

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

RESTRICTED

IP/C/W/209

3 octobre 2000

(00-4026)

Original: anglais

EXAMEN DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 27:3 b) VUES COMPLÉMENTAIRES DES ÉTATS-UNIS

Communication des États-Unis

La Mission permanente des États-Unis a fait parvenir au Secrétariat la communication ci-après, datée du 20 septembre 2000, en demandant qu'elle soit distribuée aux Membres.

Au cours des délibérations du Conseil des ADPIC au titre de ce point de l'ordre du jour, les Membres ont soulevé un certain nombre de questions qui ont trait, tant directement que marginalement, à l'article 27:3 b). La présente note expose les vues des États-Unis sur ces questions.

1. Micro-organismes

Quelques Membres se sont enquis de la signification du terme "micro-organisme", en indiquant qu'ils n'étaient pas sûrs de ce que l'article 27:3 b) prescrit comme condition de la brevetabilité ni de ce qui peut être soustrait à la brevetabilité. Le Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets, du 28 avril 1977, ne donne pas de définition de ce terme, alors même qu'il définit d'autres termes apparemment aussi peu ambigus que "procédure en matière de brevets", "organisation intergouvernementale de la propriété industrielle" ou "office de la propriété industrielle". Son règlement ne le définit pas davantage, pas plus que ne l'a fait le Comité d'experts de l'OMPI sur les inventions biotechnologiques et la propriété industrielle, qui s'est réuni entre 1984 et 1988, bien que le terme ait été souvent employé dans ses délibérations, comme on peut le constater dans les rapports de ses réunions. La raison de cette lacune apparaît dans le document intitulé *Comparative Study of Patent Practices in the Field of Biotechnology Related Mainly to Microbiological Inventions*, du 20 janvier 1988, établi conjointement par l'Office européen des brevets (OEB), l'Office japonais des brevets et l'Office américain des brevets et des marques. Sous la rubrique "Definition of Microorganism, If Any", on peut lire (page 3) ce qui suit:

"Aucune des lois administrées par aucun des offices ne renferme de définition formelle du terme "micro-organisme". Lorsqu'il est défini à des fins de classement ou dans des directives administratives, il l'est sous la forme d'une liste non exclusive d'organismes entrant dans le champ couvert par ce terme. Comme l'OEB l'a noté, il ne paraît pas opportun d'adopter une définition, car la rapidité de l'évolution de la microbiologie obligerait à la mettre à jour fréquemment."

Pour déterminer ce qu'il faut entendre par le terme micro-organisme à l'article 27:3 b) de l'Accord sur les ADPIC, il faudrait recourir aux principes du droit international applicables à l'interprétation des traités et des conventions internationales. Aux termes des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ceux-ci doivent être interprétés, notamment, "de bonne

foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but". Selon le Concise *Oxford Dictionary of Current English*, le "micro-organisme" est un "organisme non visible à l'œil nu, comme une bactérie ou un virus". Cette définition devrait être suffisante pour distinguer les végétaux et les animaux en général des micro-organismes aux fins des travaux du Conseil des ADPIC.

Pour être brevetable, un micro-organisme ne peut pas se présenter tel qu'il existe dans la nature. Le brevet accordé par l'Office américain des brevets et des marques dont l'Inde fait mention dans sa note (IP/C/W/161, page 3, paragraphe 8) revendique une culture biologiquement pure de *streptomyces violaceus* qui est capable de produire l'antibiotique BU-3839T en quantités exploitables dans un milieu de culture contenant des sources assimilables de carbone et d'azote en aérobiose immergée. La revendication et le mémoire descriptif, par comparaison avec l'état de la technique, précisent bien que l'invention est nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle est susceptible d'application industrielle, comme le prescrit l'article 27:1 de l'Accord sur les ADPIC. Ce qui est revendiqué n'existe pas dans la nature. Le brevet, par conséquent, est accordé pour une invention, et non pour une simple découverte. L'élément déterminant de ce qui devrait être brevetable comme micro-organisme n'est pas le nom donné à la matière biologique sur laquelle repose l'invention, mais l'objet revendiqué: cet objet est-il nouveau, implique-t-il une activité inventive et est-il susceptible d'application industrielle? Si ledit objet satisfait à ces critères, l'article 27:3 b) prescrit sa brevetabilité.

2. Protection *sui generis* des variétés végétales

L'article 27:3 b) fait obligation aux Membres de protéger les variétés végétales par des brevets ou par un système *sui generis* efficace, ou par les deux moyens. Quelques Membres ont demandé en quoi consisterait un système *sui generis* efficace pour les variétés végétales.

Toute loi instituant des droits sur des biens, qu'ils soient réels, corporels ou incorporels, y compris les diverses formes de propriété intellectuelle, doit nécessairement présenter certaines caractéristiques pour être efficace. Il faut en premier lieu qu'elle désigne la nature de l'objet avec suffisamment de clarté pour permettre aux intéressés de discerner ce qui entre dans le champ de la loi de ce qui en sort. L'article 101 de la Loi américaine sur les brevets, par exemple, institue des droits sur "tous procédés, machines, produits manufacturés ou compositions de matière nouveaux et utiles, ou sur toute amélioration nouvelle et utile qui y est apportée". Une loi efficace doit aussi définir les caractéristiques ou qualités qu'un objet particulier doit posséder pour prétendre à la protection: pour prendre encore un exemple tiré de cette loi, elle énonce en ses articles 102 et 103 les critères applicables pour déterminer si une invention est nouvelle et si elle est "non évidente". Et il faut encore que la loi établisse qui peut se voir reconnaître des droits de propriété sur un objet particulier. S'il y a une procédure particulière à suivre pour cela et, le cas échéant, des taxes à acquitter, la loi doit indiquer la nature de cette procédure et de ces taxes ainsi que leur base légale. Une loi efficace doit nécessairement définir les droits afférents à un objet particulier qui sont acquis par une partie pouvant y prétendre. Si de quelconques limitations doivent s'appliquer à ces droits, il faut que la loi les expose en précisant dans quelles circonstances elles s'appliqueront. La loi doit fixer la durée de validité de ces droits et, le cas échéant, les circonstances dans lesquelles ils viennent prématurément à expiration ou peuvent être prorogés. Enfin, les actions en justice ouvertes aux détenteurs de droits pour faire respecter ses droits et les circonstances dans lesquelles elles peuvent être intentées doivent aussi être exposées, ainsi que les mesures correctives disponibles, à moins que ces dernières ne soient prévues dans d'autres lois, tel un code de procédure civile. Les éventuelles actions ou mesures correctives administratives, actions et mesures correctives pénales ou mesures de protection à la frontière peuvent figurer dans la loi ou dans d'autres lois, selon le régime juridique du pays considéré.

En ce qui concerne la protection *sui generis* des variétés végétales, les États-Unis estiment que pour être efficace, un système de protection devrait s'appliquer aux variétés de tout le règne végétal. Leurs territoires s'étendant sur une portion substantielle du globe, les Membres actuels et futurs de l'OMC ont intérêt à retenir le plus grand nombre de variétés possible, car cela encouragera les investissements dans la mise au point de variétés nouvelles à partir du plus vaste éventail possible de genres et d'espèces. Pour prétendre à cette protection, il faudrait, de l'avis des États-Unis, qu'en règle générale la variété considérée soit nouvelle, c'est-à-dire que le matériel de reproduction et de multiplication ou produit de la récolte n'en ait pas été vendu ni d'une autre manière rendu accessible à des fins d'exploitation de la variété. Ladite variété devrait être clairement distinguable des autres variétés connues. Elle devrait aussi être uniforme, c'est-à-dire ne pas varier au-delà de ce à quoi on peut normalement s'attendre. Enfin, ses caractéristiques ne devraient pas changer pour cause de reproductions ou multiplications successives.

Un système de protection *sui generis* efficace devrait garantir que la protection de variétés végétales n'est accordée qu'aux obtenteurs ou autres expressément en droit d'en bénéficier en vertu d'un contrat ou du droit de succession. En récompensant ceux qui investissent du temps et des ressources dans l'obtention de variétés végétales, les Membres de l'OMC encouragent une expansion des investissements dans ce domaine qui assure une augmentation des investissements dans la mise au point de variétés adaptées à toutes sortes de climats, conditions pédologiques, conditions de végétation, besoins nutritionnels, préférences culturelles et autres différentes. Il est bien évident que, pour être efficaces, les procédures à suivre en vue de se faire reconnaître des droits, et les taxes à acquitter le cas échéant, devraient être prévues exhaustivement et de manière transparente et s'appliquer aux étrangers suivant le principe du traitement national, comme l'exige l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC, en étant assorties d'une disposition, analogue à celles que prévoit la Convention de Paris pour les brevets, permettant au titulaire de revendiquer l'antériorité sur la base de la date du dépôt dans son propre pays.

Les droits conférés devraient permettre à leur détenteur, durant une période d'au moins 20 ans à compter de la date où ils sont accordés, d'empêcher des tiers de commercialiser ou de prendre des dispositions pour commercialiser la variété protégée sans son autorisation. Considérant que le développement de nouvelles variétés d'arbres et de cépages, de même que pour elles la création d'un marché commercial demande, ce qui se conçoit, plus de temps qu'il n'en faut pour les variétés végétales qui viennent vite à maturité, les États-Unis estiment que la durée de la protection des droits sur les nouvelles variétés d'arbres et de cépages devrait s'étendre sur 25 ans au moins si l'on veut encourager les obtenteurs à investir des ressources dans leur mise au point.

Aux yeux des États-Unis, certaines limitations implicites des droits y afférents pourraient être expressément inscrites dans un système *sui generis* efficace de protection des variétés végétales. Si les droits ne portent que sur les activités liées à la commercialisation ou sur la commercialisation elle-même, des actes non commerciaux comme ceux qui sont faits à titre privé pour une utilisation non commerciale, une utilisation expérimentale et à des fins d'obtention d'autres variétés ne porteraient *pas* atteinte aux droits du détenteur. En le disant expressément, la loi aiderait à prévenir des litiges inutiles. Les États-Unis ne verraient pas non plus de difficulté à ce qu'un système *sui generis* renferme une disposition précisant bien que les agriculteurs ont la faculté de garder les semences d'une variété protégée après la récolte en vue de réensemencer leurs propres terres l'année suivante. Une telle disposition apaiserait sans doute les craintes de voir les agriculteurs être poursuivis pour atteinte à des droits de propriété intellectuelle s'ils se servent des semences provenant d'une récolte pour ensemencher leurs champs en vue de la suivante.

Les droits sur les variétés végétales ne devraient encourir la nullité que s'il est prouvé que la variété considérée ne satisfait pas aux critères prescrits pour la protection ou si leur détenteur n'avait en fait pas qualité pour se les voir conférer. La déchéance ne devrait être possible que si le détenteur des droits ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent, en vertu de dispositions détaillées et transparentes de la loi, pour les maintenir en vigueur.

L'Accord sur les ADPIC énonce en détail les voies de droit qui doivent être ouvertes au détenteur de droits pour faire respecter ses droits et définit les mesures correctives que les autorités judiciaires et administratives compétentes pour les atteintes aux droits de propriété intellectuelle doivent être en mesure d'imposer à leurs auteurs. Ces mesures pourraient être prévues dans la loi spéciale applicable à la protection des variétés végétales ou être introduites dans d'autres lois comme un code de procédure civile.

3. Considérations éthiques

Plusieurs Membres ont évoqué des préoccupations d'ordre éthique à propos du point de savoir dans quelle mesure la propriété privée devrait s'appliquer au vivant. Beaucoup de ces préoccupations procèdent d'un malentendu sur la nature des droits conférés par un brevet. Comme nous l'avons déjà noté précédemment et comme l'article 28 l'énonce clairement, un brevet revendiquant une plante ou un animal ne représente pas une appropriation privée du vivant. Il confère à son titulaire, pour une durée limitée, le droit d'empêcher des tiers d'accomplir certains actes relativement à une invention protégée. Le brevet ne confère pas à son titulaire le droit d'accomplir ces actes lui-même.

À en juger par certaines des interventions faites au cours des réunions précédentes du Conseil des ADPIC, il n'est pas inutile de revenir sur un point sur lequel nous avons déjà insisté dans notre précédente note. Posséder un brevet sur un gène isolé, identifié et modifié ne revient pas à être propriétaire du gène lui-même. Un brevet sur un gène isolé, identifié et modifié prélevé sur un être humain ne conférerait assurément aucun droit de propriété sur la source à laquelle le gène originel aurait été recueilli.

Exclure certains objets de la brevetabilité n'empêchera pas la recherche dans certains domaines. La recherche ira de l'avant dans tout domaine auquel s'intéressent les scientifiques et les institutions. Le système des brevets compte beaucoup, et joue même souvent un rôle décisif, pour déterminer si les résultats bruts de travaux de recherche qui promettent des bienfaits pour l'humanité sont développés et convertis en produits et procédés qui concrétiseront ces bienfaits. Ce n'est pas par hasard que les pays qui possèdent un régime de brevets solide, prévoyant peu de cas où la brevetabilité est exclue, sont aussi dotés d'industries privées solides dont les activités couvrent toute la gamme des technologies, fournissent des emplois et contribuent à la création de capital qui peut à son tour être investi. On observe le même genre d'encouragement en ce qui concerne le développement des industries dont l'activité est liée aux autres formes de propriété intellectuelle.

4. Brevets liés aux savoirs et pratiques des peuples autochtones

D'aucuns ont critiqué les systèmes de brevets pour leur formalisme et parce qu'ils exigent que les inventions protégées soient décrites par écrit, ce qui fait qu'ils n'assurent aucune protection aux savoirs transmis par la tradition orale et non par l'écrit. La Constitution des États-Unis précise bien que le but du régime national des brevets est de concourir au progrès des arts utiles. La loi américaine sur les brevets en assure la mise en œuvre en récompensant les inventeurs par les droits exclusifs spécifiés à l'article 28 de l'Accord sur les ADPIC, pour la durée limitée spécifiée à l'article 33, en contrepartie de la divulgation par leurs soins de leurs inventions de la manière spécifiée à l'article 29:1. Tous les brevets délivrés par l'Office américain des brevets et des marques, comme par les autres offices de brevets de par le monde, sont publiés, de même que la plupart des demandes de brevets, grâce à quoi le public dispose d'une masse énorme d'information scientifique et technique de

caractère pratique. Avec l'avènement d'Internet, on peut accéder à une bonne partie de cette information scientifique et technique partout dans le monde en se contentant d'actionner deux ou trois fois une souris, ce qui offre un extraordinaire instrument de transfert de technologie.

Les systèmes informels de savoirs sont souvent tributaires d'une communication en face-à-face, ce qui limite l'accès de l'information aux personnes qui se trouvent directement en contact de celle qui la détient. Le public en général ne profite pas de ces savoirs, dont il n'est pas non plus possible de tirer parti pour aller au-delà. De plus, si l'information n'est pas consignée par écrit, elle est partout totalement inaccessible en tant qu'état de la technique aux examinateurs, lorsqu'ils se penchent sur les demandes de brevets. Il peut donc se faire que soit délivré un brevet revendiquant comme une invention une technologie connue d'une communauté autochtone particulière. La faute n'en revient cependant pas au système des brevets, mais à l'impossibilité d'accéder aux savoirs en jeu en dehors de la communauté autochtone en question. Le brevet accordé aux États-Unis pour une méthode d'utilisation du curcuma pour soigner les blessures, évoquée par l'Inde au cours de son intervention de juin 1999 et à nouveau en octobre 1999, est un exemple de brevet délivré parce que l'examineur ne disposait pas de références sur l'état de la technique. En l'occurrence, cependant, le régime des brevets a fonctionné comme il se doit. La revendication du brevet a été annulée sur la base de l'état de la technique présenté par une partie qui en avait demandé le réexamen.

Beaucoup de savoirs traditionnels sont déjà consignés dans des bases de données et sur des supports imprimés, et il importera de veiller à ce que les examinateurs de brevets soient familiarisés avec ces ressources. La délégation suisse a suggéré la mise en place d'une base de données unique dans laquelle pourrait être enregistrée l'information relative aux savoirs et pratiques des communautés autochtones pour offrir aux examinateurs de brevets à travers le monde une source d'information organisée de manière à pouvoir être aisément consultée pour déterminer, dans les cas appropriés, si une invention revendiquée est bien nouvelle et non évidente. Nous croyons savoir que le gouvernement indien s'emploie à mettre en place une base nationale de données sur les savoirs traditionnels. Il sera important de rendre cette information accessible aux examinateurs de brevets de par le monde pour avoir la certitude qu'elle pourra être prise en considération dans le cadre des examens de demandes de brevets dans les cas appropriés.

5. La compatibilité des dispositions de la Convention sur la diversité biologique et de l'Accord sur les ADPIC

Quelques délégations continuent d'affirmer qu'il y a un conflit entre les dispositions de la Convention sur la diversité biologique (CDB) et celles de l'Accord sur les ADPIC, mais à ce jour aucun exemple n'a été fourni à l'appui de ces dires. Il est d'autant plus difficile d'imaginer ce conflit que l'article 22.1 de la Convention dit:

"Les dispositions de la présente Convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une partie contractante d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituait pour elle une menace."

C'est un principe du droit international que les pays qui sont parties à divers accords multilatéraux et bilatéraux s'acquittent de leurs obligations d'une manière qui soit compatible avec les droits et obligations découlant de chacun de ces accords. Autre principe du droit international, lorsque les dispositions de deux accords s'excluent mutuellement, c'est celle de l'accord postérieur qui l'emporte dans la mesure de l'incompatibilité. La CDB et l'Accord sur les ADPIC ont cependant des buts extrêmement dissemblables, et la plupart de leurs dispositions n'ont entre elles aucun rapport. Dans les cas où il pourrait en exister un, ces accords sont suffisamment souples pour permettre à un pays partie aux deux accords de mettre en œuvre les dispositions de chacun d'eux de bonne foi suivant des modalités qui ne soient pas contradictoires et, dans certains cas, soient même complémentaires. Il

est donc inutile d'envisager de modifier les dispositions de l'un ou l'autre accord pour faire une place à la mise en œuvre de l'autre. À cet égard, nous relevons que l'idée qu'un amendement s'impose est toujours avancée dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC, jamais à l'inverse. Nous aurions donc tendance à penser que si tel ou tel pays qui est partie aux deux accords s'interroge sur la compatibilité avec l'Accord sur les ADPIC d'une méthode particulière de mise en œuvre d'une disposition de la CDB, il pourrait juger utile de présenter sa question par écrit au Conseil afin que tous les Membres de l'OMC puissent tirer profit des vues de l'un d'entre eux sur la question.

6. Accès aux ressources génétiques et partage des avantages

Comme moyen d'assurer le partage des avantages, il a été suggéré dans plusieurs enceintes d'obliger les demandeurs de brevets à préciser dans leur demande la source des matériels génétiques ou des savoirs traditionnels qu'ils auraient utilisés pour développer l'invention revendiquée. Un tel système serait un cauchemar juridique et administratif pour tous les intervenants, sans pour autant garantir que les apporteurs de ces ressources ou de ces savoirs auraient part aux bénéfices éventuels de la commercialisation de tout produit ou procédé susceptible d'être mis au point à partir des ressources ou savoirs en question.

Les États-Unis sont d'avis que, pour pouvoir effectivement assurer un partage des bénéfices découlant de l'ouverture de l'accès aux ressources génétiques ou aux savoirs traditionnels, il faut que les obligations naissent au début du processus, et non au stade de la commercialisation. Le préambule de la Convention sur la diversité biologique réaffirme que les États ont des droits souverains sur leurs ressources biologiques dans les limites de leur territoire, y compris celui d'exploiter ces ressources. Cette exploitation peut comprendre l'octroi à des tiers de l'accès aux dites ressources, aux conditions et à aux fins que le gouvernement d'un État souverain juge appropriées. Le gouvernement d'un État souverain a toutefois besoin d'un cadre juridique pour superviser ladite exploitation, afin qu'elle cadre avec ses obligations internationales, qu'elle soit administrée avec efficacité et dans la transparence et qu'elle assure lorsqu'il y a lieu aux détenteurs de savoirs traditionnels leur part des bénéfices qui en découlent.

En ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques ou aux savoirs traditionnels, l'entité souveraine ou la communauté autochtone qui l'accorde et la partie qui en bénéficie ont intérêt à préciser dès le départ les ressources ou les savoirs visés, ainsi que les droits et les obligations des deux parties relativement à cet accès, y compris par des dispositions prévoyant le partage des bénéfices. Le mieux est d'arrêter ce genre d'arrangement par contrat avant l'octroi de l'accès et un inventaire des ressources génétiques qui seraient effectivement recueillies ou des savoirs traditionnels qui seraient acquis. C'est le contrat accordant l'accès qui devrait prévoir l'obligation, le cas échéant, d'indiquer la source des ressources génétiques dans les demandes de brevets revendiquant une invention reposant sur ces ressources. C'est aussi ce contrat qui devrait exiger la mention de l'accord prévoyant le consentement préalable donné en connaissance de cause pour l'utilisation des savoirs traditionnels intervenant dans la mise au point d'une invention revendiquée. Comme nous l'avons déjà noté, la question du juge compétent en cas de litige et les conditions à faire figurer dans les contrats susceptibles d'être passés avec des tierces parties qui les autoriseraient à utiliser les ressources ou les savoirs acquis devraient aussi avoir leur place dans les contrats d'accès. Ces derniers devraient en outre définir les termes qui ne sont pas clairs en eux-mêmes. Enfin, ils devraient faire partie du cadre mis en place par tout pays souverain pour superviser l'accès et l'exploitation de ses ressources génétiques et des savoirs traditionnels de ses communautés autochtones.

7. Conclusion

L'exposé qui précède est celui des vues des États-Unis sur un certain nombre des questions qui ont été soulevées à ce jour dans les débats du Conseil des ADPIC. Si l'examen de l'article 27:3 b) se poursuit, il ne sera fructueux, à notre sens, que si d'autres délégations présentent des communications indiquant leurs vues sur les questions qu'elles considèrent comme pertinentes, afin que ces vues puissent être étudiées de manière approfondie. De plus, pour permettre de discuter sérieusement des dispositions de l'article 27:3 b), il faudrait que les délégations qui ne l'ont pas encore fait fournissent des renseignements sur leur mise en œuvre de ces dispositions, afin qu'il soit possible de dégager un tableau plus clair de l'application de ces dispositions à travers le monde.
