droit des brevets*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005.
- Vivant, Michel. *Le droit des brevets*, Paris, Dalloz, 1997.
- Vuillermoz, Andrée. *La filière des contrats internationaux de transfert de technologie*, 2<sup>ème</sup> éd., Québec, Les Publications du Québec, 1995.
- Waage, Eskil. *L'application de principes généraux de procédure en droit européen des brevets*, Paris, Litec, 2000.
- Warêgne, Jean-Marie. *L'organisation Mondiale du Commerce. Règles de fonctionnement et enjeux économiques*, Bruxelles, Centre de Recherche et d'Information Socio-politique, 2000.
- Weber, Max. *Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Paris, Gallimard, 1991.
- Wegner, Harold C., *Patent Law in Biotechnology, Chemicals and Pharmaceuticals*, 2<sup>ème</sup> éd., New York, Stockton Pr, 1994.

- Woelffel, Sandrine. *État-Nation ou État mondial?*, Strasbourg, Éditions HIRLÉ, 2008.
- Zhang, Shu. *De l'OMPI au GATT : la protection internationale des droits de propriété intellectuelle : évolution et actualité*, Paris, Litec, 1994.
- Ziegler, Andreas R., *Introduction au droit international public*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne, Stämpfli Éditions, 2011.

## 5. Doctrine : articles et communications scientifiques

- Abecassis, Alexandre. « Critère d'évidence : la Cour suprême des États-Unis met la pédale douce » (2007) 19 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 1129.
- Abecassis, Philippe et Coutinet, Nathalie. « Caractéristiques du marché des médicaments et stratégies des firmes pharmaceutiques » (2008) 1 : 7 Horizons stratégiques, Paris, La documentation française, 111.
- Acocella, Carla. « Droit punitif et valeur de certitude. Le cas de la clémence dans le cadre du droit de la concurrence » (2013) 1 Revue de droit international et de droit comparé 7.
- Adcock, Mike. « Biotechnology and Intellectual Property Rights in UK », Communication, Université Internationale d'été sur Biotechnology and intellectual property: linking law, business and science, Giessen (Allemagne), 1<sup>er</sup> août, 2011.
- Afori, Orit Fischman. « Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law » (2009) 25:2 Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal 275
- Amato, Salvatore. « Rien qui soit : présences juridiques de l'immatériel » (1999) 43 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 45.
- Arbour, Marie-Ève et Lacroix, Mariève. « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit » (2009-2010) 40 Revue de droit de l'Université de Sherbrooke 231.
- Arcuri, Alexandra et Castro, Rosa. «How Innovative is Innovative Enough? Reflections on the Interpretation of Article 27 TRIPS from Novartis v. Union of India» (2008) 52 Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper 1.

- Azzaria, Georges. « L'avare et l'intangible : à propos du téléchargement d'œuvres » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 139.
- Azzaria, Georges. « Les brevets pharmaceutiques et l'accès aux médicaments » dans Christian Deblock, dir, *L'organisation mondiale du commerce. Où s'en va la mondialisation?*, Québec, éd. FIDES, 2002, 243.
- Azzaria, Georges. « Les compositeurs kleptomanes face au droit d'auteur » (2009) 21 : 2 *Les Cahiers de la propriété intellectuelle* 337.
- Bagley, Margo A., « The New Invention Creation Activity Boundary in Patent law » (2009) 51: 2 *William and Mary Law Review* 577. En ligne: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1471986](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1471986).
- Bardhele, Heinz. « Théorie des équivalents et harmonisation du droit des brevets » (1993) 49 *Revue du droit de la propriété intellectuelle* 22.
- Barrett, Margreth. « The United States' Doctrine of Exhaustion: Parallel Imports of Patented Goods » (2000) 27:5 *Northern Kentucky Law Review* 910.
- Barros, Pita et Martinez-Giralt, Xavier. « On International Cost-sharing of Pharmaceutical R&D » (2008) 8:4 *International Journal of Health Care Finance and Economics* 301.
- Baudouin, Jean-Louis. « Rapport de synthèse, Congrès de l'association Henri Capitant 2009 » (2009) 40 : 1-2 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 365.
- Baumgartner, Christoph. «Exclusion by Inclusion? On Difficulties with Regard to an Effective Ethical Assessment of Patenting in the Field of Agricultural Bio-Technology » (2006) 19:6 *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 521. En ligne: <http://www.springerlink.com/content/d441447t8282p474>.
- Beaulac, Stéphane. « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont liés par le droit international » (2004) 38 *RJT* 359.
- Béchamp, Antoine, « Lettres sur la chimie adressées à M. le Professeur COURTY » (1930) 8-9 *Montpellier Médical* 340.

- Bérard, Céline. « Les démarches participatives en matière de politiques publiques : le cas de la propriété intellectuelle des innovations biotechnologiques » (2013) 30 : 1 Politiques et management public 51
- Berber, Myriam. « Coup de pouce aux biotechnologies », *RFI*, 26/10/2009. En ligne : [http://www.rfi.fr/actufr/articles/118/article\\_86010.asp](http://www.rfi.fr/actufr/articles/118/article_86010.asp).
- Bernhardt, Jeffery et Fox, James. « Gene Sequences Are Still Patentable: The Federal Circuit Decides the *Myriad Genetics* case » (2012) 12: 2 Bio-science Law review 45.
- Bernier, Marc-François. « Les sources anonymes des journalistes et le droit du public à une information de qualité » dans Karim Benyekhlef, dir, *Les secrets du droit*, Montréal, Thémis, 2014, 51.
- Binet, Jean-René et al., « Éthique et droit du vivant » (2013) 46 *Revue générale de droit médical* 151.
- Binet, Jean-René. « Recherche sur l'embryon : la science rattrapée par la loi » (2010) 42 : 2 *Sociologie et sociétés* 91.
- Bisseuil, Guillaume et al., « Chronique de jurisprudence. Chronique commentée des décisions de l'Organe de Règlement des Différends (juin 2010 – novembre 2011) » (2012) 2 *RIDE* 161.
- Boidin, Bruno et Lesaffre, Lucie. « L'accès des pays pauvres aux médicaments et la propriété intellectuelle : quel apport des partenariats multiacteurs? » (2010) 3 *RIDE* 325.
- Bombelles, Thomas. « Propriété intellectuelle et questions de politique publique » (2009) 5 *Magazine de l'OMPI* 2.
- Bonadio, Enrico. « Parallel imports in a global market: should a generalised international exhaustion be the next step? » (2011) 33:3 *European intellectual property review* 153.
- Bonju, André. « Notions juridiques essentielles concernant les brevets d'invention » (août 1961) 116 *Cahiers de l'Institut de science économiques appliquée* 47.
- Bouchard, Charline et Serres, Diane. « Du livre papier au livre numérique, les nouveaux défis de l'industrie face aux gros joueurs de l'Internet : les mécanismes de la concurrence et de la

régulation du prix du livre », conférence de formation du Centre d'Étude en Droit Économique, Faculté de Droit, Université Laval, 24 novembre 2010.

- Bouchard, Charlaïne. « Les mécanismes de la concurrence et la régulation du prix du livre » (2013) 115:2 La revue du notariat 229.
- Bourassa Forcier, Mélanie. « Les contrats : véritables vecteurs d'innovation dans le secteur pharmaceutique? » (2011) 23 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 699.
- Bourassa Forcier, Mélanie. « Négociations de libre- échange Canada – Union européenne : une limite à la gouvernance souveraine en matière de brevets pharmaceutiques » (2011) 41 Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 554.
- Boy, Laurence. « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence » (2005) 1 RIDE 27.
- Boy, Laurence. « Propos conclusifs » (2012) 4 RIDE 99.
- Brameret, Sébastien. « La valorisation ne peut pas se faire au détriment de la concurrence » (2014) 41 Revue Lamy de la Concurrence 32.
- Burda, Julien. « Les fonctions de la démarche interprétative dans le cadre de l'Organisation mondiale du Commerce » (2008) 21 : 2 RQDI 1.
- Buydens, Mireille. « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique » (2006) XX : 4 RIDE 433.
- Byk, Christian. « La place du droit à la protection de la santé au regard du droit constitutionnel français » (2001) 31 Revue générale de droit 327.
- Byk, Christian. « Progrès scientifiques et droits de l'Homme : la rupture? » (2003) 54 Revue trimestrielle des droits de l'Homme 363.
- Cantin, Amélie, Duquette, Pierre et Fortin, Pierre-Alexandre. « Adapter le contrat d'emploi aux PME de la nouvelle économie » (2001) 5 Revue juridique des étudiants(es) de l'Université Laval 1.

- Casalonga, Axel et Dossmann, Gerard. « Patent Protection of the therapeutic use and pharmaceutical product » (1988) 70 Journal of the Patent and Trademark Office Society 173.
- Cassier, Maurice et Correa, Marilena. « Brevets de médicament, lutte pour l'accès et intérêt public au Brésil et en Inde » (2010) 2 : 32 Innovations 109.
- Cassier, Maurice. « L'expansion du capitalisme dans le domaine du vivant: droits de propriété intellectuelle et marchés de la science, de la matière biologique et de la santé » (2003) 2 : 34 Actuel Marx, Presses universitaires de France, 63.
- Castleton, Edward. « L'infréquentable Pierre-Joseph Prudhon » dans *Le monde diplomatique*, janvier 2009
- Champaud, Claude. « Régulation et droit économique » (2002) 1 RIDE 23.
- Chatry, Sylvain. « Le concours de droits de propriété intellectuelle. Essai d'une théorie générale » (2012) 42 Propriétés intellectuelles 119.
- Chemtob-Concé, Marie-Cathérine. « Accès aux médicaments essentiels des pays en développement et respect du droit des brevets : un changement de position en faveur du droit à la santé » (22 décembre 2004) 357 Gazette du Palais, Doctrine, 3691.
- Chemtob-Concé, Marie-Catherine. « Brevets pharmaceutiques et santé publique des pays en développement » (janv.-fév. 2005) 70 Médecine & Droit 23.
- Chevalier, Michel. « Les brevets d'invention, contraires à la liberté et du travail » (mai 1878) Journal des économistes 169.
- Chiappini, Philippe. « Le droit et le sacré » dans Karim Benyekhlef, dir, *Les cultures du droit*, Montréal, Thémis, 2012, 35.
- Ciotola, Pierre. « Chronique de jurisprudence. Jurisprudence en droit des sûretés : épizootique ou épisodique ? Réactions contaminées ou réfléchies ? » (2002) 104 La Revue du notariat, Montréal, 85.
- Cockburn, Iain M. et Henderson, Rebecca M., « Publicly Funded Science and the Productivity of the Pharmaceutical Industry »



dans Adam B. Jaffe, Josh Lerner et Scott Stern, eds, *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 1, Massachusetts, The Massachusetts Institute of Technology Press, 2001, 1.

- Coppens, Philippe. « Les fonctions du droit dans une économie globalisée » (2012) 3 RIDE 269.
- Coriat, Benjamin et Orsi, Fabienne. « Brevets pharmaceutiques, génériques et santé publique : le cas de l'accès aux traitements antirétroviraux » (2003) 12 : 1 Revue de l'Institut d'Économie Publique 153.
- Cristol, Danièle. « Le droit à la protection de la santé face aux exigences de maîtrise des dépenses » dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2000, 103.
- D'Iorio, Hélène. « Pharmaceutical Patents – Useful or Not? The Evolution of the Doctrine of the Promise » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2013, 69.
- Danzon, Patricia M. et Towse, Adrian. « Differential Pricing for Pharmaceuticals: Reconciling Access, R&D and Patents » (2003) 3 International Journal of Health Care Finance and Economics 183.
- David, Paul A., « The Evolution of Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb », communication présentée au Congrès de l'Association Internationale Économique, Moscou, août 1992.
- Debarge, Olivier. « La distribution au détail du médicament au sein de l'Union européenne : un croisement entre santé et commerce. La délimitation des règles appliquées à l'exploitation des officines » (2011) 2 RIDE 193.
- Debuyst, Christian. « Raison, communication et délinquance. La notion d'homme raisonnable et sa complexité chez Condillac » (1992) 37 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 229.
- Decocq, Georges. « Regard sur le droit des abus de position dominante – Droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », 45 p. En ligne : [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2006/AFEC\\_regards\\_droit\\_abus\\_position\\_dominante\\_de\\_cocq.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/AFEC_regards_droit_abus_position_dominante_de_cocq.pdf).

- Delage, Jean-Nicolas et Levasseur, Marie-Christine. « Normes internationales et pools de brevets : terrain miné ou mine d'or? » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, 2008, 33.
- Delage, Jean-Nicolas, Dufour, Lucie et Lapalme, Joanie. « Les pools de brevets dans l'industrie biopharmaceutique : la pertinence d'une utilisation ciblée » (2010) 22 : 2 *Les cahiers de la propriété intellectuelle* 219.
- Delas, Olivier et Robichaud, Myriam. « Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien : préoccupations légitimes ou alibis? » (2008) 21.1 *RQDI* 1.
- Delcourt, Diane. « L'Europe de la santé à l'épreuve des médicaments orphelins : entre éthique, santé publique et compétitivité économique » (2006) 5 *Les Cahiers de droit de la santé du Sud-Est*, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1.
- Demeulenaere-Douyère, Christiane. « Inventeurs en Révolution : la Société des inventions et découvertes » (17 juin 2009) 17 *Documents pour l'histoire des techniques* 19. En ligne : <http://dht.revues.org/483>.
- Derzko, Natalie M., « In Search of a Compromised Solution to the Problem Arising From Patenting Biomedical Research Tools » (2003-2004) 20 *Santa Clara Computer & High Tech Law Journal* 347.
- Deschênes, Mylène. « Le suivi de l'éthique des projets de recherche en génétique » (2004) 35 : 1 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 188.
- Devin, Guillaume. « Les États-Unis et l'avenir du multilatéralisme » (2003) 51 *Cultures et Conflits* 157.
- Dinwoodie, Graeme B., « Developing a Private International Intellectual Property Law: The Demise of Territoriality » (2009) 51 *William and Mary Law Review*, 711.
- Donnelly, Darren E., « Parallel Trade and International Harmonization of the Exhaustion of Rights Doctrine » (1997) 13 *Santa Clara computer & High Tech Law Journal* 445.

- Dr Adam, Mohamed Ibrahim M., « Remarks about the TRIPS Agreement with Particular Reference to Compulsory License » (2005) pp 1-37. En ligne : <http://adamiprlawfirm.com/index.php?link=publications>.
- Dr Grund, Martin et Dr Farmer, Stacey J., « Brüstle v. Greenpeace: The End of the Road for Human Embryonic Stem Cell Patents » (2012) 12:2 Bio-science Law Review 39.
- Drapeau, Daniel S., « Marchandises d'importation parallèle : une Cour suprême divisée » (2008) 20 : 1 Les cahiers de la propriété intellectuelle 183.
- Druez-Marie, Cathérine et Stérin, Véronique. « La propriété intellectuelle : un enjeu pour pénétrer le marché américain » (2009) Documentation française, 64. En ligne : [http://www.irpi.ccip.fr/pages/index.asp?ID\\_ARBO=36&ref\\_page=436](http://www.irpi.ccip.fr/pages/index.asp?ID_ARBO=36&ref_page=436).
- Dufour, Alfred. « De l'école du droit naturel à l'école du droit historique : étude critique pour le bicentenaire de la naissance de Savigny » (1981) 26 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1981, 303.
- Elliott, Richard et al., « Recourir au droit pour améliorer l'accès au traitement » (2002) 7 : 2-3 Revue canadienne VIH/sida et droit 1. En ligne : <http://www.lexisnexis.com/ca/legal/search/commentarysubmitForm.do>.
- Ellis, Ridsdale. « Validity of Doctrine that a Full Exclusive Licence Is in Fact an Assignment » (1954) 36: 9 Journal of the Patent Office Society 643.
- Ferrier, Nicolas et Sautonie-Laguionie, Laura. « La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau » (avril/juin 2011) 2 Rev. Trim. Dr. Civ. 225.
- Floyd, Christopher. « Nicholas Pumfrey – A Patent Lawyer's Appreciation » dans Hugh C. Hansen, éd, *Intellectual Property Law and Policy*, Vol. 11, Portland, Hart Publishing, 2010, xvii.
- Fransworth, E. Allan. « L'américanisation du droit – Mythes ou réalités » (2001) 45 Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 21.

- Freund, Julien. « Michel Villey et le renouveau de la philosophie du droit » (1992) 37 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 5.
- Frison-Roche, Marie-Anne. « Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés » (2002) 1 RIDE 67.
- Galloux, Jean-Christophe. « La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie : l'expérience nord-américaine » (1992) 23 Revue de droit de l'Université de Sherbrooke 117.
- Galloux, Jean-Christophe. « Le brevet européen à effet unitaire : greffe et chimère » (2012) 43 Propriétés intellectuelles 193.
- Galloux, Jean-Christophe. « Le droit des brevets à l'aube du 3<sup>ème</sup> millénaire » (2000) JCP I-195.
- Gallus, Nick. « The Mystery of Pharmaceutical Parallel Trade and Developing Countries » (2004) 7: 4 The Journal of World Intellectual Property 169.
- Galvez-Behar, Gabriel. « Controverses et paradoxes dans l'Europe des brevets au XIX<sup>e</sup> siècle » (2010) Innovations, réglementations et transferts de technologie en Europe du Nord-ouest aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, Villeneuve d'Ascq, France, 1. En ligne : [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/56/80/16/PDF/COMGGB\\_20110221.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/56/80/16/PDF/COMGGB_20110221.pdf).
- Gaumont-Prat, Hélène. « Banques d'A.D.N. humain et protection individuelle » (2002) 29 Revue générale de droit médical 191.
- Gauthier, Lucie. « Quelques observations sur le pool de brevets et le droit de la concurrence » (2007) 19 : 1 Les cahiers de la propriété intellectuelle 103.
- Ghafele, Roya et Taubman, Antony. « L'innovation biomédicale en Jordanie et en Indonésie » (2007) 2 Magazine de l'OMPI 19.
- Godnick, Karen. « Profitability versus the Public Interest: Is International Patent Law Hindering Third World Countries Access to HIV/AIDS Medications? » (2006-2007) 86: 10 Richmond Journal of Law and the Public Interest 85.
- Gold, E. Richard, Joly, Yann et Caulfield, Timothy. « Genetic Research Tools, the Research Exception and Open Science »

(2005) III: 2 *GenEdit* 1. En ligne :  
<http://www.cipp.mcgill.ca/data/publications/00000040.pdf>.

- Goldschmidt, Victor. « Les renversements du concept d'égalité, des Anciens aux Modernes » (1972) XVII Archives de philosophie de droit, Paris, Sirey, 299.
- Goldstein, E. Ernest. « L'incidence du droit antitrust sur les accords internationaux de licence de brevets et de know-how et sur les échanges transatlantiques » dans Homer G. Angelo et Michel Waelbroeck, dir, *Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1986, 149.
- Gosseries, Axel. « Émissions historiques et *free-riding* » (2003) 47 Annales de philosophie de droit, Paris, Dalloz, 301.
- Gutmann, Daniel. « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique » (1999) 43 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 65.
- Hagglund, Ryan. « Patentability of Human-animal Chimeras » (2008-2009) 51 Santa Clara Computer & High Tech Law Journal 51.
- Hakimian, Rina et Korn, David. « Ownership and Use of Tissue Specimens for Research » (24 novembre 2004) 292: 20 Health Law and Ethics 2500.
- Halewood, Michael. « Regulating Patent Holders: Local Working Requirement and Compulsory Licences at International Law » (1997) 35 Osgoode Hall Law Journal 243.
- Hantman, Ronald D., « Doctrine of Equivalent » (août 1988) 70: 8 Journal of the Patent and Trademark Office Society 511.
- Hattenbach, Ben. « GATT, TRIPS and the small American inventor: An evaluation of the effort to preserve domestic technological innovation » (1995) 10: 61 Intellectual property Journal 61.
- Hermitte, Marie-Angèle. « Le corps hors du commerce, hors du marché » (1988) 33 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 323.

- Hermitte, Marie-Angèle. « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation : l'exemple des droits intellectuels » (1985) 30 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 331.
- Hesler, Nicole Duval. « L'influence du droit international sur la Cour d'appel du Québec » (2013) 54 C de D 177.
- Hilty, Reto M., « La constitution économique européenne et la propriété intellectuelle » (2011) XXV : 4 RIDE 481.
- Hilty, Reto M., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle : problème et perspectives. Introduction » (2006) 4 RIDE 353.
- Ho, Cynthia M. et Weilbaecher, Ann. « Patents versus Patients: Must We Choose? » (2009) 18: 2 Annals of Health Law: the Health policy and Law Review of Loyola University Chicago School of Law, i.
- Hovenkamp, Herbert. « Post-sale Restraints and Competitive Harm: The First Sale Doctrine in Perspective » (2011) 66: 3 New York University Annual Survey of American Law 487.
- Huang, Peter H., « Emotional Reactions to Law and Economics, Market Metaphors, and Rationality Rhetoric » dans Mark D. White, *Theoretical Foundations of Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 163.
- Hudon, Raymond. « Lobbying et politiques publiques » dans Stéphane Paquin, Luc Bernier et Guy Lachapelle, dir, *L'analyse des politiques publiques*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2010, 193.
- Hughes, Justin. « The philosophy of Intellectual Property » dans Christopher May, ed, *The political Economy of Intellectual Property Rights*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar Publishing Inc., 2010, 287.
- Husson, Léon. « Analyse critique de la méthode de l'exégèse » (1972) XVII Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 115.
- Hutchison, Cameron. « Over 5 Billion Not Served: The TRIPS Compulsory Licence Export Restriction » (2008) 5: 1 & 2 University of Ottawa Law & Technology journal 43.

- Jewell, Catherine et Wunsch-Vincent, Sacha. «Indice mondial 2014 de l'innovation: le facteur humain dans l'innovation» (2014) 4 Magazine de l'OMPI 2
- Jewell, Catherine. « Création d'un écosystème de l'innovation en Afrique du Sud » (2012) 5 Magazine de l'OMPI 13.
- Jewell, Catherine. « Des Bacteries pour administrer des traitements » (2014) Magazine de l'OMPI 7.
- Jewell, Cathérine. « Une concession de licences novatrice élargit l'accès aux traitements contre le VIH » (2012) 6 Magazine de l'OMPI 17.
- Jodoin, Nathalie. « Nouveauté, activité inventive et utilité en matière de brevet » (1999-2000) 12 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 663.
- Joly, Yann. « Biotechnologies et brevets : le cas de la pharmacogénomique » (Été - Automne 2005) 10 : 2 Lex Electronica 1.
- Kalinowski, Georges. « Loi juridique et loi logique : contribution à la sémantique de la loi juridique » (1980) 25 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 123.
- Kallay, Dina. « Antitrust and intellectual property », communication, Université d'été de l'OMPI, Alexandria (VA, USA), 23 août, 2010.
- Katz, Ariel. «The First Sale Doctrine and the Economics of Post-Sale Restraints» (2014)1 Brigham Young University Law Review 55 / University of Toronto Working Paper series n° 2014-09.
- Kerr, Ian, Maurushat, Alana et Tacit, Christian S., « Mesures de protection technique : partie II – Protection juridique des MPT » (2002-2003) 15 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 805.
- Kieff, F. Scott. « The Case for Preferring Patent-validity Litigation over Second-Window Review and Gold-plated Patent: When One Size Doesn't fit all, How Could Two Do the Trick? » (2009) 157 University of Pennsylvania Law Review 1937. En ligne: <http://www.pennumbra.com/issues/pdfs/157-6/Kieff.pdf>.
- Kitsara, Irène. « Tour d'horizon des techniques de désalinisation » (2012) 3 Magazine de l'OMPI 31.

- Knight, Andrew W., « Multilatéralisme ascendant et descendant : deux voies dans la quête d'une gouverne globale » (1995) 26 : 4 *Études Internationales* 685.
- Koubi, Geneviève. « Le principe de neutralité des services publics : un principe corollaire à la modernité de l'État? » (novembre-décembre 1992) 270 *La Revue administrative* 492.
- Krikorian, Gaëlle P., « Les négociations sur le libre-échange pourraient nuire à votre santé » (décembre 2006) 11 : 2-3 *Revue VIH/sida droit et politiques* 1. En ligne : <http://www.lexisnexis.com/ca/legal/search/commentarysubmitForm.do>.
- l'Honorable Cameron, Edwin et Gupta, Alok. « L'accès mondial aux traitements: réussites et défis » (juillet 2002) 7 : 1 *Revue canadienne VIH/sida et droit* 1. En ligne : <http://www.lexisnexis.com/ca/legal/search/commentarysubmitForm.do>.
- Lamblin-Gourdin, Anne-Sophie. « Politique commerciale commune et protection juridique de l'innovation » (2010) 4 *RIDE* 441.
- Langlet, Marianne. « Accès aux génériques : état des lieux » dans *Cahier spécial, « La guerre des génériques : dérives et enjeux »* (janv.-fév. 2006) 182 *Journal du SIDA, I*.
- Lanthier, Michael et al., « An Improved Approach To Measuring Drug Innovation Finds Steady Rates Of First-In-Class Pharmaceuticals, 1987-2011 » (août 2013) 32 : 8 *Health Affairs* 1433.
- Lapointe, Serge. « L'histoire des brevets » (1999-2000) 12 : 3 *Les cahiers de la propriété intellectuelle* 635.
- Larrère, Cathérine. « Droit naturel et physiocratie » (1992) 37 *Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey*, 69.
- Larson, Ronald E., « Balancing the Competing Policies Underlying the Doctrine of Equivalents in Patent Law » (1993) 21: 1 *AIPLA Quarterly Journal* 1.
- Lemley, Mark A. et Shapiro, Carl. « Probabilistic Patents » (2005) 19:2 *Journal of Economic Perspectives* 75.



- Lentzen, Hans. « Drug Development : A Case Study », communication, Université d'été sur les biotechnologies et la propriété intellectuelle, Justus-Liebig University, Giessen (Allemagne), août 2011.
- Letendre, Martin et Lanctôt, Sébastien. « Le cadre juridique régissant la relation entre le chercheur et le sujet de recherche : la sécurité conférée par le droit canadien et le droit québécois est-elle illusoire ? » (décembre 2007) 48 : 4 Les cahiers de droit 543.
- Letourneau, Philippe. « Idée et responsabilité civile » (1998) XLVI Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse 199.
- Lévêque, François. « Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire? » (2004) 1 Revue des droits de la concurrence 1.
- Ligneau, Philippe. « Le droit à la santé à l'épreuve du droit » dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2000, 147.
- Liotard, Isabelle. « Persistance et intensité des conflits entre normalisation et propriété intellectuelle : les enseignements de la 3<sup>e</sup> génération du téléphone mobile » (2008) 1 RIDE 47.
- Luchaire, Julien. « Principes de la coopération intellectuelle internationale » dans *Académie de droit international, Recueil des cours*, t. 9, Paris, Librairie Hachette, 1925, 311.
- Machlup, Fritz et Penrose, Edith. « The patent Controversy in the Nineteenth Century » (mai 1950) 10: 1 The Journal of Economist History 1.
- Mahiou, Ahmed. « Du droit économique au nouvel ordre économique international : quelques réflexions » (2013) 4 RIDE 523.
- Mansfield, Edwin. « Patents and Innovation: An Empirical Study » (février 1986) 32: 2 Management Science 173. En ligne : [http://www.lu.se/upload/CIRCLE/INN005/Mansfield\\_Patents\\_and\\_Innovation.pdf](http://www.lu.se/upload/CIRCLE/INN005/Mansfield_Patents_and_Innovation.pdf).
- Markham, Wesley D., « Is Best Mode the Worst? Dueling Arguments, Empirical Analysis, and Recommendations for Reform » (2011) 51: 1 The Intellectual Property Law Review 129.
- Mascret, Caroline. « Licences obligatoires de médicaments pour les pays connaissant des problèmes de santé publique : mythe ou

réalité juridiques ? » (sept.-oct. 2011) 2011 : 110 Médecine et Droit 211.

- Maskus, Keith E., « Parallel Imports in Pharmaceuticals: Implications for Competition and Prices in Developing Countries » dans The World Bank, *World Development Indicators 2000*; OECD, *Main Economic Indicators May 2000*, Final report to World Intellectual Property Organization, avril 2001.
- Matile, George A., « Correspondance » (1869) T1 Revue de droit international et de législation comparée 310.
- Matthews, Duncan. « WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on TRIPS Agreement and Public Health: A Solution to the Access to Essential Medicines Problem? » (2004) 7: 1 Journal of International Economic Law 73.
- Mazumdar-Shaw, Kiran. « Portraits d'innovateurs : naissance de la biotechnologie à Bangalore » (2005) 5 Magazine de l'OMPI 2. En ligne : [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/fr/2005/05/article\\_0001.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2005/05/article_0001.html).
- Mikus, Jean-Philippe. « Chauvechement de droits en propriété intellectuelle – Première partie : le rodéo du droit des brevets et des marques de commerce » (2001-2002) 14 : 1 Les cahiers de la propriété intellectuelle 311.
- Millaire, Nicolas. « L'embryon exclu de la brevetabilité » (janvier 2012) 45 Revue Droit & Santé 117.
- Mimura, Carol, Cheng, Julie et Penhoet, Braden. «Socially Responsible Licensing, Euclidean Innovation, and the Valley of Death» (2011)5:1 Stanford Journal of Law, Science and Policy 1.
- Mimura, Carol. «Nuanced Management of IP Rights: Shaping Industry-University Relationships to Promote Social Impact» dans Rochelle C. Dreyfuss, Harry First et Diane L. Zimmerman, *Working within the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 269.
- Mimura, Carol. «Technology Licensing for the Benefit of the Developing World: UC Berkeley's Social Responsible Licensing Program» (2006) XVIII: 2 Journal of the Association of University Technologists 15.

- Mintzes, Barbara et Baraldi, Rosanna. « La publicité directe aux consommateurs des médicaments d'ordonnance: quand la protection de la santé n'est plus une priorité ». En ligne : [http://www.whp-apsf.ca/fr/documents/pdmo\\_pr.html](http://www.whp-apsf.ca/fr/documents/pdmo_pr.html).
- Mireles, Michael S., « An Examination of Patents, Licensing, Research Tools, and the Tragedy of the Anticommons in Biotechnology Innovation » (2004) 38: 1 University of Michigan Journal of Law Reform 141.
- Mirza, Ahmed Nomman. « Green Biotechnology », Communication dans le cadre de l'Université internationale d'été sur la propriété intellectuelle et les biotechnologies : Aspects juridique, Commercial et scientifique, Justus-Liebig University, Giessen (Allemagne), 20 juillet 2011.
- Mizera, Adam. « Définir un critère d'inventivité pour les brevets : ce n'est pas évident » (2007) 19 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 1155.
- Moreau-Defarge, Philippe. « Le multilatéralisme et la fin de l'histoire ». En ligne : [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0104-MOREAU\\_DEFARGES-FR2-2pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0104-MOREAU_DEFARGES-FR2-2pdf).
- Morin, Jean Frédéric et Bourassa Forcier, Mélanie. « Pharmaceutical Patent Policy in Developing Countries: Learning from the Canadian Experience » dans Kenneth C. Shadlen, *Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health: Access to Drugs in Developing Countries*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar, 2011, 202.
- Mueller, Janice M., « No Dilettante Affair: Rethinking the Experimental Use Exception to Patent Infringement for Biomedical Research Tools » (2001) 76: 1 Washington Law Review 1.
- Musungu, Sisule F., « The Right to Health, Intellectual Property, and Competition Principles » dans Thomas Cottier, Joost Pauwelyn et Elisabeth Bürgi Bonanomi, eds, *Human Rights and International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 301.
- Mysicka, Robert. « Exclusion versus Control : The Competition Dimension of Intellectual Property Rights » (juin 2012) 28 : 1 Revue canadienne de propriété intellectuelle 109.

- Ng, Emily et Kohler, Jillian Clare. « Finding Flaws: The Limitations of Compulsory Licensing for Improving Access to Medicine – An International Comparison » (2008) 16 *Health Law Journal* 143.
- Nguyen, Tu Thanh, Groussot, Xavier et Minssen, Timo. « Refusal to Supply in the EU Pharmaceutical Sector under the Rule of Reason » dans Hans Henrik Lidgard, ed., *National Developments in the Intersection of IPR and Competition: from Maglite to Private Bay*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2011, 283.
- Nugent, Krisen. « Patenting Medical Devices: The Economic Implications of Ethically Motivated Reform » (2008) 17: 1 *Annals of Health Law: The Health Law Policy and Law Review of Loyola University Chicago School of Law* 135.
- Nugent, Krisen. « Patenting Medical Devices: The Economic Implications of Ethically Motivated Reform » (2008) 17: 1 *Annals of Health Law: The Health Law Policy and Law Review of Loyola University Chicago School of Law* 135.
- Oddi, A. Samuel. « Plagues, Pandemics, and Patent: Legality and Morality » (2011) 51: 1 *The Intellectual Property Law Review* 1.
- Oppetit, Bruno. « Droit et économie » (1992) 37 *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 17.
- Pâques, Michel. « Le principe de précaution en droit administratif » dans et Katharina Boele-Woelki et Sjef Van Erp, dir, *Rapports généraux du XVII<sup>ème</sup> congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 809.
- Passa, Jérôme. « Les rapports du droit de la propriété intellectuelle et du droit commun douanier : influences réciproques » dans Jean-Michel Bruguière, dir, *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Paris, Dalloz, 2009, 67.
- Payette, Louis. « Les sûretés et la propriété intellectuelle » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents de la propriété intellectuelle*, Vol. 177, Cowansville, Yvon Blais, 2002, 1.
- Philippot, Alice. « Le droit face aux catastrophes sanitaires : l'affaire du Distilbène, épilogue? » (mars 2013) 46 *Revue générale de droit médical* 93.

- Picard, Edmond. « Embryologie juridique – nouvelle classification des droits » (1883) 10 Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée 565.
- Pinson, Monique. « Le brevet dans l'économie » (août 1961) 116 Cahiers de l'institut de science économique appliquée 97.
- Pinson, Monique. « Le brevet, source d'information technique » (août 1961) 116 Cahiers de l'institut de science économique appliquée 127.
- Pitois, Thierry et Vivant, Michel. « La technique au cœur du brevet : un concept social évolutif » (1996) 32 Droit et société 117.
- Posner, Richard A., «Intellectual Property: The Law and Economics Approach» (2005) 19:2 Journal of Economic Perspectives 57.
- Poteat, Hannah G. « Consumers, Licensors, and Digital Media: An Advisory Approach », Communication au 27th Annual Intellectual Property Law Conference, American Bar Association, Section of Intellectual Property Law, March 28-30, 2011, Arlington, Virginia, pp. 1-19.
- Pousson, Alain. « Médecine du travail, éthique et droit » (1998) XLVI Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse 45.
- Pruzin, Daniel. « US Official Warns Patent Holders May Abandon WIPO » (2011) 25: 2 World Intellectual Property Report 21.
- Purkayastha, Prabir et Sengupta, Amit. « Replacer les besoins humains au cœur de la science » dans Association Vecam, *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance : Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXI<sup>e</sup> siècle*, Caen, C&F éd., 2011, 55.
- Racine, Jean-Baptiste. « Droit économique et lois de police » (2010) 1 RIDE 61.
- Rai, Arti K. « Intellectual Property Rights in the Biotechnology : Addressing New Technology » dans Arti K. Rai, ed, *Intellectual Property and Biotechnology*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, 285

- Rapoport, Cécile. « L'opposabilité des droits-créances constitutionnels en droit public français », pp. 1-19. En ligne : <http://www.afdc.fr/congresParis/comC8/RapoportTXT.pdf>.
- Remiche, Bernard et Cassiers, Vincent. « Lutte anti-contrefaçon et transferts de technologies Nord-Sud : un véritable enjeu » (2009) XXIII : 3 RIDE 277.
- Remiche, Bernard et Desterbecq, Hubert. « Les brevets pharmaceutiques dans les accords du GATT : l'enjeu ? » (1996) 7 : 1 RIDE 9.
- Remiche, Bernard. « Conclusions : le brevet pharmaceutique entre intérêts privés et publics : un équilibre impossible ? » (2000) 1 RIDE 197.
- Remiche, Bernard. « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets » (2002) XVI : 1 RIDE 83.
- Réseau women's health network, « Les implants mammaires provoquent des complications » dans Aleina Tweed, *Health Care Utilization among Women Who Have Undergone Breast Implant Surgery*. En ligne: <http://www.cwhn.ca/node/39987>.
- Robert, Michel. « Le droit international et le droit interne : perspectives d'avenir » dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *Race, femme, enfant, handicap : les conventions internationales et le droit interne à la lumière des enjeux pratiques du droit à l'égalité*, Montréal, Yvon Blais, 2010, 7.
- Rosa, Maryline et Orfila, Christian. « Le crédit d'impôt recherche ». En ligne : <http://www.seine-et-marne-invest.com/invest/aides/cir-credit-dimpot-recherche>.
- Sampat, Bhaven N., «The Bayh-Dole Model in Developing Countries: Reflections on the Indian Bill on Publicly Funded Intellectual Property» dans UNCTAD, *ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development*, Policy Brief n° 5, Genève, oct. 2009.
- Sanou, Tonssira Myriam. « L'agenda de l'OMPI pour le développement : vers une réforme de la propriété intellectuelle ? » (2009) 2 RIDE 175.

- Scassa, Terasa. «Patents for Second Medical Indications and their Potential Impact on Pharmacare in Canada» (2001) 9 Health Law Journal 23-59.
- Scherer, Frederic Mike et Watal, Jayashree. « Post-Trips Options for Access to Patented Medicines in Developing Countries » dans OMS, Commission on Macroeconomics and Health (CMH), working paper, n° WG4: 1, juin 2001. En ligne: <http://www.icrier.org/pdf/jayawatal%20.pdf>
- Scherer, Frederic Mike. « Pricing, Profits and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry » (1993) 7: 3 Journal of Economic Perspectives 97.
- Schmitt, Philippe. « L'oxymore de la propriété industrielle : le certificat complémentaire de protection à durée négative » (2012) 44 Propriétés intellectuelles 317.
- Schwarz-Libermann von Wahlendorf, H.A., « Les notions de right reason et de reasonable man en droit anglais » (1978) 23 Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 43.
- Shapiro, Carl. « Navigating the Patent Thicket : Cross-Licenses, Patent Pools and Standard-Setting » dans Adam Jaffe, Josh Lerner et Scott Stern, eds, *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 1, Cambridge, Massachusetts Institute of Technology Press, 2001, 119. En ligne: <http://www.nber.org/chapters/c10778.pdf>.
- Sicheelman, Ted. « Taking Commercialisation Seriously » (2011) 33: 4 European Intellectual Property Review 200.
- Siebrasse, Norman. « HGS v. Lilly: How Soon Is Too Soon to Patent? » (2011) 24 : 1 Intellectual Property Journal 41.
- Siiriainen, Fabrice. « Propriété intellectuelle et concurrence : problématique de la convergence » dans Jean-Michel Bruguière, dir, *La propriété intellectuelle, entre autres droits*, Paris, Dalloz, 2009, 31.
- Siprut, Joseph J., « Are Ideas Really Free As the Air? Recent Developments in the Law of Ideas » (2011) 51: 1 The Intellectual Property Law Review 111.
- Sirilli, Giogio. « Patents and Inventors: An Emprical Study » (1987) 16 Research policy 157.

- Smith, Henry E., « Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information » (2007) 116 *The Yale Law Journal* 1742. En ligne: [www.yalelawjournal.org/images/pdfs/567.pdf](http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/567.pdf).
- Smith, Margaret. « Les produits pharmaceutiques et la protection accordée par brevet ». En ligne : <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp354-f.htm>.
- Stack, Alexander. « International Patent Law: Cooperation, Harmonization and Institutional Analysis of WIPO and the WTO » (2012) 12: 2 *Bio-science Law Review* 79.
- Stein, Arthur A., « Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic world » dans Stephen D. Krasner, ed., *International Regimes*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1983, 115.
- Steiner, Philippe. « Les revues économiques de langue française au XVIII<sup>ème</sup> siècle (1751-1776) » dans Luc Marco, *Les revues d'économie en France : genèse et actualité, 1751-1994*, Paris, L'Harmattan, 1996, 33.
- Strowel, Alain. « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit autour de Bentham et Posner » (1992) 37 *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 143.
- Sueur, Jean-Jacques. « Le marché du non-marchand. À propos de deux ouvrages récents » (2008) 4 *RIDE* 459.
- Tanaka, Kotaro. « Du droit international au droit mondial » dans *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, 547.
- Tardy, Maurice. « Bref historique des mesures proposées pour la protection de la propriété scientifique » (août 1961) 116 *Cahiers de l'institut de science économique appliquée* 75.
- Taxil, Bérangère. « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France » (2007) 59 : 1 *Revue internationale de droit comparé* 157.
- Thompson, William S., « Reforming the Patent System for the 21st Century » (1993) 21 *AIPLA Quarterly Journal* 171.
- Thouvenin, Jean-Marc. « Le délai raisonnable » dans Société française pour le droit international, *Le droit international et le temps*, Paris, A. Pedone, 2001, 109.



- Tinoco, Karlo Fonseca. « Les licences autoritaires de brevet en droit français et en droit brésilien » dans Michel Storck, Gustavo Viera da Costa Cerquiera et Thales Morais da Costa, dir, *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien – Études de droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2010, 251.
- Touroude, Magali et Cercle, Marie. « L'invention de mission ouvrant droit à une rémunération supplémentaire des inventeurs salariés » (29-31 mars 2009) 5 Gazette de la propriété industrielle 30.
- Tuori, Kaarlo. « Vers une théorie du droit transnational » (2013) XXVII : 1 RIDE 9.
- Usui, Mikoto. « Les entreprises transnationales et le développement international : une nouvelle optique dans le cadre de la coopération industrielle et technologique » (1976) 17 : 65 Tiers-Monde 81.
- Vanuxem, Sarah. « La tentative PIPRA (Public Intellectual Property Resource for Agriculture): un commune en propriété intellectuelle sur les biotechnologies agricoles? » (2014) 2 RIDE 235.
- Varella, Marcelo D., « POINT DE VUE. L'organisation mondiale du commerce, les brevets, les médicaments et le rapport nord-sud : un point de vue du sud » (2004) XVIII : 1 RIDE 79.
- Vaver, David. « Sprucing up Patent Law » (déc. 2010) 23:2 Intellectual Property Journal 63.
- Verville, Sophie. « La notion d'épuisement des droits : évolution et rôle actuel en commerce international » (2006) 18 : 3 Les cahiers de la propriété intellectuelle 549.
- Vivant, Michel. « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle » (2006) 4 RIDE 361.
- Vivant, Michel. « Objet juridique, objet social. Réflexion sur la propriété intellectuelle » (2012) 43 Propriétés intellectuelles 269.
- Wakely, Jenny. « Compulsory licensing under TRIPS: An Effective Tool to Increase Access to Medicines in Developing and Least Developed Countries? » (2011) 33: 5 European Intellectual Property Review 299.

- Warêgne, Jean-Marie. « L'OMC et la santé publique. L'après Doha » (2003) 25 : 1810 *Courrier hebdomadaire du CRISP* 5.
- Watt, Horatia Muir. « La fonction économique du droit international privé » (2010) 1 *RIDE* 103.
- Webster, Thomas. « Report on the International Patent Congress », dans *Library of Princetown University, Reports on Vienna Universal Exhibition of 1873*.
- Wechsler, Andrea. « Criminal Enforcement of Intellectual Property Law: An Economic Approach » dans Christophe Geiger, ed, *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd., 2012, 128.
- Williams, Ako Shimada. « International Exhaustion of Patent Rights Doctrine: Is Japan's Move a Step Forward or Back from the Current Harmonization Effort? » (1998) 7 : 3 *Journal of International Law and Practice* 327.
- Wintgens, Luc J., « Les possibilités et les limites du langage libéral » (1992) 37 *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 205.
- Witmeur, Renaud. « L'article XX A) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international » (2012) 3 *RIDE* 237.
- Yu, Peter K., « The Global Governance of HIV/AIDS and the Rugged Road Ahead: An Epilogue » (2012) 3 *Drake University Legal Studies Research Paper* 1.
- Yu, Peter K., « Can the Canadian UGC Exception Be transplanted Abroad? » (2014) 26:2 *Revue de propriété intellectuelle* 175.
- Zhou, Han-Ru. « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile » (2001) *Revue du Barreau* 451.
- Zuniga, Pluvia et Wunsch-Vincent, Sacha. « La recherche financée par les pouvoirs publics : comment en tirer pleinement parti? » (2012) 3 *Magazine de l'OMPI* 35.

## 6. Documents gouvernementaux

### 6.1 Canada et Québec

- Bibliothèque et Archives Canada, *Les brevets d'invention et l'innovation au Canada*, 11 mai 2006. En ligne : <http://www.collectionscanada.gc.ca/innovations/023020-2600-f.html>.
- Canada, Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique, *Rapport de la commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique*, Ottawa, Centre d'édition du Gouvernement du Canada, 1985.
- Canada, Commission royale d'enquête sur les services de santé, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les services de santé*, Vol. 1, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964.
- Commission de Réforme du Droit du Canada, éd, *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain – Document de travail 61*, Ottawa, 1989.
- Commission de Réforme du Droit du Canada, éd, *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal – Document de travail 43*, Ministère des approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1985.
- Direction générale de la protection de la santé, *Directives de la direction des médicaments – Toxicologie au stade préclinique*, Ottawa, Santé et bien-être social Canada, juin 1981.
- Direction générale de la protection de la santé, *Directives de la direction des médicaments – Essais précliniques de toxicité*, Ottawa, Santé et bien-être social Canada, 1989.
- Marceau, Nicolas. *Discours sur le budget 2013-2014*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, novembre 2012.

### 6.2 Union européenne et France

- Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, Direction des médicaments en oncologie, hématologie, immunologie, néphrologie et Direction de la surveillance, *Rapport sur les médicaments biosimilaires – États des lieux*, Paris, Septembre 2013.

- Alain Claeys, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, Paris, 2001, n° 3502 Assemblée Nationale / n° 160 Sénat.
- Association nationale de la recherche et de la technologie, *Enquête sur le devenir professionnel des anciens doctorants ayant bénéficié du dispositif CIFRE, depuis sa création en 1981*, Synthèse des résultats, Paris, 1<sup>er</sup> avril 2009.
- Conseil d'État, *Rapport public 1999*, partie thématique « l'intérêt général », « Études et documents », Paris, La Documentation française, 1999, n° 50.

### 6.3 États-Unis d'Amérique

Food and Drug Administration Centre for Drug Evaluation and Research. *Improving Public Health through Human Drugs*, 2007. En ligne: <http://www.fda.gov/Drugs/DevelopmentApprovalProcess/HowDrugsareDevelopedandApproved/default.htm>.

## 7. Documents internationaux

- Chambre de Commerce Internationale, *Document n° 450/138*, octobre 1957
- OCDE, *Politique de concurrence et propriété intellectuelle*, Paris, Publications de l'OCDE, 1989.
- OEB, Service de recherche juridique des chambres de recours, *La jurisprudence des chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 4<sup>ème</sup> éd., Munich, Publications de l'OEB, déc. 2001.
- OMPI, *World Intellectual Property Report: The Changing Face of Innovation*, Genève, Publications de l'OMPI, 2011.
- OMS, *Assurer l'équilibre dans les politiques nationales relatives aux substances sous contrôle : orientation pour la disponibilité et l'accessibilité des médicaments sous contrôle*, Genève, OMS, 2011. En ligne : <http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s18050fr/s18050fr.pdf>.
- OMS, cinquante-quatrième Assemblée mondiale de la santé, *Stratégie pharmaceutique révisée* (n° A54/17), 10 avril 2001.

- OMS, *L'élément santé dans la protection des droits de l'homme face au progrès de la biologie et de la médecine*, Genève, Publications de l'OMS, 1976.
- OMS, *Le financement des services de santé*, Série de rapports techniques 625, Genève, Publications de l'OMS, 1978.
- OMS, *Rapport du Secrétariat sur les produits médicaux contrefaits*, 18 déc. 2008. En ligne : [http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/EB124/B124\\_14-fr.pdf](http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB124/B124_14-fr.pdf)
- OMS, *Strengthening Mechanisms to Prioritize, Coordinate, Finance, and Execute R&D to Meet Health Needs in Developing Countries*, Report of the Consultative Expert Working Group on Research and Development: Financing and Coordination, Genève, Publication de l'OMS, 2012.
- Santé Canada, *Ligne directrice de l'ICH\_E6 : les bonnes pratiques cliniques : directives consolidées*. En ligne : <http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/prodpharma/applic-demande/guide-ld/ich/efficac/e6-fra.php>
- WIPO, Committee on the Development and Intellectual Property, *Interface between Exhaustion of Intellectual Property Rights and Competition Law*, CDIP/4/4/ REV./ STUDY/INF/ 2, Genève, juin 2011.
- WIPO, *PCT Yearly Review: The International Patent System*, Genève, Publications de l'OMPI, 2012.
- WIPO, *PCT Yearly Review: The International Patent System*, Genève, Publications de l'OMPI, 2013.
- WIPO, *PCT Yearly Review: The International Patent System*, Genève, Publications de l'OMPI, 2014.
- WTO, The Council of TRIPS, *Extension of the Transition Period under Article 66.1 of the TRIPS Agreement for Least-Developed Country Members for Certain Obligations with Respect to Pharmaceutical Products*, Document IP/C/25, 27 juin 2002.
- WTO, The Council of TRIPS, *Extension of the Transition Period Under Article 66.1 for Least Developed Country Members*, Document IP/C/64, 11 juin 2013.

## 8. Documents internationaux présentés sous la forme d'articles scientifiques ou communications

- Association Internationale de la Protection de la Propriété Industrielle, « Les brevets dépendants et leur exploitation » (1991) I Annuaire 262.
- Commission des Communautés européennes, « Les maladies rares : un défi pour l'Europe », Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, COM (2008) 679 final, 11/11/2008.
- Commission européenne (Entreprises et industrie), « Un Small Business Act pour l'Europe : un nouvel élan pour les PME », Communication de la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen, COM (2008) 394 final, Bruxelles, 25 juin 2008.
- Commission Européenne, DG Marché intérieur et services, Économie basée sur la connaissance, Propriété industrielle, « Questionnaire sur le système des brevets en Europe », Bruxelles, 9 janv. 2006. En ligne : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/docs/patent/consult\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/consult_fr.pdf).
- OMC, Conseil des ADPIC, « Réexamen annuel de la décision sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique », *Rapport IP/C/57*, 10 décembre 2010.
- OMPI, « Bioéthique et jurisprudence en matière de brevets : l'affaire de la relaxine » (2006) 2 Magazine de l'OMPI 16.
- OMPI, « Bioéthique et droit des brevets : l'homme aux cellules d'or et le peuple Hagahai » (2006) 5 Magazine de l'OMPI 16.
- OMPI, « La P.I. et les entreprises - Brevets et normes techniques » (2005) 6 Magazine de l'OMPI 21.
- OMPI, « La propriété intellectuelle et l'entreprise : les brevets sont une véritable mine d'informations » (2005) 1 Magazine de l'OMPI 8.
- OMPI, « La propriété intellectuelle et les entreprises : lancement d'un nouveau produit : évaluation de votre liberté d'agir » (2005) 5 Magazine de l'OMPI 14.

- OMPI, « WIPO Re:search – Les actifs de la propriété intellectuelle au service de la société » (2011) 6 Magazine de l'OMPI 2.

## 9. Thèses de doctorat et mémoire de maîtrise

- Audouze, Aurélien. *Le brevet à l'épreuve de l'accès aux soins. Biotechnologies de santé. Pays du Sud*, thèse de doctorat en sciences politiques, Institut d'Études politiques de Toulouse, 10 mars 2008 [non publiée].
- Becqué-Ickowicz, Solange. *Le parallélisme des formes en droit privé*, thèse de doctorat en droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2004 [non publiée].
- Bourassa Forcier, Mélanie. *Analyse des glissements juridiques de la politique canadienne en matière de brevets quant à son objectif d'équilibre entre la promotion des intérêts de l'industrie pharmaceutique novatrice et ceux de l'industrie du médicament générique*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 31 décembre 2003, [non publiée].
- Bourassa Forcier, Mélanie. *La rationalité organisationnelle: Une explication possible de l'état de la politique canadienne de brevets pharmaceutiques?*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, mai 2010 (Bourassa Forcier, Mélanie. *La politique canadienne en matière de brevets pharmaceutiques: Le reflet de choix rationnels?*, Sarrebruck, Presses académiques francophones, 2012).
- Duchesne, Ernest. *Contribution à l'étude de la concurrence vitale chez les micro-organismes : antagonisme entre les moisissures et les microbes*, thèse de doctorat en médecine, École du service de la santé militaire de Lyon, 1897 [non publiée].
- Ngoy, Alex Kabinda. *Brevets pharmaceutiques et accès aux médicaments dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne*, thèse de doctorat en droit, Université Catholique de Louvain, 2008 [non publiée].
- Prost, Mario. *Les unités du droit international et la politique de la fragmentation*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, 2008 (Prost, Mario. *The Concept of Unity in Public International Law*, Oxford, Hart, 2012).

- Tabi Tabi, Ghislain. *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, Automne 2011 [non publiée].

## 10. Articles de journal

- Guitton, Jean. « Le déclin des maîtres », *Le Figaro*, chronique, 25 août 1956.

## 12. Cours

- Gaumont-Prat, Hélène. *Cours de Droit des brevets*, Université Paris VIII Saint-Denis, 2007-2008.
- Mémeteau, Gérard. *Cours de droit médical*, 2<sup>ème</sup> éd., Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2003.

## 13. Dictionnaires

- Bezbakh, Pierre et Gherardi, Sophie, dir, *Dictionnaire de l'économie*, Paris, Larousse, 2008.
- Cornu, Gérard, dir, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 2007.
- Griolet, Gaston et Vergé, Charles, dir, *Dictionnaire pratique de droit*, Paris, Dalloz, 1909.

## 14. Sites internet

[http://apps.who.int/gb/archive/pdf\\_files/WHA54/fa5417.pdf](http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA54/fa5417.pdf).

[http://ec.europa.eu/health/rare\\_diseases/policy/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/health/rare_diseases/policy/index_fr.htm).

[http://unctad.org/en/Docs/iprs\\_pb20095\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iprs_pb20095_en.pdf)

[http://www.actupparis.org/IMG/pdf/Action\\_97.pdf](http://www.actupparis.org/IMG/pdf/Action_97.pdf).

[http://www.anrt.asso.fr/fr/pdf/resultats\\_enquete\\_cifre\\_2009.pdf](http://www.anrt.asso.fr/fr/pdf/resultats_enquete_cifre_2009.pdf).

[http://www.epo.org/about-us/statistics/filings\\_fr.html](http://www.epo.org/about-us/statistics/filings_fr.html).

[http://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/content/20120220FC\\_S38611/9/html/Le-Parlement-europ%C3%A9en-rejette-l'ACTA](http://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/content/20120220FC_S38611/9/html/Le-Parlement-europ%C3%A9en-rejette-l'ACTA).

<http://www.fondation-pfizer.org>.



<http://www.g77.org/>.

[http://www.hc-sc.gc.ca/sr-sr/pubs/biotech/bio\\_hum\\_heal-sante-fra.php](http://www.hc-sc.gc.ca/sr-sr/pubs/biotech/bio_hum_heal-sante-fra.php).

[http://www.inpi.fr/fileadmin/mediatheque/pdf/INPI\\_2009.pdf](http://www.inpi.fr/fileadmin/mediatheque/pdf/INPI_2009.pdf).

[http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/fo/intellect\\_property.aspx?view=d](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/fo/intellect_property.aspx?view=d).

<http://www.invention-europe.com/Article59.htm>.

<http://www.ipic.ca/french/general/agents.cfm>.

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/omc/historique.shtml>.

[http://www.ledroitcriminel.free.fr/le\\_phenomene\\_criminel/crimes\\_et\\_poces\\_celebres/condamnation\\_socrate.htm](http://www.ledroitcriminel.free.fr/le_phenomene_criminel/crimes_et_poces_celebres/condamnation_socrate.htm).

<http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr03546.html>.

[http://www.upmc.fr/fr/recherche/recherche\\_contractuelle/partenariats\\_avec\\_des\\_entreprises/exemples\\_de\\_partenariat/contrat\\_cifre.html](http://www.upmc.fr/fr/recherche/recherche_contractuelle/partenariats_avec_des_entreprises/exemples_de_partenariat/contrat_cifre.html).

[http://www.who.int/topics/essential\\_medicines/fr/](http://www.who.int/topics/essential_medicines/fr/).

[http://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2011/article\\_0026.html](http://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2011/article_0026.html).

<http://www.wipo.int/wipolex/fr/national.jsp>.

[http://www.wto.org/french/thewto\\_f/whatis\\_f/tif\\_f/org7\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org7_f.htm).