

Jean-Frédéric MORIN

Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets

Préface de Michel VIVANT



larcier

Résumé

Cet ouvrage analyse l'évolution du régime international de brevets depuis l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC* en 1994. Alors que cet accord consacra l'hégémonie américaine sur le régime, la légitimité d'une forte protection des brevets dans les pays en développement est aujourd'hui contestée, notamment à travers le débat sur l'accès aux médicaments et celui sur la protection de la diversité biologique. Néanmoins, les États-Unis maintiennent leur hégémonie et poursuivent leur mouvement d'exportation du droit américain par le biais de traités bilatéraux. Cette hypothèse est vérifiée par une méthodologie comparative, mettant en parallèle le processus de négociations et les obligations d'une quinzaine de traités bilatéraux avec l'*Accord sur les ADPIC*. Nous montrons d'abord que le bilatéralisme permet aux États-Unis de revenir à des stratégies de coercition et de socialisation qu'ils ne peuvent plus employer avec succès au niveau multilatéral. Nous constatons ensuite que les traités bilatéraux repoussent les frontières du régime, en internationalisant des règles issues du droit américain sur les questions qui sont précisément les plus controversées au niveau multilatéral. Cet ouvrage contribue ainsi, au plan théorique, à démontrer la résilience des normes hégémoniques, et au plan empirique, à tracer un nouveau portrait du droit international des brevets.

Introduction générale

«It is probable enough that the patent laws will be abolished ere long» présageait la revue *The Economist* en juin 1869¹. Aujourd'hui, cette prédiction fait sourire. Non seulement tous les pays ont-ils encore un système de brevet, mais rares sont ceux qui réclament sa suppression. Le brevet est si bien institutionnalisé, si bien intégré dans son environnement juridique, culturel et industriel, qu'il structure les champs d'action concevables et que ses principes fondateurs ne sont plus remis en question². Aux yeux de la majorité, il va de soi qu'une invention satisfaisant à certaines conditions confère à son inventeur des droits exclusifs sur sa fabrication et sa vente pour une période déterminée. Le profond ancrage institutionnel de cette norme assure à lui seul la pérennité du système des brevets, comme le remarquait déjà Fritz Machlup en 1958 devant le Congrès américain :

*«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 bias of our present knowledge, to recommend abolishing it»*³.

Mais dans la seconde moitié du XIX^e siècle, lorsque les rédacteurs de *The Economist* prédirent la mort du système des brevets, cette norme n'était pas encore communément admise. Pourtant, l'idée d'octroyer aux inventeurs des droits exclusifs sur leurs créations n'était

¹ Cet extrait est cité dans Graham DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life Science Industries*, Aldershot, Ashgate, 2002, p. 49.

² Richard GOLD, Wen ADAMS, David CASTLE *et al.*, «The Unexamined Assumptions of Intellectual Property: Adopting an Evaluative Approach to Patenting Biotechnological Innovation», *Public Affairs Quarterly*, vol. 18, 2004, p. 299-336.

³ Fritz MACHLUP, *An Economic Review of the Patent System: Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary*, Washington, United States Senate, 1958, p. 80.

pas nouvelle⁴. Plus de deux siècles s'étaient déjà écoulés depuis que le parlement britannique avait adopté le *Statute of Monopolies*, autorisant le souverain à octroyer de brevets aux inventeurs. La « préhistoire » du système des brevets peut même être retracée jusqu'à l'Antiquité. Dès 600 ans avant notre ère, Sybaris, colonie grecque d'Italie, conférait aux cuisiniers une exclusivité d'un an sur leurs innovations culinaires⁵. L'histoire moderne des brevets, quant à elle, remonte à la République de Venise de la Renaissance. La *Parte veneziana* du 19 mars 1474 prévoyait déjà des mesures équivalentes à l'exigence de nouveauté et à l'obligation de divulgation suffisante. Puis, au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, plusieurs pays européens adoptèrent des législations similaires.

Ce n'était donc pas la nouveauté du système des brevets qui choquait les esprits du XIX^e siècle, mais plutôt son aspect rétrograde. Ses opposants percevaient les « lettres patentes » comme les héritières des privilèges aristocratiques. Plus encore, ils y voyaient une intervention étatique brouillant le jeu de la concurrence. Si aujourd'hui on associe libéralisme économique et protection de la propriété intellectuelle, il en allait tout autrement au XIX^e siècle. Selon les thèses (ultra)libérales de l'époque, les brevets entravaient le jeu du marché autorégulateur en facilitant la création de monopoles économiques. Certaines lois sur les brevets servaient même d'instruments protectionnistes dans les échanges internationaux⁶. Au nom de la liberté de commerce, les libéraux réclamaient un marché affranchi de brevets⁷.

Un discours propriétaire se développa en réaction à ces thèses libérales et contribua à l'institutionnalisation de la norme des brevets⁸.

⁴ Sur l'histoire du droit des brevets, voir Christopher MAY et Susan SELL, *Intellectual Property Rights: A Critical History*, Boulder et Londres, Lynne Rienner, 2006; Alain BELTRAN, Sophie CHAUVEAU et Gabriel GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, Paris, Fayard, 2001; Fritz MACHLUP et Edith PENROSE, « The Patent Controversy in the Nineteenth Century », *Journal of Economic History*, vol. X, 1950, p. 3-5.

⁵ Shu ZHANG, *De l'OMPI au GATT: La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle*, Paris, Litec, 1994, p. 34.

⁶ Par exemple, jusqu'en 1836, seuls les citoyens américains pouvaient obtenir des brevets américains.

⁷ Particulièrement sensibles à ces thèses, les Pays-Bas allèrent jusqu'à abolir leur système de brevet en 1869! MACHLUP et PENROSE, p. 5.

⁸ MACHLUP, et PENROSE, p. 11-21; Peter DRAHOS, *A Philosophy of intellectual Property*, Aldershot, Dartmouth, 1996, p. 41-68 et 200-201; Graham DUTFIELD, *Intellectual*

Dans sa version radicale, le propriétaire avance que le droit de propriété d'un inventeur sur sa création est un droit quasi naturel, supérieur aux droits conférés par l'État. Les inventeurs devraient demeurer libres d'exploiter ou d'aliéner leur propriété, à l'abri de toute intervention étatique. Pour Lysander Spooner, penseur américain du XIX^e siècle, les brevets devraient conférer des droits absolus et perpétuels :

« If men have a natural right of property, in their intellectual productions, it follows, of necessity, that that right continues at least during life. [...] Limitation to a less period, would be contrary to the very nature of the right of property, which, as has been before repeatedly mentioned, is an absolute right of dominion; a right of having a thing entirely subject to one's will »⁹.

Dans sa version plus nuancée, la propriété met de l'avant le fait que les nouvelles inventions bénéficient à l'ensemble de la société. Il serait donc juste que la société récompense les inventeurs pour le fruit de leur labeur en leur octroyant des droits de propriété sur leurs inventions. Les brevets sont alors perçus comme des droits fondamentaux qui, pour rendre justice aux inventeurs, doivent avoir préséance sur les autres considérations de politique publique. Cette version plus nuancée est d'ailleurs, encore de nos jours, fréquemment invoquée¹⁰.

Property Rights, p. 53-54; Marc-André GAGNON, *TRIPs and Pharmaceuticals: Inquiry into the Foundations of the International Political Economy of Intellectual Property Rights*, Montréal, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, p. 5-6, en ligne : GRIC <<http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Pharmaceuticals.pdf>> (date d'accès : 22 mars 2006); ZHANG, p. 122-123; Paul STEIDLEMEIER, « The moral Legitimacy of Intellectual Property Claims: American Business and Developing Country Perspectives », *Journal of Business Ethics*, vol. 12, n° 2, 1993, p. 157-164; Edwin HETTINGER, « Justifying intellectual Property », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, n° 1, hiver 1989, p. 31-43; Christopher MAY, *A Global Political Economy of Intellectual Property Rights: The New Enclosures ?*, Londres, Routledge, 2000, p. 24-28.

⁹ Lysander SPOONER, *The Law of Intellectual Property or an Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas*, Boston, Bela Marsh, 1855, en ligne : <http://www.lysanderspooner.org/bib_new.htm> (date d'accès : 22 mars 2006).

DRAHOS, *A Philosophy*, p. 201.

¹⁰ Par exemple, les parties au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* se sont engagées à reconnaître à chacun le droit « de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique [...] dont il est l'auteur. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, 6 I.L.M. 360, art. 5.1; STEIDLEMEIER, p. 160.

Néanmoins, le propriétaire ne permet pas à lui seul de contre-carrer les thèses libérales. Si la prédiction de *The Economist* fut infirmée par l'histoire, si le système des brevets s'est maintenu, c'est également grâce aux justifications utilitaristes¹¹. Selon ce discours, les brevets ne sont pensés ni comme des rentes à des privilégiés ni comme des droits naturels, mais comme des instruments de politique publique. C'est ce qu'exprimait Tomas Jefferson dans une lettre à Isaac McPherson :

*« 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 »*¹².

Les brevets seraient des instruments au service d'une politique d'innovation technologique, au même titre que les subventions de recherche. Comme tout instrument de politique publique, les brevets doivent composer avec une vaste gamme d'intérêts, parfois contradictoires, sans nécessairement avoir préséance sur d'autres politiques publiques. L'utilitarisme reconnaît qu'un système de brevet a des avantages, certes, mais également des coûts sociaux, comme une tendance au maintien de prix élevés durant la durée de protection. Pour minimiser ces coûts, le droit des brevets doit trouver un équilibre entre l'incitatif à la recherche, le partage des résultats de cette recherche et la libre concurrence.

La vision utilitariste postule que l'innovation exige des investissements massifs et que les droits exclusifs conférés par un brevet fournissent un incitatif à ces investissements. Elle postule également qu'en l'absence de brevets, les inventeurs auront tendance à garder leurs inventions secrètes, ce qui freine la dynamique d'innovation cumulée. La logique soutenant le système des brevets serait donc la suivante : en échange des droits exclusifs consentis aux inventeurs, ceux-ci doivent se soumettre à l'obligation de la divulguer publiquement et de la laisser dans le domaine public lorsque la durée du brevet sera échu. C'est la fameuse théorie du contrat entre les inventeurs et la collectivité que les

¹¹ DRAHOS, *A Philosophy*, p. 213-223; DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life*, p. 33-37 et 54.; GAGNON, p. 6-7; MAY, *A Global Political Economy*, p. 24; ZHANG, p. 123-125; HETTINGER, p. 47-51.

¹² Lettre de Tomas JEFFERSON à Isaac MCPHERSON, Monticello, 13 août 1813.

étudiants retrouvent généralement dans les premières pages de leurs manuels d'introduction au droit des brevets¹³.

Le droit contemporain des brevets s'appuie sur des principes issus à la fois du propriétaireisme et de l'utilitarisme¹⁴. Mais la généralisation de ces principes et le profond ancrage institutionnel des brevets ne signifient pas pour autant qu'ils ne soulèvent plus les passions. Bien au contraire! Plusieurs questions demeurent en suspens. En premier lieu, où se situe le juste équilibre entre les droits de réservation et la libre concurrence? Au-delà du calcul des coûts et des avantages, quelles valeurs morales et sociales doivent présider au partage des droits et des obligations?

On peut présumer que les réponses à ces questions varient, dans le temps et dans l'espace, selon le niveau de développement économique, les questionnements éthiques sur l'appropriation de l'immatériel et la notion même de propriété. Jean Carbonnier, dans son ouvrage *Flexible droit*, souligne que le droit est droit mais qu'il n'est pas raide pour autant¹⁵! Les sociétés le plient à leurs intérêts, leurs croyances et leurs rêves. Bien entendu, les droits de propriété intellectuelle n'échappent pas à cette flexibilité du droit. Marie-Angèle Hermitte parle même de la catégorie « molle » du droit des brevets, qui se contracte et se décontracte selon la société sur laquelle il s'appuie¹⁶.

Néanmoins, les systèmes nationaux de brevet tendent aujourd'hui à s'harmoniser. Plusieurs facteurs contribuent à expliquer cette harmonisation progressive, dont la pression exercée par les firmes transnatio-

¹³ Aux yeux de Peter Drahos, l'idée de contrat qui bénéficie à la fois aux inventeurs et à la société n'est qu'un récit destiné à rassurer les néophytes. Peter DRAHOS et John BRAITHWAITE, *Information Feudalism*, New York, New Press, 2003, p. 42.

¹⁴ DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life*, p. 54.

¹⁵ Jean CARBONNIER, *Flexible droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2000.

¹⁶ Marie-Angèle HERMITTE, «Les concepts mous de la propriété industrielle: Passage du modèle de la propriété foncière au modèle du marché», in *L'homme, la nature et le droit*, sous la dir. de Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE, Paris, Christian Bourgois, 1988, p. 85-98. De façon générale, la flexibilité de ce droit s'est exprimée au cours des dernières décennies par des avancées, mais parfois aussi, par des mouvements circulaires ou régressifs. Voir Michel VIVANT, *Protéger les inventions de demain*, Paris, La documentation française, 2003, p. 10.

nales¹⁷, le développement des capacités de recherche dans les pays du Sud¹⁸, l'aide technique offerte par les organisations internationales¹⁹ et la conclusion de traités internationaux. C'est ce dernier facteur qui est analysé dans cet ouvrage. S'il est déjà difficile de trouver un juste équilibre entre les droits de réservation et la concurrence au niveau national, les négociations internationales entre des pays ayant différentes conditions économiques et sociales sont encore plus périlleuses. Dans ce contexte, quelles forces motrices peuvent expliquer la multiplication des traités multilatéraux et bilatéraux au cours des dernières années ? Et quelle est l'orientation de ce mouvement ?

Ces questionnements sur l'évolution du droit international des brevets s'adressent tout autant à la communauté des politologues qu'à celle des juristes²⁰. Bien que le droit et la science politique soient des disciplines jumelles, elles ont largement évolué en vase clos. L'une décrit « ce qui doit être ou ce qui devrait être, sous peine de sanction, tandis que [l'autre] tente d'expliquer ce qui a été, ce qui est ou ce qui sera probablement sur le terrain des faits »²¹. Néanmoins, un éclairage

¹⁷ Michel VIVANT, « La fantastique explosion de la propriété intellectuelle : une rationalité sous le Big Bang ? », *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, hors série : Mélanges Victor Nabhan, 2004, p. 395 – 411 ; Kimberly CZUB, « Argentina's emerging Standard of Intellectual Property Protection: A Case Study of the Underlying Conflicts Between Developing Countries, Trips Standards, and the United States », *Case Western Reserve Journal of International Law*, n° 191, 2001, p. 229-230. Sur le rôle des cabinets d'avocats dans la diffusion du droit américain, voir Daniel R. KELEMEN et Eric C. SIBBITT, « The Globalization of American Law », *International Organization*, vol. 58, 2004, p. 103-136.

¹⁸ Anitha RAMANNA, « Shifts in India's Policy on Intellectual Property: The Role of Ideas, Coercion and Changing Interests », in *Death of Patents*, sous la dir. de Peter DRAHOS, Londres, Lawtext Publishing et Queen Mary Intellectual Property Research Institute, 2005, p. 150-174.

¹⁹ Christopher MAY, « Capacity Building, Intellectual Property and the (Re)production of Intellectual Property Rights », *Third World Quarterly*, vol. 25, n° 5, 2004, p. 821-837.

²⁰ Comme le remarque Graham Dutfield, un nombre croissant d'auteurs sur le droit international des brevets adopte une approche multidisciplinaire. Voir *Intellectual Property Rights, and the Life*, p. 22. Voir aussi Susan SILBEY, « Let them Eat Cake: Globalization, Postmodern Colonialism, and the Possibilities of Justice », *Law & Society Review*, vol. 31, n° 2, 1997, p. 233.

²¹ Jean Maurice ARBOUR, *Droit international Public*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 5.

croisé du droit et de la science politique nous semble essentiel pour comprendre l'évolution du droit international des brevets.

Afin de permettre une telle transdisciplinarité, il est nécessaire de définir une problématique unique qui établira des ponts entre ces deux disciplines. Or, élaborer une problématique dont l'épistémologie est à la fois descriptive et explicative, et dont l'ontologie est à la fois centrée sur les règles et sur les acteurs, est un pari risqué. Pour éviter les confusions, nous présenterons en détail la problématique retenue. Ainsi, nous aborderons successivement les postulats (§ 1), le cadre théorique (§ 2), les questionnements principaux (§ 3), les hypothèses qui seront défendues (§ 4) ainsi que la démarche qui sera empruntée (§ 5).

§ 1. Les postulats de recherche

Dans une démonstration logique, il importe de choisir les postulats avec prudence puisque l'on demande aux lecteurs de les tenir pour acquis. Dans le cadre de cet ouvrage, nous n'en retiendrons que deux, qui sont largement admis par la littérature sur le droit international des brevets, soit l'asymétrie d'intérêts entre les États (A) et l'existence d'une coopération internationale (B). Notre ambition est de contribuer à expliquer l'articulation entre ces deux postulats qui semblent, *a priori*, contradictoires.

A. L'ASYMÉTRIE D'INTÉRÊTS ENTRE LES ÉTATS

Les États sont les principaux acteurs du régime international des brevets. Ce sont eux qui fondent ultimement le droit international public, dont les règles et les processus de négociation feront l'objet de cette analyse. Bien entendu, les États ne sont pas les seuls acteurs du régime international des brevets²². Ils ne sont pas non plus des acteurs

²² Peter Drahoš identifie six catégories d'acteurs qui jouent un rôle dans le régime des brevets. Il s'agit des organisations interétatiques, des firmes, des associations de firmes, des organisations non gouvernementales (ONG), de l'opinion publique et des communautés épistémiques. Chacune de ces catégories d'acteurs peut à son tour être subdivisée. Dans le groupe des firmes, par exemple, celles qui investissent massivement en recherche et développement doivent être distinguées de celles qui utilisent ou produisent des produits inventés par d'autres. À des degrés divers, le rôle de chacun

unitaires et autonomes ayant des intérêts fixes, entièrement rationnels et prédéfinis. Ils sont composés d'une série d'acteurs, comme les ministères du Commerce international, les offices de brevet et les organes législatifs, qui ont chacun leurs intérêts, leurs valeurs et leurs priorités²³.

Certaines tendances générales peuvent néanmoins être identifiées à propos des intérêts des États dans le régime international des brevets. Aux yeux de certains, les brevets ont des effets économiques qui sont autant bénéfiques pour des pays ayant différents niveaux de développement²⁴. Pour d'autres, tous les États auraient intérêt à exclure certaines inventions de la brevetabilité pour des raisons d'équité ou de moralité²⁵. Nous ne partageons pas ces points de vue. Nous nous rallierons plutôt à la majorité des analystes qui postulent qu'un moule unique ne peut pas épouser toutes les cultures et toutes les économies. Aucun équilibre entre les droits de réservation et la libre concurrence ne serait être définitif et universel²⁶. Nous appuyons ce postulat sur quatre constats.

Premièrement, toute politique, incluant celle sur les brevets, répond en partie à des valeurs sociales dominantes. Or, ces valeurs ne sont pas les mêmes d'un pays à l'autre. Faut-il privilégier le développement à long terme ou à court terme ? Le changement ou la continuité ? L'individu ou la collectivité ? Puisque les réponses à ces questions varient d'une culture à l'autre, plusieurs analystes ont relevé que le droit occidental des brevets s'intègre difficilement à certaines cultures. C'est notamment la thèse que défend William Alford dans son livre *To Steal a Book*

de ces acteurs dans l'évolution du régime international sera souligné dans cette thèse. Voir *Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting*, Londres, The Royal Society: Commission on Intellectual Property Rights, 2002, p. 40.

²³ Les États n'expriment pas toujours leurs intérêts de façon unifiée, cohérente et définitive. Voir Robert OSTERGARD, *The Development Dilemma: The Political Economy of Intellectual Property Rights in the International System*, New York, LFB Scholarly Pub., 2003, p 4-5.

²⁴ Owen LIPPERT, « One Trip to the Dentist is Enough: Reasons to Strengthen Intellectual Property Rights though the Free Trade Area of the Americas », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 9, 1998, p. 268.

²⁵ Vandana SHIVA, *Protect or Plunder? Understanding Intellectual Property Rights*, Londres, New York, Zed books, 2001, p. 14.

²⁶ C'est également le postulat que défend Robert Ostergard dans l'introduction de son livre. OSTERGARD, *The Development Dilemma*.

is an *Elegant Offense*, à propos de la conception chinoise de la propriété intellectuelle²⁷.

Deuxièmement, plusieurs études économiques montrent que les pays ne partagent pas les mêmes intérêts en matière de protection des inventions²⁸. L'écart serait particulièrement sensible entre les pays les

²⁷ William ALFORD, *To Steal a Book is an Elegant Offence: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford, Stanford University Press, 1995; Rosemary COOMBE, « Authorial Cartographies: Mapping Proprietary Borders in a Less-Than-Brave New World », *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996; William ALFORD, « How Theory Does – And Does Not – Matter: American Approaches to Intellectual Property Law in East Asia », *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 13, 1994; Keith AOKI, « (Intellectual) Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship », *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996; K. KALAN, « Property Rights, Individual Rights and the Viability of Patent Law Systems », *University of Colorado Law Review*, vol. 71, n° 5, 2000; Michael W. SMITH, « Bringing Developing Countries' Intellectual Property Laws to TRIPs Standard », *Case Western Journal of International Law*, vol. 31, 1999; Kurt BURCH, « Intellectual Property Rights and the Culture of Global Liberalism », *Science communication*, vol. 17, n° 2, 1995; David SILVERSTEIN, « US Trade Policy Regarding Intellectual Property Matters », in *International Trade and Intellectual Property*, sous la dir. de George STEWART, Boulder, Westview Press, 1994; Ruth GANA, « Has Creativity Died in the Third World? Some Implications of the internationalization of Intellectual Property », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 24, automne 1995; John ALLISON et Lin LIANLIAN, « The Evolution of Chinese Attitudes Toward Property Rights in Invention and Discovery », *Journal of International Economic Law*, vol. 20, 1999.

²⁸ Graham DUTFIELD et Uma SUTHERSANEN, *Harmonization or Differentiation in Intellectual Property Protection? The Lessons of History*, Genève, Quaker United Nations Office, 2004, en ligne: QUNO <<http://www.geneva.quno.info/pdf/OP15.pdf>> (date d'accès: 4 avril 2006); Carlos PRIMO BRAGA et Carsten FINK, « Reforming Intellectual Property Rights Regimes: Challenges for developing Countries », *Journal of International Economic Law*, vol. 1, n° 4, 1998, p. 537-554; Carlos PRIMO BRAGA et Carsten FINK, « The Economic Justification for the Grant of Intellectual Property Rights: Patterns of Convergence and Conflict », in *Public Policy and Global Technological Integration*, sous la dir. de Frederick M. ABBOTT et David J. GERBER, La Haye et Boston, Kluwer, 1997, p. 266-284; James D. GAISFORD et Stephen RICHARDSON, « The TRIPs Disagreement: Should GATT Traditions Have Been Abandoned? », *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, vol. 1, n° 2, 2002, p. 137-170; Donald G. RICHARDS, *Intellectual Property Rights and Global Capitalism: The Political Economy of the TRIPs Agreement*, Londres et Armonk, M.E. Sharpe, 2004, p. 64-66; Duncan MATTHEWS, *Globalising Intellectual Property Rights: The TRIPs Agreement*, Londres, New York, Routledge, 2002, p. 109-122; Keith MASKUS, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Washington, Institute for International Economics, 2000, p. 181-192; Carlos M. CORREA, *Implementing the TRIPs Agreement*:

moins développés, les pays nouvellement développés et les pays les plus développés sur le plan technologique. Les premiers auraient généralement avantage à adopter des règles souples afin de permettre à leurs consommateurs et à leurs entreprises d'accéder aux plus récentes technologies. À l'inverse, les derniers bénéficieraient de règles plus strictes pour protéger les intérêts commerciaux des titulaires de droits de propriété intellectuelle. Même parmi un groupe de pays ayant un revenu par habitant similaire, il peut subsister des disparités d'intérêt importantes. Les structures industrielles, commerciales et technologiques propres à chaque pays font varier les effets d'un système de brevet sur les flux commerciaux, les investissements étrangers, l'innovation technologique et les transferts de technologie.

Tableau 1: Catégories de pays selon le niveau de développement technologique

Pays les plus développés technologiquement : Ces pays sont les plus innovateurs. Ils investissent massivement en recherche et développement. Leur marché national est souvent saturé de nouveaux produits. Leurs entreprises sont les principaux dépositaires de brevet à l'étranger (ex. : États-Unis). Pays nouvellement développés ou modérément développés : Ces pays ont les capacités suffisantes pour produire les technologies développées à l'étranger. Ils investissent en recherche et développement dans certains secteurs. Leur marché national est inégal. Leurs entreprises déposent peu de brevets à l'étranger (ex. : Pérou). Pays les moins développés technologiquement : Ces pays n'ont pas toujours les capacités de produire les technologies développées à l'étranger. Ils investissent peu en recherche et développement. Leur marché national est extrêmement sensible aux variations de prix. Leurs entreprises ne déposent presque pas de brevets, même au niveau national (ex. : Botswana).

Source : Lall, *Indicators of the Relative Importance of IPRs in Developing Countries*, p. 2.

General Context and Implications for Developing Countries, Penang, Third World Network, 1998, p. 7-8; Keith MASKUS, « Normative Concerns in the International Protection of Intellectual Property Rights », *World Economy*, vol. 13, 1990, p. 408; Emmanuel Combe et Étienne PFISTER, « Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle », *Économie internationale*, vol. 85, 2001, p. 63-81; BANQUE MONDIALE, « Intellectual Property: Balancing Incentives with Competitive Access », *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, 2001, Washington, BANQUE MONDIALE, p. 129; Commission on Intellectual Property Rights, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy: Report of the Commission on Intellectual Property Rights*, Londres, Commission on Intellectual Property Rights, 2002, p. 20-25; Edwin LAI et Larry QUI, « The North's Intellectual Property Rights Standard for the South? », *Journal of International Economics*, vol. 59, 2003, p. 183-209.

Troisièmement, l'asymétrie d'intérêts entre les États se reflète dans les prises de position exprimées dans les organisations internationales. Ces prises de position font écho aux conclusions des analyses économiques sur les intérêts des États selon leur niveau de développement économique et technologique. Alors que les États-Unis, le Japon, la Suisse et l'Australie soulignent régulièrement que les brevets contribuent à la promotion de l'investissement dans les activités inventives, aux transferts technologiques et à la diffusion des résultats de la recherche, les pays africains expriment tout aussi régulièrement leurs craintes à propos des effets des brevets sur le coût d'accès aux technologies.

Enfin, l'asymétrie d'intérêt entre les pays développés et les pays les moins développés peut être déduite des variations entre leurs législations. En supposant que la préférence de chaque pays correspond au niveau de protection prévu par sa législation avant qu'il ratifie un traité qui fixe un autre niveau de protection, des écarts importants apparaissent. Par exemple, comme l'indique le tableau 2, à la veille de la conclusion de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)*, l'Argentine fixait la durée de protection à dix ans, alors la Nouvelle-Zélande la fixait à seize ans²⁹. Si ces pays considéraient qu'il est de leur intérêt de protéger les brevets pour une période de vingt ans, ils n'auraient sans doute pas attendu que l'*Accord sur les ADPIC* leur impose cette norme pour l'intégrer dans leur droit interne³⁰.

²⁹ Certes, quelques traités harmonisaient déjà la durée de protection au niveau bilatéral ou régional en 1992. Malgré cela, des variations significatives demeurent, notamment entre les pays les plus développés, les pays modérément développés et les pays les moins développés sur le plan technologique.

³⁰ Frederick M. ABBOTT, « Toward a New Era of Objective assessment in the Field of TRIPs and Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism », *Journal of International Economic Law*, vol. 8, n° 1, 2005, p. 81.

**Tableau 2: Durée (années) des brevets dans quelques pays en 1992
(Avant l'Accord sur les ADPIC)**

Pays	Durée	Pays	Durée	Pays	Durée	Pays	Durée
Argentine	10	Danemark	20	Israël	20	Paraguay	15
Australie	16	Équateur	15	Italie	20	Pérou	15
Autriche	20	Égypte	15	Jamaïque	14	Philippines	17
Belgique	20	États-Unis	20	Japon	20	Portugal	15
Brésil	15	Finlande	20	Malaisie	15	R-U	20
Canada	20	France	20	Mexique	20	Suisse	20
Chili	15	Grèce	20	N-Zélande	16	Thaïlande	20
Colombie	15	Guatemala	15	Norvège	20	Trinité t.	14
Costa Rica	12	Irlande	20	Panama	15	Venezuela	15

Source : Gaisford et Richardson, « The TRIPs Disagreement », p. 137-170.

Il ne nous appartient certainement pas de déterminer quel serait le niveau optimal de protection pour un pays donné. Nous prenons simplement pour postulat que l'équilibre entre les droits de réservation et la libre concurrence varie selon les valeurs sociales et les caractéristiques économiques et technologiques d'un pays. Les pays développés, les pays nouvellement développés et les pays les moins développés constituent trois groupes distincts, bien que d'importantes variations subsistent à l'intérieur d'un même groupe. Comme le conclut une étude de la Banque mondiale, le niveau de protection de la propriété intellectuelle dépend de l'environnement économique et social, qui affecte la perception du juste équilibre entre l'innovation et la dissémination³¹.

B. LA COOPÉRATION INTERNATIONALE

De prime abord, si l'on admet que les États sont des acteurs qui cherchent à maximiser leur propre intérêt, on pourrait penser que l'asymétrie d'intérêt décourage la coopération internationale en matière de brevet. Pourtant, l'anarchie est loin de régner. Dans un système anarchique, qu'il soit harmonique ou conflictuel, les États exercent leur

³¹ BANQUE MONDIALE, « Intellectual Property: Balancing Incentives with Competitive Access », p. 131.

pleine souveraineté et ne se soumettent à aucune règle commune³². Or, plusieurs traités internationaux fixent des règles communes relatives au droit des brevets et ces règles sont généralement respectées par les États. Si on adopte une définition très englobante de la coopération, soit toutes formes d'arrangement négocié, il y a irréfutablement une coopération internationale en matière de brevet³³.

La coopération dans le régime international des brevets prend plusieurs formes. En suivant la typologie développée par Arthur Stein et reprise par Lisa Martin, il faut distinguer les arrangements de collaboration, de coordination et de persuasion³⁴. Les premiers traités du régime international des brevets furent des arrangements de collaboration, qui peuvent être définis comme des arrangements entre des pays qui ont un intérêt commun pour la coopération mais qui n'ont pas tendance à coopérer. En d'autres termes, la collaboration vise à résoudre ce que les tenants de la théorie des jeux appellent le dilemme du prisonnier. Pour surpasser leur stratégie dominante à faire cavalier seul et entrer en collaboration, les pays doivent s'engager à respecter des obligations contractuelles réciproques, prévoyant des droits et des obligations pour les uns vis-à-vis des autres³⁵.

En matière de brevet, l'intérêt commun pour la coopération s'explique par une contradiction inhérente à tous les droits de la propriété

³² Arthur STEIN, « Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic world », in *International Regimes*, sous la dir. de Stephen KRASNER, Ithaca, Cornell University Press, 1985, p. 116-117.

³³ Robert KEOHANE, *After Hegemony. Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 1984, p. 49-57. Sous cette définition, le fait que des États coopèrent ne se traduit pas nécessairement par des gains pour les deux parties. Peter M. GERHART, « The Triangulation of International Intellectual Property Law: Cooperation, Power and Normative Welfare », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 38, n° 1, 2004, p. 7.

³⁴ Lisa MARTIN, « Interests, Power and Multilateralism », *International Organization*, vol. 46, 1992, p. 765-792; STEIN, p. 115-140. Pour une application aux DPI, Anonyme, « Tackling Global Software Piracy Under TRIPs: Insights from International Relations Theory », *Harvard Law Review*, 116, 2003, p. 1150-1151. Il ne s'agit pas d'une typologie admise universellement. Voir Joost PAUWELYN, *The Nature of WTO Obligations*, New York, Jean Monnet Center, 2002 et Claude MÉNARD, « The Economics of Hybrid Organizations », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 160, n° 3, 2004.

³⁵ Pour cette raison, les arrangements de collaboration sont similaires à ce que certains appellent des engagements de réciprocité. PAUWELYN, p. 4.

intellectuelle³⁶. D'une part, les inventions, en tant que créations immatérielles, sont douées d'ubiquité. Aucune frontière ne peut arrêter la circulation des idées. D'autre part, les droits qui les protègent sont strictement nationaux. En vertu du principe de territorialité, un brevet n'a de valeur que dans les limites de l'État qui l'a conféré³⁷. Dans ce contexte, un État qui souhaite maintenir un système de brevet a intérêt à ce que ses voisins offrent une protection similaire. Cet intérêt est partagé par tous les pays qui souhaitent maintenir un système de brevet. Malgré cet intérêt commun, les États peuvent avoir tendance à adopter des comportements opportunistes, c'est-à-dire à profiter des systèmes de brevet étrangers sans offrir de brevet eux-mêmes³⁸. En faisant cavalier seul, ils pourraient bénéficier de nouvelles inventions sans avoir à défrayer les coûts associés à un système de brevet, comme les prix plus élevés des inventions. Dès lors, l'harmonie internationale, définie comme une situation dans laquelle la poursuite des intérêts d'un acteur facilite automatiquement l'atteinte des objectifs d'autrui, n'est pas envisageable. Les États qui souhaitent maintenir un système de brevet font face à un choix : entrer en conflit avec ceux qui n'offrent pas de protection similaire ou négocier des arrangements³⁹.

Bien que la première option soit parfois privilégiée, plusieurs arrangements de collaboration ont été adoptés, dont la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* (Convention de Paris) en 1883. Ce premier traité multilatéral sur les brevets prohibe certaines mesures protectionnistes que les États peuvent être tentés d'adopter.

³⁶ Susan SCOTCHMER, « The Political Economy of Intellectual Property Treaties », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 20, n° 2, 2004.

³⁷ Ce principe fut consacré internationalement en 1883 dans la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883, 828 R.T.N.U. 305, art. 4bis, (révisée à Stockholm le 14 juillet 1967) (ci-après *Convention de Paris*) : « [Les brevets] seront indépendants des brevets obtenus pour la même invention dans les autres pays », art. 4 bis.1.

³⁸ GAISFORD et RICHARDSON, p. 139.

³⁹ Ces arrangements sont des règles communes qui limitent la souveraineté des États et qui permettent d'atteindre des états inaccessibles au système laissé à lui-même. Gérard KÉBABDJIAN, *Les théories de l'économie politique internationale*, Paris, Seuil, 1999, p. 142-143. Pour une application aux brevets, voir Peter K. YU, « Toward a Nonzero-sum Approach to Resolving Global Intellectual Property Disputes: What We Can Learn from Mediators, Business Strategists, and International Relations Theorists », *University of Cincinnati Law Review*, vol. 70, 2002, p. 570-588.

Par exemple, la règle du traitement national interdit de traiter les ressortissants étrangers de façon moins favorable que les nationaux⁴⁰. De même, un brevet ne peut être révoqué parce que le titulaire importe son invention au lieu de la manufacturer localement⁴¹. Parce qu'ils sont confiants que les autres pays n'adopteront pas certains comportements opportunistes, chaque pays peut mieux définir ses propres intérêts en matière de brevet. Ainsi, comme le rappelle Graham Dutfield, l'adoption de la *Convention de Paris* permit aux systèmes nationaux de brevet de résister aux critiques des ultra-libéraux. Un régime international était la seule chose qui pouvait rendre les systèmes nationaux tolérables aux yeux des défenseurs du libre-commerce puisque, à tout le moins, il nivelait le jeu de la concurrence internationale⁴².

En plus des règles prohibant certains comportements opportunistes, la *Convention de Paris* institua l'Union pour la protection de la propriété industrielle, constituée de tous les États membres⁴³. En 1893, le Bureau international de l'Union fusionna avec celui de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* pour former les Bureaux internationaux réunis de la protection de la propriété intellectuelle (BIRPI). En 1970, le BIRPI fut transformé en Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) qui, quatre ans plus tard, intégra le système des Nations Unies.

Dans les années 1960 et 1970, alors que les arrangements de collaboration étaient paralysés par de vives controverses entre les pays développés et les pays en développement, controverses dont nous rappelons les grandes lignes dans une prochaine section, les membres de l'OMPI privilégièrent la négociation d'arrangements de coordination, beaucoup plus faciles à négocier et à mettre en œuvre. La coordination réfère à un arrangement entre des pays qui ont une aversion commune pour l'absence de coopération. La présence de règle commune leur est bénéfique, quelles que soient les modalités de ces règles⁴⁴. Pour toutes les parties,

⁴⁰ *Convention de Paris*, art. 2.

⁴¹ *Convention de Paris*, art. 5.

⁴² DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life*, p. 56.

⁴³ *Convention de Paris*, art. 1.

⁴⁴ Les adeptes de la théorie des jeux associent généralement les problèmes de coordination à la métaphore de la guerre de sexes et de collaboration à la métaphore du dilemme du prisonnier.

leur existence constitue un net avantage et aucun pays n'a véritablement intérêt à ne pas les respecter. Les arrangements de coordination intègrent généralement ce que les spécialistes du droit international, dont Joost Pauwelyn, appellent des obligations intégrales, c'est-à-dire des engagements contractés devant la communauté internationale plutôt que devant des interlocuteurs particuliers ⁴⁵.

L'OMPI distingue deux catégories de traités de coordination, soit les traités de classification et les traités relatifs aux dépôts des demandes ⁴⁶. Dans la première catégorie, on compte notamment l'*Arrangement de Strasbourg concernant la classification internationale des brevets* (*Arrangement de Strasbourg*). Ce traité détermine une classification harmonisée de la technique, facilitant la recherche de documents à ceux qui veulent établir l'état de la technique, c'est-à-dire à tous les offices de brevets et à tous les inventeurs en puissance. Parmi les traités de la deuxième catégorie, on compte notamment le *Traité de Budapest* ⁴⁷ et le *Traité de coopération en matière de brevets* (PCT) ⁴⁸. Ces traités établissent une coordination internationale sur les procédures des offices de brevets tout en permettant à chaque pays de maintenir leur propre équilibre entre la réservation et la concurrence.

Tableau 3 : Principaux traités multilatéraux sur le droit des brevets

Traité multilatéral	Année d'adoption	Organisation	Catégorie de traité (typologie de l'OMPI)	Type de coopération (typologie de Stein et Martin)
Convention de Paris	1883	OMPI	Traité de protection	Collaboration
Traité de coopération en matière de brevets	1970	OMPI	Traité relatif au dépôt des demandes	Coordination

⁴⁵ PAUWELYN, p. 4.

⁴⁶ Cette classification est celle utilisée par l'OMPI.

⁴⁷ *Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets*, 28 avril 1977, 1861 R.T.N.U. 361.

⁴⁸ *Traité de coopération en matière de brevets*, 19 juin 1970, 1160 R.T.N.U. 231.

Traité multilatéral	Année d'adoption	Organisation	Catégorie de traité (typologie de l'OMPI)	Type de coopération (typologie de Stein et Martin)
Arrangement de Strasbourg	1971	OMPI	Traité de classification	Coordination
Traité de Budapest	1977	OMPI	Traité relatif au dépôt des demandes	Coordination
Accord sur les ADPIC	1994	OMC	Traité de protection	Persuasion
Traité sur le droit des brevets	2000	OMPI	Traité de protection (conditions de forme)	Coordination
Traité sur le droit matériel des brevets	En négociation	OMPI	Traité de protection (conditions de fond)	

Il fallut attendre près d'un siècle après l'adoption de la *Convention de Paris* pour qu'un second traité multilatéral déterminant un niveau minimal de protection soit adopté. Il s'agit de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (*Accord sur les ADPIC*), adopté en 1994 comme l'un des Accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁴⁹. Le professeur Peter Gerhart résume bien les difficultés qu'a soulevées la négociation de ce traité entre les pays développés et les pays en développement :

*« The intellectual property issue was vastly different from the prisoner's dilemma underlying many trade issues. In the prisoner's dilemma, each party is better off if the parties cooperate but is worse off if they do not. In the typical trade issue, the United States needs Thailand to open its borders and Thailand need the United States to open its borders. But for [the TRIPs agreement], the problem ran only one way; it responded only to the interest of the industrialized countries that would be the principal exporters of intellectual property »*⁵⁰.

⁴⁹ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299 (annexe 1.C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3) (ci-après *Accord sur les ADPIC*).

⁵⁰ Peter GERHART, « Reflections: Beyond Compliance Theory – TRIPs as a Substantive Issue », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 32, 2000, p. 368.

En fait, l'*Accord sur les ADPIC* n'est pas un arrangement de collaboration ou de coordination, mais un arrangement de persuasion. La conceptualisation théorique de cette troisième forme de coopération, qui complète la typologie de Arthur Stein, a été développée par Lisa Martin: «Both coordination and collaboration problems embody a symmetry of interests among states. However, in reality, many multilateral institutions have been established under condition of significant asymmetry»⁵¹. La caractéristique première des arrangements de persuasion est que, *a priori*, seul un acteur a intérêt à coopérer alors que les autres ont intérêt à faire cavalier seul. L'acteur ayant intérêt à instituer une coopération doit donc convaincre les autres acteurs, par différentes stratégies, de participer à la coopération.

L'opposition entre les intérêts des signataires de l'*Accord sur les ADPIC* est effectivement un contexte bien différent de l'interdépendance qui caractérisait la négociation de la *Convention de Paris* au XIX^e siècle. Les pays qui ont négocié l'*Accord sur les ADPIC* étaient loin de partager un même niveau de développement technologique et une même tradition de protection des droits de propriété privée. Les pays les plus développés technologiquement ont néanmoins réussi à convaincre l'ensemble des membres du GATT d'adopter des règles considérées comme la «nouvelle frontière»⁵² du droit international de la propriété intellectuelle. Ils ont surtout réussi à convaincre les pays moins avancés technologiquement de ratifier un traité qui, comme le résume Frederick Abbott, protège le capital des pays développés dans les pays en développement⁵³. En ce sens, l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC* peut être considérée comme un moment décisif dans le régime international des brevets. Plutôt que de faire évoluer le droit international des brevets par un arrangement de collaboration ou de coordination, comme ce fut le cas depuis le XIX^e siècle, l'*Accord sur les ADPIC* a introduit un arrangement de persuasion dans le régime international des brevets. Cet arrangement constitue toujours une forme de coopération interé-

⁵¹ MARTIN, p. 777.

⁵² John BRAITHWAITE et Peter DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 85.

⁵³ ABBOTT, «Toward a New Era».

tatique, mais une coopération qui ne se traduit pas par des gains pour tous les États⁵⁴.

Comment les pays les plus développés technologiquement ont-ils réussi à persuader les pays les moins développés d'adhérer à l'*Accord sur les ADPIC*? L'étude des dynamiques de puissance entre ces pays peut vraisemblablement contribuer à éclairer cette question. Mais les dynamiques de puissance étant des phénomènes difficiles à appréhender, il est préalablement nécessaire de s'appuyer sur un cadre théorique bien établi. Celui des régimes hégémoniques nous semble particulièrement approprié pour comprendre comment des pays aux intérêts asymétriques peuvent adopter des règles communes.

§ 2. Le cadre théorique des régimes hégémoniques

Le programme de recherche des régimes internationaux permet d'imaginer un cadre théorique qui interpelle à la fois le droit et la science politique (A). À l'intérieur de ce programme de recherche historico-institutionnaliste, cet ouvrage s'articulera autour du concept de régime hégémonique (B). Plus précisément, nous tenterons de comprendre l'hégémonie par une triangulation entre les règles, les intérêts matériels et les idées (C). Cette triangulation nous conduira à une analyse de la dynamique du régime international des brevets (D).

A. LE PROGRAMME DE RECHERCHE DES RÉGIMES INTERNATIONAUX

Le concept de régime international a été développé à la fin des années 1970⁵⁵. La publication en 1982 d'un numéro spécial de la revue *International Organization* peut être considérée comme l'acte de naissance du programme de recherche sur les régimes internationaux. En introduction, Stephen Krasner propose une définition qui aujourd'hui encore la plus fréquemment citée :

«Regimes can be defined as sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations

⁵⁴ GERHART, « The Triangulation of International Intellectual Property Law », p. 7.

⁵⁵ La paternité de ce concept est généralement attribuée à John Gerard RUGGIE, « International Responses to Technology: Concepts and Trends », *International Organization*, vol. 29, n° 3, 1975.

converge in a given area of international relations. Principles are beliefs of fact, causation, and rectitude. Norms are standards of behavior defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions or proscriptions for action. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice »⁵⁶.

Une distinction fondamentale sépare d'un côté, les principes et les normes d'un régime, et de l'autre, les règles et les processus⁵⁷. Les principes et les normes constituent l'essence même d'un régime⁵⁸. Laurence Helfer, un des auteurs qui utilisent ce concept pour analyser le droit international des brevets, donne l'exemple du respect de la propriété privée sur les créations immatérielles comme principe et celui du traitement national comme norme du régime international des brevets⁵⁹. Si ce principe ou cette norme sont modifiés, il y a alors changement de régime. Par contre, si la règle de la durée minimale de protection de vingt ans à partir de la date de dépôt ou le processus du consensus au Conseil des ADPIC sont modifiés, il n'y a qu'un changement à l'intérieur du régime, qui demeure le même.

De façon générale, les régimes sont relativement durables. Ce ne sont pas des arrangements *ad hoc* qui émergent de façon spontanée, mais des institutions qui évoluent dans la continuité. De profonds ancrages juridiques et idéologiques structurent la politique des États et l'évolution des régimes internationaux. Par exemple, les règles de procé-

⁵⁶ Stephen KRASNER, « Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables », chap. in *International Regime*, Ithaca, Cornell University Press, 1985, p. 2. Cette définition, qui se voulait consensuelle, souleva plus de controverses que ne l'aurait souhaité Stephen Krasner. Voir Andreas HASENCLEVER, Peter MAYER et Volker RITTBERGER, *Theories of International Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 8-22.

⁵⁷ KRASNER, « Structural Causes », p. 3.

⁵⁸ Stephen KRASNER, « Regimes and the Limits of Realism: Regimes as Autonomous Variables », chap. in *International Regime*, Ithaca, Cornell University Press, 1985, p. 355-368.

⁵⁹ Laurence R. HELFER, « Regime shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking », *Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, p. 8. Voir aussi Peter K. YU, « Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 38, 2004, p. 323-443; Anonyme, « Tackling Global », p. 1139; David VICTOR et Kal RAUSTIALA, « The Regime Complex for Plant Genetic Resources ». *International Organization*, vol 32, n° 2, 2004, p. 147-154.

dures de l'Organe de règlement des différends interdisent aux membres de l'OMC de recourir à des sanctions commerciales unilatérales pour imposer la mise en œuvre de l'*Accord sur les ADPIC*⁶⁰. Cette règle peut avantager certains acteurs et en désavantager d'autres, mais elle assure à tous une relative prévisibilité. Cette prévisibilité structure les attentes des acteurs, leur conception de leurs relations, leurs capacités d'action et, en bout de ligne, leurs interactions. Si le résultat de ces interactions conduit à l'établissement de nouvelles règles, celles-ci auront fort probablement une filiation avec les règles existantes de l'Organe de règlement des différends. Les régimes ont ainsi tendance à évoluer en étant dépendants de leur propre sentier (*path dependency*)⁶¹. Ils ne sont pas nécessairement le résultat de choix rationnels, ni des véhicules d'efficience, mais une fois mis en place, il devient difficile de les faire dévier de leur route. En raison de cette reconnaissance de l'importance de la stabilité des normes juridiques et sociales dans la formulation de la politique étrangère et dans l'organisation des relations internationales, le programme de recherche des régimes peut à juste titre être qualifié d'institutionnel⁶². Dans le cas plus particulier de cette étude, puisque nous nous intéressons à l'évolution des normes dans un contexte conjoncturel changeant, nous nous inscrivons dans l'approche généralement qualifiée d'institutionnalisme historique⁶³.

Malgré cette insistance sur les institutions, un régime international ne doit pas être confondu avec une organisation internationale ou avec un traité en particulier⁶⁴. Le régime international des brevets couvre au

⁶⁰ *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 401, (annexe 2 de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3), art. 23.2(a) (ci-après : *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*).

⁶¹ Kathleen THELEN, « Historical Institutionalism in Comparative Politics », *Annual Review of Political Science*, vol. 2, June 1999, p. 384-396.

⁶² Sur les théories institutionnelles en relations internationales, voir Hendrik SPRUYT, « New Institutionalism and international Relations ». In *Global Political Economy: Contemporary Theories*, sous la dir. de Ronen Palan, Londres, New York, Routledge, 2000, p. 130-141.

⁶³ Peter HALL et Rosemary TAYLOR, « Political Science and the Three New Institutionalisms », *Political Studies*, vol. 44, n° 5, 1996, p. 936-957; THELEN, p. 369-404; John IKENBERRY, « Conclusion: An Historical Approach to American Foreign Economic Policy », *International Organization*, vol. 42, n° 1, 1988, p. 219-243.

⁶⁴ STEIN, p. 133-134; HASENCLEVER, MAYER et RITTBERGER, p. 10-11.

moins deux organisations multilatérales, soit l'OMPI et l'OMC, et quelques organisations régionales, comme l'Office africain de la propriété intellectuelle et l'Office européen des brevets. De plus, un ensemble de traités bilatéraux, régionaux et multilatéraux font partie du régime, comme la *Convention de Paris*, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)⁶⁵ et l'Accord de libre-échange entre la Bulgarie et l'Association européenne de libre-échange (AELE)⁶⁶. Comme le postule le programme de recherche sur les régimes à travers l'idée de filiation institutionnelle, tous les traités du régime des brevets s'inspirent ou se réfèrent explicitement, en tout ou en partie, aux traités précédents. La notion de régime permet ainsi de saisir de façon cohérente un ensemble de règles qui peuvent autrement sembler disparates⁶⁷. Cette valeur heuristique est particulièrement pertinente en matière de brevet puisqu'un grand nombre de traités ont été adoptés depuis le XIX^e siècle.

Tous les traités et toutes les organisations d'un même régime sont liés par un même champ (*issue-area*). Robert Keohane définit un champ international comme un ensemble d'enjeux qui sont abordés de front dans une même négociation et par des bureaucrates qui coordonnent leurs actions⁶⁸. Une analyse en termes de régime international implique qu'il est nécessaire de limiter l'argumentation à un champ en particulier. Par exemple, il serait inapproprié de calculer la puissance relative des acteurs en fonction de leurs ressources pétrolières pour expliquer les négociations en matière de brevets⁶⁹. Ces deux champs sont indépendants et ont chacun leur propre régime. Comme le souligne Gérard Kébabdjian, « l'intérêt de la notion de régime est de rompre avec les

⁶⁵ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289, chap. 17 (ci-après ALENA).

⁶⁶ *Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République de Bulgarie, d'autre part*, 29 mars 1993, *Journal Officiel* n° L. 358, 31 décembre 1994, p. 0205-0222.

⁶⁷ VICTOR et RAUSTIALA, p. 279-280.

⁶⁸ KEOHANE, *After Hegemony*, p. 61.

⁶⁹ Sur la distinction entre la puissance agrégée et la puissance spécifique à un domaine, voir Mark HABEEB, *Power and Tactics in International Negotiations: How Weak Nations Bargains with Strong Nations*, Baltimore, Johns Hopkins University, 1988, p. 17-23.

approches globalisantes, et partant assez stériles, en terme d'ordre et de désordre, en introduisant l'idée d'un ordre limité à un champ »⁷⁰.

La notion de champ invite le chercheur à tenir compte des constructions cognitives dans l'analyse⁷¹. En effet, l'étendue d'un champ dépend non seulement de ses caractéristiques objectives mais également du cadre normatif à travers lequel les acteurs interprètent les informations qu'ils reçoivent⁷². L'étendue d'un champ évolue donc avec l'idée que s'en font les acteurs. Si, dans quelques années, tous les acteurs reconnaissent que le droit international des brevets est étroitement lié à la question du financement de l'éducation, il n'est pas exclu que certaines règles relatives à l'éducation adoptées à l'UNESCO doivent être considérées comme des composantes du régime international des brevets. En suivant ainsi l'évolution de leur champ et en intégrant des règles existantes, les régimes se complexifient et se chevauchent progressivement, créant ce que David Victor et Kal Raustiala appellent des constellations de régimes⁷³.

Ainsi définie, la notion de régime international appliquée au cas des brevets permet d'intégrer dans un tout cohérent une analyse politique et une analyse juridique. Plusieurs juristes, dont Anne-Marie Slaughter et Kenneth Abbott, et plusieurs politologues, dont Robert Keohane et Andrew Hurrell, ont souligné que le concept de régime peut servir de passerelle entre les deux disciplines⁷⁴. Une analyse en termes de

⁷⁰ KÉBABDJIAN, *Les théories de l'économie politique internationale*, p. 140.

⁷¹ Christer JONNÖN, « Cognitive Factors in Explaining Regime Dynamics », in *Regime Theory and International Relations*, sous la dir. de Volker RITTBERGER, Oxford, Clarendon, 1993, p. 207.

⁷² KEOHANE, *After Hegemony*, p. 61.

⁷³ VICTOR et RAUSTIALA.

⁷⁴ Anne-Marie SLAUGHTER, « International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda », *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, p. 220; Andrew HURRELL, « International Society and the Study of Regimes: A Reflective Approach », in *International Rules: Approaches from International Law and International Relations*, sous la dir. de Robert J. BECK, Anthony CLARK AREND et Robert VANDER LUGT, New York, Oxford University Press, 1996, p. 211; Robert KEOHANE, « International Relations and International Law: Two Optics », *Harvard International Law Journal*, vol. 38, 1997, p. 487-502; Kenneth W. ABBOTT, « Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers », *Yale Journal of International Law*, vol. 14, 1989, p. 35; John K. SETEAR, « An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis on International Relations Theory and International Law », *Harvard*

régime reconnaît à la fois que les acteurs instrumentalisent les règles et que les règles influencent le comportement des acteurs. Les règles ne peuvent se comprendre sans l'étude des relations de puissance entre les acteurs et le comportement de ceux-ci ne peut se comprendre sans l'étude des règles. Les règles sont à la fois des variables dépendantes et indépendantes par rapport aux acteurs⁷⁵. Certes, d'autres approches, comme la théorie du New Haven School en droit international⁷⁶ ou les théories sur la gouvernance globale en science politique⁷⁷, situent elles aussi l'adoption des règles dans un processus plus large d'interaction entre les acteurs⁷⁸. Mais il s'agit essentiellement d'approches monodisciplinaires.

Néanmoins, la notion de régime est insuffisante pour servir en elle-même de cadre théorique⁷⁹. Si les auteurs des années 1980 faisaient référence à *la* théorie des régimes, ils parlent maintenant *des* théories des régimes. Richard Steinberg explique cette évolution par l'atteinte d'un consensus sur les prépositions sous-jacentes au concept de régime, conduisant par le fait même à la multiplication des nouveaux question-

International Law Journal, vol. 37, 1996, p. 139-229; Claire CUTLER, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 72; Thomas GEHRING, *Integrating Integration Theory: Neofunctionalism and International Regimes*, Florence, European University Institute, 1995, p. 3.

⁷⁵ KRASNER, «Regimes and the Limits of Realism»; KRASNER, «Structural Causes».

⁷⁶ Myres S. McDOUGAL et Harold D. LASSWELL, «The New Haven School. The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order», in *International Rules: Approaches from International Law and International Relations*, sous la dir. de Robert J. BECK, Anthony CLARK AREND et Robert D. VANDER LUGT, New York, Oxford University Press, 1996, p. 113-143.

⁷⁷ Marie-Claude SMOUTHS, «La coopération internationale: de la coexistence à la gouvernance mondiale», chap. in *Les nouvelles relations internationales: Pratiques et Théories*, Paris, Presses de Science Po, 1998, p. 149-151.

⁷⁸ Certains théoriciens ont ainsi tenté de rapprocher le New Haven School, les théories sur la gouvernance globale et le programme de recherche des régimes. Voir Andy HIRA et Theodore COHN, «Toward a Theory of Global Regime Governance», *International Journal of Political Economy*, vol. 22, n° 4, 2003; Michael SCHECHTER, «The New Haven School of International Law, Regime Theorists, their Critics and Beyond», Annual Meeting of the International Studies Association, Acapulco, 26 mars 1993.

⁷⁹ GEHRING, p. 9. Voir aussi Susan STRANGE, «Cave! Hi dragons: A Critique of Regime Analysis», in *International Regimes*, sous la dir. de Stephen KRASNER, Ithaca, Cornell University Press, 1985, p. 342-343.

nements⁸⁰. Dès lors, différentes approches théoriques sont utilisées pour répondre à ces questions. Andreas Hasenclever, Peter Mayer et Volker Rittberger dégagent trois archétypes théoriques autour de la notion de régime, soit le néoréalisme, le néolibéralisme et le cognitivisme, qui se concentrent respectivement sur le pouvoir, l'avoir et le savoir comme variable explicative⁸¹. Ernst Haas, quant à lui, distingue les perspectives mécaniques, pour lesquelles les acteurs contrôlent les régimes, des perspectives organiques, pour lesquelles les acteurs doivent s'adapter aux régimes⁸². Stephan Haggard et Beth Simmons parlent plutôt de l'éclatement des théories des régimes en courants fonctionnaliste, stratégique, structuraliste et cognitiviste⁸³. La littérature contemporaine sur les régimes reflète donc une grande diversité d'approches⁸⁴. Face à cette diversité, nous ne pouvons nous réclamer de la théorie des régimes, mais plutôt du programme de recherche des régimes⁸⁵.

B. L'HÉGÉMONIE : ENTRE LEADERSHIP ET IMPÉRIALISME

Le programme de recherche des régimes postule que les règles agissent comme intermédiaires entre, d'une part, la puissance des acteurs et, d'autre part, les comportements de ces acteurs⁸⁶. En ce sens, il s'oppose à l'approche simpliste du structuro-réaliste selon laquelle il ne sert à rien d'étudier les institutions puisqu'elles ne sont que le reflet direct des rapports de force⁸⁷. Parce que le droit a un certain degré d'autonomie, il influence le comportement des acteurs, incluant les acteurs les plus puissants, d'une façon différente que ne le ferait l'exercice direct de

⁸⁰ Richard H. STEINBERG, « In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining in the GATT/WTO », *International Organization*, vol. 56, n° 2, 2002, p. 339.

⁸¹ HASENCLEVER, MAYER et RITTBERGER.

⁸² Ernst B. HAAS, « Words can Hurt You; or, Who Said What to Whom about Regimes », in *International Regimes*, sous la dir. de Stephen KRASNER, Ithaca, Cornell University Press, 1985, p. 23-59.

⁸³ Stephen HAGGARD et Beth SIMMONS, « Theories of International Regimes », *International Organization*, vol. 41, n° 3, 1987.

⁸⁴ SMOUTHS, p. 148.

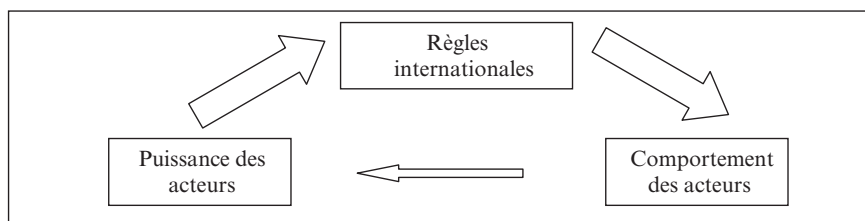
⁸⁵ GEHRING, p. 9.

⁸⁶ KRASNER, « Structural Causes », p. 5.

⁸⁷ John MEARSHEIMER, « The False Promise of International Institutions », *International Security*, vol. 19, n° 3, 1995, p. 5-49.

la puissance. D'un autre côté, il faut éviter ce que certains politologues appellent le légalisme, c'est-à-dire la croyance naïve que le droit international exprime une justice qui découlerait d'un ordre naturel planant au-dessus de la mêlée politique⁸⁸. Malgré le principe de l'égalité souveraine des États, la formulation, l'interprétation et la mise en œuvre des règles de droit s'inscrivent dans un contexte politique qui, invariablement, les oriente. Le droit constitue ainsi une variable intermédiaire entre la puissance des acteurs et leur comportement.

Figure 1 : Conceptualisation de l'influence de la puissance sur le comportement des acteurs selon le programme de recherche des régimes internationaux



Cet ouvrage porte plus particulièrement sur la première partie de l'équation posée par le programme de recherche des régimes, c'est-à-dire à la relation entre la puissance et les règles⁸⁹. La deuxième partie de cette équation, qui soulève la question de la mise en œuvre et de l'effectivité des règles, ne sera étudiée que dans la mesure où elle influence les rapports de force qui, à leur tour, influencent les règles.

L'étude de la relation entre la puissance des acteurs et les règles est particulièrement importante dans le cas du régime international des

⁸⁸ Benoît FRYDMAN, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans la mondialisation : Une perspective critique*, sous la dir. de Monique CHEMILLIER-GENDREAU et Yann MOULIER-BOUTANG, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 61.

⁸⁹ En ce sens, nous partageons le questionnement de Christopher May dans son analyse de l'économie politique internationale de la propriété intellectuelle : « How does differential power change social institutions? », *A Global Political Economy*, p. 32.

brevets⁹⁰. Comme nous l'avons déjà souligné, l'*Accord sur les ADPIC* correspond à la forme de coopération que Lisa Martin qualifie d'arrangement de persuasion⁹¹. Puisque ce traité ne répond pas aux intérêts de tous les partenaires, ceux qui en bénéficient ont dû persuader les autres pays de le ratifier. Pour en comprendre le succès, l'analyse des rapports de force est essentielle⁹². Comme Christopher May le précise en introduction de son ouvrage sur l'économie politique internationale des droits de propriété intellectuelle : « The TRIPs agreement and other legal formulation of intellectual property are not technical solutions to emergent problems but are rather manifestations of structural power within the global political economy »⁹³.

Oran Young qualifie les arrangements de persuasion, comme l'*Accord sur les ADPIC*, d'ordres imposés, par opposition aux ordres spontanés ou négociés. Les ordres imposés sont délibérément établis par les acteurs dominants qui réussissent à transformer leurs préférences en normes communes par une combinaison de coercition, de cooptation et de compensation⁹⁴. Il identifie deux catégories d'ordres imposés. Selon la forme de domination exercée, il peut s'agir d'un ordre de type impérial, dans lequel la domination est directe, ou de type hégémonique, dans lequel la domination s'opère par le biais de règles acceptées volontairement par les parties⁹⁵.

En reprenant cette typologie, on peut affirmer que la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC* manifeste un ordre de type hégémonique⁹⁶. Au début du XX^e siècle, Antonio Gramsci avançait déjà que l'hégémonie

⁹⁰ Susan K. Sell a déjà démontré que l'approche réaliste est la plus adéquate pour étudier les négociations sur le droit international de la propriété intellectuelle. Voir « Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World », *International Organization*, vol. 49, n° 2, 1995, p. 321-332.

⁹¹ MARTIN, p. 777.

⁹² Duncan SNIDAL, « Coordination versus Prisoner's dilemma: Implication for International Cooperation and Regimes », *American Political Science Review*, vol. 79, 1985, p. 940.

⁹³ MAY, *A Global Political Economy*, p. 44.

⁹⁴ Oran YOUNG, « Regime Dynamics: the Rise and Fall of International Regimes », *International Organization*, vol. 36, n° 2, 1982, p. 284.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ RICHARDS, p. 80-84 et 118-120.

implique le consentement des acteurs dominés⁹⁷. L'*hegemon* n'agit pas directement sur leur consentement, mais sur les conditions de leur consentement. Depuis Gramsci, plusieurs théoriciens ont adapté ce concept à l'étude des relations internationales et ont proposé différentes définitions. Dans le cadre de cet ouvrage qui vise à comprendre et à situer l'évolution d'un ensemble de règles, la définition proposée par Robert Keohane et Joseph Nye nous semble la plus appropriée puisqu'elle s'inscrit clairement dans une perspective institutionnaliste : « [Hegemony is] a situation in which one state is powerful enough to maintain the essential rule governing interstate relations, and willing to do so »⁹⁸. Comme Antonio Gramsci avant eux, Robert Keohane et Joseph Nye considèrent que l'*hegemon* n'est pas celui qui impose des règles sans le consentement des autres acteurs, mais celui qui réussit à les maintenir en structurant le champ d'action possible des autres acteurs.

Le régime international des brevets n'est donc pas un ordre de type impérial. L'impérialisme, qu'il soit prédateur ou paternaliste, est l'imposition unilatérale des préférences de l'État dominant à des États dominés qui auraient *de facto* perdu leur souveraineté⁹⁹. Contrairement à l'*hegemon*, la puissance impériale s'immisce directement dans les affaires internes des autres États et impose des règles internationales sans leur consentement. Or, tous les États qui ont adhéré aux traités internationaux sur les brevets l'ont fait dans leur pleine souveraineté. Bien qu'ils aient pu douter que de nouvelles règles sur le droit de brevets répondraient à leurs intérêts, ils ont été convaincus qu'il était préférable de signer ces traités, notamment parce qu'ils espéraient en tirer des avantages indirects en termes politiques ou commerciaux. Par ailleurs, les

⁹⁷ Esteve MORERA, *Gramsci's Historicism: A Realist Interpretation*, Londres, Routledge, 1990, p. 165. Voir également Étienne DE LA BOÉTIE, *Discours de la servitude volontaire*, Paris : Arléa, 2003 [1549], 105p.

⁹⁸ KEOHANE et NYE, p. 44.

⁹⁹ Bertrand BADIE, *L'État Importé: Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris, Fayard, 1992, p. 51 ; Laïdi Zaki, « De l'hégémonie à la "prédation" ? Hypothèses sur la transformation de la puissance américaine », *Le Cahier du CERI*, n° 1, 1991, p. 35 ; Grégory VANEL, « Le Concept d'Hégémonie en économie politique internationale », *Économie Politique Internationale*, avril 2003, p. 12, en ligne : GRIC <http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Cahier_Vanel.pdf> (date d'accès : 2 mars 2006) ; KEOHANE, *After Hegemony*, p. 46.

États dominants eux-mêmes ne privilégient pas l'impérialisme puisque cette forme de domination est incompatible avec les normes institutionnelles en place, du moins dans le régime des brevets et dans celui du commerce international pour lesquels la primauté de la règle de droit constitue un principe fondamental. Comme le remarque Pierre Klein, l'histoire démontre qu'il peut être beaucoup plus efficace à long terme d'exercer une puissance sur une institution ou un système juridique, qui peut à terme contribuer à légitimer une relation de domination et assurer la continuité de celle-ci, plutôt que de recourir directement à l'emploi de la force militaire¹⁰⁰. Bien que plusieurs auteurs qualifient le régime international des brevets de néoféodalisme¹⁰¹, de néocolonialisme¹⁰² ou de néoimpérialisme¹⁰³, l'utilisation de ces termes relève, à notre avis, davantage de la figure de style que d'une véritable opérationnalisation conceptuelle.

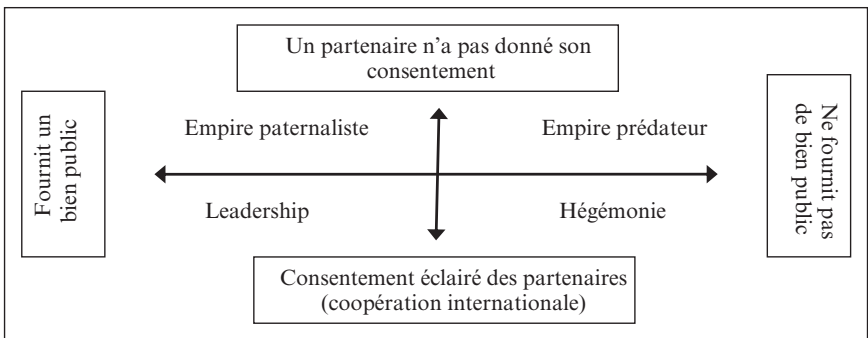
¹⁰⁰ Pierre KLEIN, «The Effects of US Predominance on the Elaboration of Treaty Regimes and on the Evolution of the Law of Treaties», in *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, sous la dir. de Michael BYERS et Georg NOLTE, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 363.

¹⁰¹ David VAYER, «Intellectual Property Today: Of Myths and Paradoxes», *Canadian Bar Review / La revue du barreau canadien*, vol. 69, 1990, p. 98-128; DRAHOS, *Information Feudalism*; Hugh C. HANSEN, «International Copyright: An Unorthodox Analysis», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, 1996, p. 579-593.

¹⁰² SHIVA, *Protect or Plunder?*; Nadia Natasha SEERATAN, «The Negative Impact of Intellectual Property Patent Rights on Developing Countries: An Examination of the Indian Pharmaceutical Industry», *St Mary's Law Review on Minority Issues*, vol. 3, printemps 2001, p. 339-412; Rosemary J. COOMBE, «Cultural and Intellectual Property: Occupying the Colonial Imagination», *Political and Legal Anthropology Review*, vol. 16, 1993, p. 8-15.

¹⁰³ Jean-Christophe GALLOUX, «L'impérialisme du brevet», in *Nouvelles technologies et propriété*, sous la dir. de Ejan MACKAAY, Montréal et Paris, Thémis, Litec, 1991, p. 111-138; Laurie Anne WHITT, «Interdisciplinary Perspective: Indigenous Peoples, Intellectual Property & the New Imperial Science. Part I», *Oklahoma City University Law Review*, vol. 23, printemps/été 1998, p. 211-259; Samuel ODDI, «TRIPs – Natural Rights and a Polite Form of Economic Imperialism», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, 1996, p. 415-470; SHIVA, *Protect or Plunder?*, p. 14; Benjamin CORIAT, «Du “Super 301” aux TRIPs: La “vocation impériale” du nouveau droit américain de la propriété intellectuelle», *Revue d'économie industrielle*, vol. 99, p. 179-189; Marci A. HAMILTON, «The TRIPs Agreement: Imperialistic, Outdated, and Overprotective», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, 1996, p. 613-634.

Figure 2: Conceptualisation de quatre formes de domination



D'un autre côté, l'hégémonie ne doit pas être confondue avec l'exercice d'un leadership. En situation de leadership, tel que le conceptualise Charles Kindleberger, tous les acteurs retirent un bénéfice net de la coopération maintenue par le leader¹⁰⁴. Par exemple, il peut supporter l'essentiel des coûts associés à la fourniture d'un bien public, comme la paix mondiale. Mais ce n'est pas parce que deux pays signent librement un traité que celui-ci sera nécessairement à l'avantage des deux parties¹⁰⁵. En situation d'hégémonie, les acteurs dominés supportent une partie, voire la totalité, des coûts associés au régime¹⁰⁶. Or, de l'aveu même de la Commission britannique sur la propriété intellectuelle, au terme de son enquête sur les négociations internationales de propriété intellectuelle, les règles prévues dans l'*Accord sur les ADPIC* représentent un coût pour les pays les moins avancés, au profit des pays les plus avancés¹⁰⁷. Tous les pays bénéficient de la relative stabilité et prévisibilité qu'entraîne l'adoption de règles internationales sur les brevets, mais le contenu de ces règles ne profite qu'à un groupe de pays. Ceux qui maintiennent ces règles ne sont donc pas des leaders bienveillants, mais des *hegemons*.

¹⁰⁴ Charles KINDLEBERGER, «Dominance and Leadership in the International Economy», *International Studies Quarterly*, vol. 25, n° 2, 1981, p. 242-254.

¹⁰⁵ Gruber LLOYD, «Power Politics and the Free Trade Bandwagon», *Comparative Political Studies*, vol. 34, n° 7, septembre 2001, p. 703-741.

¹⁰⁶ David LAKE, «Leadership, Hegemony, and the International Economy: Naked Emperor or Tattered Monarch with Potential?», *International Studies Quarterly*, vol. 37, 1993, p. 459-489.

¹⁰⁷ Commission on Intellectual Property Rights, p. 163.

C. LA TRIANGULATION DE L'HÉGÉMONIE DANS UNE PERSPECTIVE INSTITUTIONNELLE

Si les États dominés acceptent d'adhérer à des règles qui ne répondent pas à leurs intérêts, c'est parce que les *hegemons* utilisent leur puissance pour les en convaincre. Joseph Nye remarque avec justesse qu'il en est « de la puissance comme de l'amour, il est plus facile de l'éprouver que de la définir »¹⁰⁸. On peut néanmoins définir la puissance hégémonique comme la capacité d'influencer le comportement des autres acteurs¹⁰⁹. À partir de cette définition générale, il faut distinguer deux formes d'exercice de la puissance hégémonique¹¹⁰.

La première, inspirée des perspectives théoriques réalistes, est sans doute la plus classique. Il s'agit de la capacité de coercition, c'est-à-dire de la capacité de menacer de sanction ou d'offrir des compensations qui altèrent les intérêts d'un tiers dans le but de guider son comportement, que ce soit vers l'action ou l'inaction¹¹¹. Dans une perspective institutionnelle, un aspirant *hegemon* peut établir un tel système coercitif en associant les normes d'un champ dans lequel il souhaite exercer une hégémonie avec celles d'un autre champ dans lequel les autres États ont une relation de dépendance face à lui, généralement en raison d'un

¹⁰⁸ Joseph NYE, *Le leadership américain: Quand les règles du jeu changent*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1992, p. 23. Pour une typologie des définitions de la puissance, voir Michael BARNETT et Raymond DUVALL, « Power in International Politics », *International Organization*, vol. 59, 2005, p. 39-75.

¹⁰⁹ KEOHANE et NYE, p. 220.

¹¹⁰ Comme le soulignent John IKENBERRY et Charles KUPCHAN: « There are two basic ways in which a hegemonic nation can exercise power and secure the acquiescence of other nations. The first is by manipulating material incentives. [...] The second is by altering the substantive beliefs of leaders in other nations ». Voir « Socialization and Hegemonic Power », *International Organization*, vol. 44, n° 3, 1990, p. 285. Voir aussi Robert COX, *Approches to World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 127.

¹¹¹ KEOHANE et NYE, p. 220; Paul Gordon LAUREN, « Theories of Bargaining with Threats of Force: Deterrence and Coercive Diplomacy », chap. in *Diplomacy: New Approaches in History, Theory, and Policy*, New York, Free Press, 1979, p. 192-196; Beth V. YARBROUGH et Robert M. YARBROUGH, « Cooperation in the Liberalization of International Trade: After Hegemony, What? », *International Organization*, vol. 41, n° 1, 1987, p. 14-15; John IKENBERRY et Charles A. KUPCHAN, « The Legitimation of Hegemonic Power », in *World Leadership and Hegemony*, sous la dir. de David P. RAPKIN, Boulder, Rienner, 1990, p. 56 et 349.

différentiel de ressources. Dès lors, l'*hegemon* peut soit diminuer les incitatifs associés à la défection par la menace dans l'autre champ, soit augmenter les bénéfices de la coopération en offrant des compensations, toujours dans l'autre champ¹¹². Les autres États peuvent ainsi être amenés à conclure qu'il est globalement avantageux d'accepter les règles proposées par l'*hegemon*. Pour cela, il faut toutefois que l'association entre les deux champs paraisse légitime et que la coercition semble crédible, ce qui nous conduit à la deuxième forme de puissance.

La forme de puissance que Joseph Nye appelle puissance douce (*soft power*)¹¹³ est la capacité d'influencer le comportement des autres acteurs par la socialisation, en leur transmettant ses idées, ses valeurs et ses croyances¹¹⁴. Comme l'ont montré les théories constructivistes, les comportements des acteurs ne découlent pas seulement d'un calcul rationnel des bénéfices et des coûts associés à l'adoption de certaines règles, mais également de leurs conceptions du monde. Les acteurs des relations internationales s'approprient les informations qu'ils reçoivent en les filtrant dans un cadre normatif socialement construit et institutionnalisé. Dès lors, il est possible d'exercer une influence sur le comportement d'un acteur en altérant son cadre normatif :

« [I]s it not the supreme and most insidious exercise of power to prevent people, to whatever degree, from having grievances by shaping their perceptions, cognitions and preferences in such a way that they accept their role in the existing order of things, either because they can see or imagine no alternative to

¹¹² MARTIN, p. 779.

¹¹³ JOSEPH NYE, *The Paradox of American Power: Why the World's Only Superpower Can't Go it Alone*, Oxford et New York, Oxford University Press, 2002, p. 222. Voir aussi BRUCE RUSSETT, « The Mysterious Case of Vanishing Hegemony; or Is Mark Twain really dead? », *International Organization*, vol. 39, n° 2, 1985, p. 228-230.

¹¹⁴ Par la notion d'idée, il faut entendre « [the] intersubjective meanings concerning the nature of social relations that condition behavior and expectations of behavior and the collective images of a social order held by different groups ». CUTLER, p. 101. Voir aussi ROBERT COX, « Social Forces, States and World Orders », in *Neorealism and its Critics*, sous la dir. de ROBERT KEOHANE, New York, Columbia University Press, 1986, p. 218-219; MORTEN BOAS et DESMOND MCNEIL, « Power and Ideas in Multilateral Institutions: Towards an Interpretative Framework », in *Global Institutions and Development*, sous la dir. de MORTEN BOAS, Londres et New York, Routledge, 2004, p. 1 et 6.

*it, or because they see it as natural and unchangeable, or because they value it as divinely ordained and beneficial ? »*¹¹⁵.

L'*hegemon* peut altérer le cadre normatif de ses interlocuteurs à travers un processus de socialisation¹¹⁶. Il doit convaincre les acteurs dominés, généralement par le biais d'acteurs non étatiques, que les normes qu'ils proposent s'intègrent aux normes qui sont déjà acceptées et perçues comme légitimes. Si un *hegemon* est capable de justifier cette association entre de nouvelles normes et des normes établies, il rencontrera ensuite moins de résistance dans l'établissement et l'évolution du régime¹¹⁷.

Par conséquent, c'est par une combinaison de coercition et de socialisation que les États dominés sont amenés à conclure qu'il est globalement avantageux d'accepter les règles fixées par l'*hegemon*. Le rationalisme et le constructivisme ne doivent pas être perçus comme deux perspectives irréconciliables. Les distinctions méthodologiques, épistémologiques et ontologiques entre le rationalisme et le constructivisme modérés ont tendance à être surestimées¹¹⁸. Dernière les valeurs se cachent souvent des intérêts matériels et les intérêts sont eux-mêmes guidés par des principes normatifs. Il ne s'agit ici pas de savoir quelle variable précède l'autre, mais de savoir comment les intégrer. Or, il nous semble qu'une association, un concept sur lequel nous revenons dans le chapitre suivant, peut à la fois affecter le calcul des intérêts matériels et les valeurs privilégiées. Ce qu'il faut ici souligner, c'est que l'*hegemon* qui exerce une coercition et une socialisation par le biais d'une association normative est contraint, par définition, par les normes déjà établies.

Observer l'exercice de la puissance à travers une association normative n'est cependant pas suffisant pour attester de l'existence d'un régime hégémonique. Encore faut-il que l'utilisation de cette puissance

¹¹⁵ Steven LUKES, *Power: A Radical View*, Londres, MacMillan, 1974, p. 24.

¹¹⁶ IKENBERRY et KUPCHAN, « Socialization and Hegemonic Power », p. 289. Voir aussi IKENBERRY et KUPCHAN, « The Legitimation of Hegemonic Power ».

¹¹⁷ STEINBERG, p. 301 ; IKENBERRY et KUPCHAN, « The Legitimation of Hegemonic Power », p. 49-51.

¹¹⁸ Thomas RISSE, « Lets's Argue! Communicative Action in World Politics », *International Organization*, vol. 54, n° 1, 2000, p. 3 ; Martha FINNEMORE et Kathryn SIKKINK, « International Norm Dynamics and Political Change », *International Organization*, vol. 52, n° 4, 1998, p. 888.

ait effectivement structuré le champ d'action possible des autres acteurs de façon à établir ou à maintenir les normes que favorise l'*hegemon*. Pour constater ce phénomène dans le champ des brevets, il faut retracer ce que certains juristes appellent les *exportations de droit*¹¹⁹. Il ne faut pas déduire de cette expression empruntée au commerce international que les règles de droit sont des biens de consommation qui évoluent dans un marché de libre concurrence. Ce ne sont pas nécessairement, comme le postulerait une vision fonctionnaliste, les meilleurs *produits juridiques*, offerts au moindre coût, qui sont diffusés à l'échelle planétaire. Au contraire, l'exportation d'une règle du droit des brevets témoigne souvent d'une relation hégémonique¹²⁰. Comme le conclut une étude commandée par la CNUCED, il est dans l'intérêt du pays hégémonique de convaincre les pays en développement d'adopter des normes de propriété intellectuelle similaires aux siennes¹²¹. En exportant son droit, l'*hegemon* profite non seulement d'une harmonisation à peu de frais, mais surtout d'un rehaussement du niveau de protection à l'étranger qui lui permet de maintenir ses propres normes juridiques et sociales.

Certes, l'exportation du droit des brevets ne s'opère pas exclusivement sous des relations de domination¹²². Mais historiquement, l'exercice de la puissance fut l'un de ses principaux vecteurs de migration¹²³. Ainsi, au milieu du XIX^e siècle, l'Allemagne a utilisé sa puissance commerciale pour exercer une coercition sur la Suisse et y exporter certaines

¹¹⁹ KALAN, p. 1445.

¹²⁰ Voir par exemple Éric AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988; Mohamed SALAH MAHMOUD, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 105-106.

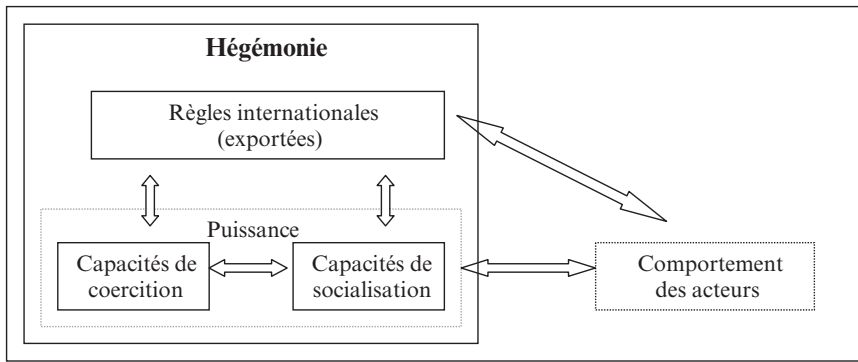
¹²¹ VANGRASSTEK COMMUNICATIONS, « Trade-Related Intellectual Property Rights: United States Trade Policy, Developing Countries and the Uruguay Round », *Uruguay Round, Further Papers on Selected Issues*, New York, UNCTAD, 1990, p. 94.

¹²² Jonathan MILLER identifie au moins quatre catégories d'exportation de droit. « A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process », *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003, p. 843-867.

¹²³ Peter DRAHOS, « Negotiating Intellectual Property Rights: Between Coercion and Dialogue », in *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development*, sous la dir. de Peter DRAHOS and Ruth MAYNE, Londres et New York, Oxfam, Palgrave, 2002, p. 163-165; Mier PEREZ-PUGATCH, *The International Political Economy of Intellectual Property Rights*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004, p. 65.

règles de son droit des brevets¹²⁴. La France utilisa une stratégie similaire envers la Belgique¹²⁵. Dans son article sur les différentes catégories d'exportation de droit, Jonathan Miller utilise même l'exemple de l'*Accord sur les ADPIC* comme cas type de la catégorie qu'il nomme «les transplantations juridiques imposées de l'externe»¹²⁶. Bien que l'on puisse douter que la puissance soit le seul vecteur d'exportation de droit, on ne pourrait imaginer un régime hégémonique des brevets sans exportation de droit.

Figure 3: Conceptualisation de l'influence de la puissance sur les règles



Inspiré de Cox, «Social Forces, States and World Orders», p. 218.

Nous conceptualisons donc l'hégémonie dans le régime international des brevets comme une configuration particulière entre la puissance, déterminée par les capacités de coercition et de socialisation, et

¹²⁴ PEREZ-PUGATCH, *The International Political Economy*, p. 65.

¹²⁵ Paul Edward GELLER, «Legal Transplant in International Copyright: Some Problems of Method», *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 13, automne 1994, p. 200. Inversement, Valérie-Laure Benabou et Vincent Varet se désolent que le nouveau code français de la propriété intellectuelle ne connaîtra pas le même rayonnement que les codes napoléoniens puisque la France n'est plus aussi puissante que sous l'empire de Napoléon : «C'est la puissance de la nation, son hégémonie, qui induit les flux d'exportation de droit; c'est n'est pas le droit, fût-il le mieux conçu possible, qui permet la diffusion des conceptions juridiques d'un État chez ses voisins». Voir *La codification de la propriété intellectuelle*, Paris, La documentation française, 1998, p. 194.

¹²⁶ MILLER, p. 848.

les règles internationales¹²⁷. Cette conceptualisation de l'hégémonie rappelle celle proposée par Robert Cox. Ce dernier considère que l'hégémonie est une configuration entre trois catégories de forces, soit les capacités matérielles, les valeurs et les normes¹²⁸. On peut aisément établir une correspondance entre ces trois forces et les trois éléments qui constituent la notion de régime hégémonique, soit les capacités de coercition, les capacités de socialisation et les règles internationales. Mais une question demeure en suspens : quelle est la dynamique entre ces trois éléments de la configuration hégémonique¹²⁹ ?

D. LA THÉORIE DE L'ÉVOLUTION DYNAMIQUE DES RÉGIMES HÉGÉMONIQUES

La théorie la plus utilisée pour étudier l'évolution d'un régime hégémonique est certainement celle de la stabilité hégémonique¹³⁰. Cette théorie avance que l'existence d'une hégémonie est une condition nécessaire à la création et au maintien d'un ordre international¹³¹. Toutefois, ni la version initiale, attribuée à Charles Kindleberger, ni la version révisée de Robert Keohane, ne peuvent être utilisées dans le cadre de cet ouvrage¹³². En effet, tous les deux perçoivent l'hégémonie comme une forme de leadership qui fournit un bien public bénéfique à tous. Or, comme nous l'avons souligné précédemment, nous postulons

¹²⁷ D'autres auteurs proposent une triangulation similaire pour analyser le régime international des brevets. GERHART, « The Triangulation of International Intellectual Property Law » ; MAY et SELL, p. 31

¹²⁸ COX, *Approches to World Order*, p. 224.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 225.

¹³⁰ HAGGARD et SIMMONS, p. 500 : « The Theory of hegemonic stability offers the most parsimonious and widely employed explanation of regime dynamics »

¹³¹ Robert GILPIN, *The Political Economy of International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1987, p. 86.

¹³² En prenant l'exemple de la crise économique des années 1930, Charles Kindleberger avance qu'une forme ou l'autre de domination est nécessaire pour qu'un bien public international soit créé et maintenu. De cette version initiale de la théorie de la stabilité hégémonique, Robert KEOHANE accepte l'idée que l'hégémonie peut faciliter la création d'un régime. Par contre, il considère que lorsqu'un régime est créé, le maintien de l'hégémonie n'est pas nécessaire à la survie d'un régime. KINDLEBERGER, p. 247 ; KEOHANE, *After Hegemony*. Pour une vision similaire à celle de Keohane, voir Duncan SNIDAL, « The limits of Hegemonic Stability Theory ». *International Organization*, vol. 39, n° 4, 1985, p. 579-614.

qu'un niveau élevé de protection freine le développement des pays les moins avancés et profite principalement aux pays les plus avancés sur le plan technologique¹³³. Parce que nous rejetons l'idée de bien public, nous devons écarter cette théorie de la stabilité hégémonique, du moins telle qu'elle est généralement comprise¹³⁴.

L'hégémonie permet d'instituer un ordre relativement stable, ce qui n'exclut pas que l'ordre créé soit orienté en premier lieu vers la satisfaction des intérêts de l'*hegemon*. Il semble en effet logique d'affirmer que seul un *hegemon* pourra créer et maintenir une coopération alors que les intérêts de plusieurs États s'opposent *a priori* à cette coopération. La stabilité de l'*hegemon* serait donc une condition à la stabilité des régimes de persuasion. Lisa Martin, qui a conceptualisé cette forme de régime, avait elle-même identifié cette particularité : « Regime that rely on tactical issue linkage to foster cooperation in suasion games will face crises as the power of the hegemon declines »¹³⁵. De même, pour Oran Young, ce serait une caractéristique des ordres imposés, que ne partagent pas les ordres spontanés et les ordres négociés : « Imposed orders are unlikely to survive for long following major declines in the effective power of the effective power of the dominant actor or actors »¹³⁶. Il faut donc éviter de percevoir les institutions, et les régimes hégémoniques en particulier, à travers un prisme déterministe. Si leurs fondements matériels ou idéologiques sont bousculés, les institutions risquent d'être modifiées.

Si on reconnaît que les ordres hégémoniques bénéficient à l'*hegemon* et que l'exercice de la puissance de l'*hegemon* est une condition au maintien d'un ordre hégémonique, on pourrait croire, à tort, que les ordres hégémoniques se renforcent continuellement. L'établissement de règles hégémoniques peut en effet avoir des conséquences préjudiciables sur la

¹³³ Parce qu'il y a absence de bien public international, une des rares études qui analyse le droit des brevets à l'aide de la théorie de la stabilité hégémonique conclut qu'elle est peu appropriée pour l'étude de ce régime. VANGRASSTEK COMMUNICATIONS, p. 86.

¹³⁴ Robert Gilpin, un des principaux auteurs associés à la théorie de la stabilité hégémonique, reconnaît lui-même que les régimes créés par les *hegemons* produisent rarement des biens publics internationaux. GILPIN, p. 87-88. Voir également LAKE, p. 459-489.

¹³⁵ MARTIN, p. 790.

¹³⁶ YOUNG, « Regime Dynamics », p. 292.

deuxième forme de puissance de l'*hegemon*, c'est-à-dire sa puissance de socialisation. Plus un pays participe à un régime international, plus ses préférences et ses croyances se définissent, et plus il devient susceptible de vouloir modifier l'orientation de ce régime¹³⁷. C'est ce qu'Andreas Hasenclever, Peter Mayer et Volker Rittberger constatent dans leur ouvrage sur les théories des régimes :

*«Institutionalizing higher degrees of inequality into the regime will not only increase the amount of compensation for the leader but also decrease the legitimacy of the hegemonically sponsored order and thus increase both the expected frequency of challenges to this order and the overall sanctioning costs to be borne by the hegemon »*¹³⁸.

En d'autres termes, l'instauration d'un régime, dont les règles bénéficient principalement à un *hegemon*, peut soulever des contestations qui risquent de délégitimer ce dernier. Les dominés introduiront de nouvelles idées dans le régime et proposeront de nouvelles règles, que Donald Puchala et Raymond Hopkins ont baptisées « normes de contre-régime »¹³⁹.

Lorsqu'un régime hégémonique est contesté, deux issues sont possibles. La première est que les forces contestataires modifient la structure de puissance suffisamment pour ébranler les normes fondamentales du régime. En matière de brevet, de tels changements radicaux pourraient se traduire par la suppression du principe du traitement national afin de favoriser les transferts technologiques, ou encore par la substitution des brevets pharmaceutiques par l'octroi de fonds publics forfaitaires récompensant au mérite toutes les innovations médicales. Il s'agirait alors, selon la typologie de Donald Puchala et Raymond Hopkins, d'une révolution de régime¹⁴⁰. À un premier régime dominé par un premier *hegemon* succéderait un deuxième régime, possiblement dominé par un deuxième *hegemon*. La deuxième issue possible est que seuls quelques ajustements aux règles et aux processus existants soient apportés.

¹³⁷ YU, « Currents and Crosscurrents », p. 58 ; HASENCLEVER, MAYER et RITTBERGER, p. 136-210.

¹³⁸ HASENCLEVER, MAYER et RITTBERGER, p. 95.

¹³⁹ DONALD J. PUCHALA et RAYMOND F. HOPKINS, « International Regimes: Lessons from Inductive Analysis », in *International Regimes*, sous la dir. de Stephen KRASNER, Ithaca, Cornell University Press, 1985, p. 66.

¹⁴⁰ PUCHALA, et HOPKINS, p. 65.

Ces ajustements, en répondant aux normes de contre-régime, freineraient la délégitimation de l'*hegemon*, alors que les normes fondamentales seraient maintenues. Il s'agirait alors, toujours selon la typologie de Donald Puchala et de Raymond Hopkins, d'une évolution de régime¹⁴¹.

Pour parvenir à cette deuxième issue, l'*hegemon* doit maintenir un équilibre fragile entre l'intégration partielle des normes de contre-régime et la conservation, voire la progression, du régime en place. Le principe fondamental des ordres hégémoniques, celui qui leur permet de se maintenir, est qu'ils doivent consolider la suprématie de l'*hegemon* et, en même temps, offrir une perspective de satisfaction aux autres acteurs¹⁴². Lorsque son hégémonie est contestée, l'*hegemon* doit à la fois répondre à ces contestations par des ajustements et contrebalancer ces ajustements par des avancées sur d'autres fronts. Ces avancées soulèveront probablement de nouvelles contestations, qui appelleront à de nouveaux ajustements¹⁴³. L'*hegemon* est ainsi perçu comme un cycliste qui, pour maintenir son équilibre, doit continuellement faire avancer le régime qu'il domine.

Les métaphores tirées du monde du cyclisme sont courantes en économie politique internationale. Une théorie de la bicyclette est fréquemment utilisée pour justifier les cycles successifs de négociation du GATT et de l'OMC¹⁴⁴. Ici, la métaphore de l'*hegemon*-cycliste ne doit pas être comprise comme une tentative de justification ou une mécanique déterministe qui conduit les régimes de façon linéaire à un état achevé. Les contestations interagissant de façon dynamique avec

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Robert Cox, *Production, Power and World Order: Social Forces in the Making of History*, New York, Columbia University Press, 1987, p. 7.

¹⁴³ Bertram I. SPECTOR, «Deconstructing the Negotiations of Regime Dynamics», in *Getting It Done: Postagreement Negotiation and International Regimes*, sous la dir. de Bertram I. SPECTOR et I. William ZARTMAN, Washington, United States Institute of Peace Press, 2003, p. 54-60.

¹⁴⁴ Comme le souligne Jadhish Bhagwati: «The many GATT rounds, aimed at slashing tariffs, proved effective in dealing with the ever-present protectionist pressures from constituency-conscious congressmen; they served to counter these pressures on the grounds that succumbing to them would imperil ongoing deliberations and negotiations. An ongoing, continual set of rounds was this tactically wise as well. Washington has christened this the bicycle theory: unless you keep pedaling, you will fall off». *Protectionism*, Cambridge, MIT Press, 1988, p. 41.

les ajustements opérés par l'*hegemon*, il est impossible de prévoir la trajectoire précise qu'empruntera le cycliste. Une direction générale peut être dégagée, même si la trajectoire ne sera jamais linéaire. Autrement dit, l'hégémonie ne détermine pas le comportement des acteurs mais constitue le contexte dans lequel s'inscrit leur comportement.

La métaphore de l'*hegemon*-cycliste n'est qu'une tentative de compréhension. Elle est certainement plus appropriée pour l'analyse des régimes de persuasion que la théorie de la stabilité hégémonique conceptualisée par Charles Kindleberger. Si l'*hegemon* se maintient, ce n'est pas parce qu'il s'appuie sur un bien public international, mais parce qu'il reste en équilibre. Cette métaphore permet une relecture dynamique des régimes hégémonique, où les normes et les acteurs s'influencent continuellement¹⁴⁵. Comme le souligne William Zartman la stabilité des régimes est dynamique¹⁴⁶. C'est pourquoi la métaphore du cycliste illustre ce que nous appelons la théorie de l'évolution dynamique des régimes hégémoniques.

§ 3. Une problématique sur la dynamique du régime des brevets

Dans la section précédente, nous avons démontré que la théorie de l'évolution dynamique des régimes hégémoniques s'arrime bien avec les postulats d'asymétrie d'intérêt et de coopération internationale. Il reste toutefois à savoir comment cette théorie peut expliquer l'évolution récente du régime international des brevets. À la lumière de la littérature sur l'histoire de ce régime, il semble que, jusqu'en 1994, ce régime ait réussi à résister aux contestations et à progresser grâce à une stratégie de changement de forum (A). Ce constat nous conduit à questionner les changements de forum de la période actuelle (B), notam-

¹⁴⁵ Les négociations ne se limitent pas à la conclusion d'un traité mais se poursuivent lors de leur mise en œuvre, voire jusqu'à la conclusion d'un autre traité. William ZARTMAN, « Negotiating the Rapids: The Dynamics of Regime Formation », in *Getting It Done: Postagreement Negotiation and International Regimes*, sous la dir. de Bertram I. SPECTOR et I. William ZARTMAN dirs., Washington, United States Institute of Peace Press, 2003, p. 14.

¹⁴⁶ ZARTMAN, « Negotiating the Rapids », p. 41. Voir également Bertram I. SPECTOR et William ZARTMAN, « Regimes in Motions: Analyses and Lessons Learned », chap. in *Getting It Done: Postagreement Negotiation and International Regimes*, Washington, United States Institute of Peace Press, 2003, p. 271-292.

ment ceux opérés par les États-Unis (C). Nous articulerons ainsi une problématique sur le rôle des traités bilatéraux américains dans l'évolution récente du régime international des brevets (D).

A. UNE ÉVOLUTION MARQUÉE PAR LES CHANGEMENTS DE FORUM

Sans se référer à la théorie de l'évolution dynamique des régimes hégémoniques, Peter Drahos et John Braithwaite en démontrent néanmoins la pertinence pour l'étude de l'évolution du droit international des brevets¹⁴⁷. Selon eux, les pays développés sont parvenus à maintenir le régime et à contrer la résistance en utilisant une stratégie de changement de forum (*forum shifting*)¹⁴⁸. Cette dernière consiste à déplacer le front des négociations d'une organisation dans laquelle les normes fondamentales sont contestées, vers une autre organisation qui leur est plus favorable. L'organisation précédente demeure généralement en place, mais le moteur du régime est déplacé dans une nouvelle organisation. En d'autres termes, les pays développés sacrifieraient des changements aux processus du régime pour maintenir ou consolider ses normes fondamentales. Puisque le changement d'organisation exige une nouvelle structuration du discours contestataire, celui-ci ne parvint jamais à modifier les normes et les principes fondamentaux du régime. Plus encore, le changement de forum permet d'adopter de nouvelles règles qui consolident le régime établi, le plaçant dans une situation de progression constante.

Selon Peter Drahos et John Braithwaite, les pays développés utilisèrent la stratégie du changement de forum à deux reprises¹⁴⁹. Dans les années 1970, les pays en développement lancèrent leur appel à un Nouvel ordre économique international et prirent une importance prépondérante au sein de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). Cette organisation, alors le principal centre d'impulsion de l'ONU dans le domaine des transferts de technologie, développa une perspective très critique envers le droit des brevets. Un de ses rapports sur la question conclut que l'égalité théorique consa-

¹⁴⁷ BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 566.

¹⁴⁸ Pour une analyse des changements de forum davantage ancrée dans le programme de recherche des régimes, voir VICTOR et RAUSTIALA, p. 280.

¹⁴⁹ *Ibid.*

créée par le traitement national de la *Convention de Paris* masquait un renforcement de position des exportateurs de technologie : « L'égalité de traitement n'a de sens que s'il y a d'une manière générale égalité entre les parties en cause ; lorsque tel n'est pas le cas, l'égalité de traitement revient tout simplement à donner à la partie la plus forte une liberté illimitée d'utiliser sa puissance »¹⁵⁰. Puisque qu'il n'y avait pas, sous la *Convention de Paris*, l'équivalent du système généralisé de préférences qu'ont adopté les membres du GATT, la CNUCED conclut que « le système des brevets fonctionne maintenant comme un système de préférence inversé, aux bénéfices des brevetés étrangers »¹⁵¹. Elle se proposa même de jouer un rôle de premier plan dans le réaménagement du régime international des brevets pour tenir davantage compte des besoins des pays en développement¹⁵².

Dans ce contexte, les pays développés étaient loin de s'y sentir en terrain favorable. Des lignes d'affrontement Nord-Sud s'y étaient institutionnalisées et les pays en développement y votaient en bloc. Par conséquent, les pays développés s'employèrent à réorienter les négociations sur le droit des brevets vers l'OMPI. À leurs yeux, l'OMPI avait l'avantage d'être plus centrée sur les questions techniques de la propriété intellectuelle que sur ses dimensions politiques. Ils favorisèrent l'intégration de l'OMPI au système des Nations Unies pour que sa compétence en matière de propriété intellectuelle soit reconnue et que la CNUCED soit contrainte de se retirer pour éviter les chevauchements. C'est effectivement ce qui arriva en 1974.

¹⁵⁰ CNUCED, *Le rôle du système des brevets dans le transfert des techniques aux pays en voie de développement*, Doc. No. TD/AC.11/19/Rev.1, New York, CNUCED, 1975, p. 51.

¹⁵¹ *Ibid.* Formation», in *Getting It Done: Postagreement Negotiation and International Regimes*, sous la dir. de Bertram I. SPECTOR et I. William ZARTMAN dirs., Washington, United States Institute of Peace Press, 2003, p. 14.

ZARTMAN, «Negotiating the Rapids», p. 41. Voir également Bertram I. SPECTOR et William ZARTMAN, «Regimes in Motions: Analyses and Lessons Learned», chap. in *Getting It Done: Postagreement Negotiation and International Regimes*, Washington, United States Institute of Peace Press, 2003, p. 271-292.

BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global*

¹⁵² Pour une présentation de ces débats, voir ZHANG, p. 162-166.

Le deuxième changement d'organisation eut lieu dans les années 1980¹⁵³. L'OMPI était alors devenue une organisation des Nations Unies, un nombre croissant de pays en développement en devinrent membres, et la culture institutionnelle plus sensible aux questions de développement s'y introduisit progressivement¹⁵⁴. Forts de ce climat favorable, les pays en développement lancèrent un projet de révision de la *Convention de Paris* pour tenir compte de leurs besoins spécifiques. Les États-Unis s'y opposèrent, jugeant au contraire que la protection prévue par la *Convention de Paris* était insuffisante, sans compter la nécessité d'un mécanisme de règlement des différends plus efficace. Parallèlement, les négociations internationales sur d'autres questions relatives à la propriété intellectuelle, dont la protection des circuits intégrés, n'avançaient pas suffisamment aux yeux des pays développés¹⁵⁵. Les États-Unis firent donc basculer les négociations sur la propriété intellectuelle de l'OMPI au GATT. La propriété intellectuelle fut incluse dans le cycle de négociation de l'Uruguay qui conduisit à la création de l'OMC.

Lors de l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC*, plusieurs pays en développement considéraient qu'il s'agissait d'une concession ultime, marquant la fin de l'histoire du régime international des brevets¹⁵⁶. La théorie sur l'évolution dynamique des régimes hégémoniques indique cependant qu'une telle stagnation est peu probable. Un régime hégémonique a tendance à soulever des contestations qui appellent à des

¹⁵³ BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 566. Voir également Blaise CARRON, « *Bad Trips* pour l'OMPI, ça se GATT du côté de la propriété intellectuelle », Mémoire de DES, IUED, 1997 ; ZHANG, p. 166-168 ; Susan K. SELL, *Power and Ideas: North/South Politics of Intellectual Property and Antitrust*, Albany, University of New York Press, 1998, p. 107-130 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPs and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 24.

¹⁵⁴ Il faut toutefois signaler que le Guatemala, El Salvador, la Tunisie et l'Équateur comptent parmi les premiers membres de l'Union pour la protection de la propriété industrielle.

¹⁵⁵ CORIAT, p. 187-188 ; Abdulqawi A. YUSUF, « TRIPs: Background, Principles and General Provisions », in *Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement*, sous la dir. de Carlos M. CORREA et Abdulqawi A. YUSUF, London, La Haye et Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 5.

¹⁵⁶ Mohammed EL-SAID, « The Road from TRIPs-Minus, to TRIPs, to TRIPs-Plus: Implication of IPRs for the Arab World », *Journal of World Intellectual Property*, vol. 8, n° 1, 2005, p. 55.

ajustements. L'*Accord sur les ADPIC* a-t-il soulevé des contestations ? Les pays développés ont-ils répondu à ces contestations en procédant à un troisième changement de forum, après celui de la CNUCED vers l'OMPI et celui de l'OMPI vers l'OMC ?

Sur ces questions, Peter Drahos et John Braithwaite demeurent relativement muets. Ils qualifient la période contemporaine de post-ADPIC sans toutefois l'analyser en profondeur, faute sans doute d'information¹⁵⁷. Aujourd'hui, plus de dix ans nous séparent de l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC*, ce qui permet de dégager l'orientation du régime international des brevets et d'identifier ses forces motrices. Notre analyse portera donc sur l'évolution du régime international des brevets entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 décembre 2004.

B. LE BILATÉRALISME COMME FORUM DE NÉGOCIATION

Pour analyser une évolution, il faut chercher et apprécier le changement survenu. Les travaux de Peter Drahos et John Braithwaite incitent à chercher ce changement dans les organisations multilatérales. Or, depuis la création de l'OMC, aucune nouvelle organisation multilatérale consacrée au droit des brevets n'a été mise sur pied. En fait, depuis l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC*, aucun traité multilatéral sur le droit matériel des brevets n'a été adopté. Un projet est bien en négociation à l'OMPI, mais les désaccords entre les parties demeurent nombreux, indiquant que le traité ne sera pas adopté prochainement. Il ne faut pas en conclure pour autant que le régime international des brevets soit statique. Si aucune institution multilatérale n'est créée ou profondément modifiée, c'est peut-être que le changement de forum actuel est opéré entre deux niveaux de négociation plutôt qu'entre deux organisations multilatérales¹⁵⁸.

¹⁵⁷ BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 63.

¹⁵⁸ Cette hypothèse est également formulée dans YU, « Currents and Crosscurrents » ; HELFER, « Regime Shifting » ; Laurence HELFER, « Mediating Interactions in an Expanding International Intellectual Property Regime », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 36, n° 1, 2004, p. 123-137.

Figure 4: Conceptualisation du changement de forum niveau/champ

	Santé	Propriété intellectuelle	Commerce	
Multilatéral		↑		
Régional	←-----	Front du régime	-----→	
Bilatéral		↓		

Source : Yu, « Currents and Crosscurrents », p. 52.

Le multilatéralisme n'est qu'un niveau de négociation. Comme le remarque James Caporaso, le multilatéralisme est peu utilisé en relations internationales comme concept analytique, bien que les institutions multilatérales soient paradoxalement l'un des principaux objets d'analyse¹⁵⁹. John Gerard Ruggie est l'un des rares auteurs à avoir tenté de définir le concept de multilatéralisme¹⁶⁰. Selon lui, cette notion réfère à deux composantes, l'une relative à la nature du forum, l'autre à la nature des obligations. Le multilatéralisme doit d'abord impliquer un minimum de trois parties et être ouvert à tous les pays. Il doit ensuite intégrer le principe d'indivisibilité selon lequel une action contre un pays a des effets pour tous les autres pays. Deux corollaires découlent de ce principe, soit l'interdiction de discrimination entre les pays membres de l'institution multilatérale et la reconnaissance qu'il n'y a pas de réciprocité directe et immédiate pour chacun des engagements individuels.

De ces deux composantes de la définition de Ruggie, nous ne retenons que la première. En effet, dans le cadre de cet ouvrage, nous ne nous intéressons au multilatéralisme et aux autres niveaux de négociation qu'en tant que processus du régime. La nature des obligations du régime sera appréciée à l'aide d'un autre point de référence, comme nous le précisons dans les sections qui suivent. Par ailleurs, aucun des principaux traités examinés, pas même l'*Accord sur les ADPIC*, ne répondrait

¹⁵⁹ James CAPORASO, « International relations theory and multilateralism: the search for foundations », *International Organization*, vol. 46, n° 3, 1992, p. 599-632.

¹⁶⁰ John Gerard RUGGIE, « Multilateralism: The Anatomy of an International Institution », *International Organization*, vol. 46, n° 3, 1992, p. 566.

à la définition du multilatéralisme si nous devons retenir le critère de l'absence de réciprocité directe, que Joost Pauwelyn appelle l'intégralité des engagements¹⁶¹. Ces traités sont, comme nous l'avons déjà précisé, des arrangements de collaboration ou de persuasion dont la conclusion implique une réciprocité des engagements. Mais puisque nous rejetons le deuxième critère de Ruggie, nous pouvons considérer que la *Convention de Paris* et l'*Accord sur les ADPIC* sont des traités multilatéraux.

Le régionalisme représente un deuxième niveau de négociation. Bien que l'expression *accord régional* soit parfois utilisée pour désigner toute forme d'accord qui ne serait pas multilatéral, nous préférons une définition plus restrictive¹⁶². En effet, le régionalisme peut, comme le multilatéralisme, impliquer plusieurs pays et être ouvert à l'adhésion de nouveaux membres. Mais il doit avoir une vocation régionale, c'est-à-dire qu'il doit être limité à une zone géographique plus ou moins déterminée à l'intérieur de laquelle les États partagent généralement des liens commerciaux particuliers, un niveau de développement similaire et des valeurs communes. Il n'est donc pas étonnant que, en matière de brevet, le régionalisme favorise une intégration plus rapide que le multilatéralisme¹⁶³. L'Europe, l'Afrique de l'Est, l'Afrique de l'Ouest, la Communauté andine, les États du golfe Persique et les pays de l'ex-URSS se sont dotés au cours des dernières décennies de règles et d'institutions régionales en matière de brevets.

Le bilatéralisme constitue un troisième niveau de négociation. On le reconnaît généralement lorsqu'il n'y a que deux parties impliquées, sans restriction géographique. Le bilatéralisme implique également une segmentation des engagements entre deux pays ou deux groupes de pays¹⁶⁴. Par exemple, un traité sur le droit des brevets conclu entre

¹⁶¹ PAUWELYN, p. 4.

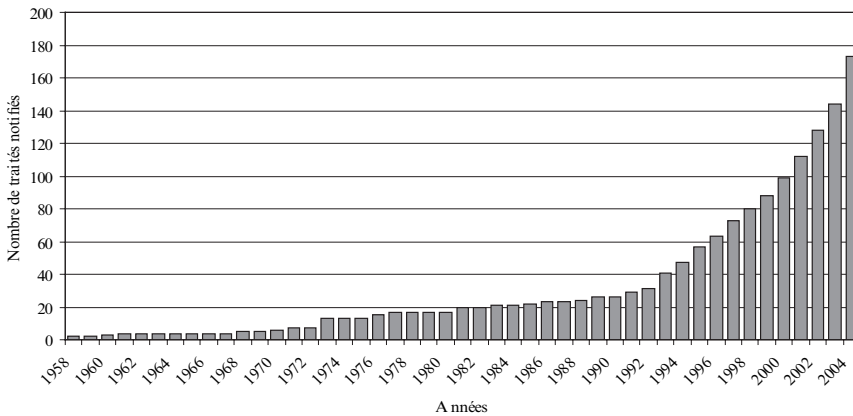
¹⁶² Par exemple, une étude de l'OCDE analyse indistinctement les traités bilatéraux et les traités régionaux de propriété intellectuelle. OCDE, *Relations entre les Accords commerciaux régionaux et le système commercial multilatéral : Droits de propriété intellectuelle*, n° de doc. TD/TC/WP(2002)28/FINAL, Paris, OCDE, 23 juillet 2002.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 5; Sisule F. MUSUNGU, Susan VILLANUEVA et Roxana BLASETTI, *Utilizing TRIPs Flexibilities for Public Health Protection Through South-South Regional Frameworks*, Genève, Centre Sud, 2004, p. 55-56, en ligne: Centre Sud: <<http://www.southcentre.org/publications/flexibilities/flexibilities.pdf>> (date d'accès: 20 mai 2005); MASKUS, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, p. 5.

¹⁶⁴ RUGGIE, « Multilateralism », p. 568.

le Canada et les pays membres de la Communauté andine serait considéré comme un traité bilatéral, même s'il implique plus de deux pays. Puisque le droit des brevets est déjà harmonisé au niveau de la Communauté andine, ses membres négocieraient comme un seul bloc et leurs engagements seraient principalement orientés vers le Canada.

Graphique 1 : Nombre cumulé de traités commerciaux notifiés au secrétariat du GATT puis à l'OMC



Source : OMC, *Regional Trade Agreements*, en ligne : <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/eif_e.xls>

Comme l'illustre le graphique 1, le nombre de traités régionaux et bilatéraux de nature commerciale a augmenté de façon exponentielle au cours de la période ciblée par cet ouvrage, soit de 1994 à 2004. Vingt-neuf d'entre eux ont été notifiés à l'OMC dans la seule année de 2004, soit autant que ceux notifiés au secrétariat du GATT entre 1947 et 1991¹⁶⁵. Dans cette prolifération de traités commerciaux, certaines tendances récentes se dessinent. La majorité d'entre eux sont maintenant des traités bilatéraux associant des pays de régions différentes qui ne partagent pas un même niveau de développement¹⁶⁶. En

¹⁶⁵ OMC, *Regional Trade Agreements Notified to the GATT/WTO and in Force*, Document Excel, en ligne : OMC <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/eif_e.xls> (date d'accès : 2 avril 2006).

¹⁶⁶ Jo-Ann CRAWFORD et Roberto V. FIORENTINO, *The Changing Landscape of Regional Trade Agreements*, Discussion Paper n° 8, Genève, OMC, 2005, p. 2-15, en ligne : OMC <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/discussion_papers8_e.pdf>

outre, comme le remarque une étude de l'OCDE, les nouveaux accords commerciaux « ont tendance à étendre leur champ traditionnel, jusqu'à limité à des mesures d'abaissement des droits de douane, de façon à inclure des dispositions portant sur une palette beaucoup plus large de questions, et notamment sur les droits de propriété intellectuelle »¹⁶⁷. Face à ces nouvelles tendances, nous nous proposons d'étudier le bilatéralisme comme voie émergente de négociation dans le régime international des brevets.

C. LE CORPUS DE TRAITÉS BILATÉRAUX AMÉRICAINS

Bien que plusieurs pays se soient engagés dans la voie bilatérale pour négocier des normes sur le droit matériel des brevets, nous avons choisi de nous concentrer sur les traités bilatéraux signés par les États-Unis¹⁶⁸. Deux principales raisons motivent ce choix. Premièrement, plusieurs auteurs qui ont étudié les négociations de l'*Accord sur les ADPIC*, dont Christopher May et Susan Sell, considèrent que sa conclusion en 1994 consacra l'hégémonie américaine dans le régime international des brevets¹⁶⁹. Cette prémisse est d'ailleurs vérifiée dans le chapitre suivant. L'étude des traités bilatéraux américains depuis 1994 est ainsi particulièrement appropriée pour étudier l'évolution de l'hégémonie au sein de ce régime.

Deuxièmement, les États-Unis ont été l'un des pays qui a signé le plus de traités bilatéraux au cours de notre période de référence. Depuis la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC*, ils en ont conclu une quinzaine d'autres qui fixent des règles relatives au droit matériel des brevets. D'autres traités sont actuellement en négociation, notamment

(date d'accès : 23 mars 2006) ; BANQUE MONDIALE, *Global Economic Prospects 2005*, p. 27-54.

¹⁶⁷ OCDE, *Relations entre les Accords commerciaux régionaux et le système commercial multilatéral*, p. 4 ; World Bank, *Global Economic Prospects 2005*, p. 97-124 ; CRAWFORD et FIORENTINO, p. 5.

¹⁶⁸ D'autres traités bilatéraux, notamment ceux signés par la Suisse, l'Association européenne de libre-échange et la Commission européenne, seront présentés ultérieurement.

¹⁶⁹ MAY, *A Global Political Economy* ; Susan SELL, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge, New York : Cambridge University Press, 2003.

avec le Panama, la Thaïlande, l'Union douanière d'Afrique du Sud, la Colombie, le Pérou, l'Équateur, les Émirats Arabes Unis et Oman. Des négociations sont également prévues avec l'Égypte, la Corée du Sud, la Malaisie et l'Indonésie. Par contre, les États-Unis n'ont conclu aucun traité régional au cours de la période de référence. La signature de l'Accord de libre-échange nord-américain a précédé l'entrée en vigueur de l'*Accord sur les ADPIC* alors que le projet de Zone de libre-échange des Amériques n'est toujours pas réalisé.

Pour établir notre corpus de traités bilatéraux, nous avons établi trois principaux critères. D'abord, les traités devaient avoir été signés entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 décembre 2004, bien que certains n'ont pas été ratifiés pendant cette période. Les traités signés avec la Lituanie, le Nicaragua, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine, l'Australie, le Maroc et le Bahreïn, par exemple, n'étaient toujours pas entrés en vigueur en 2004. Ils ont néanmoins été intégrés au corpus parce qu'ils peuvent témoigner des règles et des processus de négociation que privilégient les États-Unis.

Ensuite, quels que soient leur dénomination officielle ou leur traitement en droit constitutionnel américain, les éléments du corpus étudié devaient être des traités au sens que donne généralement le droit international à ce terme, c'est-à-dire des accords conclus entre des États qui ont la volonté d'être liés sur le plan du droit international¹⁷⁰. Les accords qui n'engagent que l'honneur des gouvernements et qui ne comportent pas d'obligations juridiques ont été exclus. Plus particulièrement, nous avons exclu les ententes bilatérales négociées lors de la phase de consultation d'un processus de règlement des différends, les ententes bilatérales sur l'adhésion d'un nouveau pays à l'OMC et plusieurs *mémoires* conclus par le gouvernement américain¹⁷¹.

Enfin, pour faciliter la comparaison avec l'*Accord sur les ADPIC*, les traités de notre corpus devaient inclure des dispositions sur le droit matériel des brevets. Les traités sur d'autres droits de propriété

¹⁷⁰ ARBOUR, p. 77-82. Pour la dénomination des traités en droit constitutionnel américain, voir Jeanne J. GRIMMETT, *Why Certain Trade Agreements Are Approved as Congressional-Executive Agreements Rather Than as Treaties*. Washington, Congressional Research Service, 2004, en ligne: <<http://fpc.state.gov/documents/organization/9553.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).

¹⁷¹ Certains mémorandums font toutefois partie du *negotium* d'un traité.

intellectuelle, les traités de développement international, les accords préférentiels, les traités sur l'investissement, les traités sur la science et la technologie, et les accords-cadres sur le commerce et l'investissement ont été écartés du corpus bien qu'ils soient liés au droit des brevets.

Tableau 4 : Corpus de traités bilatéraux américains (1994-2004)

1.	<i>Agreement Concerning the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights Between the Government of the United States of America and the Government of Jamaica</i> , 17 mars 1994
2.	<i>Agreement between the United States of America and the Republic of Lithuania on Trade Relations and Intellectual Property Rights Protection</i> , signé le 26 avril 1994
3.	<i>Agreement between the United States of America and the Republic of Latvia on the Relation and Intellectual Property Rights Protection</i> , signé le 6 juillet 1994
4.	<i>Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of Trinidad and Tobago Concerning Protection of Intellectual Property Rights</i> , signé le 26 septembre 1994
5.	<i>Agreement Between the United States of America and the Kingdom of Cambodia on Trade Relations and Intellectual Property Rights Protection</i> , signé le 4 octobre 1996
6.	<i>Agreement Between the United States of America and the Laos People Democratic Republic on Trade Relations</i> , signé en 1997 à une date inconnue
7.	<i>Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Nicaragua Concerning Protection of Intellectual Property rights</i> , signé le 7 janvier 1998
8.	<i>Agreement Between the United States of America and the Socialist Republic of Vietnam on Trade Relations</i> , signé le 13 juillet 2000
9.	<i>Agreement Between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area</i> , signé le 24 octobre 2000 et le <i>Memorandum of Understanding on Issues Related to the Protection of Intellectual Property Rights Under the Agreement between the United States and Jordan</i> , signé le 24 octobre 2000
10.	<i>United-States – Singapore Free Trade Agreement</i> , signé le 6 mai 2003
11.	<i>United States – Chile Free Trade Agreement</i> , signé le 6 juin 2003
12.	<i>United States – Central American and Dominican Republic Free Trade Agreement</i> , signé le 17 décembre 2003
13.	<i>United States – Australia Free Trade Agreement</i> , signé le 18 mai 2004
14.	<i>United States – Morocco Free Trade Agreement</i> , signé le 2 mars 2004.
15.	<i>United States – Bahrain Free Trade Agreement</i> , signé le 14 septembre 2004

Au total, une quinzaine de traités bilatéraux ont été retenus. Le corpus ainsi constitué répond aux principales propriétés recherchées

dans l'analyse de textes¹⁷². Il est en effet suffisamment homogène et présente suffisamment de similarités avec l'*Accord sur les ADPIC* pour que puissent émerger et être facilement repérées les variations les plus significatives. L'analyse de cette variation peut être menée de façon fine et détaillée, dans la complétude du corpus, puisque celui-ci est d'une taille relativement limitée. Par ailleurs, la faible ampleur du corpus n'est pas le résultat d'un sacrifice au niveau de sa représentativité. Il s'agit bien d'un corpus fermé et exhaustif plutôt que d'un simple échantillon de traités bilatéraux. Ces quinze traités bilatéraux américains, signés entre 1994 et 2004, ont ainsi toutes les propriétés recherchées pour servir de matériaux de base à notre questionnement sur l'évolution du régime des brevets.

D. UN QUESTIONNEMENT SUR LES TRAITÉS AMÉRICAINS DANS L'ÉVOLUTION DU RÉGIME

À première vue, le bilatéralisme américain est surprenant. Plusieurs observateurs s'attendaient à ce que le multilatéralisme demeure la voie privilégiée des États-Unis puisqu'il permet de rejoindre un plus grand nombre de pays à la fois, d'éviter les enchevêtrements complexes de règles disparates, de se décharger de la responsabilité de la sanction et d'appuyer sa légitimité sur un mécanisme de prise de décision collective¹⁷³.

La multiplication des traités bilatéraux américains au cours des dernières années nous conduit à questionner l'évolution (ou la révolution) du régime international des brevets. Plus particulièrement, comment les traités bilatéraux américains conclus entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 décembre 2004 s'inscrivent-ils dans l'évolution du régime jusqu'alors principalement articulé autour de l'*Accord sur les ADPIC*?

Cette problématique générale comprend deux axes de recherche, l'un sur le processus de négociation et l'autre sur les règles négociées.

¹⁷² Bénédicte BOMMIER-PINCEMIN, *Diffusion ciblée automatique d'informations: conception et mise en œuvre d'une linguistique textuelle pour la caractérisation des destinataires et des documents*, Thèse de Doctorat en Linguistique, Université Paris IV Sorbonne, 6 avril 1999, p. 415-427.

¹⁷³ Peter DRAHOS, « BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property », *Journal of World Intellectual Property*, vol. 4, 2001, p. 791 ; MARTIN, p. 784-785 ; YU, « Currents and Crosscurrents », p. 43-44.

D'abord, dans quelle mesure le processus de négociation bilatérale diffère-t-il, dans ses dynamiques de puissance, du processus multilatéral? Ce premier questionnement permettra de mieux comprendre pourquoi les États-Unis n'ont pas misé uniquement sur le multilatéralisme et comment ils ont réussi à signer leurs traités bilatéraux. Ensuite, dans quelle mesure les règles des traités bilatéraux diffèrent-elles de celles de l'*Accord sur les ADPIC*? Ce deuxième questionnement permettra de qualifier l'orientation du régime international des brevets et d'identifier son origine normative. C'est uniquement à travers cette étude des processus de négociation et des règles que nous pourrions déterminer si les traités bilatéraux viennent consolider l'hégémonie des États-Unis sur le régime des brevets.

§ 4. L'hypothèse de l'exportation de droit

Notre questionnement sur le rôle des traités bilatéraux américains dans le régime international des brevets nous amène à formuler une hypothèse. Nous examinerons d'abord les réponses fonctionnalistes et structuralistes (A), avant de formuler notre propre hypothèse, guidée par la théorie de l'évolution dynamique des régimes hégémoniques (B) et répondant à un certain nombre d'objectifs de recherche (C).

A. L'INSUFFISANCE DES RÉPONSES FONCTIONNALISTES ET RÉALISTES

Jusqu'à présent, l'étude de l'articulation entre le bilatéralisme et le multilatéralisme s'est concentrée sur les traités commerciaux. Depuis plus de deux décennies, plusieurs économistes et politologues ont développé différentes théories pour mieux comprendre les relations entre l'intégration économique régionale et le système commercial international¹⁷⁴. La majorité des arguments soulevés dans ce débat ne peuvent

¹⁷⁴ Voir par exemple, Jaddish BHAGWATI, «Regionalism and Multilateralism: an Overview», in *New Dimensions in Regional Integration*, sous la dir. de Jaime DE MELO et Arvind PANAGARIYA, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 22-51; Luis A. RIVERA-BATIZ et Maria-Angels OLIVA, *International Trade: Theory, Strategies and Evidence*, Oxford et New York, Oxford University Press, 2003, p. 567-569; BANQUE MONDIALE, *Global Economic Prospects 2005: Trade, Regionalism and Deve-*

pas être transposés dans le domaine de la propriété intellectuelle. La question de la distorsion du commerce et l'idée d'espace économique naturel, par exemple, ne sont pas pertinentes pour l'analyse des créations immatérielles qui, contrairement aux biens matériels, ne sont pas rivales et sont affranchies des problèmes de transport. Par contre, d'autres arguments soulevés dans ce débat peuvent éclairer la dynamique entre les traités bilatéraux et multilatéraux de propriété intellectuelle.

L'économiste Keith Maskus s'est ainsi inspiré des théories fonctionnalistes du débat sur la libéralisation régionale du commerce pour mieux comprendre la fonction des traités régionaux de propriété intellectuelle¹⁷⁵. Le fonctionnalisme suppose que les institutions internationales soient désincarnées des débats politiques et créées pour répondre aux besoins du marché, notamment en réduisant les incertitudes et les coûts de transaction¹⁷⁶. Keith Maskus s'est inscrit dans ce courant pour étudier les effets respectifs d'une harmonisation du droit des brevets au niveau régional et au niveau multilatéral. Il en conclut que les accords régionaux de propriété intellectuelle ne peuvent satisfaire leurs fonctions puisqu'ils contrecarrent les effets bénéfiques de l'*Accord sur les ADPIC*. Le régionalisme, et par extension le bilatéralisme, seraient des pierres d'achoppement du multilatéralisme. Cette analyse souffre cependant d'une lacune importante. Elle ne compare le bilatéralisme et le multilatéralisme qu'en fonction du développement de nouvelles inventions à l'échelle globale, compris comme étant un objectif universel. Dès lors, elle ignore les disparités d'intérêts et les rapports de force entre les États. Puisque nous considérons que ces

lopment, Washington, Banque mondiale, 2004, p. 133-136; Richard E. BALDWIN, « The Causes of Regionalism », *World Economy*, vol. 20, n° 7, 1997, p. 865-887; Paul KRUGMAN, « Regionalism versus Multilateralism: Analytical Notes », in *New Dimensions in Regional Integration*, sous la dir. de Jaime DE MELO et Arvind PANAGARIYA, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 58-79.

¹⁷⁵ Keith E. MASKUS, « Implications of Regional and Multilateral Agreements for Intellectual Property Rights », *World Economy*, vol. 20, n° 4, 1997, p. 692.

¹⁷⁶ Sur les arguments fonctionnalistes, voir Christian DEBLOCK, *Régionalisme économique et mondialisation: Que nous apprennent les théories?*, Montréal, Cahier de recherche CEIM, octobre 2005, p. 4-6, en ligne: GRAIN <www.unites.uqam.ca/gric/pdf/RegionalismeEcodialisa.pdf> (date d'accès : 22 mars 2006).

conflits constituent un postulat fondamental, nous ne pourrions suivre la voie fonctionnaliste proposée par Keith Maskus¹⁷⁷.

La politologue Susan Sell s'inspirait plutôt des théories néoréalistes : « Neorealism provide a better accounting of the changes in intellectual property protection »¹⁷⁸. Le néoréalisme avance que les États sont en concurrence constante pour accroître leur richesse et leur puissance relative¹⁷⁹. La répartition des ressources matérielles déterminerait la forme de leur interaction. En utilisant ce cadre d'analyse, Susan Sell a remarqué que les États-Unis ont utilisé le bilatéralisme dans les années 1980 pour placer les pays en développement dans une structure de négociation asymétrique. Ils ont alors pu recourir à tout leur poids économique pour imposer à ces derniers des règles sur la propriété intellectuelle. Ces négociations bilatérales auraient ensuite ouvert la voie à la négociation de l'*Accord sur les ADPIC*. Elle en arrive donc à une conclusion opposée à celle de Keith Maskus, selon laquelle les alliances créées par le bilatéralisme sont des pierres angulaires du multilatéralisme dans le domaine de la propriété intellectuelle.

Cette perspective néoréaliste peut apporter un éclairage fort utile pour l'analyse de la période qui suit la conclusion l'*Accord sur les ADPIC*, notamment pour analyser le choix des pays avec lesquels les États-Unis signent des traités bilatéraux. Cependant, il ne faut pas perdre de vue le deuxième postulat de cet ouvrage voulant que les traités bilatéraux et multilatéraux instituent une forme de coopération entre les États. Puisque les États ont ratifié ces traités dans leur pleine souveraineté, ils doivent leur apparaître suffisamment légitimes, sans quoi ils seront contestés et dénoncés. Il est donc nécessaire de laisser une certaine place dans l'analyse aux idées, aux valeurs et aux croyances. Les traités bilatéraux ou multilatéraux ne reflètent pas aveuglément les rapports de force, pas plus qu'ils ne sont guidés par la recherche d'efficacité. Ils

¹⁷⁷ Pour une critique du fonctionnalisme dans l'étude du régime international des brevets, voir MAY et SELL, p. 29 et RICHARDS, p. 7-10.

¹⁷⁸ SELL, « Intellectual Property Protection and Antitrust », p. 316. Depuis, Susan Sell a pris certaines distances envers l'approche réaliste dans l'analyse du droit international des brevets. MAY et SELL, p. 29.

¹⁷⁹ Sur les explications réalistes dans les débats sur le régionalisme et le multilatéralisme, voir Christian DEBLOCK, *Régionalisme économique et mondialisation : Que nous apprennent les théories ?*, p. 7-10.

découlent en partie de normes préétablies, qu'elles soient sociales ou juridiques, et dans ce sens, doivent être analysés dans leur continuité. Il faut, comme nous y invite le programme de recherche institutionnelle, «expliquer le monde tel qu'il se construit et non tel qu'il devrait être, tel qu'il tient ensemble et non tel qu'il survit tant bien que mal dans le chaos des rapports de puissance»¹⁸⁰.

B. LE MOUVEMENT CONTINU D'EXPORTATION DE DROIT

À notre avis, le bilatéralisme américain et le multilatéralisme sont des voies étroitement imbriquées qui participent à un même mouvement d'exportation des règles de droit. Il faut d'abord remarquer que les États-Unis poursuivent simultanément des stratégies bilatérales et multilatérales¹⁸¹. Ils ont notamment joué un rôle fondamental dans la négociation de plusieurs traités multilatéraux sur le droit des brevets, dont la *Convention de Paris* et le *Traité de coopération en matière de brevet*¹⁸². Cette inclinaison favorable au multilatéralisme s'explique non seulement par leur intérêt pour des relations stables et par leur capacité unique à influencer les négociations multilatérales, mais également par leur vision du monde. Comme le remarque Christian Deblock, le multilatéralisme «s'inscrit dans le prolongement de leur conception universaliste du droit commercial et de la vision qu'ils se [font] d'une économie mondiale qui [doit] être intégrée»¹⁸³. Parallèlement, les États-Unis signent régulièrement, depuis le XIX^e siècle, des

¹⁸⁰ Christian DEBLOCK, *Nouveau régionalisme ou régionalisme à l'américaine? Le cas de l'investissement*, Montréal, Cahier de recherche CEIM, octobre 2005, en ligne: GRIC <<http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/RegSerfatiGRIC.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006), p. 10.

¹⁸¹ Per Magnus WIJCKMAN, «US Trade Policy: Alternative Tracks or Parallel Tracks?», in *Unilateralism and US Foreign Policy: International perspective*, sous la dir. de David MALONE et Yuen FOONG KHONG, Boulder, Lynne Rienner, 2003, p. 264.

¹⁸² ZHANG, p. 46; YU, «Currents and Crosscurrents», p. 15; DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life*, p. 55.

¹⁸³ Christian DEBLOCK, *Le Libre-échange et les accords de commerce dans la politique commerciale des États-Unis*, Montréal, Cahiers de recherche CEIM, mars 2004, p. 14, en ligne: GRIC <http://www.er.uqam.ca/nobel/ceim/gricpdf/Cahiercont_0403_polcom-US.pdf> (date d'accès: 4 avril 2006).

traités bilatéraux sur la propriété intellectuelle¹⁸⁴. Plus récemment, ils se sont engagés dans une série de traités bilatéraux de libre-échange qui incluent des chapitres sur cette question.

La poursuite simultanée du bilatéralisme et du multilatéralisme ne signifie pas qu'il s'agit de deux voies indépendantes. Elles sont plutôt en constante interaction¹⁸⁵. D'une part, le bilatéralisme peut servir de voie d'entrée au multilatéralisme. Il peut contribuer à créer des alliances, accentuant la puissance de coercition de leurs membres au niveau multilatéral. Il peut en outre servir de laboratoire institutionnel pour la formulation et la promotion de nouvelles règles. La conclusion de dizaine de traités bilatéraux sur la propriété intellectuelle au XIX^e siècle aurait ainsi facilité la négociation et la conclusion de la *Convention de Paris* en 1883¹⁸⁶.

D'autre part, le bilatéralisme peut servir de voie de sortie lorsque la route du multilatéralisme est obstruée. Plusieurs théoriciens des négociations internationales considèrent que le bilatéralisme est davantage utilisé par un État lorsque sa maîtrise des négociations multilatérales est en déclin¹⁸⁷. Un premier épisode survenu au début du XX^e siècle

¹⁸⁴ Ruth OKEDIJI, « Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection », *University of Ottawa Law and Technology Journal*, n° 125, 2004, p. 133-134; Frederick M. ABBOTT, Thomas COTTIER et Francis GURRY, « Bilateral Arrangements », chap. in *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials: Part One*, La Haye, Londres et Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 481-483.

¹⁸⁵ Cette dynamique remonte au moins jusqu'au XIX^e siècle. Voir Douglas A. IRWIN, « Multilateral and bilateral Trade Policies in the World Trading System: An historical Perspective », in *New Dimensions in Regional Integration*, sous la dir. de Jaime DE MELO et Arvind PANAGARIYA, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 90-118.

¹⁸⁶ Daniel J. GERVAIS, « The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges from the Very Old and the Very New », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 12, printemps 2002, p. 934; Yu, « Currents and Crosscurrents », p. 14.

¹⁸⁷ David GREENAWAY et Chris MILNER, « Multilateral Trade Reform, Regionalism and Developing Countries », in *Regionalism and Globalization: Theory and Practice*, sous la dir. de Sajal LAHIRI, Londres, New York, Routledge, 2001, p. 162; YARBROUGH et YARBROUGH, p. 23; CAPORASO, p. 599-632. Robert KAGAN dirait plutôt que l'unilatéralisme et le bilatéralisme sont les apanages des plus puissants alors que le multilatéralisme est celui des plus faibles, « Power and Weakness: Why the United States and Europe see the World Differently », *Policy Review*, n° 113, juin 2002, p. 3-28.

dans le domaine du droit d'auteur semble confirmer cette hypothèse. Les négociations multilatérales échappant au contrôle des États-Unis, notamment sur la question des droits moraux, le gouvernement américain aurait alors multiplié les traités bilatéraux pour promouvoir sa propre vision du droit d'auteur¹⁸⁸.

En utilisant un cadre théorique similaire à celui de l'évolution dynamique des régimes hégémoniques, Stephen Gill considère que cette imbrication entre le bilatéralisme et le multilatéralisme peut favoriser le maintien d'un régime hégémonique. Il appuie cette hypothèse sur l'analyse des relations bilatérales et multilatérales des États-Unis dans la formation de l'ordre d'après-guerre :

*« The USA has used a mixed strategy that combines unilateralism, bilateralism and multilateralism to promote and to consolidate a new global political and economic order congenial to American state interests and to the extension and reach to its own firms. This mixed strategy has been central to the constitution of the post-World War II, new world order. The USA has employed a combination of coercive and consensual means and succeeded in encouraging (and often forcing) other states to liberalize the economies »*¹⁸⁹.

L'analyse de Stephen Gill porte sur l'ensemble des relations économiques internationales, mais un même processus peut être observable dans un régime particulier. Paula Murphy Ives en a fait la preuve en identifiant dans le régime des télécommunications ce qu'elle appelle un multilatéralisme progressif, dans lequel bilatéralisme et multilatéralisme sont alternés¹⁹⁰. Nous nous proposons de reprendre une hypothèse similaire pour guider notre analyse du régime international des brevets.

Nous posons l'hypothèse que le bilatéralisme américain permet, entre 1994 et 2004, de contourner les normes contre-hégémoniques

¹⁸⁸ Ferenc MAJOROS, *Les arrangements bilatéraux en matière de droit d'auteur*, Paris, Pedone, 1971, 130 p.; Assafa ENDESHAW, « A Critical Assessment of the US-China Conflict on Intellectual Property », *Albany Law Journal of Science & Technology*, vol. 6, 1996, p. 301-303.

¹⁸⁹ Stephen GILL, *Power and Resistance in the New World Order*, New-York, Palgrave, 2003, p. 69.

¹⁹⁰ Paula Murphy IVES, « Negotiating Global Change: Progressive Multilateralism in Trade and Telecommunications Talks », *International Negotiations*, vol. 8, 2003, p. 43-78.

émergentes au niveau multilatéral, de renouer avec des rapports de puissance hégémonique, et de poursuivre le mouvement d'exportation du droit américain. Après un élan multilatéral, l'*hegemon-cycliste* parvient maintenant, en passant à la traction bilatérale, à résister aux vents de contestation et à maintenir en équilibre la bicyclette de l'américanisation du droit. De cette hypothèse générale, on peut déduire deux hypothèses spécifiques. D'abord, sur le plan théorique, les concepts de dépendance au sentier et de changement de forum ne seraient pas intrinsèquement antinomiques comme il est parfois admis, puisqu'un basculement vertical de forum peut contribuer à maintenir l'orientation institutionnelle d'un régime dans un contexte où les structures des forces politiques sont en changement¹⁹¹. Ensuite, sur le plan empirique, l'état actuel du droit international des brevets irait au-delà des grands traités multilatéraux auxquels il est habituellement réduit, puisque sa nouvelle frontière normative résiderait maintenant dans les traités bilatéraux. Bien que cette double hypothèse ait déjà été évoquée par certains auteurs, elle n'a jamais été démontrée en analysant méthodologiquement et systématiquement l'ensemble d'un corpus de traités bilatéraux¹⁹².

¹⁹¹ Pour Paul HASLAM, « Forum shopping (and alternative legalization projects) and path dependency [...] are, to a large extent, in opposition. Forum shopping is ultimately about using state power to realize certain ends in the fora where it can be maximized. Path dependency assumes greater continuity with the existing structure of rules and institutions, by definition, it does not amount to a challenge to the way an existing institution reflects the issue-specific balance of power. » Paul HASLAM, « Governing Foreign Direct Investment in the Americas: International Relations Theory and the Study of the Investment Regime », communication présentée au Congrès de l'Association canadienne de science politique, York University, juin 2006, p. 6.

¹⁹² HELFER, « Regime Shifting », p. 75; DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 194; Sacha WUNSCH-VINCENT, « The Digital Trade Agenda of the US: Parallel Tracks of Bilateral, Regional and Multilateral Liberalization », *Aussenwirtschaft*, 2003, p. 7-46; Michael DOHANE, « TRIPs and International Intellectual Property Protection in an Age of Advancing Technology », *The American University Journal of International Law & Policy*, vol. 9, 1994, p. 485; Michelle McGrath, « The Patent Provisions in TRIPs: Protecting Reasonable Remuneration for Services Rendered – or the Latest Development in Western Colonialism? », *European Intellectual Property Review*, n° 7, 1996, p. 403; Mier PEREZ-PUGATCH, « The International Regulation of IPRs in a TRIPs and TRIPs-Plus World », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, 2005, p. 449-454.

C. LES OBJECTIFS ET L'INTÉRÊT DE L'OUVRAGE

Jusqu'à présent, peu de chercheurs ont étudié ou analysé les traités bilatéraux de propriété intellectuelle. Les rares études sur ce sujet sont de courts documents, souvent incomplets, préparés par des ONG ou par des organisations internationales¹⁹³. Ce désintérêt apparent s'explique en partie par leur complexité qui peut sembler rebutante. Comme le remarque le professeur Frederick Abbott, les traités bilatéraux sont si complexes qu'ils demeurent obscures, même pour les spécialistes du droit de la propriété intellectuelle¹⁹⁴. Peut-être aussi certains chercheurs préjugent-ils du fait que les traités bilatéraux n'ont d'importance que pour les deux pays qui sont directement impliqués, sans autres résonances. Nous faisons ici le pari inverse.

Cet ouvrage est guidé par deux objectifs de recherche. Premièrement, il entend clarifier l'articulation entre le bilatéralisme et le multilatéralisme dans l'évolution d'un régime hégémonique. Nous espérons que cette

¹⁹³ GRAIN et SANFEC, *TRIPs-Plus Through the Back Door: How Bilateral Treaties Impose Much Stronger Rules for IPR on Life than the WTO*, juillet 2001, p. 14, en ligne: GRAIN <<http://www.grain.org/docs/trips-plus-en.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006); David VIVAS-EUGUI, *Regional and bilateral agreements and a TRIPs-plus world: The Free Trade Area of the Americas (FTAA)*, Genève, Quaker United Nations Office, 2003; OCDE, *Relations entre les Accords commerciaux régionaux et le système commercial multilatéral*; Carsten FINK et Patrick REICHENMILLER, *Tightening TRIPs: The Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements*, Washington, Banque mondiale, 2005; Kenneth SHADLEN, *Policy Space for Development in the WTO and Beyond: The Case of Intellectual Property Rights*, Global Development and Environment Institute, Document de travail No. 05-06, novembre 2005, en ligne: Tufts University <<http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/05-06PolicySpace.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006). Voir aussi EL-SAÏD, «The Road from TRIPs-Minus, to TRIPs, to TRIPs-Plus» et Ruth MAYNE, *Regionalism, Bilateralism, and TRIP Plus Agreements: The Threat to Developing Countries*, New York, PNUD, 2004. Il existe quelques études sur le bilatéralisme dans le domaine du droit d'auteur, voir Kenneth SHADLEN, Andrew SCHRANK et Marcus KURTZ, «The Political Economy of Intellectual Property: The Case of Software», *International Studies Quarterly*, 2005, vol. 49, p. 45-71; Slike von Lewinski, «Americanisation», in *Propriété intellectuelle et mondialisation: La propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, sous la dir. de Michel VIVANT, Paris, Dalloz, 2004, p. 13-29.

¹⁹⁴ Frederick M. ABBOTT, *The Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health and the Contradictory Trend in Bilateral and Regional Free Trade Agreements*, Genève, Quaker United Nations Office, avril 2004, p. 12, en ligne: QUNO <<http://geneva.quno.info/pdf/OP14Abbottfinal.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).

clarification nous permettra de mieux comprendre comment intégrer les dynamiques évolutives dans l'étude d'institutions, souvent présentées de façon statique. Nous espérons également qu'elle nous permettra d'enrichir les débats sur le bilatéralisme et l'hégémonie dans d'autres régimes internationaux, comme celui des changements climatiques, de la diversité culturelle ou du droit pénal international pour lesquels les États-Unis exercent un multilatéralisme à la carte¹⁹⁵. Une meilleure compréhension du bilatéralisme est essentielle alors que cette voie de négociation occupe une place sans cesse croissante et que le multilatéralisme semble en crise dans plusieurs régimes internationaux.

Deuxièmement, ce livre trace un nouveau portrait du droit international des brevets. Ce droit est généralement abordé par l'étude des grands traités multilatéraux, ce qui nous paraît insuffisant. Pour aller au-delà d'une simple photographie, pour discerner une dynamique comme l'élargissement du domaine des brevets ou l'accroissement de la protection, nous croyons nécessaire d'adopter une perspective plus large et s'inscrivant dans la durée. L'originalité de cet ouvrage est justement de resituer le droit international des brevets dans sa dynamique évolutive, et surtout, de le traquer jusque dans ses plus récents retranchements, ceux qui guideront peut-être l'orientation des futurs traités multilatéraux. Comme les points d'une œuvre d'un peintre pointilliste, les traités bilatéraux peuvent prendre un sens surprenant lorsqu'on prend un certain recul pour apprécier leur cohérence d'ensemble¹⁹⁶.

§ 5. Une méthode comparatiste

Parmi les auteurs les plus prolifiques sur les mouvements d'exportation des règles juridiques, plusieurs, comme Alan Watson aux États-Unis et Éric Agostini en France, sont des comparatistes¹⁹⁷. Ce

¹⁹⁵ Edward KWARKA, «The International Community, International Law, and the United States: Three in One, Two Against One, or One and the Same», In *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, sous la dir. de Michael BYERS et Georg NOLTE, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 363-391.

¹⁹⁶ Les habitués de la plume de Michel Vivant reconnaîtront son style imagé et inspiré du domaine artistique. Nous le remercions pour cette métaphore qui nous semble fort appropriée.

¹⁹⁷ Alan WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athènes et Londres, University of Georgia Press, 1974; AGOSTINI, *Droit comparé*. Mireille

constat n'est pas étonnant. Dans la perspective de l'institutionnalisme historique, la méthode la plus appropriée pour l'étude de l'évolution d'un corpus de traités est le droit et la politique comparée (A). C'est en utilisant cette méthode que nous analysons tour à tour l'évolution des processus et des règles du régime international des brevets (B).

A. LE DROIT ET LA POLITIQUE COMPARÉS

Dans un article sur l'influence des États-Unis dans le droit international, Pierre Klein propose une méthode fort pertinente pour démontrer notre hypothèse :

*« The most efficient and “scientific” method of assessing the impact of US predominance on the international law-making process through convention means (i.e. treaties) probably lies in an examination of the various stages of the negotiations process and the outcome of these negotiations in relation to the most significant treaties adopted in the last ten years or so »*¹⁹⁸.

Ce que Pierre Klein propose est essentiellement une méthode comparatiste. La comparaison, en tant que méthode scientifique, n'est pas uniquement la superposition de deux études de cas, mais l'étude des relations entre deux cas¹⁹⁹. Il peut s'agir de différentes formes de relations. Alan Watson, un comparatiste qui a étudié le phénomène d'exportation de règles juridiques, considère que ces relations sont d'abord et avant tout de nature historique²⁰⁰. Pierre Legrand croit plutôt que les migrations de règles juridiques doivent être analysées par le prisme des relations culturelles²⁰¹. La comparaison peut également mettre en lumière des relations de puissance qui n'apparaissent pas d'elles-mêmes à la lecture des traités internationaux. En ce sens, la comparaison peut servir de méthode à l'étude des relations internationales.

DELMAS-MARTY, *Critique de l'intégration normative: L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p 33

¹⁹⁸ KLEIN, p. 364.

¹⁹⁹ Le droit comparé est ainsi défini par son objet plus que par sa méthode. WATSON, p. 6.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Pierre Legrand, *Le droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 27.

Il existe plusieurs types de comparaison. Nous ferons ici ce que Mattéi Dogan et Dominique Pelassy appellent une comparaison binaire, c'est-à-dire une comparaison de deux cas présentant des analogies fondamentales même si l'objectif de l'analyse est de mettre en évidence leurs différences²⁰². Le premier cas sera constitué d'un corpus de quinze traités bilatéraux américains conclus entre 1994 et 2004. Bien entendu, le contexte et le résultat des négociations diffèrent d'un traité bilatéral à l'autre. Ces différences seront signalées tout au long de l'analyse. Néanmoins tous les traités bilatéraux partagent suffisamment de caractéristiques pour qu'ils puissent être considérés comme un ensemble plus ou moins homogène représentant le bilatéralisme américain. Le deuxième cas sera, comme le propose Pierre Klein, le traité le plus important de la dernière décennie, c'est-à-dire l'*Accord sur les ADPIC*. Il ne s'agit pas du seul traité multilatéral sur le droit des brevets mais de celui qui consacre l'hégémonie américaine. En mettant l'*Accord sur les ADPIC* en parallèle avec les quinze traités bilatéraux américains, nous pourrions apprécier l'évolution du régime international des brevets.

La comparaison entre l'*Accord sur les ADPIC* et les traités bilatéraux portera sur deux aspects²⁰³. Le premier sera les relations de puissance sous-jacentes à la négociation des traités. Pour documenter cette comparaison, nous nous appuyons sur les divers documents émis par les acteurs impliqués (communications transmises à des organisations internationales, politiques officielles, discours, articles...). Ces sources primaires sont complétées par la littérature spécialisée. À partir de ces informations, nous tentons d'évaluer si les négociations entourant les traités bilatéraux accentuent ou affaiblissent la capacité de coercition et de socialisation des États-Unis à exercer une hégémonie sur le régime international des brevets.

Identifier les forces motrices d'un régime est insuffisant pour comprendre son évolution : encore faut-il dégager son orientation. Ainsi, nous comparons également les dispositions juridiques des traités

²⁰² Mamoudou GAZIBO et Jane JENSON, *La Politique comparée: Fondements, enjeux et approches théoriques*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2004, p. 60-61. On pourrait également appeler cette méthode la comparaison par la différenciation. Voir KALAN, p. 1445.

²⁰³ Comme le souligne Pierre KLEIN, ces deux aspects sont aussi importants l'un que l'autre pour retracer l'exportation de droit. KLEIN, p. 364.

bilatéraux et de l'*Accord sur les ADPIC*. Cette comparaison est mise en lumière grâce à l'éclairage du droit national des pays concernés. Cet exercice permet de vérifier si les traités bilatéraux poursuivent ou renversent le mouvement d'exportation des règles juridiques.

C'est seulement à travers la comparaison de ces deux aspects, soit le processus de négociation et les règles des traités, que notre hypothèse peut être vérifiée. Un rapport de force sans exportation de règles ou une exportation de règles sans rapport de force ne peuvent attester que les traités bilatéraux servent de voie de sortie aux États-Unis pour maintenir leur hégémonie dans le régime international des brevets et poursuivre leur exportation de droit au-delà de l'*Accord sur les ADPIC*.

Par contre, la méthode retenue souffre de deux faiblesses. Premièrement, elle ne permet pas d'établir que les traités bilatéraux peuvent servir de voie d'entrée pour de futurs traités multilatéraux. Puisque les négociations du traité de l'OMPI sur le droit matériel des brevets ne sont toujours pas terminées, nous ne disposons pas de suffisamment de documents pour analyser systématiquement le processus de négociation et les règles de ce futur traité. Nous soulignons néanmoins tous les indices politiques et juridiques qui indiquent que le bilatéralisme américain pourrait effectivement servir de marchepied vers un prochain traité multilatéral.

La deuxième faiblesse de cette méthode a été formulée de façon juste et succincte par Arend Lijphart: trop de variables et insuffisamment de cas²⁰⁴. En effet, le corpus de traités bilatéraux et multilatéraux est trop limité pour en faire une analyse quantitative qui banaliserait les cas anormaux. La tentation peut alors être forte de ne retenir que les éléments qui confirment l'hypothèse ou, inversement, qui l'infirmement si un élément semble déviant. Pour éviter de tomber dans ces pièges méthodologiques, nos questionnements doivent être posés et présentés de façon systématique pour tous les traités. Il faut néanmoins admettre avec Pierre Legrand que, dans une certaine mesure, «comparer, c'est toujours juger»²⁰⁵.

²⁰⁴ Lijphart AREND, «Comparative Politics and the Comparative Method», *The American Political Science Review*, vol. 65, 1971, p. 682-693.

²⁰⁵ LEGRAND, *Le droit comparé*, p. 56.

B. L'ARTICULATION DE LA DÉMONSTRATION

La comparaison des rapports de force et des dispositions des traités internationaux permet de déterminer si le régime international des brevets évolue ou révolue par le biais des traités bilatéraux²⁰⁶. Il est tout à fait normal qu'un régime hégémonique ajuste ses règles et ses processus pour répondre aux normes de contre-régime. Par ailleurs, si l'orientation de ses normes fondamentales est renversée de façon radicale, il faut conclure à sa révolution. Nous défendons l'hypothèse que les traités bilatéraux permettent de maintenir l'hégémonie américaine et de poursuivre l'exportation des règles du droit américain dans une dynamique évolutive.

Les comparatistes Mamadou Gazibo et Jane Jenson soulignent que la présentation des données de l'analyse comparative doit échapper au piège de la « simple juxtaposition de monographie »²⁰⁷. Pour cette raison, l'analyse du multilatéralisme est intégrée à l'analyse du bilatéralisme. Néanmoins, la démonstration s'articule en deux parties. Comme Jock Finlayson et Mark Zacher qui ont étudié l'évolution du régime commercial, nous distinguons l'évolution des négociations de celle des règles.

La première partie porte sur le processus de négociation. Nous y démontrons que le passage du front du régime du multilatéralisme au bilatéralisme permet aux États-Unis de continuer à exercer leur puissance. La seconde partie se concentre sur les règles. Nous y démontrons que les règles sont effectivement exportées au-delà de ce que prévoit l'*Accord sur les ADPIC*. Nous entendons confirmer, par cette double constatation, que les États-Unis utilisent bel et bien leur puissance pour structurer les choix des autres pays vers les règles des pays les plus développés. En conclusion, nous rappelons la grille de lecture théorique présentée dans ce chapitre préliminaire afin de souligner en quoi l'étude des négociations et des règles bilatérales permet de préciser la théorie sur l'évolution dynamique des régimes hégémoniques.

²⁰⁶ PUCHALA et HOPKINS, p. 65.

²⁰⁷ GAZIBO et JENSON, p. 52.

PREMIÈRE PARTIE

L'EXPORTATION DES RÈGLES

Cette première partie est guidée par deux questions de recherche relatives au processus de négociations : 1) Pourquoi les États-Unis n'ont-ils pas concentré leurs efforts sur le processus multilatéral ? 2) Comment ont-ils négocié leurs traités bilatéraux ? Ces questionnements permettent d'étudier les deux premiers éléments de l'hypothèse générale voulant que le bilatéralisme américain 1) contourne des forces contre-hégémoniques croissantes au niveau multilatéral 2) et renoue avec des rapports de puissance hégémonique.

À ces fins, nous comparons l'exercice de la puissance, définie en termes de capacité de coercition et de socialisation, aux niveaux multilatéral et bilatéral. Dans un premier temps, nous analysons l'évolution récente des négociations multilatérales sur le droit des brevets afin de constater qu'en raison de forces contre-hégémoniques l'orientation prise par ces négociations ne répond plus aux valeurs et aux intérêts des États-Unis (titre 1). Dans un second temps, le bilatéralisme américain est étudié en le comparant aux structures de négociation et aux stratégies de négociation identifiées dans le premier titre (titre 2). Cet exercice de comparaison permet de déterminer dans quelle mesure la voie bilatérale est plus favorable pour les États-Unis que la voie multilatérale.

TITRE I

LA NÉCESSITÉ DE DÉPASSER LE CADRE MULTILATÉRAL

Ce premier titre retrace l'évolution récente des négociations multilatérales sur les brevets. Nous analysons cette évolution à travers l'apparition successive de deux normes : l'une fondatrice de l'hégémonie américaine sur le régime, l'autre contestant cette hégémonie. Chacune se présente sous la forme d'une association.

Comme le remarque Ernst Haas, les associations jouent un rôle fondamental dans les négociations tenues dans un régime hégémonique : « Both the hegemon and actors who see themselves as disadvantaged often employ linkages so that the regime evolves in a way that adequately reflects their interests and ideas »¹. Il existe deux formes d'association. D'abord, les associations stratégiques permettent de transférer d'un champ à un autre la capacité de coercition dont jouit un acteur². Par exemple, le droit international des brevets pourrait être associé stratégiquement à l'aide publique au développement. De cette façon, les pays donateurs pourraient conditionner leur aide au renforcement de la protection que les pays bénéficiaires offrent aux inventions. Mais David Leebron souligne avec justesse qu'il est généralement nécessaire d'appuyer ces associations stratégiques sur des associations cognitives pour qu'elles paraissent légitimes aux yeux des acteurs qui subissent la coercition : « Pure strategic linkage, without any substantive argument, is not generally accepted in multilateral contexts »³.

Les associations cognitives sont celles qui s'appuient sur l'idée que la résolution d'un champ affecte ou devrait affecter la résolution d'un

¹ Ernst HAAS, « Why Collaborate? Issue-Linkage and International Regimes », *World Politics*, vol. 32, n° 3, 1980, p. 373 ; MARTIN, p. 779.

² HAAS, « Why Collaborate », p. 372. Voir également David W. LEEBRON, « The Boudaries of the WTO: Linkages », *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, p. 12.

³ LEEBRON, p. 14.

autre champ⁴. Le droit international des brevets, par exemple, pourrait être lié par son contenu à plusieurs autres champs et notamment ceux de l'éducation, de l'investissement, de la nutrition, de l'aérospatial, de la défense et de l'énergie⁵. Mais seules les associations cognitives perçues comme étant les plus pertinentes et les plus légitimes peuvent effectivement conduire à une intégration de deux champs. Dans ce contexte, les acteurs non étatiques, que ce soit les firmes ou les ONG, jouent un rôle crucial dans les négociations en tant qu'entrepreneurs normatifs, c'est-à-dire en socialisant les négociateurs à la pertinence ou à la légitimité d'une association cognitive⁶. Cette dimension cognitive des associations entre deux enjeux est étroitement liée à la dimension stratégique :

*« On the one hand, [political actors] try to control the prevailing image of the policy problem through the use of rhetoric, symbols, and policy analysis. On the other hand, they try to alter the roster of participants who are involved in the issue by seeking out the most favorable venue for the consideration of their issues »*⁷.

L'association fondatrice de l'hégémonie américaine sur le régime international des brevets et celle qui conteste cette hégémonie sont à la fois stratégiques et cognitives. La première, celle qui sert de point de départ à l'analyse, lie le droit des brevets et le commerce interna-

⁴ *Ibid.*, p. 6; HAAS, « Why Collaborate », p. 372.

⁵ Voir par exemple les associations identifiées par F.M. ABBOTT, « Toward a New Era », p. 85.

⁶ Il est impossible de déterminer les intérêts et les idées d'un acteur non étatique selon son appartenance au groupe des firmes ou à celui des ONG. Par exemple, les associations d'inventeurs partagent plusieurs idées des firmes innovantes alors que les producteurs de médicaments génériques véhiculent les mêmes idées que les ONG qui s'intéressent au développement international. Il serait erroné d'opposer les firmes, acteurs égoïstes et puissants, aux ONG, acteurs altruistes et faibles. Sur cette question, voir Susan K. SELL et Aseem PRAKASH, « Using Ideas Strategically: The Contest Between Business and NGO Networks in Intellectual Property Rights », *International Studies Quarterly*, vol. 48, 2004, p. 144-152. Sur le rôle des acteurs non étatiques dans l'évolution d'un régime, voir Virginia HAUFLER, « Crossing the Boundary between Public and Private: International Regimes and Non-State Actors », In *Regime Theory and International Relations*, sous la dir. de Volker RITTERGER, Oxford, Clarendon, 1993, p. 94-111.

⁷ Frank BAUMGARTNER et Bryan JONES, « Agenda Dynamics and Policy Subsystems », *Journal of Politics*, vol. 53, n° 4, 1991, p. 1046.

tional. Promue par les États-Unis dans les années 1980, cette association a finalement été consacrée par l'*Accord sur les ADPIC* (chapitre 1). Depuis, une association entre le droit des brevets et les questions de développement international conteste l'ordre hégémonique (chapitre 2). À travers la concurrence entre cette norme hégémonique et celle de contre-régime, nous démontrons que l'évolution du multilatéralisme ne correspond plus aux intérêts et aux valeurs des États-Unis.

Le droit des brevets et le commerce international

« One of the great ironies of the recent drive to global free trade [...] is the inclusion of intellectual property on the free trade bandwagon »⁸, observe Robert Weissman. Par définition, les droits de propriété intellectuelle restreignent le commerce de certains biens⁹. Sous cet angle, il semble effectivement paradoxal que l'*Accord sur les ADPIC* ait été adopté dans le cadre de l'OMC, une organisation vouée à la promotion des échanges commerciaux.

Ce premier chapitre étudie l'évolution de l'association entre le droit des brevets et le commerce international, en tant que fondement de l'hégémonie américaine sur le régime international des brevets. Cette association est à la fois cognitive et stratégique. Elle peut être qualifiée de cognitive puisque les États-Unis considèrent qu'une protection accrue des inventions favorise le commerce, du moins le commerce loyal. Elle peut également être qualifiée de stratégique parce que les négociations croisées des questions commerciales et des questions de propriété intellectuelle donnèrent un levier de négociation supplémentaire aux États-Unis. L'origine de l'hégémonie américaine sur le régime des brevets s'appuie à la fois sur un principe normatif et sur une puissance coercitive¹⁰.

⁸ Robert WEISSMAN, « A Long Strange TRIPs: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, p. 1069.

⁹ D'un autre côté, le système de brevet n'a de sens que dans un système capitaliste pour qu'il puisse effectivement stimuler les investissements privés en recherche. Michel VIVANT *et al.*, *Les créations immatérielles et le droit*, Paris, Ellipses, 1997, p. 71.

¹⁰ Susan K. SELL, « The Origins of a Trade-Based Approach to Intellectual Property Protection », *Science Communication*, vol. 17, n° 2, 1995, p. 165.

Comme le remarquent Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, plusieurs normes internationales étaient à l'origine nationales avant d'être internationalisées par des entrepreneurs normatifs¹¹. C'est le cas de l'association entre le droit des brevets et le commerce international, aujourd'hui consacrée au niveau international, qui provient très clairement de la scène politique américaine. Dans ce chapitre, nous analysons d'abord l'ascension de cette norme sur la scène politique américaine (section 1). Au cours de cette première phase, elle est essentiellement cognitive mais son potentiel stratégique était déjà manifeste. Ensuite, nous étudions le passage de cette norme au niveau international (section 2). C'est dans cette deuxième phase que l'aspect stratégique de l'association entre le droit des brevets et le commerce international fut le plus manifeste.

SECTION 1

Une association promue par les États-Unis

L'association cognitive entre le droit des brevets et le commerce international, aujourd'hui au cœur du régime international des brevets, fut initialement établie aux États-Unis. Mais même dans ce pays, ces deux questions n'y ont pas toujours été perçues comme interdépendantes. C'est seulement à partir des années 1970 et 1980, au cours d'une période où régnait une vision pessimiste de l'économie américaine, qu'émergea l'association cognitive entre le droit des brevets et le commerce international. Cette association s'exprima d'abord à travers un discours moral sur la propriété et la loyauté, avant d'être ensuite reprise par le Congrès et l'administration, puis intégrée dans le droit et les politiques américaines. Ainsi, dans cette première section sur l'origine américaine de l'association entre le commerce et le droit des brevets, il convient d'étudier successivement ses fondements historiques (§ 1), économiques (§ 2), discursifs (§ 3) et juridiques (§ 4).

¹¹ FINNEMORE et SIKKINK, p. 893.

§ 1. Un héritage institutionnel

Si le droit des brevets et le commerce international n'ont pas toujours été intimement liés dans le droit et les politiques américaines, leur association dans les années 1970 et 1980 s'appuie sur un profond ancrage institutionnel. En effet, la foi des États-Unis dans le système des brevets (A) et leur engagement dans le système commercial multilatéral (B) sont des constantes de la politique américaine. C'est ce double héritage qui contribuera à définir les intérêts et les objectifs des États-Unis dans le régime international des brevets¹².

A. L'ENGAGEMENT DES ÉTATS-UNIS ENVERS LA PROTECTION DES BREVETS

Le législateur américain offre depuis longtemps un système de brevets relativement généreux pour les inventeurs américains. Comme le remarque la Cour suprême, « 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 »¹³. L'importance historique du système des brevets aux États-Unis s'explique notamment par la culture américaine qui, peut-être plus que toute autre, perçoit les inventions comme le fruit des efforts d'un entrepreneur individuel, plutôt que le produit du hasard ou le résultat d'un processus cumulatif et collectif. Le professeur Keith Aoki identifie trois facteurs qui ont contribué à l'enracinement aux États-Unis de cette idée voulant que l'innovation découle du travail acharné¹⁴. D'abord, le pays naquit durant le Siècle des Lumières, alors que le rationalisme et l'idée de progrès dominèrent les courants philosophiques occidentaux. Ensuite, la culture de la Frontière, propre aux colonies, associait les premiers colons à des héros devant utiliser toutes leurs forces et leur ingéniosité pour dominer une nature sauvage. Enfin, dans une société protestante qui valorise l'ascen-

¹² Les institutions font plus que structurer les champs d'action possibles, elles contribuent à définir les intérêts et les objectifs. THELEN, p. 375.

¹³ *Dawson Chem. Co. CORIAT. Rohm & HAAS Co.* 448 U.S. 176 (1980).

¹⁴ Keith AOKI, « Authors, Inventors and Trademark Owners: Private Intellectual Property and the Public Domain », *Columbia VLA Journal of the Law and Arts*, vol. 18, 1994, p. 215-216.

sion sociale, l'inventivité était perçue comme un gage permettant aux jeunes ambitieux d'accéder à la richesse et à la célébrité.

Dans ce contexte idéologique, il n'est pas étonnant que Thomas Edison, qui fut titulaire de près de 1100 brevets, occupe une place centrale dans la mythologie américaine. Lui-même avait d'ailleurs une conception de la recherche qui laissait peu de place à l'inspiration. Il croyait qu'un groupe de chercheurs soumis à une organisation méthodique pouvait avoir un rythme de production d'« une invention mineure tous les dix jours et une invention majeure tous les six mois »¹⁵. Dès lors, si l'on considère comme Edison que l'innovation dépend strictement des investissements qui y sont consacrés, il semble logique de l'encourager par un généreux système de brevet.

La constitution américaine elle-même reflète cette idée que l'innovation technologique doit être stimulée par un système de brevets. En effet, elle a la particularité unique de justifier explicitement l'importance du droit des brevets : « The Congress shall have power [...] to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive rights to their respective writings and discoveries »¹⁶. Cet article de la constitution américaine illustre bien le fait que, dès le XVIII^e siècle, le droit des brevets fut perçu comme une politique centrale dans le développement économique et technologique des États-Unis¹⁷.

La foi américaine envers le droit des brevets ne signifie pas pour autant qu'il ne fut pas utilisé à des fins protectionnistes. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, alors que les États-Unis étaient encore des importateurs nets de technologies, le gouvernement considérait qu'il était dans l'intérêt du pays de n'accorder qu'une protection minimale aux inventions étrangères afin de favoriser les transferts technologiques¹⁸. La loi américaine sur les brevets de 1793 prévoyait que seuls les citoyens américains

¹⁵ Daniel BOORSTIN, *Histoire des Américains*, Paris, Robert Laffont, 1991, p. 1418.

¹⁶ U.S. Const. art. I, sec. 8, cl. 8.

¹⁷ À cette époque, les brevets étaient perçus aux États-Unis comme des instruments de politiques publiques, et non comme des droits quasi naturels des inventeurs. Donald HARRIS, « TRIPs' Rebound: An Historical Analysis on How the TRIPs Agreement Can Ricochet Back Against the United States », *Journal of International Law & Business*, vol. 25, 2004, p. 99-164.

¹⁸ SELL, *Private Power*, p. 64.

pouvaient obtenir un brevet aux États-Unis¹⁹. Bien que cette mesure manifestement discriminatoire ait été abrogée en 1836, d'autres perdurèrent encore longtemps. L'article 337 de la loi commerciale de 1930 imposait jusqu'à récemment des procédures judiciaires beaucoup plus sévères pour les importateurs que celles applicables aux producteurs nationaux²⁰. Le droit américain des brevets fut ainsi longtemps perçu à l'étranger comme une barrière au commerce international, plutôt qu'un instrument du libre-échange.

Aux États-Unis même, on craint durant une certaine période qu'un droit des brevets trop généreux puisse nuire à la libre concurrence. Des abus commis la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle entraînèrent une méfiance envers le système des brevets, perçu par certains comme un facteur favorisant l'établissement de monopoles déloyaux²¹.

Cette méfiance s'estompa progressivement à partir des années 1970. En raison du contexte économique particulier que nous rappelons dans une prochaine section, les décideurs publics de tous les partis politiques en vinrent à croire que le droit des brevets n'était pas suffisamment fort pour assurer la compétitivité des États-Unis dans les domaines de haute technologie. À partir des années 1980, de nombreuses législations furent adoptées pour protéger les droits des inventeurs et assouplir les règles sur la concurrence déloyale²². Parallèlement, on institua un nouveau mécanisme judiciaire, la Cour d'appel du circuit fédéral, qui se montra beaucoup plus favorable au droit des brevets. La décision *Polaroid Corp c. Eastman Kodak*, notamment, lança un message clair à la communauté des affaires voulant que la contrefaçon soit un

¹⁹ DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life*, p. 3.

²⁰ Plusieurs étrangers, comme la Canadienne Myra Tawfik, considèrent qu'il s'agissait d'une mesure protectionniste : « Many of us are aware of instances in which Canadian companies have ceased exports to United States rather than contest a section 337 action, even when the perception is that the plaintiff is wrong ». Voir « The Secret of Transforming Art into Gold: Intellectual Property Issues in Canada-U.S Relations », *Canadian-American Public Policy*, n° 20, décembre 1994, p. 8 ; John MUTTI et Bernand YEUNG, « Section 337 and the Protection of Intellectual Property in the United States: The Complainants and the Impact », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 78, n° 3, 1996, p. 510.

²¹ . Susan SELL, *Private Power*, p. 64-67.

²² SELL, *Private Power*, p. 67-74.

acte intolérable qui pouvait éventuellement coûter plus d'un milliard de dollars en dommages et intérêts²³.

Tableau 5: Le modèle américain, un des plus généreux pour les inventeurs

Droit des brevets	Quelques particularités du droit américain
Brevetabilité	Accepte la brevetabilité des méthodes commerciales, des logiciels, des formes de vie supérieures, des nouvelles utilisations de produits connus et des méthodes thérapeutiques ; Considère que les divulgations orales à l'étranger ne sont pas destructrices de nouveauté ; Ne prévoit pas d'exclusion expresse pour protéger l'ordre public et la moralité ;
Droits conférés	Intègre les procédures d'autorisation de mise en marché avec le système des brevets ; Ne prévoit pas d'exception expresse pour la recherche ou l'enseignement ; Ne prévoit pas de recours aux licences obligatoires en cas de défaut d'exploitation ;
Procédures	Confère les brevets aux premiers inventeurs plutôt qu'aux premiers déposants

L'évolution du droit des brevets fut particulièrement marquée dans le domaine des biotechnologies. En 1980, la Cour suprême rendit la fameuse décision *Diamond c. Chakrabarty*, ouvrant la porte à la brevetabilité du matériel biologique: «Everything under the sun that is made by man [can be patented]»²⁴. En 1988, l'office américain des brevets octroya un premier brevet sur un animal transgénique. Il s'agissait du brevet connu sous le nom de l'oncosouris qui couvre, en fait, tous les mammifères comprenant dans son patrimoine génétique un gène cancérigène artificiellement introduit²⁵. Depuis, le droit des brevets s'est constamment adapté à l'évolution de la biotechnologie. Les critères de brevetabilité se sont ajustés aux spécificités de l'industrie biotech-

²³ *Polaroid Corp c. Eastman Kodak*, 16 USPQ2d 1481 (D. Mass. 1990).

²⁴ *Diamond, commissioner of Patents and Trademarks c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 206 USPQ 193 (1980).

²⁵ DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life*, p. 154-159.

nologique par le biais de la Loi sur la protection des brevets biotechnologiques de 1993 (*Biotechnology Patent Protection Act*)²⁶. Cette loi assouplit la condition d'activité inventive de façon telle qu'un procédé biotechnologique connu puisse être brevetable s'il conduit à la fabrication d'un nouveau composé. Bien que cet élargissement du domaine des brevets ne se soit pas réalisé sans controverses sur la scène politique américaine, les États-Unis furent de véritables pionniers juridiques, suivis avec un certain décalage par les pays européens et le Japon.

Comme le montre le tableau 5, le droit américain des brevets se distingue à plusieurs égards par sa générosité envers les inventeurs. De l'avis de la *Biotechnology Industry Organization*, « the United States' intellectual property system is the best in the world »²⁷. À tout le moins, on peut affirmer sans se tromper que le modèle américain se caractérise par un champ particulièrement large et des droits particulièrement étendus, et ce, même lorsqu'il est comparé aux droits des autres pays développés.

C'est ce droit, pionnier dans le régime international des brevets, que les États-Unis souhaitent exporter. Comme le remarque Pierre Klein, la défense des intérêts américains sur la scène internationale se traduit souvent par la promotion des normes juridiques américaines²⁸. Si les États-Unis souhaitent exporter leur droit des brevets à l'étranger, ce n'est pas seulement parce qu'il leur semble nécessaire d'établir des normes communes. Il ne s'agit simplement pour eux d'établir une nécessaire coopération internationale en évitant, pour des raisons de souveraineté, de modifier leur droit national. L'objectif d'exportation de droit va bien au-delà de la question de l'harmonisation. Les négociateurs américains considèrent que c'est à leurs partenaires de s'adapter et de se mettre à leur niveau puisqu'ils perçoivent le droit américain comme l'avant-garde normative de la communauté internationale. Dans le cas particulier du droit des brevets, il s'agit en outre de veiller à ce que l'efficacité de leur propre système ne soit pas handicapée par des normes étrangères

²⁶ *Biotechnology Patent Protection Act*, 30 janvier 1992, S. 654. RS, 102-260, en ligne: Thomas, Library of Congress < <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c102:1:./temp/~c102IE3SRx::>> (date d'accès: 2 avril 2006).

²⁷ Lettre de Carl B. FELDBAUM, président de *Biotechnology Industry Organization*, à Robert ZOELLICK, 29 janvier 2003.

²⁸ KLEIN, p. 369.

plus faibles. Le gouvernement et les firmes américaines se plaignent d'ailleurs fréquemment, qu'en raison de l'avance du droit américain sur les autres droits nationaux, ce sont les consommateurs américains qui financent les inventions dont toute la planète profite²⁹. Ce décalage serait particulièrement manifeste dans le domaine de la pharmaceutique, pour lequel il subsiste une différence de prix marquée entre les produits vendus aux États-Unis et ceux vendus à l'étranger³⁰. C'est dans cette perspective que les États-Unis visent, depuis les années 1980, à exporter leur droit chez leurs partenaires commerciaux.

B. L'ENGAGEMENT DES ÉTATS-UNIS ENVERS LA LIBÉRALISATION DU COMMERCE

Bien avant que le droit des brevets ne soit intégré à la politique commerciale américaine, les États-Unis étaient déjà résolument engagés à promouvoir le libéralisme économique sur la scène internationale. L'ouverture des marchés y est perçue comme un vecteur de prospérité, non seulement pour eux-mêmes, mais aussi pour leurs partenaires commerciaux. Plus qu'une stratégie économique, le libre-échange est associé à des objectifs politiques, comme le maintien de la paix et la lutte contre le terrorisme³¹. Il est même considéré comme un principe moral puisqu'il fait partie, «à côté du pluralisme démocratique, des droits individuels, et de l'économie de marché, des valeurs fondatrices [et universelles] de la modernité»³². Bien qu'un courant protectionniste exerce sporadiquement une certaine influence, l'engagement des États-

²⁹ Voir par exemple le discours de Bruce LEHMAN *Protecting Pharmaceutical Patent Rights Into the Future*, École des Sciences politiques, Paris, 24 juin 2004, en ligne: International Intellectual Property Institute <<http://www.iipi.org/speeches/Paris0604.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).

³⁰ Il faut dire que cette différence de prix ne s'explique pas uniquement par le droit des brevets, mais aussi en raison des mécanismes nationaux de contrôle des prix des médicaments.

³¹ Le respect des droits de propriété intellectuelle est de plus en plus présenté comme une question de sécurité nationale sous le prétexte que les activités de contre-façon servent à financer des groupes terroristes. Il est d'ailleurs intéressant de noter que c'est le Conseil national de sécurité qui coordonne l'initiative interministérielle appelée Stratégie ciblant la piraterie organisée.

³² DEBLOCK, *Le Libre-échange et les accords de commerce*, p. 7.

Unis envers la libéralisation des échanges fut relativement constant au cours des soixante-dix dernières années.

C'est en 1934, avec l'adoption de la Loi sur la réciprocité dans les accords commerciaux (*Reciprocal Trade Agreement Act*), que l'ouverture des marchés est progressivement devenue une priorité de la politique étrangère des États-Unis. Cette loi était essentiellement une réaction à la loi tarifaire de 1930, la tristement célèbre loi Smoot-Hawley. Parce que cette dernière haussa drastiquement les tarifs douaniers dans l'espoir de protéger l'industrie américaine, les partenaires commerciaux des États-Unis répliquèrent en freinant leurs importations de biens américains, ce qui aurait aggravé plutôt qu'atténué la crise économique de l'époque³³. Face à cet échec, le Congrès fit volte-face et, sous l'inspiration du secrétaire d'État Cordell Hull, adopta la Loi sur la réciprocité dans les accords commerciaux. Cette loi ne permit pas de revenir aux tarifs en vigueur en 1929, mais elle fixa les fondements institutionnels de la politique commerciale américaine³⁴.

³³ I. MAC DESTLER, *American Trade Politics*, Washington, Institute for International Economics, 2005, p. 11.

³⁴ Stephan HAGGARD, « The Institutional Foundations of Hegemony: Explaining the Reciprocal Trade Agreements Act of 1934 », *International Organization*, vol. 42, n° 1, 1988, p. 93.

Tableau 6: Quelques organes gouvernementaux et leur rôle dans le régime international des brevets

Le Congrès : La constitution américaine confère au Congrès la responsabilité ultime de la régulation du commerce extérieur. Toutefois, le Congrès délègue périodiquement à l'exécutif le mandat de conduire des négociations commerciales par la procédure de l'Autorité en matière de promotion commerciale (<i>Trade Promotion Authority</i>). Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales (USTR) : Le Congrès créa ce poste en 1962 pour coordonner la politique commerciale jusqu'alors placée sous l'autorité du département d'État. Dans les années 1980, cette agence accrut significativement son influence. Aujourd'hui, elle dirige les négociations sur la propriété intellectuelle lorsque celles-ci sont intégrées dans un cadre commercial. Le Département du Commerce : Dans les négociations internationales, le département du Commerce veille à ce que les politiques commerciales soient coordonnées avec les politiques nationales. Il est également responsable d'assurer la mise en œuvre des traités économiques, incluant celles des traités bilatéraux sur la propriété intellectuelle. Le Département d'État : Ce département coordonne notamment l'aide américaine aux pays en développement qui souhaitent mettre en place de nouvelles lois sur la propriété intellectuelle ou améliorer leur mise en œuvre. L'Office des brevets et des marques (USPTO) : Sous la responsabilité du département du Commerce, l'Office des brevets et des marques est activement impliqué dans les négociations internationales. Ce sont généralement des fonctionnaires du USPTO qui représentent les États-Unis aux négociations de l'OMPI. De plus, l'USPTO fournit une expertise technique aux autres organes gouvernementaux, dont l'USTR. La Commission du commerce international (ITC) : Le rôle de cette agence relativement indépendante du Congrès et de l'Administration est de fournir une expertise aux branches législative et exécutive, notamment pour déterminer les impacts des actions dites déloyales sur l'économie américaine. Elle a également un pouvoir quasi judiciaire lui permettant de bloquer l'importation de produits sur le territoire américain. Le Conseil présidentiel sur les exportations : Ce comité consultatif est constitué de représentants du milieu des affaires, de membres du Congrès et de représentants d'organes gouvernementaux. Le sous-comité sur la promotion des exportations et les négociations commerciales formule des recommandations au président en matière de normes internationales de propriété intellectuelle.

Source : Cohen, *Fundamentals of US Foreign Trade Policy*, p. 111 à 121 ; National Intellectual Property Law Enforcement Coordination Council, *NIPLECC 2003 Annual Report*, en ligne : USTR <<http://www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/niplecc2003/niplecc2003.pdf>>

Depuis l'adoption de la Loi sur la réciprocité dans les accords commerciaux, la politique commerciale américaine est gouvernée par trois objectifs interdépendants, soit la liberté d'accès à tous les marchés et toutes les ressources de la planète, l'élimination des pratiques commerciales déloyales qui faussent les échanges, et l'établissement de

la primauté de la règle de droit dans les relations commerciales³⁵. Ce dernier objectif est crucial. Il ne s'agit plus d'ouvrir les marchés de façon unilatérale, mais d'institutionnaliser un ordre libéral dans lequel tous les pays adhèrent à un ensemble de principes, dont les principaux sont la clause de la nation la plus favorisée, l'égalité de traitement et la réciprocité commerciale³⁶. Ces trois principes, qui étaient déjà au cœur de la Loi sur la réciprocité dans les accords commerciaux de 1934, ont par la suite été repris durant l'après-guerre et ont guidé la création du système commercial international.

La Loi sur la réciprocité dans les accords commerciaux marqua également le début d'un certain transfert de pouvoir du législatif vers l'exécutif³⁷. La constitution américaine confère au Congrès la responsabilité ultime de la régulation du commerce extérieur³⁸. Mais en 1934, celui-ci délégua au département d'État le pouvoir de négocier des accords commerciaux et simplifia la procédure de ratification si les accords ainsi négociés répondent à un certain nombre d'objectifs prédéterminés. Depuis la guerre, le Congrès continue de déléguer périodiquement à l'exécutif le mandat de conduire des négociations commerciales par un mécanisme connu sous le nom de Procédure accélérée (*Fast track*), rebaptisé l'Autorité en matière de promotion commerciale (*Trade Promotion Authority*). À partir de 1962, la responsabilité de négocier les accords commerciaux fut conférée à une nouvelle agence, le Bureau du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales (USTR)³⁹. Ce bureau fut par la suite intégré au sein de l'exécutif présidentiel et accrut progressivement son influence jusqu'à ce qu'il devienne le principal organisme responsable de l'élaboration de la politique commerciale américaine. Comme le montrent le tableau 6 et l'organigramme, l'USTR se trouve aujourd'hui au cœur des efforts américains pour exporter leur droit des brevets sur la scène internationale.

³⁵ DEBLOCK, *Le Libre-échange et les accords de commerce*, p. 7; Judith Goldstein, « Ideas, Institutions, and American Trade Policy », *International Organization*, vol. 42, n° 1, 1988, p. 179-217.

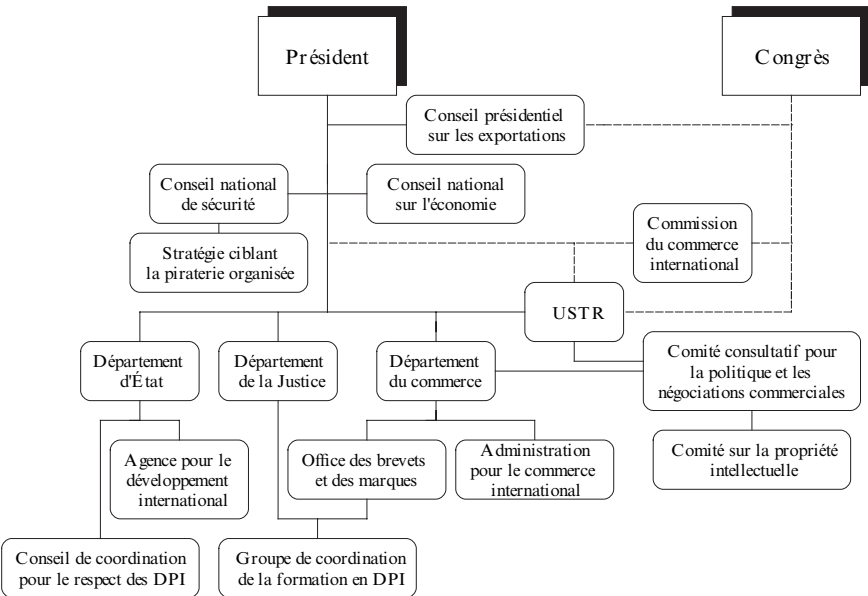
³⁶ DEBLOCK, *Le Libre-échange et les accords de commerce*, p. 7

³⁷ *Ibid.*, p. 8-11.

³⁸ U.S. Const. art. I, sec. 8.

³⁹ Le Bureau du représentant spécial au Commerce fut rebaptisé en 1980 Bureau du représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales

Figure 5: Diagramme des organes gouvernementaux impliqués dans le régime international des brevets



Ce transfert progressif de pouvoir du législatif vers l'exécutif eut comme corollaire un profond bouleversement dans les mécanismes de lobbying, qui eut lui-même comme effet d'ancrer davantage la politique commerciale américaine dans le libre-échangeisme⁴⁰. En élection à tous les deux ans, le Congrès est traditionnellement plus réceptif que l'administration aux mesures dont les effets sont perceptibles à court terme et à l'échelle locale ou régionale. Ainsi, jusqu'à l'adoption de la Loi sur la réciprocité dans les accords commerciaux en 1934, les groupes les plus influents exerçaient des pressions protectionnistes. Mais avec le transfert de pouvoir vers la branche exécutive, la préséance est maintenant donnée aux groupes d'affaires tournées vers l'extérieur et favorables au libre-échange, dont les exportateurs, les investisseurs, et plus

⁴⁰ HAGGARD, p. 93; DEBLOCK, *Le Libre-échange et les accords de commerce*, p. 11; Jean-Francois FORTIN, *L'État, les groupes d'intérêt et l'usage d'ententes de libre-échange dans la politique commerciale des États-Unis 1980-1994*, thèse de doctorat. Québec, Université Laval, 2000.

récemment, les importateurs. Depuis 1974, la collaboration entre l'exécutif et les groupes d'affaires est instituée à travers le Comité consultatif pour la politique et les négociations commerciales (ACTN), qui comprend, depuis 1984, un sous-comité sur la propriété intellectuelle. Les membres de ce comité exercent une influence déterminante sur la politique commerciale américaine et ne sont pas étrangers à l'association entre l'engagement historique des États-Unis envers la protection des inventions et celui envers la libéralisation du commerce.

§ 2. Une interprétation économique

Un groupe de quelques firmes transnationales américaines dont les activités dépendent fortement des droits de propriété intellectuelle, entre autres Pfizer et IBM, jouèrent un rôle fondamental pour inscrire la question des droits de propriété intellectuelle dans les priorités commerciales du gouvernement américain⁴¹. Elles agirent comme des entrepreneurs normatifs, c'est-à-dire qu'elles définirent les termes du débat en le nommant, en l'interprétant et en les dramatisant⁴². James Enyart, représentant de la firme Monsanto, reconnaît lui-même le rôle de son industrie :

*« Industry has identified a major problem in international trade. It crafted a solution, reduced it to a concrete proposal and sold it to our own and other governments. [...] The industries and traders of world commerce have played simultaneously the role of patients, the diagnosticians and the prescribing physicians »*⁴³.

Plusieurs explications ont été proposées pour comprendre comment ces firmes ont réussi à convaincre le gouvernement américain et le Congrès d'accorder une attention prioritaire au droit international de la propriété intellectuelle⁴⁴. Certains auteurs ont souligné l'ampleur des ressources humaines et financières que l'industrie pharmaceutique peut

⁴¹ SELL, *Private Power*; DRAHOS, *Information Feudalism*.

⁴² FINNEMORE et SIKKINK, p. 896.

⁴³ James ENYART, « A GATT Intellectual Property Code », *Les Nouvelles*, vol. 25, 1990, p. 56.

⁴⁴ DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life*, p. 27-33; William LANDES et Richard POSNER, *The Political Economy of Intellectual Property Law*, Washington, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004, p. 37.

mobiliser dans ses campagnes de lobbying⁴⁵. D'autres ont plutôt mis en évidence les relations personnelles étroites entre les représentants de l'industrie et les décideurs publics⁴⁶. D'autres encore considèrent qu'il s'agissait d'une alliance entre l'administration et les exportateurs pour contrer les mouvements protectionnistes américains qui s'opposaient au lancement d'un nouveau cycle de négociation au GATT⁴⁷.

À notre avis, un des facteurs les plus déterminants fut la conjoncture économique particulière des années 1970 et 1980. À cette époque, les États-Unis croyaient assister au déclin de leur économie (A). L'association cognitive entre le droit des brevets et le commerce international put alors être présentée comme une solution prometteuse au renversement de ce déclin (B).

A. LE DÉCLIN DE L'HÉGÉMONIE ÉCONOMIQUE DES ÉTATS-UNIS

Dans les années 1970 et 1980, plusieurs étaient convaincus que l'âge d'or de l'économie américaine était révolu et qu'une phase de déclin était amorcée⁴⁸. Ce pessimisme ambiant s'appuyait sur certains indicateurs économiques, dont la part du pays dans la production mondiale. Comptant pour 40,3 % en 1950, elle n'était plus qu'à 21,8 % en 1980⁴⁹. Le déficit commercial américain provoqua également de vives inquiétudes. Jusqu'en 1970, le solde des échanges commerciaux fut positif. Mais la concurrence étrangère conduisit progressivement les États-Unis à un premier déficit commercial en 1971. Pire, ce déficit commercial s'aggrava rapidement. En l'espace de seulement sept ans, de 1980 et 1987, il s'accrut de plus de 600 % pour atteindre 159 milliards de dollars.

Pour plusieurs, la principale menace à l'hégémonie économique américaine venait des pays asiatiques. Au cours des années 1980, le commerce avec le Japon était responsable du tiers du déficit commercial américain⁵⁰. La croissance du nombre de voitures japonaises sur les routes américaines devint alors le symbole de cette concurrence mena-

⁴⁵ DRAHOS, « Negotiating Intellectual Property Rights », p. 163.

⁴⁶ SELL, *Private Power*, p. 83.

⁴⁷ LIPPERT, p. 271-272.

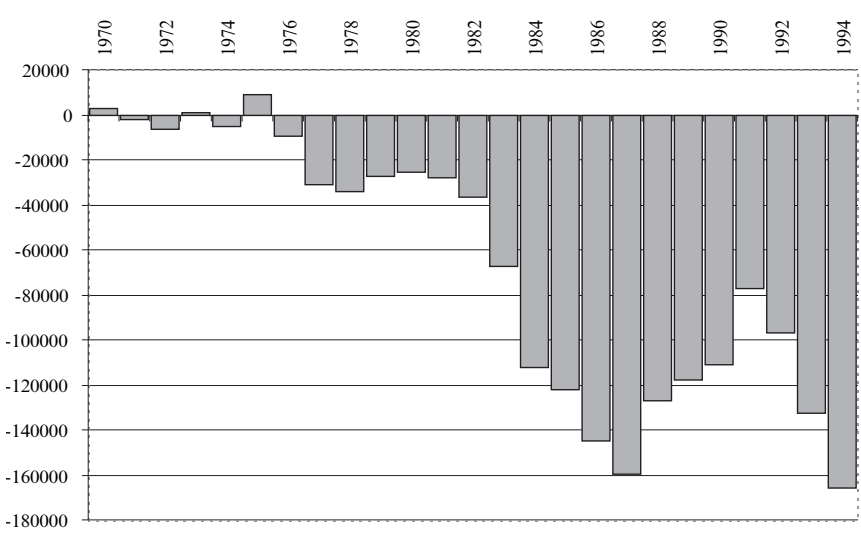
⁴⁸ DESTLER, p. 48-53.

⁴⁹ ZHANG, p. 207.

⁵⁰ DESTLER, p. 49.

cante. En considérant l'émergence des *tigres asiatiques* qui promettaient une croissance similaire à celle du Japon, certains allèrent jusqu'à prévoir la *désindustrialisation* des États-Unis au profit de leurs concurrents ⁵¹.

Graphique 2: Déficit commercial des États-Unis en millions de dollars (1970-1994)



Source : site Internet du US Department of Commerce Bureau of Economic Analysis, en ligne : <www.bea.gov>.

Dans un article remarqué, Susan Strange démontra que ces craintes étaient largement exagérées ⁵². Les États-Unis dominaient toujours les grandes structures de l'économie internationale. Le déficit commercial américain est même aujourd'hui perçu par certains comme une manifestation de la vitalité des investissements étrangers américains. Néanmoins, malgré cette réévaluation a posteriori, l'omniprésence du discours sur le déclin des États-Unis était bien réelle dans les années 1980.

⁵¹ Pour Peter Drahos, le qualificatif de *tigres* illustre bien la crainte que suscitaient certains pays asiatiques aux États-Unis. Voir *Information Feudalism*, p. 63.

⁵² Susan STRANGE, « The Persistent Myth of Lost Hegemony », *International Organization*, vol. 41, n° 4, 1987, p. 552-574.

Dans un premier temps, les questions de propriété intellectuelle ne furent pas intégrées aux débats⁵³. Le déficit commercial était principalement attribué à la hausse du dollar qui augmentait le prix des produits américains sur les marchés étrangers, tout en diminuant celui des produits étrangers sur le marché américain. La dévaluation du dollar, planifiée par l'Accord de Plaza de 1985, résolut partiellement le problème, sans pour autant représenter une panacée. C'est pourquoi plusieurs économistes proposèrent d'atténuer le déficit par une politique commerciale plutôt que monétaire⁵⁴.

Le gouvernement américain de Ronald Reagan fut ainsi amené à réviser sa stratégie, en misant davantage sur les investissements et, en matière de commerce, sur les biens qui intègrent une forte composante d'immatériel. Le savoir technique constitue de l'une de ces composantes immatérielles pour lesquelles les États-Unis ont un avantage comparatif indéniable. Selon Clayton Yeutter, l'USTR de l'époque, « technology is the principal determinant of our international competitiveness. We need to have a technological edge, sustain it, and if possible, increase it »⁵⁵.

Malgré ce discours enthousiasme, les décennies 1970 et 1980 ne représentent pas la période la plus glorieuse de l'innovation américaine. La part du PIB consacrée à la recherche et au développement connut une chute marquée à partir dans les années 1970⁵⁶. Ce qui est plus significatif encore pour notre propos, le nombre de demandes de brevets déposées par des Américains au USPTO a légèrement diminué de 1970 à 1983⁵⁷. La hausse marquée de demandes de brevet n'eut lieu qu'à partir du début des années 1990.

⁵³ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 63.

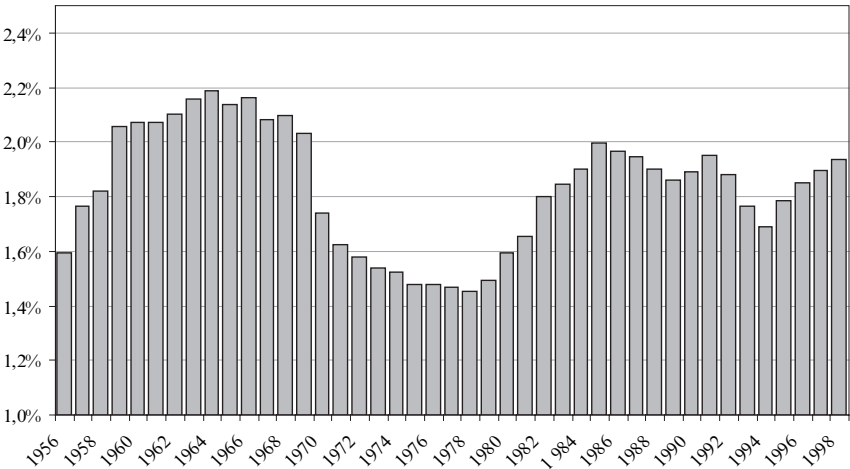
⁵⁴ Jaddish BHAGWATI, « United States Trade Policy at the Crossroads », *The World Economy*, vol. 12, 1989, p. 443.

⁵⁵ Clayton YEUTTER, « Negotiating Intellectual Property Rights Protection », in *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*, sous la dir. de Charles WALKER et Mark BLOOMFIELD, Lanham, University Press of America, 1988, p. 109.

⁵⁶ Données tirées du site Internet de National Science Foundation, en ligne : <www.nsf.gov> et le site Internet du Bureau of Economic Analysis, en ligne : <www.bea.org>.

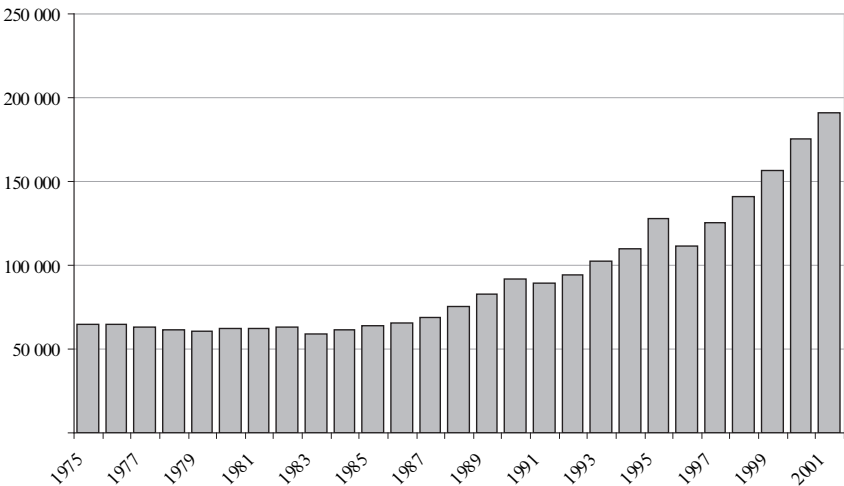
⁵⁷ MASKUS, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, p. 69.

Graphique 3: Investissements en R&D sur le PIB des États-Unis (1956-1998)



Source : site Internet de National Science Foundation, en ligne : <www.nsf.gov>.

Graphique 4: Nombre de demandes de brevet déposées au USPTO par des citoyens américains (1975-2001)



Source : site Internet de l'OMPI, en ligne <www.wipo.int>.

Néanmoins, les inventions représentaient un potentiel commercial prometteur. Les biens protégés par des brevets avaient effectivement tendance à connaître de fortes croissances sur les marchés internationaux⁵⁸. La part du commerce des produits de haute technologie sur l'ensemble des échanges internationaux doubla entre 1980 et 1994, passant de 12 % à 23 %⁵⁹. Les États-Unis, avec leurs infrastructures scientifiques uniques, leurs universités d'élite et leurs fonds publics colossaux consacrés à la recherche, semblaient bien placés pour profiter de cette manne⁶⁰. En plus du commerce des produits protégés, les firmes américaines pouvaient également espérer tirer un revenu important des licences de brevet accordées à des firmes étrangères. En 1989, le pays avait déjà une balance commerciale positive de près de 9 milliards de dollars sur les redevances de propriété intellectuelle⁶¹. Ces perspectives encourageantes contrastaient avec le pessimisme ambiant. Les États-Unis furent de ce fait amenés à miser sur leur savoir et sur leur créativité pour redresser ou, à tout le moins atténuer, le déficit commercial.

B. LA NÉCESSAIRE PROTECTION DES INVENTIONS À L'ÉTRANGER

Les États-Unis n'étaient pas les seuls à vouloir profiter de la croissance du commerce international pour les produits qui intègrent une forte composante immatérielle. En 1989, les exportations japonaises de produits protégés par des droits de propriété intellectuelle avaient presque rattrapé les exportations américaines de ces mêmes produits⁶². En fait, c'est précisément cette concurrence étrangère qui fut identifiée comme l'une des causes du déficit commercial américain. Certains exprimèrent des doutes sur la véritable nature du succès commercial

⁵⁸ MASKUS, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, p. 73.

⁵⁹ Carlos PRIMO BRAGA, et Carsten FINK, « Reforming Intellectual Property Rights Regimes: Challenges for Developing Countries », *Journal of International Economic Law*, vol. 1, n° 4, 1998, p. 539; voir également GAGNON, p. 8. Malgré ces données, on peut néanmoins douter de l'existence d'une économie du savoir. Voir Chistopher MAY, *The Information Society: A Sceptical View*, Malden, Policy Press, 2002, 189 p.

⁶⁰ DESTLER, p. 47.

⁶¹ Keith MASKUS, « Intellectual Property Rights and the Uruguay Round », *Federal Reserve Bank of Kansas City Economic Review*, vol. 78, n° 1, 1993, p. 16-17.

⁶² *Ibid.*

du Japon et des tigres asiatiques⁶³. Ils commencèrent à croire que ces nouveaux concurrents avaient volé le savoir-faire américain. Alors que les États-Unis investissaient des efforts considérables dans l'innovation et la création, on jugeait que le Japon et les autres pays asiatiques en étaient les principaux bénéficiaires. Dans une lettre ouverte publiée dans le *New York Times* en 1982, le président de la firme pharmaceutique *Pfizer*, Barry MacTaggart, dénonça cette menace à la compétitivité américaine :

« *In recent days many people have been shocked that Japanese businessmen might have stolen computer secrets from IBM. The allegations are the latest twist in the tense worldwide struggle for technological supremacy, but few businessmen, especially those involved in high-technology, research-based industries, can be very surprised. [...] It is in acquiring the knowledge to make new products – computers, pharmaceuticals, telecommunications equipment, chemicals and others – that American companies have been so good. And it is this knowledge that is being stolen by the denial of patent rights* »⁶⁴.

Il est vrai que les industries qui produisent des biens incorporant une forte composante immatérielle sont particulièrement vulnérables à la concurrence étrangère. Leurs activités sont non seulement celles qui offrent les meilleures perspectives de croissance, mais également celles qui sont les plus exposées à la contrefaçon. La recherche et le développement nécessaires à la production d'un nouveau médicament ou d'une nouvelle variété agricole peuvent nécessiter des investissements d'un milliard de dollars et durer plus d'une décennie, alors que des génériques peuvent être mis en vente rapidement et pour une fraction du prix de l'original. La concurrence de produits génériques sur les marchés étrangers représente, pour les firmes innovantes, un manque à gagner en revenus de licence et en exportation. En 1985, la *National Agricultural Chemicals Association* a estimé que les pertes subies par ses sociétés membres en raison de la faible protection des droits de propriété intellectuelle étaient de l'ordre de 150 à 300 millions

⁶³ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 63. Voir également Richard A. Morford, « Intellectual Property Protection: A United States Priority », *Georgia Journal of International and comparative Law*, vol. 19, 1989, p. 336-341.

⁶⁴ Barry MACTAGGART, « Stealing from the Mind », *The New York Times*, 9 juillet 1982, p. A25.

de dollars par an⁶⁵. Cette estimation, qui ne portait que sur un seul secteur industriel, suscita de vives inquiétudes à propos de l'étendue de ce phénomène sur l'ensemble de l'économie américaine.

Pour tenter de mieux évaluer le problème, le gouvernement américain mandata la Commission du commerce international (*International Trade Commission*) d'effectuer une enquête de grande envergure. Dans son rapport de 1988, elle conclut que la protection inadéquate de la propriété intellectuelle à l'étranger avait entraîné des pertes de 23,8 milliards de dollars en 1986, et ce, uniquement pour les 432 firmes sondées par la commission⁶⁶. Cette somme représentait à elle seule 16 % du déficit commercial ! Plusieurs observateurs arrivèrent à la même conclusion : « There is a direct link between the protection of intellectual property rights and U.S. international competitiveness »⁶⁷.

Cette étude fut contestée par un petit groupe d'analystes⁶⁸. On reprocha à la Commission du commerce international d'appuyer son enquête uniquement sur les données transmises par des firmes, alors que celles-ci avaient tout intérêt à gonfler leurs pertes, sachant très bien que le rapport pourrait orienter la politique commerciale américaine. On lui reprocha également de tenir pour acquis que les consommateurs étrangers qui achètent des produits contrefaits auraient été prêts à payer le prix de vente exigé par les firmes américaines en l'absence de produits contrefaits disponibles. Que les conclusions de la commission soient valides ou non, le fait est que la diffusion de ce rapport secoua l'administration américaine et attira l'attention des responsables de la politique commerciale, qui, jusqu'alors, s'intéressaient très peu aux

⁶⁵ ZHANG, p. 200 et 341.

⁶⁶ International Trade Commission, *Foreign Protection of Intellectual Property Rights and Its Effect on US Industry and Trade – Report to the US Trade Representative*, Investigation No. 332-245, Publication No. 2065, Washington, International Trade Commission, 1988, p. VIII.

⁶⁷ Carol J. BILZI, « Toward an Intellectual Property Agreement in the GATT: View from the Private Sector », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, 1989, p. 345.

⁶⁸ Marney CHEEK, « The Limits of Informal Regulatory Cooperation in International Affairs: A Review of the Global Intellectual Property Regime », *George Washington International Law Review*, vol. 33, 2001, p. 287 ; Peter Yu, « From Pirates to Partners: Protecting Intellectual Property in China in the Twenty-First Century », *The American University Law Review*, vol. 50, octobre 2000, p. 176.

droits de propriété intellectuelle⁶⁹. C'est ce que constata Clayton Yeutter lorsque Ronald Reagan le nomma USTR :

« *When I left government with the Ford Administration in 1977, we were not talking about intellectual property at all. [...] But some time during the late 1970s and early 1980s, intellectual property came to the fore. And when I came back into the government a little over two years ago, everybody was talking about the piracy that exists around the world in intellectual property and the need to do something about it. It became a major issue on my personal agenda and on the agenda of the Office of the USTR and we've been pushing it very aggressively since then* »⁷⁰.

Dans un contexte où régnait une vision pessimiste de la compétitivité américaine, les conclusions de la Commission du commerce international permirent de circonscrire simplement le problème du déficit commercial⁷¹. Rendre la contrefaçon étrangère responsable d'une part du déficit commercial représentait une échappatoire facile et attirante pour les décideurs publics. Elle leur permettait d'absoudre leurs propres politiques économiques de la responsabilité du déficit commercial. Plus encore, des solutions politiques précises pouvaient être déduites des conclusions de l'étude de la Commission du commerce international : puisque le déficit commercial était causé en partie par la contrefaçon étrangère, son redressement devait passer par le renforcement de la protection des brevets à l'étranger. Telle fut l'orientation de la nouvelle politique américaine en matière de commerce et de propriété intellectuelle.

§ 3. Un discours moral

Bien que l'association entre le droit des brevets et le commerce international puise ses racines dans une interprétation économique du déficit commercial américain, l'industrie et le gouvernement américain

⁶⁹ Voir par exemple cet article écrit par un directeur du département d'État en 1988. Harvey WINTER, « A View From the US State Department », in *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*, sous la dir. de Charles WALKER et Mark BLOOMFIELD, Lanham, University Press of America, 1988, p. 101.

⁷⁰ YEUTTER, p. 110.

⁷¹ DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life*, p. 199 ; DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 64 ; SELL, *Private Power*, p. 50.

devaient la traduire dans un discours justificateur, ancré dans des principes normatifs. Ils ne pouvaient convaincre les autres pays de renforcer leur protection des brevets en soulignant uniquement les intérêts commerciaux américains. Pareille justification purement égoïste aurait été irrecevable⁷². L'industrie et le gouvernement américain devaient trouver une justification à l'adoption, au niveau international, d'une protection supérieure à celles en vigueur dans la majorité des pays. Ils devaient identifier des valeurs communes au nom desquelles les pays en développement devraient s'ajuster au droit international, et non l'inverse.

Aux États-Unis, la communauté épistémique des brevets endossa la nécessité morale d'associer le droit des brevets et le commerce international. Le concept de communauté épistémique a été développé par Peter Haas, qui le définit comme « a network of professionals with recognized expertise and competence in a particular domain and an authoritative claim to policy-relevant knowledge within that domain or issue-area »⁷³. Les quelques auteurs qui ont utilisé ce concept pour analyser la formation de la politique des brevets aux États-Unis considèrent que la principale communauté épistémique des brevets est formée des juristes qui travaillent pour les firmes titulaires de brevets et de ceux qui travaillent pour l'administration émettrice des brevets⁷⁴. Ils partagent un même langage juridique, une expertise technique, un respect pour les droits de propriété privée et un sentiment globalement favorable envers le système dans le cadre duquel ils travaillent, que ce soit comme utilisateurs, administrateurs ou conseillers politiques. Comme le remarque avec humour Susan Sell, la communauté épistémique des brevets constitue un cercle fermé qui rappelle l'Église catholique lorsque la bible n'était qu'en latin : les juristes sont les uniques pourvoyeurs de savoir, comme l'était le clergé⁷⁵. Bien que d'autres acteurs sociaux soient interpellés par les politiques de propriété intellectuelle,

⁷² RISSE, p. 22.

⁷³ Peter HAAS, « Epistemic Communities and International Policy Coordination », in *Knowledge, Power, and International Policy Coordination*, sous la dir. de Peter HAAS, Columbia, University of South Carolina, 1996, p. 3.

⁷⁴ CHEEK, p. 277-323 ; BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 74-75 ; HANSEN, p. 579-593 ; DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life.*, p. 41.

⁷⁵ SELL, *Private Power* p. 99.

comme les consommateurs de produits brevetés, ceux-ci n'ont pas l'expertise et la crédibilité des membres de la communauté épistémique des brevets⁷⁶. C'est donc cette communauté qui articula et promut le discours justifiant l'association entre le droit des brevets et le commerce international. Elle défendit deux principes soi-disant universels qui pouvaient servir de fondement à l'association entre le droit des brevets et le commerce international, soit le droit de l'inventeur à la protection du fruit de son inventivité (B) et la loyauté dans les échanges commerciaux (C).

A. LA PROPRIÉTÉ ET LA PIRATERIE

C'est d'abord à travers la notion du droit de propriété que la communauté épistémique des brevets justifia l'association entre le droit des brevets et le commerce international⁷⁷. Déjà au XVIII^e siècle, un discours propriétaire fut utilisé en Europe pour justifier l'établissement des systèmes de brevets⁷⁸. Owen Lippert, du Fraser Institute, est l'un de ceux qui reprit récemment ce discours pour défendre la position américaine :

*« The power of convention is such that even though IPR may not have begun as property rights, they have evolved towards that identity. That is that their nature as property rights has been discovered gradually over time. This begs the question what then are rights? Simply put, they are protections of behavior and property which a society decides at some point to place outside of a cost to benefit analysis »*⁷⁹.

Comme Owen Lippert, un nombre croissant de représentants de l'industrie et du gouvernement présenta le droit à la propriété sur son invention comme un droit quasi naturel, soustrait aux autres considéra-

⁷⁶ Comme le notent Stephen Gill et David Law, « pure persuasion is very rare, since normally the access to knowledge and funds is unequal. In this respect, large and wealthy states are usually at an advantage relative to small ones, and also big business is at an advantage relative to its smaller counterparts, to trade unions, and especially to consumers », *The Global Political Economy: Perspectives, Problems, and Policies*, New York, Harvester, Wheatsheaf, 1988, p. 71-72.

⁷⁷ Mier PEREZ-PUGATCH, *The International Political Economy*, p. 4..

⁷⁸ MACHLUP et PENROSE, p. 16-17; MAY, *A Global Political Economy*, p. 88.

⁷⁹ LIPPERT, p. 255.

tions de politique publique⁸⁰. Par exemple, Barry Mactaggart, le président de Pfizer au début des années 1980, opposa clairement les fondements moraux de la propriété intellectuelle aux politiques nationales des différents pays :

« [Our] inventions have been “legally” taken in country after country by governments’ violation of intellectual property rights, especially patents. Through political and legal dealings, many governments, including Brazil, Canada, Mexico, India, Taiwan, South Korea, Italy and Spain, to name a few, have provided their domestic companies with ways to make and sell products that under proper enforcement and honorable treatment of patents would be considered the property of the inventors. [...] That is the very reason the United States should insist more than ever that the principle underlying the international economic system be respected and upheld »⁸¹.

La légitimité des brevets ne découlerait pas de leur utilité, mais d’une autorité supérieure à l’État. Cette dernière serait universelle et transcenderait les frontières politiques⁸². Sous ce prisme, il peut sembler légitime de fixer des règles internationales, identiques pour tous les États, peu importe leur niveau de développement économique.

Pour dénoncer avec plus de vigueur les actes de contrefaçon, les représentants de l’industrie américaine utilisèrent à plusieurs reprises la métaphore de la piraterie. Bien que son emploi ne soit pas nouveau en propriété intellectuelle, plusieurs observateurs remarquèrent qu’elle fut utilisée de façon plus intensive à partir du début des années 1980⁸³. Cette métaphore, lourde d’une forte charge émotive, évoque l’indigna-

⁸⁰ Peter DRAHOS, « Death of a Patent System – Introduction », in *Death of Patents*, sous la dir. de Peter DRAHOS, Londres, Lawtest Publishing and Queen Mary Intellectual Property Research Institute, 2005, p. 1-10; Samuel ODDI, « TRIPs-Natural Rights and a Polite Form of Economic Imperialism », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, 1996, p. 415-470; SELL, *Private Power*, p. 51; WEISSMAN, « A Long Strange TRIPs », p. 1087-1088; HERMITTE, « Les concepts mous », p. 91; AOKI, « Authors, Inventors and Trademark Owners: Private Intellectual Property and the Public Domain », p. 157-164.

⁸¹ MAC TAGGART.

⁸² Il est fréquent de justifier un régime international par des positions morales universelles. Ethan NADELMANN, « Global Prohibition Regime: The Evolution of Norms in International Society », *International Organization*, vol. 44, n° 4, 1990, p. 483.

⁸³ WEISSMAN, « A Long Strange TRIPs », p. 1088; Assafa ENDESHAW, « The Paradox of Intellectual Property Lawmaking in the New Millennium: Universal Templates as Terms of Surrender for Non-Industrial Nations: Piracy as an Offshoot », *Cardozo*

tion que soulève la violation d'un droit d'autrui. L'expression *piraterie* servit à dénoncer des actes qui étaient parfaitement conformes au droit national et international, mais qui ne répondaient pas aux normes minimales qui devaient, selon certains, être adoptées au niveau international⁸⁴. Un article rédigé en 1988 par le vice-président de la compagnie pharmaceutique Pfizer, Constantine Clemente, est éloquent à cet égard :

*« Why is it that another government can base a policy of helping the consumers in their country to steal foreign owned technology? If we went back to the days when countries engaged in piracy, wouldn't it have been ludicrous to say, "Well, Brazil owes the United States a great deal of money, so we cannot stop their pirates from boarding our ships because, after all, they obtain a great deal of revenue from this, and gold, and silver, et cetera". Obviously, that's absurd. It's really not too different when we're talking about intellectual property; that kind of stealing is just as bad »*⁸⁵.

Qui peut s'opposer à l'idée de protéger les commerçants contre le vol et la piraterie ? Si l'on perçoit les brevets comme des privilèges, on peut légitimement se méfier de leurs titulaires. Par contre, si on perçoit les brevets comme des droits quasi naturels, ce sont les pirates qui sont automatiquement placés dans une position défensive⁸⁶. Il paraît alors légitime de tout mettre en œuvre pour que les inventions américaines soient protégées à l'étranger. S'opposer à cette protection serait immoral.

B. LE COMMERCE LOYAL

Percevoir les brevets comme un droit de propriété permet d'établir un premier pont cognitif entre la protection des inventions et le commerce international. En effet, la protection des droits de propriété est une condition nécessaire aux échanges commerciaux. On ne peut échanger que ce que l'on possède. Dès lors, le discours propriétaire permet de contrer l'idée que les brevets constituent des instruments de

Journal of International and Comparative Law, vol. 10, n° 1, 2002, p. 66. Debora J. HALBERT, *Resisting Intellectual Property*, Londres, Routledge, 2005, p. 92-93.

⁸⁴ SELL, *Private Power*, p. 51.

⁸⁵ Cité dans WEISSMAN, « A Long Strange TRIPs », p. 1088.

⁸⁶ SELL, *Private Power*, p. 51.

protectionnisme. Ce serait plutôt la faible protection des inventions qui constitue une barrière au commerce⁸⁷. C'est ce que plaide Harvey Bale, représentant de la compagnie Hewlett-Packard, dans un article publié en 1988 :

*« Intellectual property protection is the only valid type of protectionism being pushed in Washington now because it is really not traditional protectionism at all. Instead, it is at the heart of an open trading system, and those companies that support the strengthening of the trading system and oppose protectionist approaches are the same ones that need and support better intellectual property protection »*⁸⁸.

Il y aurait donc une distinction fondamentale entre le commerce des produits brevetés et celui des produits qui échappent au droit des brevets parce que le niveau de protection offert est trop faible. Cette distinction réside dans la notion de loyauté. Le commerce avec des pays qui offrent une faible protection aux brevets serait si déloyal qu'il devrait être interdit par les règles du commerce international.

Pour qu'une relation commerciale soit loyale, elle doit être réciproque. Aux yeux de l'industrie et du gouvernement américains, la réciprocité ne signifie pas un effort proportionnel de deux partenaires qui tiennent compte de leurs conditions économiques respectives. La réciprocité serait plutôt l'établissement de règles communes, identiques pour les deux partenaires (*leveling the playing field*)⁸⁹. La loyauté exige que tous les partenaires commerciaux jouent le jeu du commerce selon les mêmes règles.

Dans les années 1980, la notion de loyauté occupait une place centrale dans la politique commerciale américaine. Le président Ronald Reagan, dans un de ses rares discours sur la politique commerciale,

⁸⁷ SELL, « TRIPs and the Access », p. 486; SELL, « The Origins of a Trade-Based », p. 165.

⁸⁸ Harvey BALE, « A computer and electronics industry perspective », in *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*, sous la dir. de Charles E., and Mark A. BLOOMFIELD, Lanham, University Press of America, 1988 p. 123. Voir également Patrick LEAHY, « US Congressional Approaches to Reconciling Intellectual Property Rights », in *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*, sous la dir. de Charles WALKER et Mark BLOOMFIELD, Lanham, University Press of America, 1988, p. 77.

⁸⁹ ZHANG, p. 210-211.

précisa que l'objectif de son gouvernement n'était pas simplement d'assurer un commerce libre, mais également un commerce loyal : « Above all else, free trade is, by definition, fair trade »⁹⁰. Par cet amalgame entre la liberté et la loyauté du commerce, il associa la faible protection des brevets au protectionnisme : « When governments permit counterfeiting or copying of American products, it is stealing our future and it is no longer free trade »⁹¹.

La nécessité d'établir des normes internationales de propriété intellectuelle, qui aurait pu autrement être considérée comme une mesure protectionniste, intégra ainsi le discours néolibéral, alors à son paroxysme. La forte protection des droits de propriété intellectuelle est devenue une partie intégrante de ce que Stephen Gill qualifie de nouveau constitutionnalisme, c'est-à-dire le discours dominant qui présente le libéralisme démocratique et le capitalisme comme les seuls et uniques modèles de développement⁹². C'est un discours latent et omniprésent qui structure aujourd'hui encore le champ d'action politique aux niveaux national et international.

§ 4. Un droit commercial

L'association entre le droit des brevets et le commerce international répondait à un intérêt matériel concret, soit l'atténuation du déficit commercial croissant, et s'appuyait sur des principes normatifs soi-disant universels, soit le respect de la propriété privée et la loyauté des échanges commerciaux. Toutes les conditions étaient alors réunies pour qu'elle soit transposée dans le droit américain. Des éléments de ce droit, datant des années 1930, permirent de l'intégrer progressivement (A), mais ce n'est qu'à partir de 1984 que l'association entre le droit des brevets et le commerce international fut véritablement consacrée (B).

⁹⁰ Ronald REAGAN, « US Trade Policy », in *Ronald W. REAGAN: Chronology, documents, bibliographical aids*, sous la dir. de Sloan IRVING, Dobbs Ferry, Oceana, 1990, p. 215.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² GILL, *Power and Resistance*, p. 132.

A. UNE INTÉGRATION PROGRESSIVE

C'est curieusement une loi tarifaire célèbre pour ses mesures protectionnistes, la loi Smoot-Hawley de 1930, qui jeta les bases de l'intégration entre le droit des brevets et la politique commerciale⁹³. En effet, l'article 337 de cette loi interdit les actions déloyales dans l'importation de produits sur le territoire américain. Cette mesure fut principalement utilisée pour interdire l'importation de produits qui contreviennent au droit américain de la propriété intellectuelle ou pour interdire l'importation de produits fabriqués à l'étranger à l'aide d'un procédé breveté aux États-Unis. Déjà, le commerce international de produits protégés par des droits de propriété intellectuelle était perçu à travers le prisme de la loyauté.

L'article 337 de la loi Smoot-Hawley demeura presque inchangé jusqu'à l'adoption de la Loi sur le commerce de 1974 (*Trade Act of 1974*)⁹⁴, qui approfondit davantage le rapprochement entre le droit des brevets et la politique commerciale. Le pouvoir d'émettre l'ordre d'interdire l'importation d'un produit déloyal fut notamment transféré du président à la Commission du commerce international, jugée plus impartiale. De plus, l'article 301 de Loi sur le commerce de 1974 autorisa le président à prendre des sanctions contre n'importe quel pays qui restreignait le commerce avec les États-Unis de façon injustifiable, déraisonnable ou discriminatoire. Le droit américain autorisait déjà le président à suspendre des avantages consentis dans un traité commercial si un pays maintenait des mesures restreignant substantiellement le

⁹³ Les similitudes entre la loi Smoot-Hawley et les politiques commerciales de Reagan, qui camouflent des mesures protectionnistes sous un discours de libéralisme, ont été soulignées par Milton FRIEDMAN, « Outdoing Smoot-Hawley », *The Wall Street Journal*, 20 avril 1987, p. 22. Voir également David PALMETER, « The U.S. International Trade Commission at Common Law: Unfair Competition, Trademark and Section 337 of the Tariff Act », *Journal of World Trade Law*, vol. 18, 1984, p. 499; Tom SCHAUENBERG, « Section 337 of the Tariff Act of 1930 as an Antitrust Remedy », *The Antitrust Bulletin*, vol. 27, n° 1, 1982, p. 51-81; MUTTI et YEUNG, p. 510-520.

⁹⁴ Terry L. CLARK, « The Future of Patent-Based Investigations Under Section 337 After the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 », *American University Law Review*, vol. 38, 1989, p. 1154; SELL, « The Origins of a Trade-Based », p. 166. La section 337 a été amendée par le *Trade Act of 1974*, Pub. L. No. 93-618, § 341(a), 88 Stat. 1978, 2053 (1975) (codifié tel que modifié à 5, 19, 29 et 31 U.S.C.).

commerce avec les États-Unis⁹⁵. Mais la nouvelle formule prévue dans l'article 301 donna un pouvoir plus étendu au président, lui permettant notamment d'imposer des sanctions qui ne sont pas spécifiquement autorisées par une décision d'un tribunal d'arbitrage international et allant au-delà de la simple suspension des avantages consentis dans un traité commercial.

À partir de 1982, le gouvernement américain commença à utiliser ce mécanisme dans le domaine de la propriété intellectuelle⁹⁶. Il mit en œuvre des consultations bilatérales avec la Hongrie, la Corée, le Mexique, Singapour et Taiwan sur leur droit de la propriété intellectuelle et fit planer sur chacun de ces pays la menace de recourir à l'article 301. Cette stratégie connut un certain succès puisque trois d'entre eux s'engagèrent à rehausser leur niveau de protection des droits de propriété intellectuelle. Les États-Unis comprirent alors que l'association entre le droit des brevets et le commerce international pouvait être utilisée de façon stratégique dans le cadre de négociations internationales.

B. UNE CONSÉCRATION PAR LA LOI SUR LE COMMERCE ET LES TARIFS DE 1984

Au milieu des années 1980, il y avait un consensus politique aux États-Unis sur l'idée que la protection de la propriété intellectuelle à l'étranger devait être une nouvelle priorité commerciale. C'est ce que constate Gerald Mossinghoff, alors commissaire américain aux brevets et aux marques :

*« There is widespread bipartisan agreement that the protection of intellectual property worldwide is a critically important factor in expanding trade in high technology products. This Administration is committed to strengthening that protection as an integral component of our service to US trade and industry »*⁹⁷.

En 1984, le Congrès adopta la Loi sur le commerce et les tarifs (*Trade and Tariff Act*) qui conditionna le type de relations commer-

⁹⁵ *Trade Expansion Act of 1962*, Pub. L. No. 87-794, § 252, 76 Stat. 872, p. 879-80 (abrogé par U.S.C. § 301, 88 Stat. 1978).

⁹⁶ SELL, « The Origins of a Trade-Based », p. 169.

⁹⁷ Cité dans SELL, *Private Power*, p. 83.

ciales à la protection qu'un pays offrait aux droits de propriété intellectuelle. Cette intégration se manifesta sous trois aspects. Premièrement, la Loi sur le commerce et les tarifs exigea que l'USTR tienne compte des questions de propriété intellectuelle dans la préparation de son Rapport sur les barrières commerciales étrangères (*National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers*). Ce rapport annuel, adressé au président et au Comité sénatorial sur les finances, fait une revue des principales barrières au commerce et guide la politique commerciale des États-Unis. L'exigence de tenir compte des questions de propriété intellectuelle dans sa rédaction illustre bien qu'il s'agissait alors d'une nouvelle priorité commerciale.

Deuxièmement, la Loi sur le commerce et les tarifs amenda l'article 301 de la Loi sur le commerce de 1974 pour inclure explicitement la faible protection des droits de propriété intellectuelle parmi les motifs permettant d'imposer des sanctions commerciales. Plus spécifiquement, la définition d'une mesure déraisonnable fut précisée pour inclure le défaut d'offrir « [an] adequate and effective protection of intellectual property rights »⁹⁸. Dès 1985, l'USTR utilisa ce nouveau pouvoir contre la Corée et le Brésil afin de les convaincre de rehausser leur niveau de protection⁹⁹.

Troisièmement, la Loi sur le commerce et les tarifs fit du respect des droits de propriété intellectuelle une condition pour qu'un pays en développement puisse bénéficier du programme américain de préférences commerciales (*U.S. Generalized System of Preferences*)¹⁰⁰. Ce programme, développé dans les années 1970, offre aux pays en développement la levée des tarifs douaniers américains sur des produits manufacturés. Son objectif initial était d'utiliser le levier du marché américain pour stimuler l'industrialisation des pays en développement. Progressivement, d'autres objectifs s'y sont greffés, comme la promotion du commerce dit loyal. La Loi sur le commerce et les tarifs de 1984 modifia le programme en y introduisant cette disposition : « In determining whether to designate any country as a beneficiary developing country under this subchapter, the President shall take into account

⁹⁸ 19 U.S.C. § 2411(d)(3)(b).

⁹⁹ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 88.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 86-88.

[...] the extent to which such country is providing adequate and effective protection of intellectual property rights»¹⁰¹. Cette nouvelle mesure fut effectivement appliquée par l'Administration. Le Mexique, la Thaïlande et l'Inde comptent parmi les pays retirés temporairement du programme américain de préférences commerciales en raison de la faible protection offerte aux droits de propriété intellectuelle¹⁰². Selon Peter Drahos, plusieurs autres pays, dont la Jamaïque et la République dominicaine, ont modifié leur loi nationale pour éviter de subir la même sanction¹⁰³.

C'est ainsi que les États-Unis sont devenus les promoteurs d'une association entre le droit des brevets et le commerce international. Au départ, il s'agissait de réagir au déficit commercial américain. Mais le Congrès ne réagit pas à cette crise par un protectionnisme traditionnel. Au lieu de simplement tenter de protéger les manufacturiers américains en restreignant l'arrivée de concurrents étrangers sur le marché américain, il tenta de protéger le capital intangible américain en restreignant l'arrivée de concurrents étrangers sur les marchés internationaux¹⁰⁴. Forts d'un discours référant à des principes soi-disant universels, les États-Unis considéraient qu'il était légitime d'exiger de leurs partenaires commerciaux une protection efficace et suffisante de leur propriété intellectuelle¹⁰⁵. Cette association cognitive se traduisit également par une association stratégique puisque le Congrès adopta des lois prévoyant l'imposition de sanctions commerciales ou l'offre de privilèges commerciaux aux autres pays, selon leur niveau de protection des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, les importations massives qui étaient initialement une source d'inquiétude motivant l'association entre le droit des brevets et le commerce international devinrent une source de puissance que les États-Unis utilisèrent pour convaincre les pays dépendants du marché américain de rehausser leur protection des droits de propriété intellectuelle.

¹⁰¹ 19 U.S.C. § 2462(c). L'année précédente, en 1983, une condition similaire fut imposée dans le cadre de l'Initiative en faveur du bassin des Caraïbes. Voir *Caribbean Basin Economic Recovery Act*, Pub. L. No. 98-67, 97 Stat. 384 (1983) (codifié à 19 U.S.C. § 2701).

¹⁰² DRAHOS, *Information Feudalism.*, p. 88.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 87.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ L'Accord sur les ADPIC traduit *adequate and effective* par *efficace et suffisante*.

SECTION 2

Une association consacrée sur la scène multilatérale

Selon l'USTR, aucun pays n'offrait une protection efficace et suffisante à la fin des années 1980: «No foreign country currently meets every standard for adequate and effective intellectual property protection»¹⁰⁶. Mais à partir de quel niveau l'USTR considère-t-il qu'une protection est suffisamment adéquate et effective? Le droit américain ne peut constituer l'unique point de référence permettant d'établir ce qu'est une protection efficace et suffisante puisque, aux États-Unis même, le niveau de protection est en constante évolution. Le gouvernement américain ne pouvait raisonnablement pas exiger de ses partenaires commerciaux qu'ils consolident leur droit des brevets à un rythme similaire.

Dans ce contexte, il parut nécessaire de fixer des règles internationales précisant ce que constitue une protection efficace et suffisante. C'est dans cet esprit que les États-Unis furent les principaux initiateurs de l'*Accord sur les ADPIC* lors des négociations du cycle de l'Uruguay au GATT (§ 1). Cet accord représente l'un des succès de la politique commerciale américaine puisqu'il permet effectivement de rehausser le niveau minimal de protection des inventions (§ 2), bien qu'il semble, aujourd'hui, insuffisant pour leur assurer une protection jugée suffisante et efficace (§ 3).

§ 1. Vers l'Accord sur les ADPIC

Dans leur volonté d'établir de nouvelles normes multilatérales sur la propriété intellectuelle, les États-Unis proposèrent, en avril 1986, d'inclure les questions de propriété intellectuelle dans le cycle de négociation du GATT sur le point de commencer¹⁰⁷. Près de huit ans plus tard, l'*Accord sur les ADPIC* fut finalement adopté, imposant ce qui

¹⁰⁶ USTR, «Fact Sheet», *BNA's Patent, Trademark & Copyrights Journal*, vol. 38, 1^{er} juin 1989, p. 131.

¹⁰⁷ Daniel GERVAIS, *The TRIPs Agreement: Drafting History and Analysis*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, p. 10.

devait être un niveau minimal pour assurer une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle.

Il convient d'abord d'expliquer pourquoi les États-Unis ont préféré négocier ces nouvelles règles dans le forum du GATT plutôt qu'à l'OMPI (A), pour ensuite préciser comment les États-Unis ont convaincu les autres membres du GATT d'entamer des négociations sur la propriété intellectuelle (B) et d'adopter l'*Accord sur les ADPIC* (C).

A. VERS LE GATT

Dans les années 1980, les États-Unis étaient clairement insatisfaits des règles multilatérales existantes sur le droit de la propriété intellectuelle. Les traités de l'OMPI laissaient aux pays signataires une large marge de manœuvre dans la détermination des règles de droit matériel. La *Convention de Paris*, par exemple, ne précise pas quelles sont les conditions de brevetabilité et quelle devrait être la durée minimale d'un brevet. De plus, l'OMPI n'avait pas de mécanisme de règlement des différends pouvant réellement assurer la mise en œuvre des décisions adoptées. Par conséquent, les membres de l'OMPI maintenaient des régimes nationaux fort disparates.

Les États-Unis considérèrent que l'OMPI n'était pas le forum le plus adéquat pour adopter de nouvelles règles de propriété intellectuelle, le jugeant comme une organisation de plus en plus préoccupée par les questions de développement international et de moins en moins par la protection du capital immatériel¹⁰⁸. Il est vrai que l'organisation venait de joindre le système des Nations Unies et qu'un nombre croissant de pays en développement en devinrent membres. Un projet de révision de la *Convention de Paris* avait bien été entamé en 1980, mais les négociations furent abandonnées en raison de désaccords fondamentaux entre les pays développés et en développement.

De cet échec de la révision de la *Convention de Paris*, les États-Unis conclurent que le forum idéal pour rehausser le niveau de protection serait un forum consacré aux affaires commerciales¹⁰⁹. Jusqu'en 1986,

¹⁰⁸ WINTER, p. 103; BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 566; CARRON; ZHANG, p. 284.

¹⁰⁹ Michael RYAN, *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, Washington, Brookings Institution Press, 1998, p. 106.

les droits de propriété intellectuelle n'avaient jamais fait l'objet de négociation au GATT. Ils étaient simplement mentionnés dans le GATT comme une exception aux règles commerciales¹¹⁰. Lors du cycle de Tokyo, la question de la contrefaçon des marques de commerce avait été soulevée par les Américains, mais cette piste fut rapidement abandonnée¹¹¹. Néanmoins, au milieu des années 1980, les États-Unis considéraient qu'il s'agissait du forum idéal pour rehausser le niveau de protection des droits de propriété intellectuelle, et ce, pour deux raisons.

D'abord, ce forum permettait des négociations croisées entre la propriété intellectuelle et le commerce. Depuis l'adoption du GATT en 1947, le régime commercial international a toujours progressé par un système de concessions réciproques. Le pays X accepte de réduire ses tarifs douaniers sur les chapeaux à condition que le pays Y accepte de réduire ses tarifs sur les souliers. Avec le lancement du cycle de négociation de l'Uruguay en 1986, ce système de concessions mutuelles se complexifia. Les négociations sur le commerce des biens furent associées à plusieurs autres champs, dont le commerce des services, les subventions, les normes sanitaires et les droits de propriété intellectuelle, multipliant ainsi les possibilités de croisement entre chacun de ces champs. Le succès de ce système s'explique notamment par le principe de l'engagement unique. À l'initiative des États-Unis, il fut résolu que les principaux accords de l'OMC devraient être acceptés d'un seul bloc, écartant la possibilité qu'un pays ratifie uniquement ceux qui répondaient à ses intérêts spécifiques¹¹². Par conséquent, un pays pouvait être amené à accepter des règles sur la propriété intellectuelle qui ne répondaient pas nécessairement à ses intérêts si, en échange, il gagnait un meilleur accès aux marchés étrangers pour ses produits agricoles¹¹³. Cette possibilité de négociation croisée représentait un

¹¹⁰ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187, art. 20, R.T. Can. 1947 n° 27 (ci-après *GATT*).

¹¹¹ GERVAIS, *The TRIPs Agreement*, p. 5-11; SELL, *Private Power*, p. 40.

¹¹² STEINBERG, p. 360.

¹¹³ Selon Chris Hamilton, «It appears that the linking of patent and tariff negotiations may indeed allow more efficiency gains to be realized that if these issues were negotiated separately». Voir *Long Strange TRIPs: Intellectual Property, the World Trade Organization and the Developing World*, Mémoire de maîtrise, Halifax, Université Dalhousie, 2002, p. 84.

avantage appréciable pour les États-Unis puisqu'elle leur permettait de convaincre plus facilement les pays en développement de rehausser leur niveau de protection.

Ensuite, ils anticipaient que le mécanisme de règlement des différends en négociation assurerait une mise en œuvre plus efficace que ne pouvaient le faire les mécanismes de l'OMPI¹¹⁴. La *Convention de Paris* prévoyait bien un mécanisme de règlement de différends mais celui-ci ne fut pratiquement jamais utilisé. Les membres de l'OMPI pouvaient même s'y soustraire en incluant une réserve dans leur instrument de ratification. À l'inverse, le cycle de négociation de l'Uruguay prévoyait la négociation d'un mécanisme ambitieux. Le *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* qui fut finalement adopté est une annexe obligatoire pour tous les membres de l'OMC. Les recours y sont fréquents, les procédures sont relativement rapides et un mécanisme d'appel est accessible. Plus encore, le refus de mettre en œuvre une décision dans le champ de la propriété intellectuelle peut conduire à l'imposition de sanctions dans le champ du commerce. Aux yeux des États-Unis, il s'agissait d'un avantage appréciable qui justifiait de faire passer les négociations sur le droit des brevets de l'OMPI au GATT.

Outre ces deux raisons principales, plusieurs autres raisons secondaires entrèrent en jeu. Selon Shu Zhang, les négociations à l'OMPI échouaient parce qu'elles étaient systématiquement polarisées entre deux blocs de pays. Les alliances au GATT étaient plus ponctuelles, variant selon les thèmes de négociations, ce qui laissait une plus grande marge de manœuvre pour la négociation¹¹⁵. Laurence Helfer, quant à lui, considère que le principe du consensus du GATT représentait un avantage appréciable par rapport au système de vote de l'OMPI : « The United States and EC have used strategically [the principle of consensus] to force disclosure of weaker states' preferences, block the advancement of proposals those states favored, and advance their own initiatives »¹¹⁶. Graham Dutfield souligne plutôt le fait que la culture institutionnelle du GATT était plus favorable aux positions des pays développés que celle des organes de l'ONU¹¹⁷. Pour cette raison, la CNUCED était

¹¹⁴ YEUTTER, p. 113-114.

¹¹⁵ ZHANG, p. 287.

¹¹⁶ HELFER, « Regime shifting », p. 18.

¹¹⁷ DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, and the Life*, p. 199.

sans doute le dernier forum dans lequel les États-Unis auraient souhaité négocier un traité sur la propriété intellectuelle. Alice Zalik, du bureau de l'USTR, soulève un dernier avantage. Selon elle, il était plus facile de négocier des règles qui imposent des modifications aux droits nationaux avec des négociateurs commerciaux, qui sont généralement près des centres de pouvoir, qu'avec des spécialistes de la propriété intellectuelle¹¹⁸.

Tous ces éléments ont certes pesé dans la balance. Avant tout, cette stratégie, qui aurait semblé inusitée dans les années 1970, illustre mieux que n'importe quel autre argument que les États-Unis en sont venus, dans les années 1980, à percevoir les droits de propriété intellectuelle comme un enjeu commercial.

B. VERS LA DÉCLARATION DE PUNTA DEL ESTE

Identifier le forum le plus approprié pour promouvoir un traité sur les droits de propriété intellectuelle est une chose ; convaincre les autres pays de négocier un traité de propriété intellectuelle dans ce même forum en est une autre. Plusieurs obstacles bloquaient la voie menant au lancement de ces négociations.

Le premier de ces obstacles était le manque d'enthousiasme de la Communauté européenne et du Japon à l'idée de négocier des règles sur la propriété intellectuelle. Tous deux étaient plutôt en faveur d'un code plutôt modeste prévoyant des principes généraux sur la contrefaçon¹¹⁹. Ils préféraient réserver leur affrontement avec les pays en développement sur la délicate question des subventions agricoles qui demanderait déjà beaucoup d'efforts et de capital politique¹²⁰. Un front commun des pays développés sur la question de la propriété intellectuelle était pourtant nécessaire pour faire face à celui des pays en développement¹²¹.

Le secteur privé américain joua alors un rôle décisif. Constatant ce manque d'enthousiasme, Edmund Pratt et John Opel, présidents respectifs de Pfizer et de IBM, créèrent de toute urgence l'*Intellectual*

¹¹⁸ Cité dans SELL, « The Origins of a Trade-Based », p. 170.

¹¹⁹ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 117.

¹²⁰ SELL, *Private Power*, p. 104.

¹²¹ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 114 et 137.

Property Committee (IPC)¹²². Ce comité regroupait les dirigeants d'une douzaine de firmes multinationales américaines représentant les divers secteurs les plus dépendants des droits de propriété intellectuelle¹²³. Ensemble, ils s'adressèrent à leurs homologues européens et japonais pour les convaincre de faire pression sur leurs gouvernements respectifs. Il s'agissait essentiellement du même message qui avait servi à convaincre le gouvernement américain. Comme le dit James Enyart, le représentant de Monsanto à l'IPC « Once created, the first task of the IPC was to repeat the missionary work we did in the U.S. in the early days [but] this time with the industrial associations of Europe and Japan to convince them that a code was possible »¹²⁴.

En juin 1986, trois mois après sa création, l'IPC envoya une délégation en Europe rencontrer la *Confederation of British Industries*, la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, le *Conseil national du patronat français* et l'*Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe*. En août, une délégation se rendit au Japon rencontrer Keidanren, la principale association d'entreprises nippones¹²⁵. À chaque fois, les délégués de l'IPC soulignèrent à leurs homologues leur intérêt commun pour la négociation d'un traité sur la propriété intellectuelle dans le cadre du GATT. Ceux-ci firent par la suite pression sur leur gouvernement respectif pour qu'ils appuient la proposition américaine. Selon Carol Bilzi, lobbyiste à Washington sur les questions de propriété intellectuelle, la mission de l'IPC fut concluante :

« Largely as a result of private sector involvement, the area of intellectual property has evolved in the Uruguay Round from an obscure issue that was not widely recognized as a proper topic for the GATT prior to the September 1986 Punta del Este meeting to one of the most significant and closely watched issues in the Round »¹²⁶.

¹²² SELL, *Private Power*, p. 102-103.

¹²³ Plus spécifiquement, l'IPC était composé des dirigeants de Merck, IBM, General Electric, DuPont, Warner Communications, Pfizer, Hewlett-Packard, Bristol-Myers, FMC Corporation, General Motors, Johnson & Johnson, Monsanto et Rockwell International.

¹²⁴ ENYART, p. 54.

¹²⁵ SELL, « TRIPs and the Access », p. 488 ; DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 118 ; SELL, *Private Power*, p. 53.

¹²⁶ BILZI, p. 343.

« In order to reduce the distortions and impediments to international trade, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade, the negotiations shall aim to clarify GATT provisions and elaborate as appropriate new rules and disciplines »¹²⁷.

C. VERS LA CONCLUSION DU CYCLE DE L'URUGUAY

¹²⁷ GATT, *Punta Del Este Declaration*, Conférence Ministérielle du GATT, 20 septembre 1986, partie 1(D).

124 LARCIER

Or, même après l'adoption de la Déclaration de Punta del Este, plusieurs pays en développement étaient fermement opposés à l'idée de négocier de telles règles communes. Le Brésil et l'Inde en étaient les principaux opposants, mais plusieurs autres pays, dont l'Argentine, Cuba, l'Égypte, le Nicaragua, le Nigeria, le Pérou, la Tanzanie et la Yougoslavie, exprimèrent de vives réticences¹²⁹. Tous s'opposaient au discours américain associant la faible protection des droits de propriété intellectuelle à des barrières commerciales déloyales. La délégation du Brésil émit même l'hypothèse que c'était la forte protection des droits de propriété intellectuelle qui menaçait le système commercial: «[A] rigid and excessive protection of intellectual property rights impedes access to the latest technological developments, restricting therefore the participation of developing countries in international trade»¹³⁰.

En 1989, aux conférences de Montréal et de Genève, les différences de vue semblaient encore insurmontables¹³¹. Le paragraphe consacré à la propriété intellectuelle de la déclaration ministérielle d'avril 1989 rappela simplement le mandat de négociation fixé à Punta del Este et précisa qu'aucune décision n'avait été adoptée¹³². De toute évidence, les négociations des trois années précédentes n'avaient pas permis de convaincre les pays en développement. Toutefois, dès 1990, à la Conférence de Bruxelles, les principes fondamentaux de l'*Accord sur les ADPIC*

who.int/intellectualproperty/submissions/US%20FTAs%20and%20the%20Public%20Health.pdf> (date d'accès: 22 mars 2006).

¹²⁹ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 133.

¹³⁰ GATT, Secrétariat, *Synoptic Tables Setting Out Existing International Standards and Proposed Standards and Principles*, GATT Doc. MTN.GNG/NG11/W/32/Rev.1, 29 septembre 1989, p. 2.

¹³¹ Frederick M. ABBOTT, «Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property in the GATT Multilateral Framework», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 22, n° 4, 1989, p. 712-720; Frank EMMERT, «Intellectual Property in the Uruguay Round – Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries» *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, n° 4, 1990, p. 1350-1359; Keith E. MASKUS, «Intellectual Property», in *Completing the Uruguay Round*, sous la dir. de J. SCHOTT, Washington, Institute for International Economics, 1990, p. 165.

¹³² GATT, *Mid-term Meeting, Report on the results adopted by the Trade Negotiations Committee at its mid-term review held in Montreal on 5-9 December 1988 and in Geneva on 5-8 April 1989*, GATT Doc. MTN.TNC/11.

étaient déjà fixés¹³³. En décembre 1991, il ne restait plus que quelques questions relativement mineures à régler. En d'autres termes, l'essentiel de l'*Accord sur les ADPIC* fut négocié en seulement deux ans.

Pour convaincre en un si court laps de temps les pays en développement d'adopter l'Accord sur les ADPIC, les États-Unis s'appuyèrent sur la Commission européenne et le Japon¹³⁴. Une fois encore, cette coopération trilatérale fut soutenue par une initiative du secteur privé. En effet, en juin 1988, les associations d'entreprises américaines, européennes et japonaises publièrent conjointement leur proposition d'accord dans un document intitulé *Basic Framework of GATT provisions on Intellectual Property*¹³⁵. Comme l'explique James Enyart de Monsanto, cette proposition misait sur les similarités entre les régimes américain, européen et japonais: « Our trilateral group was able to distil from the laws of the more advanced countries the fundamental principles for protecting all forms of intellectual property »¹³⁶. Inspirés par ce document, la Commission européenne, les États-Unis et le Japon proposèrent aux autres membres du GATT des ébauches d'accords largement similaires¹³⁷. Dès 1990, la triade s'entendit pour éviter adroitement leurs points de conflits, comme l'obligation d'octroyer les brevets aux premiers déposants plutôt qu'aux premiers inventeurs. Solidaires, ils purent plus efficacement s'attacher à convaincre les pays en développement des bienfaits que pouvait avoir le rehaussement des droits de propriété intellectuelle sur leur économie.

L'adoption par le Congrès de la Loi omnibus sur le commerce et la compétitivité (*Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*)

¹³³ GATT, *Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, GATT Doc. MTN.TNC/W/35/Rev.1, 3 décembre 1990; Gail E. EVANS, « Intellectual Property as a Trade Issue: The Making of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights », *World Competition Law & Economics Review*, vol. 18 n° 3, 1995, p. 169-173.

¹³⁴ Alice LANDAU, *Conflits et coopération dans les relations économiques internationales: Le cas de l'Uruguay Round*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 99.

¹³⁵ SELL, *Private Power*, p. 107.

¹³⁶ ENYART, p. 55.

¹³⁷ GERVAIS, *The TRIPs Agreement*, p. 16; PEREZ-PUGATCH, *The International Political Economy*, p. 129; SELL, *Private Power*, p. 111-112.

contribua également à convaincre les pays en développement¹³⁸. Plusieurs membres du Congrès, toujours inquiets du déficit commercial américain, trouvaient que le président n'utilisait pas suffisamment les pouvoirs qui lui avaient été conférés par l'article 301 de la Loi sur le commerce de 1974 pour exiger que les partenaires commerciaux des États-Unis rehaussent leur protection des droits de propriété intellectuelle¹³⁹. Ainsi, ils adoptèrent deux dispositions, surnommées le *Super 301* et le *Special 301*, qui visaient à consolider le mécanisme de l'article 301 et à accentuer la pression sur les partenaires commerciaux des États-Unis¹⁴⁰.

Le *Special 301* impose au USTR d'identifier les pays qui n'assurent pas une protection suffisante des droits de propriété intellectuelle. La responsabilité de l'USTR est claire: « The United States Trade Representative shall identify those foreign countries that deny adequate and effective protection of intellectual property rights, or deny fair and equitable market access to United States persons that rely upon intellectual property protection »¹⁴¹. Conformément au *Special 301*, l'USTR doit constituer, sur une base annuelle, deux listes de pays dont les actes, les politiques ou les pratiques affectent le plus les produits américains. Les pays identifiés par la liste de surveillance prioritaire (*Priority Watch List*) sont ceux dont la faible protection des droits de propriété intellectuelle semble la plus déloyale. La liste de surveillance (*Watch List*) cible plutôt les pays dont le niveau de protection est jugé insatisfaisant, mais généralement moins déficient que ceux identifiés par la liste prioritaire. Pour éviter de passer de la liste de surveillance à la liste de surveillance

¹³⁸ *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*, Pub. L. No. 100-148, 102 Stat. 1107. La Communauté européenne adopta elle aussi un mécanisme similaire à ce *Super 301* et imposa, lors des négociations du cycle de l'Uruguay des sanctions commerciales aux pays qui avaient un niveau de protection jugé insuffisant. DRAHOS, « Negotiating Intellectual Property Rights », p. 178.

¹³⁹ COHEN; William A. LOVETT, *U.S. Trade Policy: History, Theory, and the WTO*, New York, Sharpe, 1999, p. 9.

¹⁴⁰ Judith BELLO et Alan HOLMER, « The Heart of the 1988 Trade Act: A legislative History of the Amendments to Section 301 », *Stanford Journal of International Law*, vol. 25, 1988, p. 8; René CÔTÉ, « L'avènement d'un village planétaire: L'internationalisation normative et le droit de l'informatique », in *Entre droit et technique: Enjeux normatifs et sociaux*, sous la dir. de René CÔTÉ et Guy ROCHER, Montréal, Thémis, 1994, p. 420.

¹⁴¹ 19 U.S.C. § 2242(a)

prioritaire, les pays visés doivent suivre les recommandations de l'USTR ou engager des négociations avec les États-Unis.

Le *Super 301*, quant à lui, impose au USTR d'enquêter sur les pays identifiés dans la liste prioritaire de surveillance¹⁴². Si aucun accord n'est conclu en trois ans ou si aucune compensation n'est offerte aux États-Unis, l'USTR a l'obligation d'imposer des représailles, comme la suspension d'un privilège commercial prévu dans un traité international ou la hausse temporaire des tarifs douaniers¹⁴³. De cette façon, la menace de sanction contre les pays qui refusent de rehausser le niveau de leur protection des droits de propriété intellectuelle est devenue beaucoup plus crédible.

Le premier pays ciblé par le *Super 301* fut le Brésil. À cette époque, ce pays, comme plusieurs autres, n'acceptait pas la brevetabilité des produits pharmaceutiques. De l'avis de certains observateurs, l'USTR cibra le Brésil parce qu'il était l'un des principaux opposants à la négociation de l'*Accord sur les ADPIC* et qu'il exerçait une forte influence sur les autres pays en développement¹⁴⁴. Dès octobre 1988, l'USTR haussa dramatiquement les tarifs douaniers des médicaments, du papier et des produits électroniques venant du Brésil¹⁴⁵. Sous la pression, le président brésilien annonça en juin 1990 qu'il modifierait sa législation pour la rendre conforme aux demandes américaines¹⁴⁶. Fort de ce premier succès, l'USTR imposa, de 1988 jusqu'à la conclusion de l'Uruguay Round, des sanctions commerciales à six autres pays en développement en raison de leur faible protection de la propriété intellectuelle¹⁴⁷.

Ces sanctions commerciales réussirent à briser les rangs des pays opposés à la négociation de l'*Accord sur les ADPIC*¹⁴⁸. Dès 1990, plusieurs pays en développement qui craignaient d'être les prochaines cibles des sanctions commerciales des États-Unis acceptèrent de négocier.

¹⁴² 19 U.S.C. § 2411(a)

¹⁴³ 19 U.S.C. § 2411(c)

¹⁴⁴ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 104; SELL, *Private Power*, p. 108.

¹⁴⁵ SELL, *Private Power*, p. 108.

¹⁴⁶ Dès le mois suivant, les tarifs américains furent ramenés aux taux antérieurs.

¹⁴⁷ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 99.

¹⁴⁸ C'est ce que Martha Finnemore et Kathryn Sikkink appellent le tournant des négociations, à partir duquel il n'est plus nécessaire d'exercer une pression pour qu'il y ait un changement de politique. Voir FINNEMORE et SIKKINK, p. 901-902.

cier des règles sur la propriété intellectuelle¹⁴⁹. Initialement, ils s'opposaient à l'adoption d'un traité sur la propriété intellectuelle au GATT parce qu'ils privilégiaient le forum de l'OMPI. Mais, ils conclurent qu'ils n'avaient plus le choix entre le GATT et l'OMPI, mais entre le GATT ou les pressions unilatérales des États-Unis¹⁵⁰. C'est clairement ce qu'affirma Ermory Simon, responsable de la propriété intellectuelle au USTR lors du cycle de l'Uruguay :

*« If the GATT fails in intellectual property, it does not mean the United States Government will stop pushing foreign governments to improve their international intellectual property regimes. It will simply shift to a different emphasis, on which is already ongoing, and may become more sharply focused, more contentious, and more confrontational that resolving issues through the GATT. In that context, I want to also say that there are advantages to resolving issues in the GATT. We prefer multilateralism. We prefer a regime by which everybody can abide, that provides discrete and distinct rules about how to proceed to resolve disputes. That is our preference but it is not necessarily our only option »*¹⁵¹.

Les pressions unilatérales des États-Unis ne représentent qu'une partie de l'équation qui permit de rallier les pays en développement. Si certains d'entre eux cédèrent sous la menace de sanctions commerciales, d'autres furent plutôt attirés par les promesses des autres accords de l'OMC¹⁵². L'accès au marché du textile et au marché agricole des pays développés fut présenté comme une monnaie d'échange contre l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC*¹⁵³. Les perspectives d'exportation vers les marchés européens et américains que leur promettaient ces accords leur parurent sans doute plus tangibles que les éventuels effets négatifs

¹⁴⁹ GERVAIS, *The TRIPs Agreement*, p. 15.

¹⁵⁰ SELL et PRAKASH, p. 159 ; RAMANNA, p. 150-174.

¹⁵¹ Cité dans DOHANE, p. 497.

¹⁵² C'est ce que Ruth Gana appelle une coercition passive. GANA, « Has Creativity Died in the Third World? », p. 112. Voir aussi Yu, « Currents and Crosscurrents », p. 338.

¹⁵³ Jacques Gorlin note que les périodes transitoires de l'*Accord sur les textiles et les vêtements* et de l'*Accord sur l'agriculture* offrent aux pays développés des périodes transitoires similaires à celles qui sont offertes dans l'*Accord sur les ADPIC* pour les pays en développement. « Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights under TRIPs », in *International Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de Hugh C. HANSEN, vol. 3, Yonkers, Juris Publishing, Londres, Sweet & Maxell, 1998, p. 53-55.

d'un renforcement des droits de propriété intellectuelle. Ils acceptèrent l'*Accord sur les ADPIC*, non parce qu'ils le jugeaient avantageux, mais parce qu'ils considèrent que la ratification de l'ensemble des Accords de l'OMC était préférable à leur rejet.

Comme l'a bien formulé Peter Gerhart, il existe deux narrations expliquant la négociation de l'*Accord sur les ADPIC*¹⁵⁴. Il y a d'abord celle de la coercition, selon laquelle les États-Unis utilisent la menace de sanctions commerciales pour parvenir à leurs fins. Il y a ensuite celle du contrat, selon laquelle les pays en développement acceptent de rehausser le niveau de la protection offerte en échange d'une ouverture des marchés des pays développés aux produits agricoles et textiles. Les deux narrations ne sont pas contradictoires, mais complémentaires. Elles participent toutes les deux à la démonstration que l'association entre le commerce et le droit des brevets permet aux États-Unis d'utiliser leur puissance. C'est l'exercice de cette puissance qui rallia tous les partis du GATT à l'*Accord sur les ADPIC*.

§ 2. Le bilan de l'Accord sur les ADPIC

La signature de l'*Accord sur les ADPIC* par 124 pays représenta, sans conteste, un succès majeur dans la politique commerciale américaine¹⁵⁵. Jacques Gorlin, alors directeur de l'*Intellectual Property Committee*, conclut avec triomphalisme: «We got 95 % of what we wanted!»¹⁵⁶. Linda Lourie, qui travaille au bureau de l'USTR, partage son enthousiasme: «The USA sees the TRIPs Agreement as an achievement far beyond that which was thought possible at the outset of the negotia-

¹⁵⁴ GERHART, «Reflections: Beyond Compliance Theory», p. 368-373. Peter Yu identifie plutôt quatre narrations. Peter K. Yu, «TRIPs and Its Discontents», *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 10, n° 2, 2006, p. 369-410.

¹⁵⁵ Il ne s'agit pas de l'unique succès des États-Unis. Parmi les autres succès, mentionnons l'adoption d'un accord sur le commerce des services. Sur la concomitance entre la création de l'OMC et la dématérialisation de l'économie américaine, voir Raphaël Belaïche *Le nouveau droit des relations commerciales multilatérales: L'OMC et l'immatériel*, Thèse de doctorat, Montpellier, Université Montpellier 1, 2000, 1029 p.

¹⁵⁶ Cité dans SELL et PRAKASH, p. 160.

tions»¹⁵⁷. En effet, l'*Accord sur les ADPIC* fixe des règles sur tous les droits de propriété intellectuelle (A) et plusieurs indicateurs permettent de croire que cette stratégie fut concluante sur le plan économique (B).

A. LES AVANCÉES DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

L'importance de l'*Accord sur les ADPIC* réside d'abord dans sa portée symbolique¹⁵⁸. Comme le souligne Pierre Bourdieu, le droit est la quintessence du pouvoir symbolique puisqu'il peut créer ce qu'il nomme¹⁵⁹. Sous cet angle, l'*Accord sur les ADPIC* consacra la dimension cognitive de l'association entre le droit des brevets et le commerce international. Quelques années auparavant, plusieurs membres du GATT ne reconnaissaient toujours pas que le défaut de respecter les droits de propriété intellectuelle représentait un obstacle au commerce. Aujourd'hui, cela paraît presque incontestable. Le titre évocateur d'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* ne laisse aucun doute sur ce sujet. Afin d'éviter toute contestation, les membres de l'OMC ont reconnu explicitement dans le préambule qu'une protection insuffisante des droits de propriété intellectuelle peut créer des distorsions et des entraves commerciales¹⁶⁰. Pour cette raison, il serait nécessaire, selon eux, de «promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle»¹⁶¹. Censé représenter l'expression de la communauté internationale, l'*Accord sur*

¹⁵⁷ Linda LOURIE, «The US Position on Developing Trade Agreements Concerning Intellectual Property», in ., *Global Genetic Resources: Access and Property Rights*, sous la dir. de Steve EBERHART *et al.*, Madison, Crop Science Society of America, 1998, p. 77.

¹⁵⁸ Michel COSNARD, «Les créations normatives des États, point de vue publiciste», in *La mondialisation du droit*, sous la dir. de Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJAN, Paris, Litec, 2000, p. 152.

¹⁵⁹ Pierre Bourdieu, «The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field», *Hastings Law Journal*, vol. 38, 1987, p. 838.

¹⁶⁰ *Accord sur les ADPIC*, Préambule, 1^{er} cons. Ce paragraphe fait également référence à la nécessité de «faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime»

¹⁶¹ *Ibid.*

les ADPIC formalise et légitime l'association entre le droit des brevets et le commerce international¹⁶².

C'est pourquoi plusieurs observateurs n'hésitent pas à souligner l'étendue de sa portée symbolique. Selon Christopher May: « [The] TRIPs agreement represents the triumph of the knowledge structure's agenda of metaphorical links between knowledge and property »¹⁶³. Donald Richard arrive à une conclusion similaire: « The incorporation of TRIPs into the formal institutional multilateral trading system GATT/ WTO, operates to lend the IPR agreement a mantle of moral authority and historical necessity »¹⁶⁴. Pour Kurt Burch, « TRIPs extends an essentially liberal conception of social life as relations organized and understood by reference to exclusive property rights »¹⁶⁵. Enfin, aux yeux de Robert M. Sherwood et Carlos A Primo Braga, « TRIPs legalizes the marriage of convenience of trade law with IP law at an international level »¹⁶⁶.

Outre cette portée symbolique, les implications juridiques sont considérables. Malgré son nom officiel, il ne faut pas croire que l'accord couvre uniquement les aspects des droits de propriété intellectuelle qui sont strictement liés au commerce. D'abord, il exige des membres de l'OMC qu'ils mettent en œuvre les principales obligations prévues dans les grandes conventions de l'OMPI, notamment celles de Paris et de Berne¹⁶⁷. À cet héritage de l'OMPI, l'*Accord sur les ADPIC* ajoute le grand principe du droit économique international qu'est la clause de la nation la plus favorisée¹⁶⁸. Puis, il met de l'avant ses propres innovations, soit des règles de droit matériel pour tous les principaux droits de propriété intellectuelle: droit d'auteur et droits connexes, marques de commerce, indications géographiques, dessins industriels, brevets et schémas de configuration de circuit intégré.

¹⁶² Sur la légitimation par les organisations internationales, voir Cox, *Approches to World Order*, p. 138; FINNEMORE et SIKKINK, p. 903.

¹⁶³ MAY, *A Global Political Economy*, p. 43.

¹⁶⁴ RICHARDS, p. 132.

¹⁶⁵ BURCH, p. 215.

¹⁶⁶ Robert SHERWOOD et Carlos PRIMO BRAGA, *Intellectual Property, Trade, and Economic Development: A Road Map for the FTAA Negotiations*, Miami, North-South Center, n° 21, septembre 1996, p. 4.

¹⁶⁷ *Accord sur les ADPIC*, art. 2.1 et 9.1.

¹⁶⁸ *Accord sur les ADPIC*, art. 3-4.

En matière de brevet, l'*Accord sur les ADPIC* diffusa à l'échelle des membres de l'OMC des règles déjà en vigueur dans la majorité des pays développés¹⁶⁹. Au début des années 1990, plusieurs pays en développement excluaient de la brevetabilité les produits pharmaceutiques, chimiques et biotechnologiques¹⁷⁰. Or, l'article 27(1) prévoit qu'un « brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques ». De même, alors que plusieurs pays en développement limitaient la durée de protection à douze ou quinze ans, l'article 33 impose que la durée minimale d'un brevet soit de vingt ans à partir de la date de dépôt¹⁷¹.

En plus de ces règles sur le droit matériel, un des principaux accomplissements de l'*Accord sur les ADPIC* est l'établissement de règles visant à permettre « une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle »¹⁷². En effet, il aurait été de peu d'utilité que les membres de l'OMC modifient leurs lois et règlements sur la propriété intellectuelle si les tribunaux, les services policiers et les services douaniers ne les appliquaient pas. Par conséquent, l'*Accord sur les ADPIC* prévoit l'obligation d'assurer des procédures civiles équitables, d'habiliter des autorités judiciaires à ordonner des mesures provisoires, de permettre à un détenteur de droit de demander des saisies en douane et de prévoir des procédures pénales pour les actes de contrefaçon¹⁷³.

En somme, l'*Accord sur les ADPIC* institutionnalise l'exportation des règles communes aux États-Unis et à quelques autres pays développés vers les pays en développement¹⁷⁴. Ces derniers durent apporter des

¹⁶⁹ PEREZ-PUGATCH, *The International Political Economy*, p. 6; Jayashree WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Londres, La Haye et Boston, Kluwer Law International, 2001; Carlos M. CORREA, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPs Agreement and Policy Options*, Londres et New York, Penang, Zed Books & Third World Network, 2000.

¹⁷⁰ UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPs and Development*.

¹⁷¹ *Accord sur les ADPIC*, art. 33.

¹⁷² *Accord sur les ADPIC*, art. 41. Voir Jerome REICHMAN et David Lange, « Bargaining around the TRIPs Agreement: The Case for ongoing Public-Private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 9, 1999, p. 34.

¹⁷³ *Accord sur les ADPIC*, art. 42, 50, 51 et 61.

¹⁷⁴ MILLER, p. 848.

modifications majeures à leur droit des brevets alors que les États-Unis ne firent que des modifications mineures¹⁷⁵. L'*Accord sur les ADPIC* a incontestablement contribué à l'établissement d'un environnement juridique plus favorable à la protection des inventions américaines et tout indique qu'il se traduira par des gains économiques majeurs pour les États-Unis.

B. L'ESPOIR D'EN TIRER DES GAINS ÉCONOMIQUES

La protection accrue de la propriété intellectuelle, conjuguée aux investissements massifs des États-Unis en recherche et développement et à l'intensification des échanges commerciaux dans les biens de hautes technologies, s'est traduite par une augmentation importante du nombre de demandes de brevet déposées à l'étranger¹⁷⁶. De 1994 à 2001, les résidents américains ont multiplié par sept le nombre de demandes de brevet déposées à l'étranger alors que le nombre de demandes qu'ils ont déposées aux États-Unis est resté constant¹⁷⁷. Au cours de la même période, la part de l'ensemble des demandes de brevet déposées à travers le monde par des résidents américains a grimpé de 30,4 % à 37,3 %¹⁷⁸. On ne peut établir un lien de causalité entre l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC* et la multiplication des demandes de brevets déposées à l'étranger, mais on peut présumer que cet accord a contribué à lever certaines exclusions à la brevetabilité et à créer un l'environnement juridique plus prévisible pour les titulaires de brevets, ce qui a pu avoir un effet positif sur le nombre de demandes déposées.

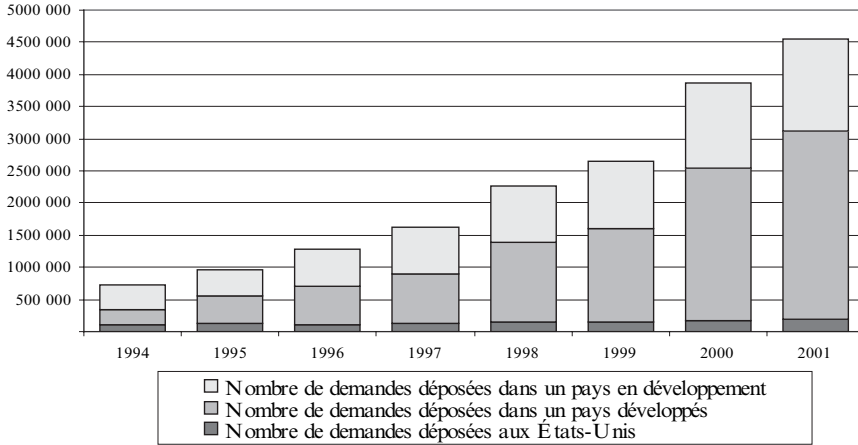
¹⁷⁵ Par exemple, voir 35 U.S.C. § 104.

¹⁷⁶ Durant les années 1990, la part du commerce de biens de haute technologie continua de s'accroître, passant de 20 % à plus de 25 % de l'ensemble du commerce international. Les États-Unis sont demeurés tout au long de cette période les premiers investisseurs en recherche et développement. En 2000, près de 45 % des investissements en recherche et développement effectués dans le monde ont été faits aux États-Unis. OCDE, Direction de la Science, de la technologie et de l'industrie, *Tableau de bord de la science, de la technologie et de l'industrie 2003*, Paris, OCDE, 2003, p. 7-8, en ligne: OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/40/20/17132010.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).

¹⁷⁷ Voir: OMPI, *Statistiques Brevets et PTC*, en ligne: OMPI <<http://www.wipo.int/ipstats/fr/statistics/patents/index.html>> (date d'accès 22 mars 2006).

¹⁷⁸ En 2001, 8915019 demandes de brevet ont été déposées dont 4552963 venaient des États-Unis. Sources: *Ibid.*

Graphique 5: Nombre de brevets déposés à l'étranger
par des résidents des États-Unis (1994-2001)



Source : OMPI, *Statistiques Brevets et PTC*, en ligne : <<http://www.wipo.int/ipstats/fr/statistics/patents/index.html>>

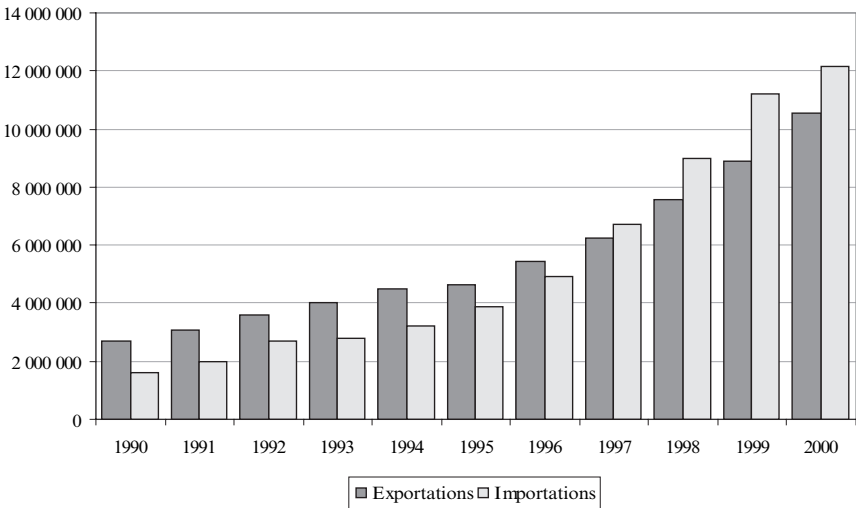
La hausse du nombre de brevets et leur protection accrue ont sans doute permis aux exportateurs américains de conquérir de nouvelles parts de marché et d'augmenter le prix de leurs produits¹⁷⁹. Toutefois, ce phénomène ne s'est pas reflété dans la balance commerciale des États-Unis. Rappelons que l'objectif d'intégrer le droit des brevets dans les négociations commerciales multilatérales a été initialement présenté aux États-Unis comme une réponse au déficit commercial croissant. Bien sûr, personne ne considérerait que la protection de la propriété intellectuelle à l'étranger allait être suffisante pour résorber à elle seule ce déficit. Mais personne ne s'attendait non plus à ce qu'il passe de 112 milliards de dollars en 1984 à 665 milliards de dollars vingt ans plus tard¹⁸⁰. Plus encore, personne ne s'attendait à ce que la balance commerciale dans les secteurs qui dépendent le plus du droit des brevets devienne négative après l'entrée en vigueur de l'*Accord sur les ADPIC*. En effet, les importations de produits pharmaceutiques et de

¹⁷⁹ Pamela SMITH, « How Do Foreign Patent Rights Affect US Exports, Affiliate Sales, and Licenses? », *Journal of International Economics*, vol. 55, 2001, p. 411-439.

¹⁸⁰ US Department of Commerce Bureau of Economic Analysis, en ligne : <www.bea.gov>.

produits chimiques organiques, deux catégories de produits qui dépendent fortement du droit des brevets, ont augmenté plus rapidement que leurs exportations. Partant d'une balance positive au début des années 1990, le commerce de ces produits connut une balance négative en 2000. Si on ne devait retenir que le critère de la balance commerciale, il faudrait conclure que la stratégie associant le droit des brevets et le commerce international fut un échec.

Graphique 6: Importations et exportations de produits pharmaceutiques aux États-Unis en milliers de dollars (1990-2000)

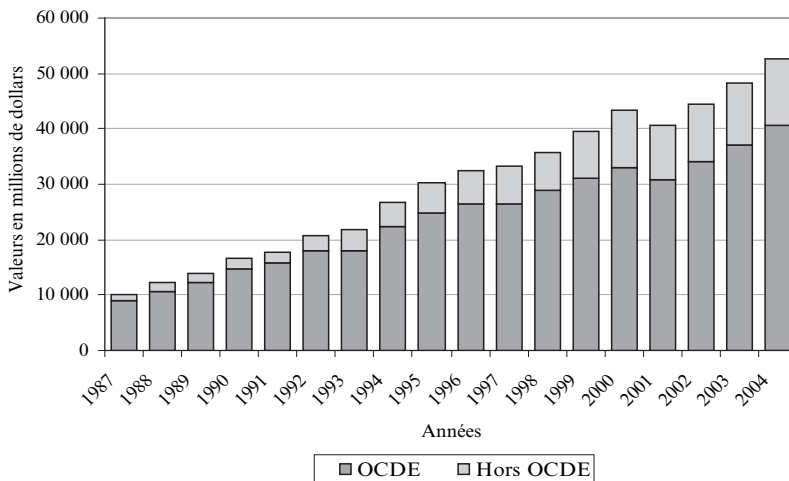


Source : site internet de l'OCDE, en ligne : <http://www.oecd.org/statsportal>

En fait, au lieu d'exporter leurs produits à partir des États-Unis, plusieurs firmes américaines titulaires de brevets à l'étranger ont préféré céder des licences à des producteurs locaux. D'autres ont profité de la protection accrue de leurs inventions pour investir à l'étranger et produire localement leurs inventions. Certaines d'entre elles importent ensuite aux États-Unis leurs produits, ce qui contribue à accentuer le déficit commercial plutôt qu'à le résorber. Malgré le discours établissant une association cognitive entre la protection des brevets et le commerce international, la balance commerciale est une piètre indication du succès de la stratégie américaine.

Par contre, l'*Accord sur les ADPIC* contribua à créer un climat favorable aux investissements des firmes américaines. Un indicateur plus pertinent est donc l'évolution des revenus internationaux sur les redevances et les droits de licences venant des firmes étrangères et des filiales établies à l'étranger. Depuis l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC*, les revenus étrangers réalisés par les firmes américaines sur les redevances et les droits de licences n'ont cessé de croître. De 10 milliards de dollars en 1987, ils sont passés à 48 milliards en 2003¹⁸¹. Bien que les paiements augmentent à un rythme similaire au revenu, la balance positive s'accroît continuellement. Cette croissance est attribuable à la fois aux pays développés et aux pays en développement, mais elle est plus marquée dans cette deuxième catégorie de pays.

Graphique 7 : Revenus tirés par des firmes américaines des licences et royautés (en millions de dollars)



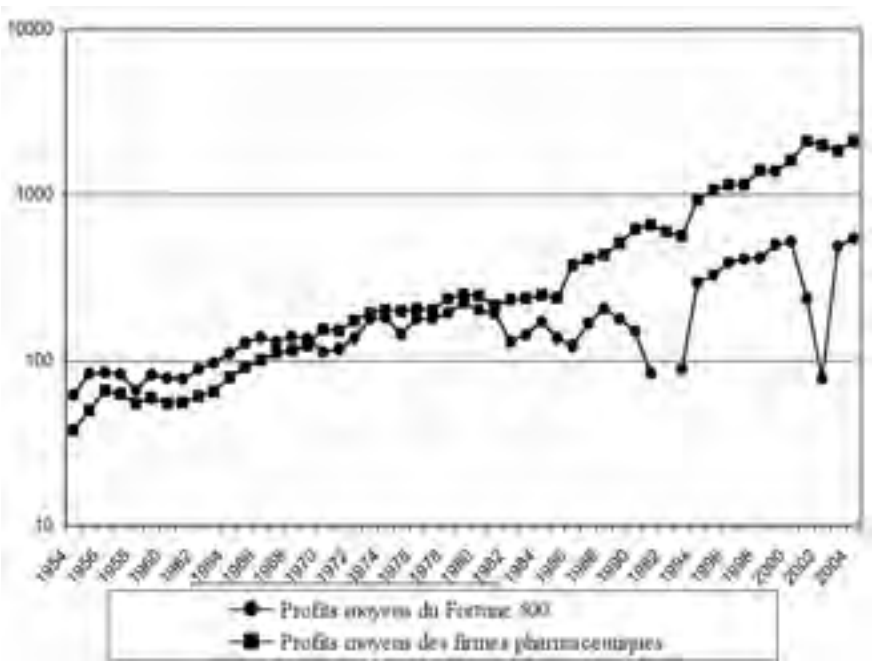
Source : Site internet du US Department of Commerce Bureau of Economic Analysis, en ligne : <www.bea.gov>.

Une autre manifestation du climat plus favorable aux investissements des firmes américaines est la hausse des profits dégagés par les firmes transnationales qui dépendent le plus du système des brevets. L'industrie pharmaceutique est sans doute celle qui, avec l'industrie

¹⁸¹ US Department of Commerce Bureau of Economic Analysis, en ligne : <www.bea.gov>.

biotechnologique, dépend le plus de la protection des brevets aux États-Unis et à l'étranger. Or, Marc-André Gagnon a démontré que, à partir des années 1980, alors que le renforcement de la protection offerte par les pays étrangers devenait une priorité du gouvernement américain, la profitabilité des principales firmes pharmaceutiques américaines a augmenté plus rapidement que celle de la moyenne des firmes enregistrées dans le *Fortune 500*¹⁸². La brevetabilité des produits pharmaceutiques dans un nombre croissant de pays, conjuguée à d'autres facteurs comme les vagues de fusions et acquisitions, la hausse de la productivité et le vieillissement de la population, explique cet écart.

Graphique 8: Profitabilité de l'industrie pharmaceutique comparée à celle de la moyenne du *Fortune 500*, en millions de dollars constants de 1984



Source : Gagnon, *The Nature of Capital in the Knowledge-Based Economy*.

¹⁸² Marc-André GAGNON, *The Nature of Capital in the Knowledge-Based Economy: The Case of the Global Pharmaceutical Industry*, thèse de doctorat, York University, à paraître en 2007.

En 2001, la Banque mondiale publia une étude prospective qui tenta d'isoler les effets économiques de l'*Accord sur les ADPIC*. Les auteurs comparèrent les rentes qu'ont tirées les titulaires de brevets à l'étranger en 1995 avec celles qu'ils auraient pu tirer si l'*Accord sur les ADPIC* avait été intégralement mis en œuvre au cours de cette même année. Ils tinrent compte des effets des brevets sur les parts de marché, sur les prix et sur les licences. Ils concluent que les États-Unis seraient, de loin, les premiers bénéficiaires de l'*Accord sur les ADPIC*:

« *The United States would gain the most income in terms of static rent transfers, with a net inflow of some \$ 19.1 billion per year. [...] These calculations are static and ask only what the additional income on existing patents would have been under TRIPs. They suggest that TRIPs could have a significant impact on net incomes earned from foreign patents* »¹⁸³.

Sous cet angle, l'*Accord sur les ADPIC* serait effectivement un succès dans la stratégie américaine. Cependant, il ne s'est probablement pas encore directement traduit par une telle augmentation des parts de marché, des prix et des cessions de licences à l'étranger puisqu'il n'a pas encore été intégralement mis en œuvre par tous les pays, du moins pas de la façon dont les États-Unis l'interprètent. C'est dans ce contexte qu'ils cherchent aujourd'hui à poursuivre leur stratégie et à aller au-delà de l'*Accord sur les ADPIC*.

§ 3. Aller au-delà de l'*Accord sur les ADPIC*

L'*Accord sur les ADPIC* représente certes une victoire de la politique commerciale américaine, mais une victoire incomplète. Déjà en 1995, lors de l'entrée en vigueur de l'accord, certaines de ses dispositions irritaient les États-Unis (A). Aujourd'hui, avec les développements technologiques et juridiques des dix dernières années, ils sont encore plus déterminés à poursuivre leur mouvement d'exportation de droit (B).

¹⁸³ BANQUE MONDIALE, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, Washington, Banque mondiale, 2002, p. 137. Voir aussi Philip McCALMAN, « Reaping What You Sow: An Empirical Analysis of International Patent Harmonisation », *Journal of International Economics*, vol. 55, n° 1, 2001, p. 161-186.

A. DES AVANCÉES INCOMPLÈTES

Si, selon Jacques Gorlin, l'*Accord sur les ADPIC* répond à 95 % aux attentes américaines, il reste néanmoins un 5 % jugé insatisfaisant¹⁸⁴. Les articles 7 et 8, sur les objectifs et les principes de l'Accord, comptent certainement parmi ce 5 % d'insatisfaction. En effet, l'article 7 précise que la protection des droits de la propriété intellectuelle doit être « à l'avantage mutuel de ceux 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 ». L'article 8, quant à lui, souligne que les membres de l'OMC peuvent prendre des mesures pour éviter que la protection des droits de propriété intellectuelle soit contraire à leur développement socio-économique, et notamment à la promotion de la santé publique, de la nutrition, de la concurrence loyale, du développement technologique et du commerce, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions de l'accord. Ces deux articles s'éloignent de la vision propriétaire selon laquelle le principe de la protection des droits de propriété intellectuelle doit primer sur l'analyse des coûts et des bénéfices que ces droits représentent pour l'ensemble de la société. Les articles 7 et 8 s'ancrent dans une vision utilitariste pour laquelle la protection de la propriété intellectuelle n'a de sens que si elle contribue au bien-être général de la société. Ils ne sont pas des sauf-conduits permettant aux membres de l'OMC de ne pas respecter leurs obligations, mais ils peuvent être utilisés comme appuis pour les interpréter de façon permissive¹⁸⁵.

Les États-Unis ont également accepté trois exceptions importantes au droit des brevets. Premièrement, les États-Unis auraient voulu que l'accord précise que les droits conférés par un brevet ne soient pas

¹⁸⁴ LOURIE, p. 77.

¹⁸⁵ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 292; Jerome REICHMAN, « The TRIPs Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries? », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 32, n° 3, 2000, p. 461. Ils ont également été invoqués par le Canada pour justifier que les expériences et les essais cliniques soient exclus des utilisations qui requièrent l'autorisation de titulaire du brevet. Voir Groupe spécial, *Canada – Protection conférée par un brevet pour un produit pharmaceutique* (2000), OMC Doc. WT/DS114/R, para. 7.26 (Rapport du groupe spécial).

épuisés par la vente du produit à l'étranger¹⁸⁶. Inversement, plusieurs pays en développement tenaient à permettre que des produits achetés à l'étranger puissent être importés sans l'autorisation du titulaire du brevet, de façon à créer une concurrence avec les produits protégés. C'est finalement la perspective de ces pays qui fut retenue : « Aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle »¹⁸⁷.

Deuxièmement, l'*Accord sur les ADPIC* autorise quelques exclusions à la brevetabilité. En droit américain, toute invention peut être brevetable si elle satisfait aux conditions générales de brevetabilité¹⁸⁸. Par contre, plusieurs délégations, incluant celle de la Commission européenne, réclamaient des exclusions spécifiques sur certains types d'inventions. L'article 27(3) répondit à ces réclamations en prévoyant que les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité « les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux » et « les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes ».

Troisièmement, l'*Accord sur les ADPIC* autorise l'octroi de licences obligatoires sans aucune restriction sur les motifs qui les justifient. Une licence obligatoire est « une autorisation donnée par une autorité nationale à une personne, sans le consentement du détenteur du titre ou contre sa volonté, pour l'exploitation d'un objet protégé par un brevet »¹⁸⁹. Lors des négociations, les États-Unis proposèrent de limiter leurs recours à deux circonstances, soit lors de pratiques anticoncurrentielles ou lors d'une urgence nationale¹⁹⁰. Plusieurs pays considéraient qu'un État devrait être libre de les imposer lorsque l'approvisionnement du produit breveté est insuffisant ou que le titulaire n'exploite pas son

¹⁸⁶ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 295-296.

¹⁸⁷ *Accord sur les ADPIC*, art. 6.

¹⁸⁸ DIAMOND, *Commissioner of Patents and Trademarks c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 206 USPQ 193 (1980); UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPs and Development*, p. 391.

¹⁸⁹ Carlos M. CORREA, *Droits de propriété intellectuelle et Licences Obligatoires: Options pour les Pays en Développement*, T.R.A.D.E, Document de Travail 5, Genève, Centre Sud, p. 3, en ligne: Centre Sud <<http://www.southcentre.org/publications/complicity/french/wp5french.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006).

¹⁹⁰ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 320.

invention¹⁹¹. Finalement, l'*Accord sur les ADPIC* fixe plusieurs conditions à l'octroi d'une licence obligatoire mais laisse à chaque membre de l'OMC la liberté de déterminer les motifs qui les justifient¹⁹².

En plus de ces trois exceptions importantes, le vocabulaire et les formulations utilisés ouvrent la porte à des interprétations contraires à celles que favorisent les États-Unis¹⁹³. Par exemple, les trois conditions à la brevetabilité, que sont la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle, ne sont pas définies¹⁹⁴. Un membre de l'OMC pourrait arguer qu'un *éclair de génie* de l'inventeur est nécessaire pour que la condition de l'activité inventive soit satisfaite, écartant ainsi de la brevetabilité toutes les inventions qui découlent uniquement d'un processus automatisé¹⁹⁵. Nul doute que les États-Unis s'opposeraient à une interprétation si restrictive de l'activité inventive¹⁹⁶.

De même, l'*Accord sur les ADPIC* impose aux membres de l'OMC qui excluent les variétés végétales de la brevetabilité d'offrir une protec-

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 318.

¹⁹² Quelques circonstances particulières sont mentionnées, comme les situations d'urgence nationale, les pratiques anti-concurrentielles, les utilisations publiques à fins non commerciales et l'exploitation d'un second brevet. Voir *Accord sur les ADPIC*, art. 31.

¹⁹³ Comme le note Michel Cosnard, « La recherche d'une entente générale, ou la plus générale possible, [...] se fait le plus souvent au détriment de la précision de la règle qui, générale dans son propos, se prêtera par la suite à toute sorte d'interprétations divergentes nuisant à son uniformité ». Voir « Les créations normatives des États », p. 152. Prenant acte de cette relative marge de manœuvre, plusieurs auteurs ont publié des manuels destinés aux pays en développement pour leur indiquer comment interpréter les obligations de l'*Accord sur les ADPIC* de la façon la moins restrictive possible. Voir par exemple, CORREA, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries*, p. 227-250.

¹⁹⁴ *Accord sur les ADPIC*, art. 27.2.

¹⁹⁵ En biotechnologie, le processus inventif est souvent automatisé à l'aide de machines telles que « les séquenceurs automatiques qui permettent de synthétiser très rapidement des séquences de gènes et d'identifier le ou les gènes responsables de la production d'une protéine particulière ». Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 141.

¹⁹⁶ Cette notion fut reconnue par la Cour suprême des États-Unis en 1941, alors que régnait un climat de méfiance envers les brevets. *Cuno Eng. Corp. c. The Automatic Devices Corp.*, 314 U.S. 84, 51 USPQ 272 (1941). Elle fut par la suite abandonnée, considérée comme trop sévère et trop vague. Voir *Harries c. Air King Prod. Co.*, 183 F.2d 158, 162 (2nd Cir. 1950).

tion par un «système *sui generis* efficace»¹⁹⁷. Aux yeux de plusieurs pays en développement, un système *sui generis efficace* peut être un système spécialement adapté afin de protéger les intérêts des petits agriculteurs¹⁹⁸. Par contre, pour les États-Unis, un tel système n'est efficace que s'il est équivalent à celui prévu dans la *Convention internationale pour la protection des obtentions végétales* (*Convention UPOV*)¹⁹⁹. Jusqu'à ce qu'un groupe d'arbitrage se prononce, rien ne permet de croire que l'interprétation américaine soit celle qui doit primer.

Selon certains, la plus importante concession des États-Unis est l'autorisation des périodes transitoires pour les pays en développement²⁰⁰. L'article 65 prévoit que les pays développés doivent mettre en œuvre leurs obligations dès le 1^{er} janvier 1996, alors que les pays en développement devront arriver au même résultat le 1^{er} janvier 2000 et les pays les moins avancés le 1^{er} janvier 2006. Ces périodes transitoires sont équivalentes à celles dont bénéficient les pays développés pour ouvrir leur marché du textile au pays en développement²⁰¹. Mais aux yeux des États-Unis, elles représentent des délais supplémentaires avant que leurs droits de propriété intellectuelle soient respectés. Ainsi, tout au long des périodes transitoires autorisées, les États-Unis ont tenté de convaincre les membres de l'OMC de ne pas en profiter pleinement et de mettre en œuvre le plus rapidement possible leurs obligations²⁰².

¹⁹⁷ Accord sur les ADPIC, art. 27.3(b).

¹⁹⁸ OMC, Conseil des ADPIC, *Réexamen des dispositions de l'article 27.3(b): Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées*, OMC Doc. IP/C/W/369, 8 août 2002, p. 13-14, en ligne: OMC <http://www.wto.int/french/tratop_f/trips_f/art27_3b_f.htm> (date d'accès: 3 avril 2006).

¹⁹⁹ *Communication from United States, Review of the provisions of article 27.3(b)*, OMC Doc. IP/C/W/209, 3 octobre 2000, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

²⁰⁰ Benedicte CALLAN, «The Potential for Transatlantic Cooperation on Intellectual Property in Asia», in *Partners or Competitors? The Prospects of US-European Cooperation on Asia Trade*, sous la dir. de Richard H. STEINBERG, Los Angeles, BRIE, 1998, p. 6. LIPPERT, p. 279-280.

²⁰¹ Accord sur les textiles et les vêtements, OMC Doc., 1^{er} janvier 2005, non catalogué, en ligne: OMC: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/16-tex_e.htm> (date d'accès: 2 avril 2006), article 9.

²⁰² De l'aveu même du bureau de l'USTR: «We have pressed all countries to meet their obligations, and wherever possible, to accelerate implementation of these obligation». USTR, *The Work of USTR – Intellectual Property*, 7 août 2004, en ligne: USTR

Maintenant que les périodes transitoires sont échues pour les pays en développement, ils aimeraient que l'*Accord sur les ADPIC* soit révisé pour rattraper le retard par rapport à l'évolution du droit américain.

B. UN RETARD SUR LE DROIT AMÉRICAIN

Les États-Unis n'ont jamais considéré l'*Accord sur les ADPIC* comme l'aboutissement ultime du régime international des brevets. Dès le lendemain de son entrée en vigueur, Jacques Gorlin, président de l'*Intellectual Property Committee*, proposait au gouvernement américain de s'assurer que l'*Accord sur les ADPIC* progresse de façon continue, en parallèle avec le droit américain²⁰³. Or, ce dernier est lui-même en constante évolution, notamment pour s'adapter aux nouvelles avancées technologiques. Herbert Burkert se demande même, non sans une certaine ironie, si c'est le droit ou les objets du droit qui évoluent le plus rapidement²⁰⁴.

Alors que le droit américain évolue constamment, l'*Accord sur les ADPIC* n'a pas été amendé au cours des dix premières années de son existence. Plusieurs firmes en concluent qu'il est désuet, qu'il ne reflète plus l'état actuel de la technologie²⁰⁵. La *Biotechnology Industry Organization*, qui représente plus d'un millier de firmes biotechnologiques américaines, le qualifie de « old style treaty »²⁰⁶. Dans une lettre adressée au USTR, son président a clairement indiqué que les obligations ne répondent plus aux réalités contemporaines de l'industrie biotechnologique :

« [The Biotechnology Industry Organization] advocates the establishment of global standards protecting intellectual property comparable to those in

<http://www.ustr.gov/Trade_Sectors/Intellectual_Property/The_Work_of_USTR_-_Intellectual_Property.html> (date d'accès: 2 avril 2006).

²⁰³ GORLIN, p. 53-57.

²⁰⁴ Hebert BURKERT, « Nouveaux objets ou nouveau droit : Une tentative de synthèse », in *Nouvelles technologies et propriété*, sous la dir. de Ejan MACKAAY, Montréal, Paris, Thémis, Litec, 1991, p. 211.

²⁰⁵ CALLAN, p. 6; John ZAROCOSTAS, « Stronger biotech patent rules urged », *Journal of Commerce*, 3 avril 1998, p. 3A.

²⁰⁶ Lettre de Carl FELDBAUM, président de Biotechnology industry Organization à Nicholas GODICI, Directeur de USPTO, 6 mai 2002, en ligne: <<http://www.bio.org/ip/action/ltr20020506c.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).

the United States. Unfortunately, existing international agreements governing intellectual property, including the WTO TRIPs Agreement, fail to meet this goal»²⁰⁷.

L'Administration américaine semble adopter un point de vue similaire. Une mise à jour l'*Accord sur les ADPIC* serait d'autant plus urgente que l'immatériel occupe une place sans cesse croissante dans l'économie américaine. Selon une étude réalisée pour le département de la Justice, la part des actifs immatériels sur l'ensemble des actifs des firmes américaines serait passée de 38 % en 1982 à près de 70 % en 2000²⁰⁸. Parallèlement, les pertes attribuées à la contrefaçon sont en croissance, atteignant entre 200 et 250 milliards en 2005 selon les estimations de l'USTR, et jusqu'à 500 milliards selon les estimations de l'Association nationale des manufacturiers, ce qui représenterait des centaines de milliers d'emplois perdus aux États-Unis²⁰⁹. Dans l'esprit des décideurs publics américains, les enjeux soulevés ne sont pas qu'économiques. La contrefaçon est de plus en plus associée au crime organisé et au financement d'activités terroristes. Face à ce qui est présenté comme un fléau, cinq départements américains ont mis sur pied la *Stratégie ciblant la piraterie organisée* dont l'objectif est pour le moins ambitieux : « Making the world a miserable place for modern-day pirates »²¹⁰.

Du point de vue du gouvernement américain, la lutte à la contrefaçon est insuffisante. Il est également nécessaire de poursuivre l'exportation du droit américain au-delà de l'*Accord sur les ADPIC*. Dans

²⁰⁷ Lettre de Carl B. FELDBAUM, président de Biotechnology Industry Organization, à Robert ZOELLICK, 29 janvier 2003.

²⁰⁸ Hedi NASHERI, « Addressing Global Scope of Intellectual Property Law », National Institute of Justice, US Department of Justice, novembre 2004, p. 11, en ligne : NCJRS <<http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/208384.pdf>> (date d'accès 22 mars 2006).

²⁰⁹ USTR, *2005 Special 301 Report*, Washington, USTR, 2005, p. 3, en ligne : USTR <http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2005/2005_Special_301/asset_upload_file195_7636.pdf> (date d'accès : 24 mars 2006); Lettre de J.W. Marriott, Président du Comité présidentiel sur les exportations, au Président des États-Unis, 17 mars 2004, en ligne Comité présidentiel sur les exportations <<http://www.ita.doc.gov/TD/PEC/iprinvestorprotections.html>> (date d'accès : 2 avril 2006);

²¹⁰ USTR, *Strategy Targeting Organized Piracy (Stop!)*, en ligne : USTR <http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Fact_Sheets/2004/asset_upload_file507_6462.pdf> (date d'accès : 2 avril 2006).

un discours prononcé le 25 mai 2004, l'USTR Robert Zoellick souligna son aspect désuet :

« *When negotiations on the Uruguay Round began back in 1986, windows were only made of glass, and mouse was still just a rodent, and the hottest IBM desktop came with a 20 megabyte hard drive. Today, there is more computer power in your car than there was in the Apollo spacecraft. And today, there's more people in South Africa alone who will log on the Internet than took part with the Internet in the entire planet in 1994 when the Uruguay round was completed* »²¹¹.

Le Congrès a lui aussi pris acte que de ces insuffisances. Il amenda d'abord le *Special 301* pour préciser qu'une protection peut être considérée inefficace et insuffisante même si elle ne viole aucune disposition de l'*Accord sur les ADPIC*²¹². Plus récemment, le Congrès adopta la Loi sur le commerce de 2002 (*Trade Act of 2002*) qui précise explicitement que l'objectif de négociations du gouvernement devrait être la poursuite de l'exportation du droit américain :

« The principal negotiating objectives of the United States regarding trade-related intellectual property are [...] to further promote adequate and effective protection of intellectual property rights, including through

(I) ensuring accelerated and full implementation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights [and] ,

(II) ensuring that the provisions of any multilateral or bilateral trade agreement governing intellectual property rights that is entered into by the United States reflect a standard of protection similar to that found in United States law; [...] ».

Par cette loi, le Congrès signala clairement que l'*Accord sur les ADPIC* n'est qu'une première étape dans l'exportation des règles de droit américain. Les États-Unis ont l'objectif de poursuivre le développement du régime international des brevets.

²¹¹ Robert B. ZOELICK, Allocution, Electronic Industry Alliance 2004 Government – Industry Dinner, 25 mai 2004, Washington DC, en ligne : USTR <http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/USTR_Speeches/2004/asset_upload_file24_4099.pdf> (date d'accès : 3 avril 2006).

²¹² 19 U.S.C. § 2411(d)(3)(b).

CONCLUSION

Ce premier chapitre a présenté la principale association qui structure le régime international des brevets depuis l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC*, soit l'association entre le droit des brevets et le commerce international. Sur le plan cognitif, cette association s'appuie sur le respect de la propriété privée et la promotion d'un commerce loyal. Sur le plan stratégique, elle a permis aux États-Unis de convaincre plusieurs pays en développement de rehausser leurs niveaux de protection en faisant miroiter les bénéfices que devaient entraîner les autres accords de l'OMC et en brandissant la menace de sanctions commerciales sous le mécanisme du *Special 301*. Elle fut d'abord consacrée par le droit national avec la Loi sur le commerce et les tarifs de 1984, puis par le droit international avec l'*Accord sur les ADPIC* en 1994.

L'*Accord sur les ADPIC* marque l'avènement de l'hégémonie des États-Unis dans le régime international des brevets. Il s'appuie sur des fondements normatifs américains (comme le respect de la propriété privée et le commerce loyal), fut négocié sous les pressions coercitives américaines (notamment la menace de sanctions sous le mécanisme du *Special 301* et la promesse de bénéfice par l'Accord sur les textiles), et reprend des règles du droit américain (comme la brevetabilité des produits pharmaceutiques et des micro-organismes).

L'hégémonie du gouvernement américain est, d'une certaine façon, partagée par les firmes transnationales américaines, et particulièrement dans le domaine de la pharmacie et de la biotechnologie. Elles ont notamment joué un rôle central dans la formation du discours justificatif de l'*Accord sur les ADPIC*. Elles ont également contribué à sa négociation en proposant des versions préliminaires et en convainquant leurs homologues européennes et japonaises d'exercer une pression sur leur gouvernement respectif pour appuyer le projet. En outre, elles sont les premières bénéficiaires de l'*Accord sur les ADPIC*. Celui-ci n'a pas contribué au redressement du déficit commercial américain, mais à la meilleure protection de leurs investissements à l'étranger.

Constater l'hégémonie américaine n'exclut pas que d'autres acteurs, notamment la Commission européenne et le Japon, aient joué un rôle

important dans la négociation de l'accord²¹³. Ces pays appuyèrent les positions américaines lors la négociation de l'*Accord sur les ADPIC* et contribuèrent également à la coercition des pays en développement. Constatant l'hégémonie américaine n'exclut pas non plus qu'il existe des forces contre-hégémoniques, même aux États-Unis, qui sont significatives. Simplement, le gouvernement américain et les firmes américaines ont été les principaux architectes de l'*Accord sur les ADPIC*²¹⁴.

Rien ne garantit cependant que cette hégémonie, consacrée en 1994, demeurera immuable. Si l'*Accord sur les ADPIC* était perçu comme la *nouvelle frontière* du droit international des brevets en 1995²¹⁵, cette dernière compte aujourd'hui, du point de vue des États-Unis, plusieurs brèches importantes. Le gouvernement américain souhaiterait que le droit international des brevets poursuive son évolution pour tenir compte des développements technologiques et juridiques des dix dernières années. Dans ce contexte, l'*Accord sur les ADPIC*, qui est le résultat d'interactions passées entre l'*hegemon* américain et les pays en développement, devient le cadre fixant les contraintes et les occasions pour les interactions futures²¹⁶. Or, ce nouveau cadre d'interaction n'est peut-être pas aussi favorable aux États-Unis qu'ils le souhaiteraient. Les pays en développement ont adhéré à l'*Accord sur les ADPIC* en raison des pressions coercitives, mais ils n'ont pas nécessairement été convaincus de la pertinence de l'association cognitive entre le droit des brevets et le commerce international. Ils ont peut-être changé leurs politiques, mais pas leur vision²¹⁷. Ce déséquilibre entre la coercition et la socialisation opérées par l'*hegemon* créa un climat favorable à la contestation du régime par une norme contre-hégémonique, associant le droit des brevets aux problèmes de développement international.

²¹³ « Identification of the United States as the hegemonic state in the modern world system derives from its ability to impose the necessary order not in the interest of U.S. capitalist competitiveness, but rather in the interest of global capital accumulation, in which US capitalism claims a disproportionate share », RICHARDS, p. 102

²¹⁴ BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 66; RICHARDS, p. 112; SELL, *Power and Ideas*, p. 39; VANGRASSTEK COMMUNICATIONS, p. 92-93.

²¹⁵ BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 85.

²¹⁶ Susan SELL, « TRIPs and the Access to Medicines Campaign », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 21, été 2002, p. 496.

²¹⁷ SELL, « Intellectual Property Protection and Antitrust », p. 317; YU, « Toward a Nonzero-Sum Approach », p. 580.

CHAPITRE 2

Le droit des brevets et le développement international

Les régimes hégémoniques sont fragiles. Ils nécessitent une certaine forme de consentement de la part des acteurs dominés tout en imposant des règles qui ne leur sont pas nécessairement bénéfiques. Les acteurs dominés sont susceptibles de remettre en question leur participation et de proposer l'établissement de normes de contre-régime. Si la contestation menace de révolutionner le régime, l'*hegemon* devra alors procéder à des ajustements pour se maintenir en place²¹⁸.

Depuis 1994, les droits de propriété intellectuelle et l'*Accord sur les ADPIC* sont de plus en plus critiqués par un nombre croissant d'acteurs. Le droit d'auteur, par exemple, est l'objet de critiques croissantes, notamment à travers la question des logiciels libres et du partage de fichiers sur Internet. Le droit des brevets est lui aussi contesté plus que jamais. Sans être radicalement opposés au système des brevets, il conviendrait selon les critiques de préserver une marge de manœuvre pour laisser à chaque État le soin de déterminer leur propre équilibre entre la protection et la libre concurrence en fonction de leur niveau de développement. Comme le remarque Susan Sell, les critiques du régime international des brevets ne réclament pas le rejet complet de l'*Accord sur les ADPIC*, mais de sérieux ajustements :

*« With the exception of initial developing country resistance, opposition to TRIPs emerged rather late – after its adoption. This implies that while TRIPs cannot be undone in any direct sense, the fight over loopholes, alternative interpretations of vague language, and perhaps, most importantly, effective resistance to further expansion of global intellectual property rights lie ahead »*²¹⁹.

²¹⁸ Jock A. FINLAYSON et Mark ZACHER, « The GATT and the Regulation of Trade Barriers: Regime Dynamics and Functions », in *International Regime*, sous la dir. de Stephen KRASNER, Cornell University Press, 1985, p. 313.

²¹⁹ SELL, « TRIPs and the Access », p. 498. Selon Morten Boas et Desmond McNeil, une idée aurait un plus grand pouvoir de changement si elle propose une réforme plutôt qu'une révolution par rapport aux idées dominantes dans les organisations internationales en place. « An important insight to be gained from this volume is

Dans ce deuxième chapitre, nous présentons les forces contestataires du régime par le biais de l'association entre le droit des brevets et le développement. Comme l'association entre le droit des brevets et le commerce, celle entre le droit des brevets et le développement est à la fois cognitive et stratégique. Elle est cognitive parce qu'elle s'appuie sur la croyance que le droit international des brevets représente une contrainte majeure à l'objectif de développement, tel que consacré et légitimé par des traités multilatéraux existants (section 1). Mais cette intégration du régime du développement dans le régime des brevets est également stratégique parce que l'objectif du développement permet de renvoyer à l'*hegemon* l'incohérence de ses politiques et de former une large coalition contestatrice autour d'organisations déjà existantes (section 2). De cette façon, il sera possible de dégager un portrait global du multilatéralisme afin de mieux comprendre pourquoi l'*hegemon* américain s'est tourné vers le bilatéralisme pour poursuivre l'exportation de son droit.

SECTION 1

Une association bicéphale

Dans le premier chapitre, nous avons souligné que les États-Unis ne purent légitimer l'exportation de leur droit simplement par leurs stricts intérêts commerciaux. Ils durent appuyer leur politique sur des principes soi-disant universels. Il en va de même pour les forces contre-hégémoniques. Les pays en développement ne peuvent dénoncer l'*Accord sur les ADPIC*, auquel ils ont par ailleurs consenti en échange d'avantages commerciaux, en faisant référence à leurs besoins en transfert technologique. La contestation du régime doit elle aussi se fonder sur des principes soi-disant universels.

that for an idea to make an impact in a multilateral institution it must be possible to adapt or distort that idea in accordance with the dominant knowledge-system, the collective institutional identity formed around this knowledge system, and the power relationships in the world political economy that maintain them», BOAS et MCNEIL, p. 217. Sur la résistance à l'*Accord sur les ADPIC*, voir également l'ouvrage de Debora HALBERT.

Curieusement, tout comme l'*hegemon*, les forces contestatrices appuyèrent leurs revendications sur le respect de la propriété d'autrui et la nécessité d'établir un commerce loyal. Par contre, comme on pouvait s'y attendre, leur interprétation de ces deux principes différait de celle de l'*hegemon*. Pour illustrer leur interprétation de ces principes, ils concentrèrent leur discours sur deux enjeux particuliers. Cette concentration du discours contestataire permet, par des exemples concrets et frappants, de mobiliser efficacement l'attention des différents acteurs, incluant celle de l'opinion publique. Ces deux enjeux mobilisateurs sont la protection de la biodiversité (§ 1) et l'accès aux médicaments (§ 2)²²⁰.

§ 1. Le droit des brevets et la biodiversité

Pour comprendre l'association cognitive entre le régime de la biodiversité et celui des brevets, il est nécessaire de remonter à la source, c'est-à-dire à la *Convention sur la diversité biologique*²²¹. Conclue à Rio de Janeiro en 1992, cette convention intègre des objectifs environnementaux, sociaux et économiques : « Les objectifs de la présente Convention [...] sont 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 »²²². Alors que les deux premiers objectifs soulèvent relativement peu de débats, le troisième est l'objet de vives controverses²²³. Il reflète un fragile compromis entre les pays fournisseurs de ressources génétiques, riches en diversité biolo-

²²⁰ D'autres enjeux ont également été associés au droit des brevets pour promouvoir la prise en compte du développement dans le régime, comme le respect des droits de l'homme et l'agroéconomie. Mais la question de la biodiversité et celle de l'accès aux médicaments ont occupé l'avant-scène des débats.

²²¹ Sur les aspects stratégiques de cette association, voir Kristen ROSENDAL, « Impacts of Overlapping International Regimes: the Case of Biodiversity », *Global Governance* vol. 7, n° 1, 2001, p. 95-118.

²²² *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 31 I.L.M. 818, art. 1.

²²³ Jean-Frédéric MORIN, *La Convention sur la diversité biologique: partage des avantages et respect de la propriété intellectuelle*, Montréal, Observatoire sur la génétique, 2003, en ligne : IRCM <http://www.ircm.qc.ca/bioethique/obsgenetique/cadrages/cadr2003/c_no14_03/c_no14_03.html> (date d'accès: 22 mars 2006).

gique et culturelle, et les pays utilisateurs de ces ressources, riches en biotechnologies. D'une part, la *Convention sur la diversité biologique* reconnaît que les utilisateurs peuvent légitimement obtenir des brevets sur les inventions développées à partir de ressources biologiques. D'autre part, elle prévoit que les fournisseurs de ces ressources et les titulaires de savoirs traditionnels sur ces ressources ont le droit d'obtenir une part des avantages qui découlent de leur utilisation.

Plusieurs questions relatives à la mise en œuvre de l'objectif du partage des avantages ne sont pas précisées par la Convention, notamment celles qui concernent la coexistence de différents droits de propriété sur les ressources génétiques. En raison de ces imprécisions, les États-Unis craignent que la règle du partage des avantages soit interprétée de façon à restreindre l'application des brevets sur le matériel biologique. Cette crainte explique qu'ils soient l'un des rares pays à n'avoir pas ratifié la *Convention sur la diversité biologique*²²⁴. Inversement, les critiques du régime international des brevets font une interprétation généreuse de la règle du partage des avantages, conférant aux pays en développement des droits de propriété sur les ressources génétiques (A) et les savoirs traditionnels (B).

A. LA PROPRIÉTÉ DES RESSOURCES GÉNÉTIQUES

Jusqu'à la conclusion de la *Convention sur la diversité biologique*, les ressources génétiques étaient considérées, en droit international, comme des parties intégrantes du patrimoine commun de l'humanité²²⁵. Les différents utilisateurs qui effectuaient des prélèvements *in situ*, comme les jardins botaniques, les firmes biotechnologiques et les centres de recherche universitaires, bénéficiaient d'un accès relativement libre aux ressources génétiques. La convention rompit avec ce régime en affirmant que « les États ont le droit souverain d'exploiter leurs

²²⁴ Les États-Unis auraient proposé sans succès cette disposition : « Nothing in this Conventions, or any protocol or annex thereto, shall derogate from the rights and obligations of its contracting Parties under other international agreement in force for them ». Melinda CHANDLER, « The Biodiversity Convention Selected Issues of Interest to the International Lawyer », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 4, 1993, p. 150.

²²⁵ *Engagement international sur les ressources phytogénétiques*, 23 novembre 1983, Rés. 6/83, Conférence de la FAO, 22^e sess. (tenue à Rome du 5 au 23 novembre 1983).

propres ressources»²²⁶ et que «le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements»²²⁷. Si les utilisateurs veulent accéder à des ressources génétiques *in situ*, ils doivent non seulement obtenir le consentement préalable du pays fournisseur mais également partager, selon des modalités mutuellement convenues, «les résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources»²²⁸. Ce partage des avantages peut notamment prendre la forme de transferts de technologie ou de redevances sur la commercialisation d'un produit.

L'exemple le plus célèbre d'un tel partage des avantages est celui conclu entre l'entreprise pharmaceutique *Merck* et l'*Instituto Nacional de Biodiversidad* (INBio), organisme mandaté par le gouvernement costaricain comme fournisseur de ressources génétiques. En échange de 10 000 échantillons puisés dans les forêts costaricaines et d'un droit exclusif sur ces ressources, Merck versa un peu plus d'un million de dollars à INBio et s'engagea à remettre une part des profits tirés de la commercialisation de produits développés à partir de ce matériel génétique²²⁹.

Tout comme les brevets, le droit de réclamer un partage des avantages s'appuie à la fois sur des justifications propriétaires et des justifications utilitaristes²³⁰. D'un point de vue propriétaire, le partage des avantages est perçu comme un droit que les communautés qui fournissent les ressources génétiques ont acquis en les conservant, et même, dans le cas des ressources agricoles, en intervenant dans leur

²²⁶ *Convention sur la diversité biologique*, art. 2.

²²⁷ *Ibid.*, art. 15.1.

²²⁸ *Ibid.*, art. 15.7.

²²⁹ Ana SITTENFELD et Rodrigo GAMEZ, «Biodiversity Prospecting by INBio», in *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development*, sous la dir. de Walter REID *et al.*, États-Unis, Costa Rica, Kenya, WRI, INBio, USA Rainforest Alliance, ACTS, 1993, p. 69-97. Un décret du gouvernement du Costa Rica précise : «*Las propiedades bioquímicas y genéticas de los elementos de la biodiversidad silvestres o domesticados son de dominio público*» Costa Rica, *Ley de biodiversidad*, Loi n° 7788, 30 avril 1998, art. 6.

²³⁰ Hanne SVARSTAD, «Reciprocity, biopiracy, heroes, villains and victims», in *Bioprospecting: From Biodiversity in the South to Medicines in the North*, sous la dir. de Hanne SVARSTAD et Shivcharn DHILLION, Oslo, Spartacus Forlag, 2000, p. 20.

composition génétique. Certaines variétés agricoles ont effectivement été développées par des générations d'agriculteurs qui ont sélectionné les meilleures semences pour obtenir des variétés aux traits génétiques particulièrement bien adaptés à leur milieu²³¹. Ce rôle dans la conservation et le développement des ressources génétiques conférerait aux communautés locales des droits de propriété quasi naturels sur leurs ressources. Il ne serait que justice qu'elles en contrôlent l'accès, qu'elles obtiennent une redevance sur leur utilisation et qu'elles puissent profiter librement des inventions agricoles et pharmaceutiques développées à partir de celles-ci. Dès lors, la brevetabilité des inventions qui s'appuient sur des ressources génétiques prélevées *in situ* auprès des communautés locales est perçue, si elle est effectuée par des tiers non autorisés par les communautés locales, comme une usurpation qualifiée de *biopiraterie* ou de *biocolonialisme*²³². La militante indienne Vandana Shiva, fermement opposée à l'*Accord sur les ADPIC*, est l'une des principales porte-parole de cette perspective propriétaire :

« *The United States has accused the Third World of piracy. [However], if the contributions of Third World people are taken into account, the roles are dramatically reversed: the United States would owe Third World countries \$ 302 million in agriculture royalties and \$ 5.1 billions for pharmaceuticals* »²³³.

Vandana Shiva n'est pas seule à défendre cette perspective. Plusieurs ONG, universitaires et pays en développement y adhèrent et considèrent également que le droit d'obtenir une part des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques est irréconciliable avec le droit de déposer un brevet sur du matériel biotechnologique. Ils réclament la modification de l'*Accord sur les ADPIC* pour permettre, voire pour imposer, l'exclusion de la brevetabilité des inventions biotechnologiques²³⁴. C'est notamment la position défendue par *Genetic Resources*

²³¹ David CLEVELAND et Stephen MURRAY, « The World's Crop Genetic Resources and the Rights of Indigenous Farmers », *Current Anthropology*, vol. 38, n° 4, 1997, p. 480; Tony SIMPSON, *Indigenous Heritage and Self-Determination: The Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 1997, p. 139-140.

²³² SVARSTAD, p. 20.

²³³ Vandana SHIVA, *The Plunder of Nature & Knowledge*, Boston, South End Press, 1987, p. 56.

²³⁴ Laurie Anne WHITT, « Indigenous Peoples, Intellectual Property & the New Imperial Science », *Oklahoma City University Law Review*, vol. 23, 1998, p. 211-259;

Action International: « Implementation of TRIPs in developing countries should be challenged and suspended on the basis on its irreconcilable conflict with the CBD »²³⁵. C'est également la position défendue par des pays comme l'Inde et le Kenya au sein du Conseil des ADPIC²³⁶.

Tableau 7: Le discours contestataire (le cas des ressources génétiques)

	Discours hégémonique	Discours contestataire
Richesse à protéger	Les inventions biotechnologiques	Les ressources génétiques
Comportement condamnable	La piraterie	La biopiraterie
Droits réclamés	Des droits privés exclusifs sur la fabrication des inventions	Des droits communautaires exclusifs sur l'accès aux ressources génétiques
Justification propriétaire	Ces droits sont acquis par l'activité inventive moderne	Ces droits sont acquis par les activités traditionnelles de conservation et l'amélioration
Justification utilitariste	Ces droits sont nécessaires pour stimuler l'innovation	Ces droits sont nécessaires pour stimuler la conservation
Fondement juridique	L'Accord sur les ADPIC	La Convention sur la diversité biologique

Toutefois, l'incompatibilité entre les brevets et les droits d'accès aux ressources s'appuie sur un postulat controversé: le matériel génétique qui fait l'objet d'un droit d'accès comprendrait l'information génétique

Keith AOKI, « Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave): New World Order in International Intellectual Property Protection », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 6, automne 1998, p. 11-58.

²³⁵ GRAIN, « TRIPs versus CBD: Conflicts between the WTO Regime of Intellectual Property Rights and Sustainable Biodiversity Management », *Global Trade and Biodiversity in Conflict*, n° 1, avril 1998, en ligne: GRAIN <www.grain.org/publications/issue1-en-p.htm> (date d'accès: 10 octobre 2004).

²³⁶ *Communication de l'Inde, Examen des dispositions de l'article 27(3)(b)*, OMC Doc. IP/C/W/195, 12 juillet 2000; *Communication du Kenya au nom du groupe africain, Examen des dispositions de l'article 27(3)(b)*, OMC Doc. IP/C/W/163, 8 novembre 1999, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

qui lui est associée et qui est potentiellement brevetable. Pour que les droits d'accès limitent la possibilité de breveter l'information génétique associée à une ressource génétique, ils doivent non seulement s'appliquer au matériel tangible, mais aussi à l'intangible génétique qu'il contient. Sinon, le matériel et l'immatériel génétiques peuvent faire l'objet de droits de propriété et de droits d'accès différents, voire complémentaires.

Puisqu'il n'y a pas de consensus international sur la question de savoir si les droits d'accès au matériel génétique comprennent des droits d'accès à l'intangible génétique, il semble vain d'espérer qu'elle puisse justifier un amendement à l'*Accord sur les ADPIC* pour exclure tout matériel génétique de la brevetabilité. On peut même remarquer qu'un nombre croissant de spécialistes, comme Carlos Correa et David Downes, considèrent que cet accord et la *Convention sur la diversité biologique* ne sont pas fondamentalement en conflit²³⁷. Cette position sous-entend que les droits de propriété prévus dans les deux traités s'appliquent à des objets différents, l'un à l'intangible et l'autre au tangible.

Néanmoins, même en reconnaissant que les droits d'accès au matériel génétique et les droits de propriété intellectuelle s'appliquent à des objets différents, certains réclament des ajustements en vue de favoriser la mise en œuvre de la *Convention sur la diversité biologique*. Ce deuxième discours contestataire, plus nuancé, s'appuie sur une vision utilitariste des droits d'accès aux ressources génétiques prévus dans la convention. Selon cette vision, le partage des avantages est simplement un moyen pour obtenir du financement et des technologies destinés à la conservation de la diversité biologique²³⁸. Mais alors que la conven-

²³⁷ David DOWNES, « The Convention on Biological Diversity and the GATT », in *The Use of Trade Measures in Select Multilateral Environmental Agreements*, sous la dir. de Robert HOUSMAN, Nairobi, UNEP, 1995, p. 198.

²³⁸ D'abord, on suppose que les fonds versés aux fournisseurs seront réinvestis dans la conservation. Ensuite, on espère que les utilisateurs transféreront également des technologies et que ces technologies pourront servir à la conservation. Enfin, on présume que les fournisseurs seront incités à conserver leurs ressources pour pouvoir les vendre à d'éventuels utilisateurs. Shane MULLIGAN, « For Whose Benefit? Limits to Sharing in the Bioprospecting Regime », *Environmental Politics*, vol. 8, n° 4, hiver 1999, p. 38; Jean-Frédéric MORIN, « Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la biodiversité », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 34, n° 1, novembre 2003, p. 308-343.

tion a plus de dix ans, les flux monétaires et technologiques des utilisateurs vers les fournisseurs sont encore minimes, du moins insuffisants pour financer la conservation de la biodiversité. Parmi les diagnostics posés pour expliquer ce dysfonctionnement, on pense que plusieurs utilisateurs ignorent leurs obligations²³⁹. Pour résoudre ce problème, on propose d'imposer aux demandeurs de brevet de divulguer l'origine des ressources génétiques utilisées pour développer leur invention²⁴⁰. De cette façon, les fournisseurs pourraient plus facilement retracer les transferts de ressources génétiques et identifier les contrevenants. Les tenants de cette solution proposent que l'*Accord sur les ADPIC* soit modifié pour autoriser expressément cette obligation de divulgation ou même pour l'imposer à tous les membres de l'OMC. Ainsi, dans une communication du 21 juin 2002, la Mission permanente du Brésil à l'OMC, au nom des délégations brésilienne, chinoise, cubaine, dominicaine, équatorienne, indienne, pakistanaise, thaïlandaise, vénézuélienne, zambienne et zimbabwéenne, a soumis cette proposition :

« Il faudrait modifier l'*Accord sur les ADPIC* de façon à prévoir que les Membres exigeront de tout demandeur d'un brevet portant sur du matériel biologique ou des savoirs traditionnels comme condition à l'obtention des droits de brevet :

- 1) qu'il divulgue la source et le pays d'origine de la ressource biologique et des savoirs traditionnels utilisés dans l'invention ;
- 2) qu'il apporte la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause par le biais de l'approbation par les autorités conformément aux régimes nationaux pertinents ;

²³⁹ Sélim LOUAFI et Jean-Frédéric MORIN, *Gouvernance internationale de la biodiversité : Comment intégrer les utilisateurs de ressources génétiques*, Paris, Institut du développement durable et des relations internationales, février 2004, en ligne : IDDRI <http://www.iddri.org/iddri/telecharge/syntheses/sy04_abs.pdf> (date d'accès : 22 mars 2006).

²⁴⁰ Jean-Frédéric MORIN, « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : Une contribution du droit des brevets au développement durable », *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 17, n° 1, 2005, p. 31-47 ; David VIVAS-EUGUI, « Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge: the Current Debate and Possible Legal Alternatives », in *Trading in Knowledge, Development Perspectives on TRIPs, Trade and Sustainability*, sous la dir. de Christophe BELLMAN, Graham DUTFIELD et Ricardo MELÉNDEZ-ORTIZ, Londres, Earthscan, 2003, p. 201-202.

- 3) qu'il apporte la preuve du partage juste et équitable des avantages conformément au régime national du pays d'origine»²⁴¹.

L'industrie biotechnologique américaine et les États-Unis ne partagent pas ce point de vue, alléguant que les brevets ne sont pas destinés à réglementer l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui découlent de leur utilisation²⁴². Ils s'opposent fermement à ce que l'*Accord sur les ADPIC* soit modifié pour tenir compte des objectifs de la *Convention sur la diversité biologique*, que ce soit pour favoriser la protection des ressources génétiques ou celle des savoirs traditionnels.

B. LA PROPRIÉTÉ DES SAVOIRS TRADITIONNELS

La question de la protection des savoirs traditionnels constitue un enjeu tout aussi controversé que la question de la protection des ressources génétiques. Les savoirs traditionnels sont des connaissances transmises de génération en génération à l'intérieur d'une communauté culturelle. Certains, dont ceux sur les propriétés médicinales des plantes, intéressent particulièrement les industries biotechnologiques et pharmaceutiques. Puisque ces savoirs appartiennent au domaine public, les firmes biotechnologiques et pharmaceutiques peuvent librement les utiliser pour orienter leurs recherches et développer des inventions brevetables²⁴³.

²⁴¹ *Communication des États-Unis, Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels*, OMC Doc. IP/C/W/356, 24 juin 2002, p. 5-6; *Communication des Communautés européennes et de leurs États membres, Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels*, OMC Doc. IP/C/W/383, 17 octobre 2002, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

²⁴² OMC, *Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels. Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées*, OMC Doc. IP/C/W/368, 8 août 2002, p. 8; Susan K. FINSTON, «An American Bioindustry Alliance Perspective on CBD/TRIPs Issues in the Doha Round», *Global Economy Journal*, vol. 5, n° 4, 2005, en ligne: Bepress <<http://www.bepress.com/gej/vol5/iss4/24/>> (date d'accès: 23 mars 2006).

²⁴³ Ces savoirs peuvent néanmoins faire l'objet de droits de propriété en droit coutumier local.

Selon plusieurs critiques du régime international des brevets, l'utilisation d'un savoir traditionnel par un tiers, sans l'autorisation de la communauté titulaire de ce savoir, est un acte immoral et condamnable²⁴⁴. Les savoirs traditionnels devraient être protégés au même titre que les savoirs modernes. Le principal appui juridique à cette thèse est l'article 8(j) de la *Convention sur la diversité biologique*:

«Chaque partie contractante [...] respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovation et pratiques et encourage le partage juste et équitable découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovation et pratique»²⁴⁵.

Cette question a été propulsée à l'avant-scène des débats internationaux lorsqu'il a été reconnu que des firmes avaient obtenu des brevets sur des savoirs traditionnels. L'affaire la plus connue est sans doute celle du margousier, un arbre originaire d'Asie du Sud²⁴⁶. En 1994, l'Office européen des brevets a octroyé à la société américaine *W.R. Grace* un brevet pour une méthode permettant de combattre les champignons avec l'huile de margousier. Or, cette méthode est utilisée par les agriculteurs indiens depuis plusieurs siècles. À la suite d'une démarche judiciaire entamée par un groupe d'ONG, le brevet de *W.R. Grace* fut finalement révoqué en 2000. Une invention ne peut en effet être brevetée si elle est connue et utilisée depuis des siècles.

Considérant que les offices de brevets commettent parfois des erreurs et confèrent des brevets sur des inventions qui ne sont pas nouvelles, plusieurs solutions ont été proposées afin d'éviter qu'une telle appropriation de savoirs traditionnels par des tiers se reproduise²⁴⁷.

²⁴⁴ SHIVA, *Protect or Plunder?*.

²⁴⁵ *Convention sur la diversité biologique*, art. 8(j).

²⁴⁶ MAY, *A Global Political Economy*, p. 103; Willem PRETORIUS, « TRIPs and Developing Countries: How Level is the Playing Field », in *Global Intellectual Property Tights Knowledge, Access and Development*, sous la dir. de Peter DRAHOS et Ruth MAYNE, Palgrave, Macmillan, 2002, p. 186; Commission on Intellectual Property Rights, p. 77.

²⁴⁷ HALBERT, p. 135-163.

Certaines suggèrent de constituer des registres de savoirs traditionnels librement accessibles qui permettraient de les faire connaître et reconnaître²⁴⁸. Les examinateurs des offices de brevets pourraient consulter ces registres pour déterminer l'état actuel de la technique et établir si une invention satisfait au critère de nouveauté. Cependant, ces registres publics de savoirs traditionnels ne permettraient pas aux communautés locales de les commercialiser et d'en tirer directement des bénéfices monétaires.

D'autres proposent d'instaurer un système qui permettrait aux communautés autochtones et locales de tirer un bénéfice de leurs savoirs traditionnels. Le modèle de *Community Intellectual Rights* proposé par l'ONG *Third World Network* est une forme de droit de propriété intellectuelle spécialement adaptée aux savoirs traditionnels qui prévoit l'établissement d'un registre des innovations traditionnelles et la création d'un fonds au bénéfice de l'ensemble de la communauté²⁴⁹. Les entreprises qui souhaiteraient utiliser un savoir traditionnel à des fins commerciales devraient payer une redevance à la communauté.

En réaction aux critiques, le discours hégémonique avance que les innovations modernes résultent d'un processus particulier qui les distingue des innovations traditionnelles et qui justifie leur protection :

« D'un côté, même s'il est vrai que l'innovation s'effectue dans les collectivités, elle est lente et ne peut être attribuée à des individus en particulier. Les participants interviennent dans le cadre d'un processus de travail qu'ils jugent productif, et non d'un acte novateur délibéré. Pour cette raison, les innovations sont fortuites et disponibles gratuitement.

De l'autre, les innovateurs modernes cherchent à résoudre un problème décelé par la société et posent spécifiquement un acte novateur pour résoudre ce problème. La société devrait donc les dédommager. Ils y investissent des sommes considérables. Le régime des droits de [propriété intellectuelle] existe à cette fin. Il faudrait le renforcer si la société veut accélérer les innovations

²⁴⁸ Voir le site Internet de SRISTI-Society for research and initiative for sustainable technologies and institutions, en ligne : <www.sristi.org> ; le site Internet de Kippewa-gardens, en ligne : <www.kippewa-gardens.com> ; et le site Internet du Traditional Ecological Knowledge Prior Art Database, en ligne : <<http://ip.aaas.org/tekindex.nsf>>.

²⁴⁹ Gurdial SINGH NIJAR, *In Defense of Local Community Knowledge and Biodiversity: A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime*, Penang, Third World Network, 1996, p. 56-62.

pour résoudre ses problèmes croissants provoqués par la biodiversité et son utilisation»²⁵⁰.

Ce débat n'est pas encore résolu, pas plus que celui sur la propriété des ressources génétiques. Néanmoins, on peut déjà remarquer que le discours qui critique le régime des brevets en s'appuyant sur la *Convention sur la diversité biologique* a repris les arguments du discours hégémonique, l'a adapté et le relance aujourd'hui en guise de riposte. À la piraterie intellectuelle correspond maintenant la piraterie biologique, au système *sui generis* sur les variétés végétales correspond un système *sui generis* sur les connaissances traditionnelles, aux droits des obtenteurs correspondent les droits des agriculteurs et à la protection de l'intangible génétique correspond la protection du tangible génétique²⁵¹.

Cette curieuse récupération des arguments du discours hégémonique dans le discours contestataire ne se manifeste pas uniquement dans les débats sur la brevetabilité du matériel biologique. Elle se manifeste également dans le deuxième exemple généralement utilisé pour démontrer que le droit des brevets peut être une entrave au développement, soit le cas de l'accès aux médicaments.

§ 2. Le droit des brevets et l'accès aux médicaments

La question de la santé publique, et plus particulièrement celle de l'accès aux médicaments, a toujours été présente dans les débats inter-

²⁵⁰ Le groupe Crucible II, *Le débat des semences* volume 1: *solutions politiques pour les ressources génétiques*, *Seeding Solutions. Volume 1: Policy options for genetic resources: Un brevet pour la vie revisité*, Canada, Italie, Suisse, International Development Research Center, International Plant Genetic Resources Institute, Dag Hammarskjöld Foundation, 2000, p. 84.

²⁵¹ WHITT, «Interdisciplinary Perspective», p. 251; Valérie BOISVERT, *Biodiversité et théorie économique des droits de propriété: une mise en perspective des négociations entourant la Convention sur la diversité biologique*, thèse de doctorat en sciences économiques, Université de Versailles-Saint Quentin en Yvelines, février 2000, p. 485. D'autres auteurs parcourent le chemin inverse entre le droit de l'environnement et celui de la propriété intellectuelle, en suggérant de s'inspirer des mesures conservacionnistes pour protéger le domaine public. James BOYLE, «A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?», *Duke Law Journal*, vol. 47, octobre 1997, p. 87-116. Peter K. YU, «Intellectual Property and the Information Ecosystem», *Michigan State Law Review*, vol. 2005, n° 1, p. 1-20.

nationaux sur les brevets²⁵². Lors de la négociation de l'*Accord sur les ADPIC*, plusieurs délégations s'opposaient à ce que l'accord impose la brevetabilité des produits pharmaceutiques de la brevetabilité²⁵³. Cette brevetabilité, finalement imposée, fut présentée par les États-Unis comme un gain important²⁵⁴. Mais les débats sur les effets que peut avoir le système des brevets sur la santé publique ne se sont pas clos avec l'adoption de l'accord. Au contraire, la question de l'accès aux médicaments est revenue en force au cours des dernières années. Pour les critiques du régime hégémonique des brevets, l'accès aux médicaments brevetés est une question de justice et de moralité, voire de loyauté dans les échanges commerciaux (A). Plus particulièrement, deux différends vinrent alimenter les débats (B). Ceux-ci furent d'une telle intensité que l'*hegemon* américain fut contraint de modifier sa politique et de concéder les premiers signes d'ajustement au discours contestataire (C).

A. LE COMMERCE LOYAL SOUS LE PRISME DU DROIT À LA SANTÉ

Le débat sur le droit des brevets et l'accès aux médicaments dans les pays en développement ne concerne pas uniquement le traitement du sida. D'autres maladies, dont le paludisme et la tuberculose, font presque autant de victimes dans les pays en développement. Mais des crises sont parfois nécessaires pour créer un changement normatif²⁵⁵. Si la crise qui conduisit à l'association entre le droit des brevets et le commerce international est l'amplification du déficit commercial américain, celle qui permit de relancer la question de l'accès aux médicaments dans le régime international des brevets tire ses racines de la pandémie du sida²⁵⁶. Alors que le paludisme et la tuberculose sont depuis longtemps des causes de mortalité dans les pays en développement, la pandémie du sida se répandit de façon foudroyante. Inconnue au début des années 1980, cette maladie tua plus de 8700 personnes par

²⁵² Commission on Intellectual Property Rights, p. 29.

²⁵³ UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPs and Development*, p. 353.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 356

²⁵⁵ SELL et PRAKASH, p. 154; IKENBERRY et KUPCHAN, «Socialization and Hegemonic Power», p. 292.

²⁵⁶ Commission on Intellectual Property Rights, p. 30; HALBERT, p. 87-111.

jour en 2004, devant ainsi la première cause de mortalité dans les pays en développement ²⁵⁷.

Pour contrôler et éventuellement éliminer ce fléau, il est essentiel que les populations des pays en développement aient accès à des soins de santé, incluant les médicaments. Cependant, à la fin des années 1990 et au début des années 2000, le prix des antirétroviraux représentait un des principaux obstacles à l'accès aux soins. En 2000, ils étaient vendus au prix moyen de 10 000 \$ américains par patient par année, ce qui constitue sans contredit un prix prohibitif dans plusieurs pays en développement ²⁵⁸. Le système des brevets était l'un des facteurs expliquant que de tels prix aient été exigés aux populations des pays en développement ²⁵⁹.

Le discours contestataire du régime international des brevets réduisit le problème de cette pandémie dans les pays en développement à la question du droit des brevets. Bien que plusieurs autres facteurs contribuent à restreindre l'accès aux médicaments, dont le manque de personnel médical, le problème de transports dans les régions éloignées et les tarifs douaniers sur les médicaments, les brevets pharmaceutiques sont devenus le symbole de la lutte contre la pandémie du sida. L'équation simpliste *brevets = libre-échange = croissance économique*

²⁵⁷ UNAIDS-OMS, *Aids Epidemic update*, décembre 2005, en ligne: <http://www.unaids.org/epi/2005/doc/EPIupdate2005_html_en/epi05_05_en.htm> (date d'accès: 2 avril 2006).

²⁵⁸ Nick Mathiason, «Big Pharma puts block on cheap drug imports», *MSF Article*, 3 août 2003, en ligne: <http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=F8535904-9D78-4606-903EF50638CD4BAB&component=toolkit.article&method=full_html> (date d'accès: 31 mars 2006). Depuis 2000, le prix des antirétroviraux a considérablement chuté, en partie grâce à la campagne sur l'accès aux médicaments.

²⁵⁹ Carsten FINK, *How Stronger Patent Protection in India Might Affect the Behaviour of Transnational*

Pharmaceutical Industries, World Bank Policy Research Paper No. 2352, Washington, Banque mondiale, 2000, en ligne: Banque mondiale <[http://wbln0018.worldbank.org/research/workpapers.nsf/0/5d9b67dfa0777405852568e80065f3c4/\\$FILE/wps2352.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/research/workpapers.nsf/0/5d9b67dfa0777405852568e80065f3c4/$FILE/wps2352.pdf)> (date d'accès: 22 mars 2006); Jayashree WATAL, «Pharmaceutical Patents, Prices and Welfare Losses: A Simulation Study of Policy Options for India under the WTO TRIPs Agreement», *The World Economy*, vol. 23, 2000, p. 733-752.

fut remplacée par une équation tout aussi simpliste *génériques = prix réduits = vies sauvées*²⁶⁰.

Pour étayer leur contestation, plusieurs critiques s'appuyèrent sur une série d'instruments internationaux qui reconnaissent à chaque individu le droit à la vie et aux soins médicaux, dont le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁶¹. Selon les contestataires du régime international des brevets, la force morale de ces instruments commanderait qu'ils aient préséance sur le droit de brevets²⁶².

Tableau 8 : Le discours contestataire (le cas de la santé publique)

	Discours hégémonique	Discours contestataire
Principe fondamental	Le droit à la propriété	Le droit à la santé
Crise fondatrice	Le déficit commercial américain	L'épidémie du VIH
Effets économiques du système des brevets	Le système des brevets favorise le commerce international	Le système des brevets constitue une barrière à l'accès
Effets du système des brevets sur la santé publique	Les brevets permettent de développer de nouveaux médicaments dont profitent tous les pays.	Les brevets limitent les capacités de traitement dans les pays en développement
Solution privilégiée	Assurer une protection suffisante des brevets dans tous les pays	Favoriser l'accès aux génériques dans les pays en développement

Source : Sell et Prakash, « Using Ideas Strategically » p. 145.

En outre, les critiques rehaussèrent la légitimité de leur discours en condamnant l'avidité de ceux qui défendent le régime international des brevets. Pour illustrer leurs propos, ils soulignèrent que seule une

²⁶⁰ Sell et Prakash.

²⁶¹ *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, art. 12; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217(III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948), art. 25; Patrick WOJAHN, « A Conflict of Rights: Intellectual Property Under TRIPS, The Right to Health, and AIDS Drugs », *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 6, 2001, p. 463-497.

²⁶² *Droits de propriété intellectuelle et droits de l'homme*, Rés. Sous-Commission des droits de l'homme 2000/7, Doc. Off. NU, 2000, E/CN.4/sub.2/Res/2000/7, Para. 2.

petite fraction des fonds consacrés par les firmes pharmaceutiques à la recherche et au développement est destinée au traitement des maladies qui sévissent principalement dans les pays en développement²⁶³. Les producteurs de médicaments génériques contribuèrent à démontrer l'avidité des firmes innovantes en offrant aux populations africaines des trithérapies à 350 \$, alors que les titulaires de brevet exigeaient plus de 10 000 \$ pour un traitement similaire²⁶⁴. Ces accusations d'avidité entachèrent la réputation des décideurs publics qui défendaient la position des firmes pharmaceutiques ou qui profiteraient de leurs contributions aux caisses électorales. Ainsi, tout au long de sa campagne d'investiture au parti démocrate, le vice-président Al Gore dut affronter les slogans le qualifiant d'avidité meurtrière : « Gore's greed kills »²⁶⁵.

La notion de commerce loyal fut ainsi réinterprétée sous le prisme du droit à la santé. Dans les années 1980, cette notion fut utilisée par l'administration Reagan pour justifier les menaces de sanctions dirigées contre les pays qui n'avaient pas un niveau de protection suffisant. Aujourd'hui, une campagne internationale d'Oxfam a délibérément repris le slogan de l'administration Reagan : « Make trade fair »²⁶⁶. L'*Accord sur les ADPIC* fut progressivement perçu comme un accord injuste pour les pays en développement.

B. DEUX DIFFÉREND SYMBOLIQUES

Dans l'espoir de réduire le prix des antirétroviraux, plusieurs pays en développement adoptèrent des mesures spéciales. Dans certains cas, ces mesures soulevèrent des différends qui devinrent des symboles de la contestation de l'*Accord sur les ADPIC*. Le premier est celui de l'Afrique du Sud. En 1997, ce pays adopta une loi autorisant le ministre

²⁶³ Commission on Intellectual Property Rights, p. 32.

²⁶⁴ SELL et PRAKASH, p. 162.

²⁶⁵ James THUO GATHII, « The Structural Power of Strong Pharmaceutical Patent Protection in US Foreign Policy », *The Journal of Gender, Race & Justice*, vol. 7, 2003, p. 290.

²⁶⁶ Kevin WATKINS et Penny FOWLER, « International trade rules as an obstacle to development », chap. in *Rigged Rules and Double Standards: Trade, Globalisation and the Fight Against Poverty*, Oxford, Oxfam, 2003, en ligne : Make Trade Fair <<http://www.maketradefair.com/assets/english/report%20chapter%208%20english.pdf>> (date d'accès : 23 mars 2006).

de la Santé sud-africain à octroyer des licences obligatoires lorsque le titulaire du brevet abuse de ses droits²⁶⁷. Elle autorise également les importations parallèles, c'est-à-dire l'importation sans l'autorisation du titulaire du brevet de médicaments qui ont été vendus une première fois sur un marché étranger.

Selon plusieurs analystes, la loi sud-africaine est pleinement compatible avec l'*Accord sur les ADPIC*²⁶⁸. Néanmoins, le gouvernement américain considéra qu'elle ne reflétait pas un niveau de protection efficace et suffisant. Il plaça l'Afrique du Sud sur la liste de surveillance du *Special 301* et suspendit les tarifs préférentiels pour certains produits sud-africains²⁶⁹. Parallèlement, trente-neuf firmes pharmaceutiques poursuivirent le gouvernement sud-africain devant un tribunal national en alléguant essentiellement que les pouvoirs conférés par la loi au ministre de la Santé contrevenaient à la constitution sud-africaine²⁷⁰.

Les actions entreprises par le gouvernement américain et les firmes pharmaceutiques soulèvent l'indignation publique. Médecins sans frontières, notamment, organisa une campagne internationale qui lui permit de recueillir plus de 250 000 signatures en appui au gouverne-

²⁶⁷ Frederick M. ABBOTT, «The TRIPs-Legality of Measures Taken to Address Public Health Crisis: Responding to USTR-State-Industry Position that Undermine the WTO», in *The Political Economy of International Law: Essay in Honor of Robert E. Hudec*, sous la dir. de Daniel L. M. KENNEDY et James D. SOUTHWICK, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 317.

²⁶⁸ Judy REIN «International Governance Through Trade Agreements: Patent Protection for Essential Medicines», *Journal of International Law and Business*, vol. 21, 2001, p. 400; F.M ABBOTT, «The TRIPs-Legality», p. 323.

²⁶⁹ US Department of State, *US Government Efforts to Renegotiate the Repeal Termination or Withdrawal of Article 15(C) of the South American Medicines and Related Substances Act of 1965*, US Department of State Report, Washington DC, US Department of State, 5 février 1999, en ligne: CP TECH <<http://www.cptech.org/ip/health/sa/stdept-feb51999.html>> (date d'accès: 31 mars 2006); Ellen't HOEN, «Public Health and International Law: TRIPs, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way From Seattle to Doha», *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, 2002, p. 30; Patrick Bond, «Globalisation, Pharmaceutical Pricing And South African Health Policy», *International Journal of Health Sciences*, vol. 29, n° 4, 1999, p. 771.

²⁷⁰ *Ibid.*

ment sud-africain²⁷¹. Selon Ruth Mayne, d'Oxfam, « The South African court case [...] did more than other previous event to raise public awareness about the impact of global patent rules »²⁷². Bien que l'*Accord sur les ADPIC* n'ait pas été au cœur des débats judiciaires entourant la loi sud-africaine, le remous politique suscité par la réaction du gouvernement américain et des firmes pharmaceutiques en favorisa une relecture critique²⁷³.

La dimension raciale est l'un des facteurs qui contribua à faire du cas sud-africain un symbole de contestation. En effet, plusieurs articles publiés dans les périodiques internationaux comparèrent la protection que les États-Unis voulaient imposer à l'Afrique du Sud à l'apartheid, en arguant que la majorité noire ne pouvait payer le coût des trithérapies que la minorité blanche, plus riche, pouvait acheter²⁷⁴. Si l'on réduit le différend sur les brevets en Afrique du Sud à un duel entre, d'une part, Nelson Mandela, lauréat d'un prix Nobel de la paix, et les firmes pharmaceutiques, qui condamnent à mort la majorité noire, la force morale du premier sur les seconds semble incontestable²⁷⁵. Ce portrait du différend sud-africain scandalisa plusieurs acteurs politiques à Washington, incluant le Caucus noir du Congrès, proches du Président Clinton et du candidat à la présidence Al Gore²⁷⁶.

Une deuxième affaire contribua à placer l'accès aux médicaments au cœur des débats du régime international des brevets, soit la plainte déposée en janvier 2001 par le gouvernement américain contre le

²⁷¹ Ruth MAYNE, « The Global Campaign on Patents and Access to Medicines: An Oxfam Perspective », in *Global Intellectual Property Tights Knowledge, Access and Development*, sous la dir. de Peter DRAHOS et Ruth MAYNE, Palgrave, Macmillan, 2002, p. 249.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ David ROSENBERG, « Commentary on TRIPs », in *Internatinal Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de Hugh C. HANSEN, vol. 7, Yonkers et Londres, Juris Publishing, Sweet & Maxell, 2002, p. 83-83.

²⁷⁴ Chris MCGREAL, « Aids: South Africa's new apartheid », *The Guardian*, 30 novembre 2000; Martine BULARD, « Apartheid of Pharmacology », *Monde diplomatique*, janvier 2000; Salih BOOKER et William MINTER, « Global Apartheid », *The Nation*, 9 juillet 2001.

²⁷⁵ Pour une illustration d'un tel portrait manichéen, voir HOEN, p. 30.

²⁷⁶ SELL et PRAKASH, p. 165.

Brésil sous le mécanisme de règlement des différends de l'OMC²⁷⁷. La mesure en cause était la loi brésilienne qui autorise le gouvernement à émettre une licence obligatoire lorsque le titulaire du brevet ne fait qu'importer le produit breveté, sauf si le titulaire en question démontre qu'il ne serait pas viable économiquement de produire localement le produit breveté²⁷⁸. Les États-Unis arguèrent que cette loi contrevenait article 27 de l'*Accord sur les ADPIC* qui prohibe la discrimination entre les produits importés et ceux d'origine nationale.

Une fois encore, l'action du gouvernement américain souleva l'indignation populaire²⁷⁹. Bien que la loi ciblée par la plainte américaine ne vise pas spécifiquement les médicaments génériques, plusieurs considèrent qu'elle permet de réduire les prix des antirétroviraux vendus au Brésil. La menace de recourir aux licences obligatoires permet au gouvernement brésilien de négocier à la baisse le prix des médicaments. Il put ainsi offrir gratuitement des antirétroviraux à sa population, réduisant sensiblement le taux de mortalité due au sida. Selon Médecins sans frontières, « The US complaint threatens the Brazilian AIDS policy, which includes providing free drugs to HIV infected people »²⁸⁰. Le *New York Times Magazine*, comme plusieurs autres journaux influents, présenta le différend brésilien comme un conflit opposant de riches compagnies pharmaceutiques à un gouvernement d'un pays en développement qui aurait enfin trouvé une solution efficace pour sauver sa population du sida²⁸¹.

Ces différends sud-africain et brésilien sont devenus deux symboles constamment cités par ceux qui réclament que le régime international

²⁷⁷ *Brazil – Measures Affecting Patent Protection – Request for the Establishment of a Panel by the United States*, OMC Doc. WT/DS199/3, 9 janvier 2001.

²⁷⁸ Brésil, loi n° 9279 du 14 mai 1996 régissant les droits et obligations dans le domaine de la propriété industrielle, art. 68. « Ensejam, igualmente, licença compulsória [...] a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patentado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação. »

²⁷⁹ HOEN, p. 33.

²⁸⁰ Médecins sans Frontières, « US action at WTO threatens Brazil's successful AIDS programme », Campaign for access to essential medicines, MSF Press Releases, 1^{er} février 2001, en ligne: MSF <<http://www.accessmed-msf.org/prod/publications.asp?scntid=2182001228232&contenttype=PARA&>> (date d'accès: 31 mars 2006).

²⁸¹ Tina ROSENBERG, « Look at Brazil », *New York Times Magazine*, 28 janvier 2001.

des brevets tiennent davantage compte du problème de l'accès aux médicaments dans les pays en développement²⁸². Ce qui souleva l'indignation, ce n'est pas tant l'accord lui-même que les actions entreprises par les firmes pharmaceutiques et les États-Unis²⁸³. Ceux-ci furent dès lors placés dans une position défensive qui les contraignit à réagir.

C. LES PREMIERS SIGNES D'UN AJUSTEMENT

Leur image publique subissant les assauts du discours contestataire, les firmes pharmaceutiques et le gouvernement américain durent justifier leurs actions²⁸⁴. D'abord, ils nièrent que le problème de l'accès aux médicaments soit principalement dû au système des brevets. Le fait que plusieurs traitements contre la tuberculose, le paludisme et le sida ne soient pas protégés par des brevets dans les pays en développement démontrait, selon eux, que le nœud du problème n'était pas le système des brevets²⁸⁵. Selon Richard Sykes, ancien président de GlaxoSmithKline, « IP protection is not the cause of the present lack of access to medicines in developing countries »²⁸⁶. De même, selon l'USTR :

*« Certain countries try to justify use of protectionist measures by associating these measures with the AIDS crisis when no such linkage exists. This behavior diverts countries, and other interested parties, from focusing on areas of real concern. Indeed, local production requirements can also cost the jobs of American workers »*²⁸⁷.

Les firmes pharmaceutiques et le gouvernement américain tentèrent de relâcher la pression exercée sur le régime international des brevets

²⁸² Kevin WATKINS et Penny FOWLER, *Rigged Rules and Double Standards: Trade, Globalisation and the Fight Against Poverty*, Oxford, Oxfam, 2003, p. 216.

²⁸³ F.M. ABBOTT, « Toward a New Era », p. 86.

²⁸⁴ MAYNE, « The Global Campaign on Patents », p. 251.

²⁸⁵ En fait, moins de 5 % des médicaments figurant sur la Liste des médicaments essentiels de l'OMS sont brevetés. Selon certains, une faible protection des brevets représenterait même une menace pour la santé publique. Administrer des médicaments sans les infrastructures sanitaires adéquates risquerait de contribuer à l'apparition de nouvelles résistances aux médicaments. Plus encore, les versions génériques des médicaments brevetés pourraient être d'une qualité inférieure, voire dangereuses. Commission on Intellectual Property Rights, p. 31

²⁸⁶ Cité dans Commission on Intellectual Property Rights, p. 29.

²⁸⁷ USTR, *2001 Special 301 Report*, Washington, USTR, 2001, p. 5.

en réorientant le débat. Selon eux, le principal obstacle à l'accès aux médicaments n'était pas le droit des brevets, mais la pauvreté: «Handicapped by limited financial resources, these nations ability to contain AIDS and address a host of other killer diseases is compromised by inadequate infrastructure, cultural barriers to care, and mismanaged health care systems»²⁸⁸. Sous cet angle, la solution ne passait donc pas par un assouplissement du droit des brevets, mais par l'aide publique au développement. Selon David Rosenberg de GlaxoSmithKline: «What is really needed in the access field is more funding generally, because these are poverty problems»²⁸⁹.

Le gouvernement américain et les firmes pharmaceutiques tentèrent de manifester leur bonne foi par des actions de charité envers les pays en développement. L'industrie pharmaceutique augmenta significativement ses dons à ces derniers, atteignant une valeur d'un demi-milliard de dollars pour la seule année 2003²⁹⁰. De même, le gouvernement américain mit en place un ambitieux programme d'assistance aux pays en développement dans leur lutte contre le sida²⁹¹. Ces initiatives visaient notamment à détourner la question sur l'accès aux médicaments du débat sur le régime international des brevets: «US policy is moving in the direction of de-linking or discrediting any association between strong patent protection and access to antiretroviral drugs for HIV/AIDS infected populations»²⁹².

Cette aide ne suffit cependant pas à contrer le discours contestataire. Pour Bernard Pecoul, directeur de la campagne de Médecins sans frontières sur l'accès aux médicaments, les dons et les réductions de prix offerts par les firmes pharmaceutiques seraient l'équivalent d'un

²⁸⁸ PhRMA, *Health Care in the Developing World – Executive Summary*, 18 février 2002, en ligne: Phrma <<http://world.phrma.org/exec.summary.html.html>> (date d'accès: 31 mars 2006). Voir aussi GATHII, «The Structural Power of Strong», p. 273.

²⁸⁹ David ROSENBERG, p. 83-83.

²⁹⁰ PhRMA, *Global Partnerships: Humanitarian Programs of the Pharmaceutical Industry in Developing Nations*, PhRMA, avril 2003, en ligne: PhRMA <<http://world.phrma.org/global.partnership.2003.pdf>> (date d'accès: 31 mars 2006).

²⁹¹ GATHII, «The Structural Power of Strong», p. 299.

²⁹² *Ibid.*, p. 268-269; Greff BLOCHE, «WTO Deference to National Health Policy: Toward an Interpretative Principle» *Journal of Interantional Economic Law*, vol. 5, n° 4, 2002, p. 838.

éléphant accouchant d'une souris²⁹³. Bien que les prix de vente dans les pays en développement de plusieurs antirétroviraux brevetés aient rejoint les sommes exigées par les producteurs de médicaments génériques, Médecins sans frontières et plusieurs autres acteurs continuent de réclamer l'assouplissement de l'*Accord sur les ADPIC* pour que les prochains médicaments soient eux aussi proposés à des prix abordables²⁹⁴.

Sous la pression, les firmes pharmaceutiques et le gouvernement américain changèrent de stratégie²⁹⁵. Il semblait préférable de faire des ajustements plutôt que de risquer un renversement du régime. En 1999, le gouvernement américain retira l'Afrique du Sud de la liste de surveillance du *Special 301* et réintroduisit les privilèges commerciaux offerts aux produits de ce pays. En mai 2000, le président Clinton confirma le changement de politique de son administration en promulguant un décret qui appuyait l'utilisation des licences obligatoires pour lutter contre le sida dans les pays d'Afrique subsaharienne²⁹⁶. Puis, en avril 2001, les trente-neuf firmes pharmaceutiques retirèrent leur plainte contre le gouvernement sud-africain. Enfin, en juillet de la même année, les États-Unis retirèrent leur plainte à l'OMC contre la loi brésilienne. Il ne s'agissait alors que de mesures unilatérales, mais c'était déjà les premiers signes d'ajustements au discours contestataire.

SECTION 2

Une association défendue sur la scène multilatérale

On pourrait penser, non sans un certain cynisme, que les pays en développement exploitent les débats sur la propriété des savoirs traditionnels et l'accès aux médicaments à des fins stratégiques. Ainsi, Graham Dutfield trouve curieux que des gouvernements d'Amérique

²⁹³ Cité dans Susan SELL, « Post-TRIPs Development: the Tension Between Commercial and Social agendas in the Context of Intellectual Property », *Florida Journal of International Law*, vol. 14, printemps 2002, p. 212.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ MAYNE, « The Global Campaign on Patents », p. 250-251.

²⁹⁶ HOEN, p. 35.

latine se montrent peu soucieux de leurs communautés autochtones au niveau national, alors qu'ils défendent avec énergie leurs savoirs traditionnels sur la scène internationale²⁹⁷. De même, Kenneth Shadlen doute que l'enjeu sous-jacent au différend entre le Brésil et les États-Unis soit l'accès aux antirétroviraux puisqu'une mesure qui vise réellement à réduire les prix des médicaments prévoirait l'octroi de licences obligatoires lorsque les prix sont trop élevés, et non lorsque les produits sont importés²⁹⁸. Selon ces observateurs, le véritable objectif des pays en développement serait la réorientation de l'ensemble du régime international des brevets pour favoriser les transferts de technologies dans tous les domaines. Les discours sur la *biopiraterie* et l'accès aux médicaments ne seraient que des exemples frappants utilisés pour alimenter la controverse et délégitimer l'*hegemon* du régime.

Sans établir de procès d'intention, on peut néanmoins remarquer que l'association cognitive entre le droit des brevets et les problèmes de développement peut servir à des fins stratégiques, tout comme celle qui la précéda entre le droit des brevets et le commerce international. Les débats sur la biodiversité et l'accès aux médicaments ont effectivement conduit à la formation d'une vaste coalition d'acteurs qui isole le gouvernement américain (§ 1). Cette coalition réussit même à faire des gains dans les différents forums multilatéraux (§ 2)

§ 1. Les coalitions dans le système multilatéral

Il est généralement admis que la formation d'une coalition est une stratégie qui peut être déterminante dans les négociations multilaté-

²⁹⁷ Graham DUTFIELD, «Trips Related Aspects of Traditional Knowledge», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33, printemps 2001, p. 239. Le professeur Neil Netanel a soumis une hypothèse similaire: «I would speculate that in the context of TRIPs that national governments are raising this issue really for strategic bargaining purposes, that governments do not really care about this issue». Voir Neil NETANEL, «Panel Discussion on Traditional Knowledge», in *International Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de H. HANSEN, vol. 7, Yonkers, New York, Juris Publishing, Londres, Sweet & Maxwell, 2002, p. 78-82.

²⁹⁸ Kenneth SHADLEN, «Beyond the Battle in Seattle: International Economic Governance and the North-South Conflict over Intellectual Property Rights», présentation à l'Annual Meeting of the American Political Science Association, San Francisco, 30 août 2001, p. 31.

rales. Les coalitions permettent notamment de stimuler l'engagement de leurs membres et de combiner leurs ressources humaines et matérielles²⁹⁹. Dans le chapitre précédent, nous avons souligné qu'une coalition de firmes et d'États avait joué un rôle essentiel pour convaincre les pays en développement d'accepter l'*Accord sur les ADPIC*. Si les firmes et le gouvernement américain n'avaient pas réussi à convaincre leurs homologues européens et japonais, il est fort probable que cet accord n'aurait jamais vu le jour³⁰⁰.

Dans la période post-ADPIC, il semble que les principales coalitions du régime international des brevets soient celles qui contestent l'ordre établi plutôt que celles qui le défendent. Certaines sont formées par des ONG, principalement européennes et américaines, qui critiquent la position des firmes transnationales et des pays développés (A). D'autres coalitions rassemblent les pays en développement dans le contexte de leurs négociations multilatérales (B). Ces deux groupes d'acteurs forment une méta-coalition soulignant les effets négatifs du droit des brevets sur le développement international.

A. LES COALITIONS D'ACTEURS NON ÉTATIQUES

Les acteurs non étatiques jouent depuis longtemps un rôle important dans le régime international des brevets. Des firmes comme IBM et Pfizer ont exercé une influence majeure dans le processus menant à l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC*³⁰¹. La nouveauté n'est donc pas la présence d'acteurs non étatiques dans le régime international des brevets, mais l'émergence d'acteurs d'une autre nature, soit des organisations privées sans but lucratif, communément appelées ONG³⁰².

²⁹⁹ William ZARTMAN, «The Structure of Negotiation», in *International Negotiation: Analysis, Approaches, Issues*, sous la dir. de Victor A. KREMENYUK, San Francisco, Jossey-Bass, 2002, p. 80; Mark HABEEB, *Power and Tactics in International Negotiations: How Weak Nations Bargains with Strong Nations*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1998, p. 24.

³⁰⁰ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 128-129.

³⁰¹ SELL, Susan, *Private Power... op.cit.*

³⁰² Gaëlle Breton-Le Goff offre une définition assez juste de l'expression «organisation non gouvernementale internationale»: «Une structure privée de droit interne regroupant des personnes privées ou publiques originaires de plusieurs pays, et qui œuvre sans esprit de lucre à la réalisation d'un but d'intérêt général international dans des pays autres que celui de sa fondation». Gaëlle BRETON-LE GOFF, *L'influence des*

Avant la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC*, les quelques ONG qui s'intéressaient au droit international des brevets étaient principalement des associations d'inventeurs et des associations de juristes³⁰³. Celles qui œuvraient dans les domaines de la biodiversité, des droits de l'homme, de l'agriculture ou de la santé n'avaient pas d'expertise en propriété intellectuelle et ne n'établissent de toute façon pas de lien cognitif entre leurs missions et les négociations sur le droit des brevets. Aujourd'hui, par contre, des milliers d'ONG nationales et internationales, qui s'intéressent à différents enjeux sociaux, économiques et environnementaux, suivent de près les négociations sur le droit des brevets et expriment des positions critiques³⁰⁴. Comme plusieurs autres observateurs, la Commission britannique sur le droit de la propriété intellectuelle considère que l'émergence de ces ONG marqua significativement l'évolution du régime international des brevets dans sa période post-ADPIC: « We have been struck by the recent extent and influence of NGOs' activity in IP »³⁰⁵.

Il ne faut toutefois pas aborder cette nébuleuse d'ONG comme un ensemble cohérent d'acteurs défendant un même projet. Même parmi celles qui s'intéressent à un même enjeu particulier, le spectre de leurs positions peut être très large, allant de celles qui réclament l'abolition du système des brevets jusqu'à celles qui proposent des ajustements mineurs³⁰⁶. Pour promouvoir leur position, certaines tentent de s'allier l'opinion publique par le biais des médias alors que d'autres s'adressent directement aux négociateurs par le biais d'études et de rapports. Les ONG du régime international des brevets constituent un groupe hautement disparate.

organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux, Bruxelles, Bruylant, Montréal, Yvon Blais, 2001, p. 14.

³⁰³ BRAITHWAITE J. et P. DRAHOS, *op.cit.*, p. 72:

³⁰⁴ Plus de deux cents d'entre elles ont acquis le statut d'observateurs permanents à l'OMPI.

³⁰⁵ Commission on Intellectual Property Rights, *op. cit.*, p. 165

³⁰⁶ Sur la brevetabilité du matériel biologique, certaines prônent une exclusion obligatoire pour tous les membres de l'OMC en considérant que ce matériel est sacré, d'autres demandent une exception pour les pays en développement afin de tenir compte de leur condition particulière, et d'autres encore proposent simplement de modifier les conditions de divulgation pour faciliter la mise en œuvre de la *Convention sur la diversité biologique*. J.-F. MORIN, « Une réplique du Sud... », loc.cit.

Tableau 9: Quelques ONG s'intéressant de près au droit international des brevets

Nom	Siège social	Description
Quaker United Nations Office (QUNO)	Genève / New York	Organisation faisant la promotion des droits humains, de la paix et du développement dans le réseau des Nations Unies
International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)	Genève	Organisation vouée à l'avancement des connaissances sur les interactions entre le commerce, l'environnement et le développement.
Third World Network (TWN)	Penang	Réseau d'ONG vouées à la recherche et à l'échange d'information sur les enjeux sociaux, environnementaux et économiques qui intéressent les pays en développement
Institute for Agriculture and Trade Policy (IATP)	Minneapolis	Organisation faisant la promotion de l'agriculture familiale, des communautés rurales et des écosystèmes face à la libéralisation des échanges
Genetic Resources Action International (GRAIN)	Barcelone	Organisation dont le but est de promouvoir la gestion et l'utilisation durables de la biodiversité agricole
Center for International Environmental Law (CIEL)	Washington	Organisation vouée à la défense et à la promotion du droit international de l'environnement.
Oxford Committee for Famine Relief (OXFAM)	Londres	Confédération de douze ONG vouées à l'identification de solutions à la pauvreté, aux souffrances et aux injustices
Médecins sans Frontières (MSF)	Genève	Organisation fournissant de l'aide médicale dans les pays en développement et sensibilisant les pays développés aux besoins médicaux des pays en développement.
Consumer Project on Technology	Washington	Organisation vouée à la diffusion des connaissances sur les enjeux concernant les technologies dans une perspective de défense des intérêts des consommateurs.

Malgré leur disparité, les ONG qui critiquent le régime international des brevets ont en commun certains atouts qui leur permettant d'influencer les négociations. Le premier d'entre eux est sans doute leur autorité morale. Bien que les ONG ne sont pas des organismes uniquement guidés par des objectifs altruistes, c'est ainsi que plusieurs d'entre elles se présentent et qu'elles sont perçues par une partie de l'opinion publique. Comme le remarque Thomas Risse, les ONG sont ainsi avantageées par rapport aux firmes dans les débats publics : « Biased or self-interested communicators are far less persuasive than those who are perceived to be neutral or motivated by moral values »³⁰⁷.

Le deuxième avantage des ONG est leur fonctionnement en réseau transnational³⁰⁸. Cette structure non hiérarchique leur permet de coordonner de grandes campagnes internationales sur un même enjeu tout en mobilisant des appuis locaux. Par exemple, la campagne pour la révocation du brevet de *W.R. Grace* sur l'huile de margousier a été menée par une coalition de plus de 200 ONG de 35 pays différents³⁰⁹. Dans certains cas, la coopération entre ONG s'est institutionnalisée, comme dans le *Trans Atlantic Consumer Dialogue* qui regroupe plus de 65 ONG européennes et américaines spécialisées dans la défense des droits des consommateurs et dénonçant les effets du système des brevets sur les prix à la consommation³¹⁰.

Fortes de leur autorité morale et de leur fonctionnement en réseau, les ONG ont joué à plusieurs niveaux un rôle important dans le régime international des brevets. D'abord, elles ont contribué à articuler le discours présenté dans la section précédente, associant le droit des

³⁰⁷ RISSE, p. 17.

³⁰⁸ Ce fonctionnement en réseau s'appuie sur un autre réseau, Internet. Sur l'utilisation d'Internet dans la contestation du régime international des brevets, voir SELL, « TRIPs and the Access », p. 499. Sur la pression des réseaux transnationaux sur les négociateurs voir Andrew MORAVCSIK, « Integrating International and Domestic Theories of International Bargaining », in *International Bargaining and Domestic Politics: Double-Edge Diplomacy*, sous la dir. de Peter EVANS, Harold JACOBSON et Robert PUTNAM, Berkeley, University of California Press, 1993, p. 32.

³⁰⁹ Martin KHOR, « A Worldwide Fight against Biopiracy and Patents on Life », en ligne : <<http://www.twinside.org.sg/title/pat-ch.htm>> (date d'accès : 27 avril 2003).

³¹⁰ Dialogue transatlantique des consommateurs, *Resolution on Digital Rights Management*, Doc. No. IP-01-05, avril 2005, en ligne : TACD <<http://www.tacd.org/cgi-bin/db.cgi?page=view&config=admin/docs.cfg&id=275>> (date d'accès : 31 mars 2006).

brevets aux problèmes de développement. Par exemple, l'ONG canadienne RAFI a défini et diffusé les notions de *biopiraterie* et de droits des agriculteurs³¹¹. Selon Ellen't Hoen de Médecins sans frontières, ce serait également des ONG qui auraient été les premières à souligner le rôle de l'*Accord sur les ADPIC* dans le problème de l'accès aux antirétroviraux :

« *The first international meeting specifically on the use of compulsory licensing to increase access to AIDS medicines took place in March 1999 at the Palais des Nations in Geneva and was organized by Consumer Project on Technology, Health Action International and MSF. Later that year, the same group of NGOs organized the Amsterdam Conference on Increasing Access to Essential Drugs in a Globalized Economy, which brought together 350 participants from 50 countries on the eve of the Seattle WTO ministerial conference* »³¹².

Les ONG ont également joué un rôle important pour étoffer le discours contestataire par des analyses et des recherches³¹³. Plusieurs d'entre elles, dont *International Centre for Trade and Sustainable Development* et *Third World Network*, financent des recherches universitaires sur les effets du droit des brevets sur le développement. Elles communiquent ensuite les résultats aux fonctionnaires des pays en développement en publiant des ouvrages, en mettant sur pied des lettres d'information hebdomadaires, en proposant des modèles de projet de lois et en organisant des séminaires de formation. Lors des conférences ministérielles de l'OMC, l'ONG *Quaker United Nations Office* organise même des ateliers de propriété intellectuelle, dans lesquels les négociateurs des pays en développement peuvent, jusqu'aux petites heures du matin, consulter des juristes spécialisés à propos des projets de déclarations ministérielles³¹⁴. De cette façon, les pays en développement peuvent appuyer leur position sur une expertise crédible, reconnue et sensible aux problèmes de développement.

³¹¹ SELL, *Private Power*, p. 144.

³¹² HOEN, p. 33.

³¹³ Geoff TANSEY, « The Role and Perspectives of "Non-Traditional" Providers of IPR Technical Assistance », *Reflecting on IPR Technical Assistance*, Helsinki, Saana Consulting, 2004, p. 54-64.

³¹⁴ Nico TYABJI, « QUNO at the 6th WTO Ministerial in Hong Kong », *Geneva Reporter*, vol. 25, n° 1, p. 6.

La contribution la plus importante des ONG à la contestation de l'*Accord sur les ADPIC* est sans doute la pression qu'elles ont exercée sur les gouvernements des pays développés. Elles ont organisé aux États-Unis et en Europe d'importantes manifestations sur le problème de l'accès aux médicaments et publient régulièrement des lettres ouvertes dans les grands quotidiens. Alertés par les campagnes des ONG, des chercheurs, comme ceux de l'Université Yale, des investisseurs, comme le *Morley Fund Management*, et des parlementaires, comme ceux du Parlement européen, ont eux aussi réclamé que le régime international des brevets tienne davantage compte des besoins des pays en développement³¹⁵. Cet effet boule de neige permet d'exercer une pression significative sur les décideurs publics.

L'une des campagnes les plus efficaces fut orchestrée dans les mois précédant les élections présidentielles américaines en 2000. Le vice-président et candidat à la présidence Al Gore fut alors la cible de plusieurs ONG en raison de ses prises de position favorables à la protection des brevets pharmaceutiques dans le différend opposant les 39 firmes et le gouvernement sud-africain³¹⁶. Plus encore, Ralph Nader, fondateur de *Consumer Project on Technology* et *Essential Action*, deux des ONG les plus actives aux États-Unis dans la contestation de l'*Accord sur les ADPIC*, annonça qu'il se présenterait comme candidat à la présidence, grugeant ainsi une précieuse faction de l'électorat traditionnellement acquis aux démocrates³¹⁷. Sous la pression, Al Gore fit volte-face. Alors qu'il défendait initialement des normes allant au-delà des obligations prévues dans l'*Accord sur les ADPIC*, il appuya ensuite l'utilisation des licences obligatoires et des importations parallèles dans les pays subsaharien pour faciliter l'accès aux antirétroviraux³¹⁸. Ce changement de position fut repris par l'administration Clinton au cours de ses derniers mois d'exercice³¹⁹. La coalition d'ONG critique du régime des brevets réussit ainsi à déstabiliser le consensus de l'élite politique américaine en faveur d'une protection universellement forte des brevets, appuyant par

³¹⁵ HOEN, p. 31 ; MAYNE, « The Global Campaign on Patents », p. 251 ; SELL, « Post-TRIPs Development », p. 214.

³¹⁶ SELL, « TRIPs and the Access », p. 502-504.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 498-500.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 504.

³¹⁹ *Executive Order No 13*, 155, 65 Fed. Reg. 30,521 (2000).

le fait même les efforts des pays en développement pour que le régime des brevets tienne davantage compte de leurs besoins particuliers³²⁰.

B. LES COALITIONS DE PAYS EN DÉVELOPPEMENT

Avant même la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC*, les pays en développement avaient réussi à créer une coalition au sein de l'OMPI. Ensemble, ils réclamèrent que la *Convention de Paris* soit révisée pour autoriser davantage d'exceptions aux droits conférés par un brevet³²¹. Les débats ne portèrent plus sur les modalités de rehaussement de la protection offerte, mais sur la marge de manœuvre permise pour limiter les droits de propriété intellectuelle. C'est entre autres en raison de cette coalition à l'OMPI que les États-Unis privilégièrent le forum du GATT pour négocier l'*Accord sur les ADPIC*³²².

Depuis quelques années, le même phénomène de coalition semble se reproduire au Conseil des ADPIC. C'est ce que remarque Adrian Otten, directeur de la section sur les droits de propriété intellectuelle à l'OMC :

*«I have been with the WTO and the GATT for more than 25 years and we have seen an increasing number of influential developing countries or blocks of developing countries become members and active participants [...] They have organized themselves in an impressive way and become much more effective in influencing the way decisions are taken in the WTO and the content of those decisions»*³²³.

Si les pays en développement sont aujourd'hui plus influents, c'est notamment en raison de modifications à la composition des membres de l'OMC. La proportion des pays en développement ne cesse de croître puisque l'ensemble des 34 pays ayant adhéré à l'OMC depuis 1996

³²⁰ BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 576.

³²¹ «To some extent, the recent demands for diversification and the development of the WIPO development agenda by less developed countries remind us of the development in the 1967 Stockholm revision conference» Yu, «Currents and Crosscurrents», p. 41. Sur les débats entourant la révision de la Convention de Paris, voir ZHANG, p. 166-168.

³²² BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 566.

³²³ Andrian OTTEN, «International Institutions, Rules and Practices and Capacity Building», présentation à la Conférence de la Commission on Intellectual Property Rights, *How intellectual property rights could work better for developing countries and poor people*, Londres, the Royal Society, 21-22 février 2002.

sont des pays en développement³²⁴. En plus de ce changement quantitatif, l'adhésion de la Chine à l'OMC en décembre 2001 représente un changement qualitatif d'importance. Malgré les pressions répétées des États-Unis, ce pays demeure sceptique à propos des effets bénéfiques d'une forte protection des brevets³²⁵. La Chine est en outre consciente que son marché intérieur en croissance est convoité par plusieurs pays développés, dont les États-Unis, et que cette convoitise représente un atout significatif dans les négociations commerciales.

Plus encore que la redéfinition de la carte géopolitique de l'OMC, les processus d'apprentissage contribuèrent à l'influence croissante des pays en développement, et particulièrement à celle des pays les moins avancés³²⁶. Lors des négociations du cycle de l'Uruguay, les débats sur le droit des brevets furent dominés par quelques spécialistes des pays développés et des pays émergents, comme l'Inde et le Brésil. Le Programme des Nations Unies pour le Développement, dans son rapport sur le développement humain de 1999, souligne que plusieurs petits pays en développement ont accepté l'*Accord sur les ADPIC* sans véritablement comprendre ses implications économiques et sociales³²⁷. Mais depuis 1994, les petits pays en développement, et ceux qui figurent sur la liste des pays les moins avancés de l'ONU, ont appris à mieux définir leurs préférences. Ils ont bénéficié des programmes d'aide technique et ont acquis de l'expérience au Conseil des ADPIC³²⁸. Ainsi,

³²⁴ Il s'agit de l'Albanie, l'Angola, l'Arménie, le Bénin, la Bulgarie, le Cambodge, la Chine, le Congo, la Croatie, les Émirats Arabes Unis, l'Équateur, Fidji, la Gambie, la Géorgie, la Grenade, Haïti, les îles Salomon, la Jordanie, la Lituanie, la Macédoine, la Moldavie, la Mongolie, le Népal, le Niger, Oman, le Panama, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, le Qatar, la République démocratique du Congo, la République kirghize, le Rwanda, Saint-Kitts-et-Nevis, le Tchad et Taïwan. Ce changement est important puisque les règles de procédures de l'OMC, contrairement à celles du Fonds monétaire international ou de la Banque mondiale, prévoient que chaque pays ne représente qu'une voix, peu importe son poids économique. Néanmoins, la majorité des décisions à l'OMC sont généralement prises par consensus.

³²⁵ Jennifer FAN, « The Dilemma of China's Intellectual Property Piracy », *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 4, 1999, p. 207-236.

³²⁶ YU, « Currents and Crosscurrents », p. 39.

³²⁷ PNUD, *Human Development Report 1999*, New York, PNUD, p. 74.

³²⁸ Par exemple, la loi modèle de l'Organisation pour l'Union africaine sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels contribua à forger la position des pays africains sur l'article 27 de l'*Accord sur les ADPIC*.

ils jouent de plus en plus un rôle proactif dans le régime international des brevets. Non seulement refusent-ils le renforcement des règles existantes, mais ils prennent l'initiative de soumettre des propositions pour que le régime des brevets participe davantage à leur développement.

Si certains pays en développement déploient de façon ostentatoire leurs contestations des règles multilatérales, c'est également pour apparaître sur leur scène politique nationale comme des gouvernements qui se battent avec détermination pour une cause juste³²⁹. Le cas du droit des brevets, lorsqu'il est relayé auprès de la population par des ONG, représente une occasion unique pour tirer les dividendes sur la scène politique nationale d'une telle stratégie tributienne. Comme le remarquent Thomas Bayard et Kimberly Ann Elliot, « The political imagery of large multinational firms exercising monopoly power over domestic consumers and locally owned firms makes it easy for politicians to resist change, particularly in the case of pharmaceuticals, where access to low-cost medicines for poor people is at issue »³³⁰. Une fois engagé dans cette voie, il devient difficile pour un gouvernement de faire marche arrière sans apparaître auprès de sa propre population comme un faible qui consent à des règles illégitimes.

Dans ce contexte, les pays en développement formèrent diverses coalitions pour mieux faire face aux pays développés, et particulièrement aux États-Unis³³¹. Les principales coalitions impliquées dans ces négociations sont le Groupe des pays mégadivers, le Groupe des pays les moins avancés, le Groupe partageant une vision commune (*Like-*

³²⁹ BADIE, p. 288.

³³⁰ Thomas O. BAYARD et Kimberly Ann ELLIOT, *Reciprocity and Retaliation in US Trade Policy*, Washington, Institute for International Economics, 1994, p. 201.

³³¹ Amrita Narlikar distingue deux formes de coalition, soit les alliances et les blocs. Les alliances réunissent temporairement un ensemble de pays pour l'atteinte d'un objectif commun spécifique, alors que les blocs sont des groupes relativement permanents de pays qui partagent une identité collective, comme le G77 à la CNUCED. Les blocs ne bénéficieraient généralement pas de la flexibilité des alliances mais leur cohésion leur permettrait davantage de résister aux pressions extérieures et de s'opposer à des propositions soumises par des tiers. En reprenant la terminologie d'Amrita Narlikar, on peut observer que les pays en développement ont davantage formé des blocs que des alliances dans le régime international des brevets. *International Trade and Developing countries: Bargaining Coalitions in the GATT & WTO*, Londres et New York, Routledge, 2003, p. 31.

Minded Group) et le Groupe africain³³². À la conférence ministérielle de Seattle tenue en 1999, ces coalitions se sont opposées massivement à la proposition américaine de débattre de la brevetabilité des végétaux et des animaux. Pour le Groupe africain, qui exerce un leadership croissant dans le domaine de la propriété intellectuelle, cette question ne pouvait être sur la table des négociations tant que les promesses d'accès aux marchés agricoles et textiles, qui avaient servi de monnaies d'échange contre l'*Accord sur les ADPIC*, ne s'étaient pas matérialisées³³³.

Au printemps 2001, l'ambassadeur du Zimbabwe, Boniface Chidyau-siky, présidait à la fois le Groupe africain et le Conseil des ADPIC. Il réussit à convaincre les autres membres de l'OMC de débattre de la question de l'accès aux médicaments au Conseil des ADPIC. Une fois la question mise à l'ordre du jour, les débats restèrent antagonistes pendant quelques mois, opposant principalement les positions africaines et américaines. Puis, à la conférence ministérielle de Doha de novembre 2001, le Groupe africain et le Groupe des pays les moins avancés ont clairement affirmé qu'ils bloqueraient le lancement d'un nouveau cycle de négociation si aucune entente n'était conclue sur la question de l'accès aux médicaments³³⁴.

Alors que les pays en développement et les ONG sont de plus en plus organisés en coalitions, formant eux-mêmes une méta-coalition, les pays développés semblent plus divisés sur la question du droit des brevets. En effet, plusieurs pays européens se montrent sensibles aux réclamations des pays en développement. Sur la question de l'accès aux médicaments, la Communauté européenne adopta une position mitoyenne entre celle des États-Unis et celle du Groupe africain³³⁵. Le Canada, la Norvège et les Pays-Bas ont même récemment modifié leur droit des brevets afin de permettre l'émission de licences obligatoires sur la production de médicaments génériques principalement

³³² NARLIKAR, p. 178-185.

³³³ *Communication de Maurice au nom du Groupe africain, Examen des dispositions de l'article 27.3(b)*, OMC Doc. IP/C/W/206, 20 septembre 2000, p. 1-2, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>; YU, « Currents and Crosscurrents », p. 39.

³³⁴ HOEN, p. 38-41.

³³⁵ *Ibid.*, p. 40.

destinés à l'exportation³³⁶. La Suisse et le Danemark, de leur côté, ont intégré dans leur droit interne la proposition du Groupe de pays mégadivers d'imposer la divulgation de l'origine des ressources génétiques, de façon à faciliter la mise en œuvre de la *Convention sur la diversité biologique*³³⁷. Par ailleurs, la question de la conversion des systèmes du brevet au premier inventeur (*first-to-invent*) en systèmes du brevet au premier déposant (*first-to-file*) oppose toujours les États-Unis aux pays européens et au Japon³³⁸.

Bien que les États-Unis exercent encore une influence considérable sur les négociations multilatérales³³⁹, la méta-coalition des ONG et des pays en développement ne leur permet pas d'imposer leurs préférences. Ils ne peuvent raisonnablement pas espérer que l'*Accord sur les ADPIC* soit amendé pour imposer la brevetabilité des végétaux ou ajouter des restrictions sur l'emploi des licences obligatoires. Plus encore, la contestation du régime international des brevets a permis d'inscrire certaines normes contre-hégémoniques dans plusieurs forums multilatéraux.

§ 2. Des normes multilatérales de contre-régime

Les ONG et les pays en développement ont véhiculé avec force leur discours sur les effets négatifs du droit de brevets pour le développement. Ce discours contre-hégémonique réussit progressivement à s'introduire dans certains débats multilatéraux et contribua même à l'adoption de nouvelles règles multilatérales³⁴⁰. Il fut d'abord adopté dans les forums onusiens déjà plus sensibles aux questions de développement (A). Puis, l'OMPI (B) et l'OMC (C) adoptèrent des décisions qui, aussi mineures puissent-elles paraître, représentent un véritable changement

³³⁶ MORIN, « La divulgation ».

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Communication des Communautés européennes, Préparation de la conférence ministérielle de 1999, Approche des CE en ce qui concerne les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce dans, le nouveau cycle de négociations*, OMC Doc. WT/GC/W/193, 2 juin 1999; *Communication of Japan, Proposal on Trade-Related Aspects of Intellectual Property*, OMC Doc. WT/GC/W/242, 6 juillet 1999, p. 1, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

³³⁹ Commission on Intellectual Property Rights, p. 164.

³⁴⁰ « Each [multilateral organizations] has its own identity, socially constructed though the practice of specific multilateral intuitions. » BOAS et McNEIL, p. 216.

de cap. La résistance au régime du droit des brevets est loin d'avoir gagné sa guerre, mais elle a remporté quelques batailles significatives sur le terrain du multilatéralisme.

A. LES ORGANISATIONS ONUSIENNES

Les pays en développement et les ONG ont utilisé une stratégie de changement de forums (*forum shifting*) pour réorienter le régime international des brevets vers les questions de développement³⁴¹. Ils ont réussi à introduire un débat sur le droit des brevets dans plusieurs organisations onusiennes qui lui étaient autrefois étrangères. Au moins cinq caractéristiques communes qui les distinguent de l'OMC expliquent leur réceptivité à l'association entre le droit des brevets et le développement. Premièrement, leur mission, en tant qu'organe des Nations Unies, est davantage orientée sur les questions de développement. Deuxièmement, les États-Unis et les autres pays développés peuvent plus difficilement y utiliser leur levier commercial pour inciter les autres pays à adopter des normes particulières. Troisièmement, les délégués, que ce soit des spécialistes de l'environnement, des droits humains ou de la santé, sont plus réceptifs au discours sur le développement que les experts commerciaux de l'OMC. Quatrièmement, ces organisations laissent une place plus importante aux ONG qui appuient les pays en développement³⁴². Cinquièmement, les décisions y sont généralement prises à la majorité plutôt qu'au consensus, permettant de marginaliser l'opposition des États-Unis.

L'une des premières organisations qui fit écho au discours contestataire des pays en développement est la Conférence des Parties à la *Convention sur la diversité biologique*. Dès 1998, la Conférence des Parties «insiste sur la nécessité de veiller à la cohérence de l'application de la *Convention sur la diversité biologique* et de [l'*Accord sur les ADPIC*], et invite l'Organisation mondiale du commerce à réfléchir à la manière de réaliser ces objectifs»³⁴³. Puis, en 2002, elle invita officiellement «les gouvernements à encourager la divulgation du pays d'ori-

³⁴¹ HELFER, «Regime Shifting».

³⁴² *Ibid.*, p. 52.

³⁴³ Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique, *Relations entre la Convention et la Commission du développement durable, les conventions intéressant*

gine des ressources génétiques dans les demandes d'octroi de droits de propriété intellectuelle»³⁴⁴. Elle les invita également à «élaborer et appliquer des stratégies de protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles fondées sur [...] les mécanismes existants relatifs à la propriété intellectuelle»³⁴⁵. Les États-Unis, qui ne sont pas membres de la Conférence des Parties de la *Convention sur la diversité biologique*, ne purent bloquer ces initiatives. Tout au plus, ils s'opposèrent systématiquement à ce que le Secrétariat de la convention obtienne un statut d'observateur permanent au Conseil des ADPIC, arguant qu'il n'y a pas de lien suffisant entre les débats sur la diversité biologique et ceux sur la propriété intellectuelle³⁴⁶.

Inspirés par cette convention, le *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* fut adopté en 2001 sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO). Ce traité établit un système multilatéral favorisant l'accès à 64 espèces cultivées et plantes fourragères importantes. Toute personne physique ou morale peut accéder à ces espèces à condition que cette personne ne «revendique aucun droit de propriété intellectuelle ou autre droit limitant l'accès facilité aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture ou à leurs parties ou composantes génétiques sous la forme reçue du Système multilatéral»³⁴⁷. En interdisant ainsi de se prévaloir d'éventuels droits de propriété intellectuelle, le traité de la FAO affirme implicitement que ces droits ne bénéficient pas aux petits agriculteurs, à la communauté scientifique et à l'environnement. Pour cette raison, les pays européens ont joint à leur instrument de ratification une déclaration précisant

la diversité biologique et d'autres accords, institutions et mécanismes internationaux pertinents, Décision IV/15, 1998, para 9.

³⁴⁴ Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, *Accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques*, Décision VI/24, No. Doc. UNEP/CB/COP/6/20, 19 avril 2002, partie C, para. 1.

³⁴⁵ Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, *Accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques*, Décision VI/10, art. 8(j) et dispositions connexes, 19 avril 2002, para. 33.

³⁴⁶ ICTSD, «TRIPs Council Sets Agenda for June Meeting», *Bridge Weekly News Digest*, ICTSD, 22 mai 2002, p. 7-8.

³⁴⁷ *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, 3 novembre 2001, non catalogué, art. 12.3(d).

que, selon leur interprétation du traité, les ressources phylogénétiques modifiées peuvent « être l'objet de droits de propriété intellectuelle pour autant que les critères relatifs à de tels droits soient satisfaits »³⁴⁸. Les États-Unis, quant à eux, ont préféré ne pas ratifier le traité³⁴⁹.

L'Organisation mondiale de la santé (OMS) est une troisième organisation onusienne qui s'intéresse au lien entre droit des brevets et le développement. Son intérêt pour le droit des brevets découle d'une résolution demandant au secrétaire « de faire rapport sur l'impact de l'activité de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC) concernant les politiques pharmaceutiques nationales et les médicaments essentiels »³⁵⁰. En réponse à cette résolution, le secrétariat publia en 1998 une étude intitulée *Globalization and Access to Drugs: Perspectives on the WTO/TRIPs Agreement* qui recommandait aux pays en développement d'utiliser les exceptions qu'autorise l'*Accord sur les ADPIC*, dont l'octroi de licences obligatoires et les importations parallèles, de façon à favoriser l'accès aux médicaments³⁵¹. En 2001, à la veille de la Conférence ministérielle de Doha, le Secrétariat de l'OMS publia un document de synthèse qui recommandait aux pays en développement d'adopter un niveau de protection minimal est d'éviter de s'engager à respecter des obligations allant au-delà des exigences de l'*Accord sur les ADPIC*³⁵². Plus récemment, en mai 2003, les membres de l'OMS créèrent la Commission sur les droits de propriété intellectuelle, l'innovation et la santé publique dont le mandat consiste à « recueillir des données et des

³⁴⁸ Communauté européenne, *Déclaration jointe à l'instrument d'approbation, Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, 3 novembre 2001, en ligne: FAO <<http://www.fao.org/Legal/TREATIES/033s-f.htm>> (date d'accès: 3 avril 2006).

³⁴⁹ LOURIE, p. 80.

³⁵⁰ OMS, *Stratégie pharmaceutique révisée*, Doc. n° WHA49.14, Genève, OMS, mai 1996.

³⁵¹ OMS, *Globalization and Access to Drugs: Perspectives on the WTO/TRIPs Agreement*, Health, Economics and Drugs DAP Series No. 7, Doc. n°. WHO/DAP/98.9, Genève, OMS, 1999, en ligne: OMS <http://whqlibdoc.who.int/hq/1998/WHO_DAP_98.9_Revised.pdf> (date d'accès: 31 mars 2006).

³⁵² OMS, *Globalization, TRIPs, and Access to Pharmaceuticals*, Doc. n° WHO/EDM/2001, Genève, OMS, 2 mars 2005, en ligne: OMS <<http://www.who.int/3by5/amds/en/regulations1.pdf>> (date d'accès: 31 mars 2006).

propositions auprès des différents acteurs concernés»³⁵³. Les études commandées jusqu'à présent par la Commission expriment une position critique envers l'exportation du droit des pays développés vers les pays en développement³⁵⁴.

De façon plus transversale que sectorielle, la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) s'intéressa également au sujet. Tout en réaffirmant la nécessité de protéger les inventions pour stimuler la recherche et le développement, la CNUCED appuie les efforts des pays en développement pour que les travaux du Conseil des ADPIC tiennent davantage compte des questions de développement. Plus particulièrement, la CNUCED a initié, en collaboration avec l'ONG *International Centre for Trade and Sustainable Development*, un ambitieux programme de recherche intitulé *The Capacity Building Project on Intellectual Property Rights* dont les objectifs sont de mieux comprendre les implications de l'*Accord sur les ADPIC* sur le développement et de renforcer les capacités d'analyse et de négociation des pays en développement. À travers ce programme, la CNUCED a publié de nombreuses études et a organisé plusieurs ateliers des formations sur des thèmes qui intéressent particulièrement les pays en développement, comme l'accès aux médicaments, la protection des savoirs traditionnels, les transferts de technologie et le partage des avantages³⁵⁵. Ils ont également publié le livre *Resource Book on TRIPs and Development*, qui demeure l'un des ouvrages juridiques les plus complets sur l'Accord sur les ADPIC³⁵⁶.

Plus critique que la CNUCED, le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) aborde systématiquement la question de l'*Accord sur les ADPIC* et du développement dans ses rapports annuels sur le développement humain. Dans celui de 2003, le PNUD remarqua que les engagements sur les transferts de technologie n'ont pas été mis en œuvre, contrairement aux obligations sur la protection

³⁵³ OMS, *Droits de propriété intellectuelle, innovation et santé publique*, Doc n°. WHA56.27, Genève, OMS, 2003, para. 2.2.

³⁵⁴ Commission on Intellectual Property Rights, *Innovation and Public Health, CIPIH Studies Summary*, en ligne: OMS: <<http://www.who.int/intellectualproperty/studies/StudySummaries.pdf>> (date d'accès: 31 mars 2006).

³⁵⁵ Voir le site Internet IPRonline, en ligne: <<http://www.iprsonline.org/>>.

³⁵⁶ UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPs and Development*.

des inventions. Pour remédier à ce déséquilibre, les auteurs considèrent qu'une révision est essentielle : « It is vital to reopen negotiation on the TRIPs Agreement operationalizing its provisions for technological transfer »³⁵⁷. En 2004, le PNUD examina la question de la protection des savoirs traditionnels et du partage des avantages. Encore une fois, les auteurs du rapport souhaitèrent une révision pour favoriser davantage le développement des pays du Sud³⁵⁸. En 2005, le PNUD s'intéressa à l'accès aux médicaments et adopta une position résolument critique envers le régime établi par l'*Accord sur les ADPIC* : « The TRIPs Agreement threatens to widen the technological divide between technology-rich countries and technology-poor countries »³⁵⁹.

La Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme alla encore plus loin. En août 2002, elle adopta une résolution déclarant que l'accord « ne rend pas compte comme il convient de tous les droits de l'homme, notamment le droit de chacun de jouir des bienfaits des progrès scientifiques et de leurs applications, le droit à la santé, le droit à la nourriture et le droit à l'autodétermination »³⁶⁰. Pour cette raison, elle conclut qu'il « y a des conflits apparents entre le régime relatif aux droits de propriété intellectuelle contenu dans l'Accord, d'une part, et le droit international relatif aux droits de l'homme, de l'autre »³⁶¹. Dans ce conflit apparent, la Sous-Commission considère que les obligations relatives aux droits de l'homme doivent primer. Par conséquent, elle invita le Conseil des ADPIC à « tenir pleinement compte des obligations qui incombent actuellement aux États en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme »³⁶².

³⁵⁷ PNUD, *Human Development Report 2003, Millennium Development Goals: A compact among nations to end human poverty*, New York, PNUD, 2003, p. 160, en ligne : PNUD <http://hdr.undp.org/reports/global/2003/pdf/hdr03_chapter_8.pdf> (date d'accès : 31 mars 2006).

³⁵⁸ PNUD, *Human Development Report 2004, Cultural Liberty in Today's Diverse World*, New York, PNUD, 2004, p. 93, en ligne : PNUD <http://hdr.undp.org/reports/global/2004/pdf/hdr04_chapter_5.pdf> (date d'accès : 31 mars 2006).

³⁵⁹ PNUD, *Human Development Report 2005, International cooperation at a crossroads: Aid, trade and security in an unequal world*, New York, PNUD, 2005, p. 135, en ligne : PNUD <http://hdr.undp.org/reports/global/2005/pdf/HDR05_chapter_4.pdf> (date d'accès : 31 mars 2006).

³⁶⁰ *Droits de propriété intellectuelle et droits de l'homme*, Para. 2.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Ibid.*, para. 8.

Les travaux de toutes ces organisations internationales appuyèrent les efforts des pays en développement pour réorienter le régime international des brevets vers leurs préoccupations. Leurs recherches renforcèrent leurs capacités d'analyse et leurs prises de position donnèrent une légitimité importante à leurs réclamations³⁶³. Paradoxalement, de tels changements de forums opérés par les acteurs plus faibles peuvent servir les intérêts de l'*hegemon*. L'attention et les ressources des forces contestataires risquent d'être déviées vers la marge du régime, abandonnant ainsi à l'*hegemon* le cœur du régime, tout en créant une fausse impression de rééquilibrage. C'est toutefois l'inverse qui se produisit : le cœur institutionnel du régime, c'est-à-dire l'OMPI et l'OMC, subissant la pression des pays en développement, des ONG et des autres organisations internationales, procéda à une réorientation normative pour tenir davantage compte des questions de développement.

B. L'OMPI ET LE DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL

Au début des années 1990, l'OMPI se serait sentie menacée par la négociation du droit de la propriété intellectuelle à l'OMC³⁶⁴. En réaction à cette menace, elle a multiplié ses initiatives, révélant ainsi son ambition de demeurer un centre de gravité important dans le régime international des brevets, complémentaire à celui de l'OMC³⁶⁵. À l'automne 2001, le directeur général de l'OMPI proposa à l'Assemblée générale le *Plan d'action pour le développement du système interna-*

³⁶³ Sur le rôle des organisations internationales dans la légitimation, voir Cox, *Approches to World Order*, p. 138; FINNEMORE et SIKKINK, p. 899 et 903.

³⁶⁴ Marc HUFTY, «La gouvernance internationale de la biodiversité», *Études internationales*, vol. 32, n° 1, mars 2001; Sisule F. MUSUNGU et Graham DUTFIELD, *Multilateral Agreements and a TRIPs-Plus World: The World Intellectual Property Organisation (WIPO)*, Genève, Quaker United Nations Office, 2003, p. 11, en ligne: IPRsonline <http://www.iprsonline.org/ictsd/docs/WIPO_MUSUNGU_DUTFIELD.pdf> (date d'accès: 22 mars 2006); Olivier CATTANEO, *Le règlement des différends en matière de propriété intellectuelle au sein de l'OMC et de l'OMPI*, mémoire, Université de Genève, Genève, mars 1998, p. 48.

³⁶⁵ Martine BARRÉ, «L'OMPI et la mondialisation du droit de la propriété intellectuelle», in *La mondialisation du droit*, sous la dir. de Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJAN, Paris, Litec, 2000, p. 277-295.

*tional des brevets*³⁶⁶. Ce plan d'action, approuvé par l'Assemblée générale, comprend trois stratégies: 1) la ratification et l'entrée en vigueur du *Traité sur le droit des brevets* pour harmoniser les procédures nationales relatives aux demandes, à l'obtention et au maintien de brevets; 2) la négociation d'un *Traité sur le droit matériel des brevets* harmonisant davantage les critères de brevetabilité; 3) et la réforme du *Traité de coopération en matière de brevets* de façon à simplifier et centraliser davantage les demandes internationales de brevet. Aux yeux de l'OMPI, ces projets devaient résoudre des problèmes techniques au bénéfice de tous les pays membres et de tous les utilisateurs du système des brevets³⁶⁷.

Aujourd'hui, les débats entourant le plan d'action ne sont plus perçus comme de simples arrangements techniques et s'inscrivent dans le débat plus général sur les effets du droit des brevets sur le développement. Plusieurs études publiées par des ONG et des organisations internationales ont souligné les impacts négatifs que peuvent avoir la ratification du *Traité sur le droit des brevets*, la conclusion du *Traité sur le droit matériel des brevets* et la réforme du *Traité de coopération en matière de brevets*³⁶⁸. Ces points de vue sont également partagés par plusieurs pays en développement, et particulièrement par les pays latino-américains, qui critiquent aujourd'hui l'orientation proposée dans le plan d'action³⁶⁹. Dès lors, la conclusion d'un *Traité sur le droit matériel des brevets* et la réforme du *Traité de coopération en matière de brevets* semblent menacées. De l'aveu même de la délégation américaine à l'OMPI, «les débats devant le [Comité permanent du droit des brevets

³⁶⁶ OMPI, Assemblées des États membres, *Plan d'action pour le développement du système international des brevets*, *Mémoire du Directeur général*, Doc. n° A/36/14, 6 août 2001, p. 6.

³⁶⁷ Comme le remarquent Carlos M. CORREA et Sisule MUSUNGU, «WIPO has consistently sought to reinforce the perception that it is a highly technical body to keep away most of the political and economic debate about IPRs», *The WIPO Patent Agenda: The Risks for Developing Countries*, Genève, Centre Sud, 2002, p. 4.

³⁶⁸ CORREA et MUSUNGU; MUSUNGU et DUTFIELD.

³⁶⁹ «Developing Countries Wary of Additional Commitments in WIPO», *Bridges Trade BioRes*, vol. 2, n° 15, 10 octobre 2002, en ligne: ICTSD <<http://www.ictsd.org/biores/02-10-10/story1.htm>> (date d'accès: 22 mars 2006).

à l'OMPI] ont dégénéré»³⁷⁰. Dans l'espoir d'éviter que les négociations soient complètement abandonnées, les questions les plus controversées ont récemment été reportées et les projets actuellement négociés sont beaucoup plus modestes que ceux initialement prévus³⁷¹.

Les pays en développement se sont non seulement opposés au plan d'action, ils ont également proposé leurs propres projets. En septembre 2000, les membres de l'OMPI ont créé un Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle, des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles et du folklore³⁷². Au sein de ce comité, les pays en développement ont mis en œuvre plusieurs projets, dont l'adoption de principes généraux sur la protection des connaissances traditionnelles³⁷³.

Plus récemment, en octobre 2004, le Brésil et l'Argentine, appuyés par une coalition de pays autoproclamés *Les Amis du développement*, ont proposé à l'Assemblée générale de l'OMPI un ambitieux plan d'action sur le développement. En soulignant que l'OMPI, en tant qu'organisation des Nations Unies, devrait être guidée par des objectifs de développement, ils ont proposé «de modifier la convention instituant l'OMPI (1967) afin de s'assurer que le développement constitue un élément essentiel du programme de travail de l'Organisation»³⁷⁴. Ils ont également proposé l'établissement d'un nouvel organe subsidiaire

³⁷⁰ Proposition des États-Unis d'Amérique et du Japon en vue de l'établissement d'un nouveau programme de travail pour le comité permanent du droit des brevets, Doc. n° WO/GA/31/10, Genève, OMPI, 27 août 2004.

³⁷¹ OMPI, Standing Committee on the Law of Patents, *Information on Certain Recent Developments in Relation to the Draft Substantive Patent Law Treaty (SPLT)*, Doc. n° SCP/10/8, 10^e sess., Genève, OMPI, 17 mars 2004, p. 2, en ligne: OMPI <http://www.wipo.int/scp/en/documents/session_10/pdf/scp_10_8.pdf> (date d'accès: 31 mars 2006).

³⁷² OMPI, Assemblée générale, Document préparé par le Secrétariat, *Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Doc. n° WO/GA/26/6, 26^e sess., Genève, OMPI, 25 août 2000.

³⁷³ OMPI, *Draft Provisions on the Protection of Traditional Knowledge (TK), and Draft Provisions on the Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore (TCEs)*, en ligne: OMPI <http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html> (date d'accès: 31 mars 2006).

³⁷⁴ Proposition de l'Argentine et du Brésil en vue de l'établissement d'un plan d'action de l'OMPI pour le développement, Doc. n° WO/GA/31/11, Genève, OMPI, 24 août 2004, p. 2.

sur les transferts de technologie. Selon le Brésil et l'Argentine, ce nouvel organe pourrait chapeauter la négociation d'un traité qui permettrait aux pays en développement d'avoir accès aux résultats de la recherche subventionnée dans les pays développés³⁷⁵. Sans retenir l'ensemble des propositions soumises par le Brésil et l'Argentine, l'Assemblée générale de l'OMPI a néanmoins adopté une décision « accueillant favorablement l'initiative d'un plan d'action pour le développement » et prévoyant des réunions périodiques pour examiner davantage cette question³⁷⁶.

L'opposition croissante à la mise en œuvre du Plan d'action pour le système international des brevets et la contre-proposition d'un plan d'action pour le développement sont significatives. Aujourd'hui, plusieurs questions inscrites à l'ordre du jour de l'OMPI concernent le développement. Cette association entre le droit des brevets et le développement ne s'est toutefois pas encore traduite par l'adoption de nouvelles règles. C'est plutôt à l'OMC que des ajustements au droit des brevets ont été adoptés.

C. L'OMC ET LE DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL

L'*Accord sur les ADPIC* n'était pas censé être un instrument statique, sa révision étant prévue dans le texte même de l'accord. L'article 27(3) permettant d'exclure les végétaux et les animaux de la brevetabilité prévoyait que cette disposition devait être révisée en 1999. De même, l'article 64 interdit les plaintes en situation de non-violation jusqu'au 1^{er} janvier 2000 et donne l'instruction au Conseil des ADPIC de débattre de la prolongation de cette période. Plus encore, l'article 71 prévoyait que l'accord en entier devait être réexaminé en 2000.

Lors de sa négociation, il était entendu que ces révisions et réexamens pouvaient éventuellement conduire à des amendements au texte de l'accord. Les seules formes d'amendements qui étaient alors envisagées étaient celles qui ont « pour objet l'adaptation à des niveaux plus élevés de protection des droits de propriété intellectuelle »³⁷⁷. Il n'était pas question, comme le souligne la Commission européenne, « d'abaisser

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ OMPI, Assemblée générale, *Rapport adopté par l'Assemblée générale*, Doc. n° WO/GA/31/15, 31^e sess., 5 octobre 2004, Genève, OMPI, p. 76.

³⁷⁷ *Accord sur les ADPIC*, art. 71.2.

les normes ni d'accorder d'autres périodes de transition»³⁷⁸. C'est pourtant ce qui se produit.

De 1995 à 1998, l'accord ne souleva pas de controverse majeure³⁷⁹. À la conférence ministérielle de 1996, tenue à Singapour, aucune délégation ne remit en cause la structure et l'esprit de l'accord. Tout au plus, le Botswana s'était dit «préoccupé par la lenteur des progrès dans la fourniture de l'assistance technique [dans le domaine de] la protection des droits de propriété intellectuelle»³⁸⁰. À la conférence ministérielle de 1998, tenue à Genève, plusieurs pays en développement émettent clairement des doutes sur les effets de l'*Accord sur les ADPIC* sur leur économie. Le Kenya, par exemple, déclara que les pays en développement allaient «probablement être confrontés à des coûts plus élevés en termes de redevances»³⁸¹. Néanmoins, aucune délégation ne remet sérieusement en question le texte même de l'accord. Elles affirmèrent simplement qu'ils accueilleraient «avec intérêt toute action visant à aider les pays en développement et les pays les moins avancés à obtenir un transfert de technologie à des conditions abordables»³⁸².

La contestation prit de l'ampleur lors de la conférence ministérielle de 1999 tenue à Seattle³⁸³. Devenus plus familiers avec les enjeux soulevés par le droit des brevets, plusieurs pays en développement exprimèrent de vives critiques. Le ministre du Commerce du Pakistan souligna lui-même que «le prix de l'*Accord sur les ADPIC* apparaît de plus en plus clairement»³⁸⁴. Son homologue de Maurice fut tout aussi critique: «Les contraintes [de l'*Accord sur les ADPIC*] pourraient retarder le développement technologique indispensable au développe-

³⁷⁸ *Communication des communautés européennes, Approche des CE en ce qui concerne les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce dans le nouveau cycle de négociations*, OMC Doc. WT/GC/W/193, 2 juin 1999, p. 1, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

³⁷⁹ PEREZ-PUGATCH, *The International Political Economy*, p. 156-158.

³⁸⁰ Botswana, *Statement by the Honourable K.G. Kgoroba, Minister of Commerce and Industry*, OMC Doc. WT/MIN(96)/ST/76, 11 décembre 1996, p. 1.

³⁸¹ Kenya, *Statement made by the Hon. J.J. Kamohito, E.G.H., M.P., Minister of Trade*, OMC Doc. WT/MIN(98)/ST/43, 18 mai 1998.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ PEREZ-PUGATCH, *The International Political Economy*, p. 158-166.

³⁸⁴ Pakistan, *Déclaration de M. Abdul Razak Dawood, Ministre du commerce, de l'industrie et de la production*, OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/9, 30 novembre 1999, p. 4 (ci-après: *Déclaration Pakistan*).

ment économique futur des pays en développement »³⁸⁵. Cette fois, les négociateurs des pays en développement soumièrent une série de propositions concrètes pour modifier l'*Accord sur les ADPIC* et l'orienter davantage vers leurs objectifs de développement. Ainsi, l'Inde proposa d'ajouter des dispositions contraignant les pays développés à effectuer des transferts de technologie au bénéfice des pays en développement³⁸⁶. Le Pakistan, le Cameroun, le Maroc et le Sénégal plaidèrent en faveur du prolongement des périodes transitoires, de façon à retarder sa mise en œuvre complète³⁸⁷. Les pays d'Europe de l'Est et le Venezuela suggérèrent de prolonger le moratoire sur les plaintes en situation de non-violation³⁸⁸. Un groupe de pays latino-américain et le Groupe africain proposèrent d'entamer des négociations sur la protection des savoirs traditionnels des communautés autochtones³⁸⁹. Plusieurs allèrent plus

³⁸⁵ Maurice, *Déclaration de M. Rajkewur Purryag, Premier Ministre adjoint et Ministre des affaires étrangères et du commerce international*, OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/102, 2 décembre 1999, p. 2.

³⁸⁶ *Communication de l'Inde, Préparation de la Conférence ministérielle de 1999, Transfert de technologie*, OMC Doc. WT/GC/W/352, 11 octobre 1999, p. 3, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

³⁸⁷ *Déclaration Pakistan*, p. 5; Cameroun, *Déclaration de S.E. M. Maïgari BELLO Bouba, Ministre d'État chargé du développement industriel et commercial*, OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/88, 2 décembre 1999, p. 2; Maroc, *Déclaration de M. Alami Tazi, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat*, OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/29 1^{er} décembre 1999, p. 3; Sénégal, *Déclaration de M. Khalifa Ababacar Sall Ministre du commerce et de l'artisanat*, OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/61, 1^{er} décembre 1999, p. 2, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

³⁸⁸ *Communication des pays de l'ALEEC et de la Lettonie, Prolongation de la période de cinq ans prévue à l'article 64.2 de l'Accord sur les ADPIC*, OMC Doc. WT/GC/W/275, 27 juillet 1999, p. 2; *Communication du Venezuela, Propositions concernant l'Accord sur les ADPIC présentées au titre du paragraphe 9 a) ii) de la Déclaration ministérielle de Genève*, OMC Doc. WT/GC/W/282, 6 août 1999, p. 2, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

³⁸⁹ *Communication de la Bolivie, de la Colombie, de l'Équateur, du Nicaragua et du Pérou, Proposition concernant la protection des droits de propriété intellectuelle relatifs aux connaissances traditionnelles des communautés locales et autochtones*, OMC Doc. WT/GC/W/362, 12 octobre 1999, p. 3; *Communication du Kenya au nom du Groupe africain, Préparation de la conférence ministérielle de 1999 Accord sur les ADPIC*, OMC Doc. WT/GC/W/302, 6 août 1999, p. 5; Honduras, *Déclaration de M. Reginaldo Panting, Secrétaire d'État à l'industrie et au commerce*, OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/40, 1^{er} décembre 1999, p. 2, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

loin en demandant l'exclusion de la brevetabilité de toutes les inventions biotechnologiques dont les inventeurs n'auraient pas respecté les obligations prévues dans la *Convention sur la diversité biologique*³⁹⁰. Le Groupe africain proposa plus simplement l'exclusion obligatoire de toutes les inventions biotechnologiques³⁹¹. Enfin, une douzaine de pays suggérèrent que les médicaments jugés essentiels par l'Organisation mondiale de la santé puissent être exclus de la brevetabilité³⁹².

À l'issue de la Conférence ministérielle de Seattle, aucune proposition des pays en développement ne fut adoptée et aucune déclaration commune ne fut émise³⁹³. Néanmoins, la conférence de Seattle représente un point tournant dans les négociations sur le droit des brevets. À partir de ce moment, les pays en développement ont adopté une attitude plus proactive. Inversement, les États-Unis ne disent plus souhaiter rouvrir l'article 27 pour imposer la brevetabilité des végétaux et des animaux. Tout indique qu'ils craignaient qu'en ouvrant la boîte de Pandore, les obligations déjà prévues risquaient d'en ressortir affaiblies³⁹⁴.

Ce changement de dynamique se manifesta encore plus clairement à la conférence ministérielle de 2001, tenue à Doha. Plusieurs facteurs ont

³⁹⁰ Communication du Venezuela, Propositions concernant l'Accord sur les ADPIC; Communication de Cuba, de l'Égypte, d'El Salvador, du Honduras, de l'Inde, de l'Indonésie, de la Malaisie, du Nigeria, de l'Ouganda, du Pakistan, de la République dominicaine et du Sri Lanka, Préparation de la conférence ministérielle de 1999, Questions de mise en œuvre à examiner à Seattle ou avant, OMC Doc. WT/GC/W/354, 11 octobre 1999, p. 4, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

³⁹¹ Communication du Kenya au nom du Groupe africain, Préparation de la conférence ministérielle de 1999, Accord sur les ADPIC, OMC Doc. WT/GC/W/302, 6 août 1999, p. 4, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

³⁹² Communication du Venezuela, Propositions concernant l'Accord sur les ADPIC, p. 2; Communication de Cuba, de l'Égypte, d'El Salvador, du Honduras, de l'Inde, de l'Indonésie, de la Malaisie, du Nigeria, de l'Ouganda, du Pakistan, de la République dominicaine et de Sri Lanka, Préparation de la conférence ministérielle de 1999, p. 4.

³⁹³ Les efforts pour lancer un nouveau cycle de négociation se soldèrent par un échec. Bien évidemment, cet échec ne s'explique pas uniquement par les controverses soulevées par l'*Accord sur les ADPIC*. Une série de facteurs complexes explique l'échec de la conférence de Seattle. DESTLER, p. 271.

³⁹⁴ Frederick M. ABBOTT, « TRIPs in Seattle: The Not-So-Surprising Failure and the Future of the TRIPs Agenda », *Journal of International Law*, vol. 18, Berkeley, 2000, p. 168; WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 181; MASKUS, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, p. 238.

contribué à renforcer la position des pays en développement. Dans les sections précédentes, nous avons déjà souligné l'appui moral et scientifique des organisations internationales, la formation de coalitions entre les pays en développement et les pressions exercées par les ONG. À ces facteurs, il faut également ajouter l'occasion unique que représentait le projet de lancer un nouveau cycle de négociation à l'issue de la Conférence de Doha. Le gouvernement américain, qui avait obtenu du Congrès l'Autorité en matière de promotion commerciale en août 2001 et qui souhaitait afficher son leadership multilatéral après les attentats terroristes de septembre 2001, était résolu à lancer un nouveau cycle de négociation³⁹⁵. Or, les pays en développement ont clairement exprimé qu'ils bloqueraient le lancement d'un nouveau cycle de négociation si celui-ci n'était pas davantage orienté vers leurs objectifs de développement. Ce nouveau cycle devait leur être plus favorable que ne l'avait été celui de l'Uruguay, dont le bilan leur semblait négatif³⁹⁶. Ce pouvoir de blocage leur conféra un atout de négociation considérable.

Bien entendu, un assouplissement n'était pas la seule ni même la principale revendication des pays en développement. Mais à la conférence ministérielle de Doha, la question de l'accès aux médicaments avait une valeur symbolique. Depuis le procès sud-africain et les campagnes orchestrées par les ONG, le gouvernement américain se trouvait de plus en plus isolé, critiqué de toutes parts. Plus encore, il a affaibli lui-même sa crédibilité lorsqu'il évoqua la possibilité de recourir à des licences obligatoires pour obtenir à bon prix du Ciproflaxin, un médicament permettant de traiter les victimes d'une éventuelle attaque à l'anthrax³⁹⁷. Dans ce contexte, plusieurs observateurs, incluant des hauts fonctionnaires de l'OMC, considéraient que si les États-Unis s'obstinaient à maintenir le *statu quo*, l'ensemble du système commercial international risquait d'être délégitimé et fragilisé³⁹⁸.

³⁹⁵ DESTLER, p. 280.

³⁹⁶ William A. KERR, « The Efficacy of TRIPs: Incentives, Capacity and Threats », *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, vol. 4, n° 1, 2003, p. 9; YU, « Currents and Crosscurrents », p. 39.

³⁹⁷ SELL et PRAKASH, p. 165; PEREZ-PUGATCH, *The International Political Economy*, p. 217.

³⁹⁸ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 207; F.M. ABBOTT, « The TRIPs-Legality », p. 321.

En octobre 2001, à la veille de la Conférence de Doha, un groupe de 80 pays en développement proposèrent d'adopter une déclaration interprétative qui garantirait la possibilité de recourir à certaines mesures sans crainte qu'une plainte soit déposée sous le mécanisme de règlement des différends³⁹⁹. Au départ, les États-Unis s'y opposaient en arguant qu'il n'y avait pas de lien direct entre le droit des brevets et le problème de l'accès aux médicaments⁴⁰⁰. Puis, sous la pression, ils proposèrent un moratoire temporaire sur le règlement des différends à propos de mesures prises par les pays subsahariens pour remédier à la crise du sida. Les pays en développement rejetèrent cette proposition parce qu'elle était limitée à une période déterminée, à une maladie en particulier et, surtout, à un seul groupe de pays. Comme l'ambassadeur du Zimbabwe en témoigna : « We saw this as a ploy to divide developing countries. We said no »⁴⁰¹. Les pays en développement préférèrent un échec des négociations à une solution de compromis.

Restés solidaires et affirmant leur détermination à bloquer les négociations si cela était nécessaire, les pays en développement remportèrent quelques victoires⁴⁰². En effet, la Déclaration de Doha sur la santé publique qui fut finalement adoptée en novembre 2001 reprend plusieurs éléments de la déclaration qu'ils avaient initialement proposée. Premièrement, elle souligne que l'*Accord sur les ADPIC* « peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de

³⁹⁹ *Draft Ministerial Declaration concerning TRIPs Agreement and public health, Proposition du Bangladesh, de la Barbade, de la Bolivie, du Brésil, de Cuba, de l'Équateur, du Groupe africain, de Haïti, du Honduras, de l'Inde, de l'Indonésie, de la Jamaïque, du Pakistan, du Paraguay, du Pérou, des Philippines, de la République dominicaine, de Sri Lanka, de la Thaïlande et du Venezuela*, OMC Doc. IP/C/W/312, 4 octobre 2001.

⁴⁰⁰ SELL, *Private Power*, p. 160.

⁴⁰¹ Aileen Kwa, *Power Politics in the WTO*, 2nd éd. Rév., Bangkok, Focus on the Global South, janvier 2003, p. 24, en ligne : Focus on the Global South <<http://www.focusweb.org/publications/Books/power-politics-in-the-WTO.pdf>> (date d'accès : 23 mars 2006).

⁴⁰² John S. ODELL et Susan K. SELL « The WTO Coalition on Intellectual Property and Public Health », in ., *Negotiating Trade: Developing Countries in the WTO and NAFTA*, sous la dir. de John ODELL, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 1, en ligne : Economic Negotiation Network <<http://www-rcf.usc.edu/~enn/geneva.html>> (date d'accès : 23 mars 2006).

promouvoir l'accès de tous aux médicaments»⁴⁰³. Deuxièmement, elle permet également aux pays les moins avancés de retarder jusqu'en 2016 la mise en œuvre des dispositions qui concernent la protection des produits pharmaceutiques⁴⁰⁴. Troisièmement, elle donne pour instruction au Conseil des ADPIC de trouver une solution rapide aux problèmes des pays qui ont des capacités de fabrication insuffisantes pour recourir de manière effective aux licences obligatoires⁴⁰⁵.

En plus d'une Déclaration sur la santé publique, les membres de l'OMC réunis à Doha ont adopté une décision sur la mise en œuvre des accords de l'OMC qui prolongea le moratoire sur les plaintes en situation de non-violation jusqu'à la conférence ministérielle de Cancún⁴⁰⁶. Depuis, plusieurs délégations ont proposé de prolonger encore une fois le moratoire ou d'interdire définitivement les plaintes en situation de non-violation⁴⁰⁷. La délégation américaine est l'une des seules à recommander d'autoriser les plaintes en situation de non-violation sans aucune restriction⁴⁰⁸.

Enfin, à la conférence ministérielle de Doha, les membres de l'OMC ont adopté une déclaration sur le programme du prochain cycle de négociation qui, en matière de brevet, donne l'instruction au Conseil des ADPIC 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

⁴⁰³ *Declaration on the TRIPs Agreements and Public Health*, OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/2, 4^e sess., Conférence Ministérielle de Doha, 20 novembre 2001, para. 4 (ci-après : *Déclaration de Doha sur la santé publique*).

⁴⁰⁴ *Ibid.*, para. 5.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, para. 6. Sur cette question, voir Marie CARPENTIER et René CÔTÉ, «La Déclaration de Doha sur la santé publique : la bonne prescription ? Une perspective historique sur le débat concernant la protection par brevet des médicaments», *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, n° 3, 2005, p. 717-748.

⁴⁰⁶ OMC, *Conférence ministérielle de Doha, Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre*, OMC Doc. WT/MIN(01)/17, 20 novembre 2001, para. 11.1.

⁴⁰⁷ OMC, Conseil des ADPIC, *Plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation*, OMC Doc. IP/C/W/349/Rev.1, 24 novembre 2004.

⁴⁰⁸ *Communication des États-Unis, Portée et modalités pour les plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC*, OMC Doc. IP/C/W/194, 17 juillet 2000.

Membres»⁴⁰⁹. Elle précise également que, « 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 du développement »⁴¹⁰.

Depuis la Conférence ministérielle de Doha, les pays en développement ont poursuivi leurs actions au sein du Conseil des ADPIC. En août 2003, peu avant la conférence ministérielle de Cancún, une décision fut adoptée pour résoudre le problème des pays qui ont des capacités de fabrication insuffisantes dans le secteur pharmaceutique pour recourir de manière effective aux licences obligatoires. Cette décision autorise l'octroi de licences obligatoires permettant de produire et d'exporter des médicaments vers les pays qui n'ont pas de capacités de production suffisantes⁴¹¹. Puis, en novembre 2005, une autre décision du Conseil des ADPIC repoussa les périodes transitoires pour les pays les moins avancés jusqu'en 2013⁴¹². En décembre de la même année, à la veille de la conférence ministérielle de Hong Kong, la décision adoptée en août 2003 fut intégrée officiellement au texte de l'*Accord sur les ADPIC*. Cet accord est le premier parmi tous ceux de l'OMC à avoir été amendé.

CONCLUSION

La contestation du régime international des brevets s'articule autour d'une association entre le droit des brevets et le développement international. Le discours contestataire propose d'évaluer la valeur de l'*Accord sur les ADPIC* non pas dans le cadre des bénéfices commerciaux globaux que confère l'ensemble des accords de l'OMC, mais dans le cadre des objectifs sociaux et environnementaux des pays en dévelop-

⁴⁰⁹ *Déclaration de Doha sur la santé publique*, para 19.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ OMC, Conseil Général, *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, Décision du Conseil général du 30 août 2003, OMC Doc. WT/L/540, 1^{er} septembre 2003, en ligne: OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/implem_para6_f.htm> (date d'accès: 31 mars 2006).

⁴¹² OMC, Conseil des ADPIC, *Prorogation de la période de transition au titre de l'article 66.1 pour les pays les moins avancés membres*, Décision du Conseil des ADPIC du 29 novembre 2005, Genève, OMC, 2005.

pement. Dans ce chapitre, nous avons d'abord analysé les fondements du discours contestataire en reprenant ses deux principales assises, soit la controverse sur la biodiversité et celle sur l'accès aux médicaments. Puis, nous avons souligné que cette réorientation des débats vers les problèmes de développement a contribué à délégitimer l'*Accord sur les ADPIC* et à coaliser un nombre important d'acteurs, que ce soit des ONG, des pays en développement ou des organisations internationales. Comme l'ont remarqué le Brésil et l'Argentine dans une communication transmise aux membres de l'OMPI, «la nécessité de prendre en considération la dimension du développement dans l'élaboration des politiques de protection de la propriété intellectuelle est de plus en plus largement admise au niveau international»⁴¹³. Aujourd'hui, non seulement les débats multilatéraux sont-ils tournés vers les questions qui intéressent les pays en développement, mais ces pays ont réussi à amender l'*Accord sur les ADPIC* pour qu'il tienne davantage compte du problème de l'accès aux médicaments.

Dans ce contexte, les États-Unis sont placés dans une position défensive. Devant la coalition des pays en développement, ils ne parviennent plus à imposer leurs priorités sur la scène multilatérale. Le programme de Doha ne prévoit aucune discussion sur les questions qui les intéressent, comme la brevetabilité des logiciels, la prise en compte d'un délai de grâce dans l'appréciation de la nouveauté d'une invention ou la protection des données transmises pour obtenir les autorisations de mise en marché. En matière de brevet, le programme de Doha est dominé par les enjeux qui intéressent les pays en développement. Les États-Unis se contentent aujourd'hui, dans les forums multilatéraux, de préserver le *statu quo* et de minimiser les revendications des pays en développement.

Ce changement dans la structure de puissance n'a pas échappé aux principaux bénéficiaires du régime. Dans un rapport récent, la Chambre de commerce internationale ne cache pas ses inquiétudes : «Business [...] is extremely concerned with the present [...] politicization of the

⁴¹³ Proposition de l'Argentine et du Brésil en vue de l'établissement d'un plan d'action de l'OMPI pour le développement, Doc. n° WO/GA/31/11Add., Genève, OMPI, 4 octobre 2004, p. 2.

patent law harmonization efforts»⁴¹⁴. La *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America* semble également préoccupée : « The deliberations in the TRIPs Council call into question the current value of the WTO as a venue for improving the worldwide protection of intellectual property »⁴¹⁵. Alors que quelques années auparavant, ces associations souhaitaient voir renégociées certaines dispositions pour poursuivre l'exportation de droit américain, elles ne cherchent aujourd'hui qu'à préserver leurs acquis multilatéraux.

Le régime international des brevets est encore loin d'une révolution en faveur des valeurs et des intérêts des pays en développement. *L'Accord sur les ADPIC* n'a pas été significativement modifié et il est peu probable qu'il soit révisé en profondeur dans un avenir rapproché⁴¹⁶. Néanmoins, son statisme contraste avec l'élan impulsé lors du cycle de l'Uruguay. La théorie de la bicyclette prédit qu'un régime hégémonique doit éviter le statisme puisque c'est dans cette position qu'il est le plus vulnérable à la contestation. L'USTR souhaiterait que la roue multilatérale tourne plus vite : « I really wish that the lifecycle of global trade negotiations was as short as the lifecycle of the latest laptop computer »⁴¹⁷. Mais il doit reconnaître les limites du multilatéralisme : « With 147 members operating through a consensus, I'm afraid it takes a while for the countries of the World Trade Organization to agree not only on the big policy decisions but then on the details that we have to put in writing »⁴¹⁸. Si les États-Unis souhaitent demeurer les *hegemony* du régime et poursuivre l'exportation de leurs règles, ils doivent emprunter une autre voie que le

⁴¹⁴ International Chamber of Commerce, *Current and Emerging Intellectual Property Issues for Business: A Roadmap for Business and Policy Makers*, Paris, International Chamber of Commerce, 6^e éd., 2005, p. 18, en ligne : ICC <http://www.iccwbo.org/home/intellectual_property/current_emerging/preface.asp> (date d'accès : 31 mars 2006). Voir également PEREZ-PUGATCH, *The International Political Economy*, p. 187-199 et 216-223.

⁴¹⁵ PhRMA, *2004 Special 301 Submission*, appendice B, p. B-3, en ligne : PhRMA <<http://www.phrma.org/international/resources/2004-02-12.582.pdf>> (date d'accès : 15 avril 2005).

⁴¹⁶ Des propositions de changements radicaux suscitent néanmoins certaines adhésions, notamment l'idée promue par l'ONG CPTECH de remplacer les brevets pharmaceutiques par des prix à l'innovation. Voir <http://www.cptech.org/ip/health/hr417/>.

⁴¹⁷ Robert B. ZOELLICK, Allocution, Electronic Industry Alliance 2004 Government – Industry Dinner.

⁴¹⁸ *Ibid.*

multilatéralisme. C'est essentiellement ce qu'a rappelé l'USTR au lendemain de l'échec de la conférence ministérielle de Cancún : « America will not wait for the won't-do countries »⁴¹⁹. Cette déclaration annonçait clairement une multiplication de traités bilatéraux américains.

⁴¹⁹ Robert ZOELLICK, « America will not wait for the won't-do », *Financial Times*, 22 septembre 2003, p. 23.

TITRE II

LE BILATÉRALISME COMME VOIE D'EXPORTATION

Si l'*hegemon* ne réussit pas à socialiser tous les acteurs aux fondements légitimes de son hégémonie, une porte demeure ouverte à la contestation. Les acteurs qui se croient désavantagés par le régime auront alors tendance à formuler et à diffuser des normes contre-hégémoniques. Celles-ci resteront sous une forme purement rhétorique et ne modifieront pas l'essence du régime tant que l'*hegemon* préservera ses capacités à récompenser les acteurs qui acceptent son hégémonie et à punir les acteurs déviants¹. En somme, les capacités de coercition de l'*hegemon* doivent compenser les faiblesses de ses capacités de socialisation.

Dans le passé, les États-Unis ont réagi aux contestations du régime international des brevets en réorientant les négociations vers un autre forum multilatéral qui leur permettait davantage d'utiliser leur puissance coercitive². Cette fois, il semble que ce changement de forum soit opéré entre deux niveaux de négociations plutôt qu'entre deux organisations multilatérales. Il ne s'agissait pas, au départ, d'une stratégie clairement arrêtée, découlant d'un plan préétabli. L'engagement envers le bilatéralisme «a été hésitant et éclectique, les motivations ont été multiples, et chaque administration a toujours cherché à donner *ex post* à sa politique commerciale plus de cohérence qu'elle en a en réalité»³. Les États-Unis signaient d'ailleurs des traités bilatéraux de propriété intellectuelle avant même l'émergence des forces contestataires sur la scène multilatérale. Néanmoins, le bilatéralisme est apparu, entre 1994

¹ PUCHALA et HOPKINS, p. 65.

² BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 566.

³ Gilbert GAGNÉ, René CÔTÉ et Christian DEBLOCK, *Les récents accords de libre-échange conclus par les États-Unis: Une menace à la diversité culturelle*, Rapport soumis à l'Agence intergouvernementale de la Francophonie, Montréal, Institut d'études internationales de Montréal, 18 juin 2004, p. 7. Voir aussi DEBLOCK, *Le Libre-échange et les accords de commerce*, p. 23.

et 2004, comme une voie plus favorable que le multilatéralisme pour poursuivre le mouvement d'exportation de droit.

Afin de démontrer que le bilatéralisme représente maintenant une voie plus favorable, nous devons comparer la puissance de négociation dont jouissent les États-Unis au niveau bilatéral et au niveau multilatéral. Pour cela, il importe de distinguer la dimension structurelle de la négociation de sa dimension comportementale⁴. Toutes deux doivent être examinées pour expliquer le résultat des négociations. De la même façon, l'issue d'un jeu de poker dépend à la fois de la répartition initiale des cartes et des stratégies employées par les joueurs.

Puisque la dimension structurelle des négociations détermine en partie sa dimension comportementale, nous comparerons d'abord les structures de la négociation. Nous montrons que les négociations bilatérales reprennent le cadre commercial de l'*Accord sur les ADPIC* tout en isolant les pays ciblés de leur coalition et en les plaçant dans une situation de dépendance accrue envers les États-Unis (chapitre 1). Nous voyons par la suite que cette structure de négociation permet aux États-Unis de recourir à des stratégies similaires à celles déjà employées lors du cycle de l'Uruguay (chapitre 2).

⁴ GILL et LAW, p. 77.

La puissance structurelle

Les négociations s'inscrivent toujours dans une structure particulière. Pour William Zartman, la structure de négociation se définit par deux éléments, soit le nombre de parties impliquées et la distribution de leurs sources de puissance⁵. Si le premier élément est facilement identifiable, le second est plus difficile à cerner. Le cadre théorique défini dans le chapitre préliminaire exige de prendre en compte au moins deux considérations avant de déterminer les sources de puissance en présence. D'abord, le programme de recherche des régimes implique que l'analyse soit limitée aux sources de puissance spécifiques, c'est-à-dire celles qui sont propres au champ étudié, sachant que les limites de ce champ peuvent varier selon les associations établies⁶. Il serait par exemple inapproprié d'analyser les sources de puissance du régime de l'énergie atomique pour étudier le régime des brevets puisqu'il n'y a aucune relation cognitive ou stratégique entre ces deux régimes. Ensuite, les sources de puissance retenues doivent servir d'appui aux deux formes d'exercice de puissance, soit la coercition et la socialisation⁷. L'analyse de la structure de négociation vise justement à mieux comprendre dans quelle mesure un acteur peut exercer ces stratégies de puissance.

Habeeb identifie deux sources de puissance qui répondent à ces critères⁸. La première est l'engagement relatif, défini comme la valeur socialement construite qu'un acteur accorde à ses objectifs. Une structure dans laquelle un État résolument engagé à atteindre ses objectifs

⁵ ZARTMAN, « The Structure of Negotiation », p. 72.

⁶ HABEEB, p. 19; Maryse ROBERT, *Negotiating NAFTA: Explaining the Outcome in Culture, Textiles, Autos, and Pharmaceuticals*, Toronto, University of Toronto Press, 2000, p. 8.

⁷ Comme le disent Robert Keohane et Joseph Nye, « Resources are not automatically translated into effective power over outcomes [...] Power resources are translated into effective influence over outcomes [with] the bargaining process », p. 225.

⁸ En fait, HABEEB considère que le contrôle est une troisième variable permettant de mesurer les ressources spécifiques. Toutefois, comme le note Maryse Robert, le contrôle est, pour Habeeb, une variable similaire à l'indépendance. ROBERT, p. 8.

et qui négocie avec un État moins engagé, est favorable au premier au détriment du second. La deuxième source de puissance est l'indépendance, définie comme la capacité relative à obtenir un résultat souhaité à l'extérieur d'une relation. Il suffit d'imaginer une négociation entre un État qui a suffisamment de ressources pour atteindre ses objectifs de façon autarcique et un État qui dépend de l'approvisionnement du premier pour atteindre ses objectifs. Dans une telle structure, il est évident que le premier bénéficiera d'un avantage relatif par rapport au second. On pourrait également considérer, comme le propose Rodney Bruce Hall, que l'autorité morale constitue une troisième source de puissance⁹. Néanmoins, tel que nous l'avons vu dans le chapitre précédent, les États-Unis ont une autorité morale fort limitée dans le régime des brevets, sapée par les vives critiques des ONG et le contre-discours associant la propriété intellectuelle aux problèmes de développement.

Dans ce premier chapitre, nous montrons que le bilatéralisme offre aux États-Unis une structure de négociation qui leur est plus bénéfique que le multilatéralisme. La première section présente l'engagement relatif des États-Unis (section 1) et la seconde porte sur leur indépendance relative (section 2). En retenant ces deux variables, on peut constater que le passage du multilatéralisme au bilatéralisme accentue l'asymétrie entre les États-Unis et leurs partenaires.

SECTION 1

Un engagement relatif accru

Les objectifs généraux des États-Unis et des pays en développement à propos des normes internationales sur le droit des brevets ont déjà été présentés dans les chapitres précédents. D'une part, le Congrès américain fixa comme objectif officiel de négociation que tous les traités conclus par le gouvernement américain, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, prévoient un niveau de protection similaire à celui du droit américain. D'autre part, plusieurs pays en développement ont

⁹ Rodney Bruce HALL, « Moral Authority as a Power Resource », *International Organization*, vol. 51, n° 4, 1997, p. 591-622.

exprimé le souhait que les normes internationales prennent davantage compte des questions de développement.

Il s'agit maintenant de démontrer que l'engagement relatif des États-Unis, c'est-à-dire l'écart entre leur engagement à exporter leurs règles et celui de leurs vis-à-vis à résister à cette exportation, ne décroît pas à l'occasion du passage du multilatéralisme au bilatéralisme. Nous soulignons d'abord que la voie bilatérale permet de contourner les débats sur le développement qui structurent la résistance à l'exportation du droit américain des brevets au niveau multilatéral (§ 1.). Puis, nous montrons que les traités bilatéraux ont, pour les États-Unis, une valeur stratégique globale qui va au-delà de leur relation avec les pays ciblés (§ 2).

§ 1. L'engagement des interlocuteurs des États-Unis

Pour les États-Unis, l'un des avantages du bilatéralisme par rapport au multilatéralisme est qu'il permet de cibler les pays qui ne sont pas résolument engagés à s'opposer aux normes américaines. La voie bilatérale leur permet de négocier uniquement avec les pays qui partagent un certain nombre d'idées et d'objectifs (*like-minded partners*)¹⁰. D'une part, les pays ciblés par les traités bilatéraux semblent *a priori* plus réceptifs aux arguments américains (A). D'autre part, lorsqu'ils négocient bilatéralement avec les États-Unis, ces pays se retrouvent isolés de l'influence de la méta-coalition développementaliste (B).

A. DES INTERLOCUTEURS PLUS RÉCEPTIFS

Les traités bilatéraux américains ne sont pas toujours le résultat d'une initiative américaine. Ce sont parfois les pays en développement qui sollicitent les États-Unis pour la négociation d'un traité bilatéral¹¹. Ils sont notamment motivés par la peur que les États-Unis développent

¹⁰ Banque mondiale, *Global Economic Prospects 2005*, p. 136.

¹¹ Richard FEINBERG, « The Political Economy of United States' Free Trade Arrangements », *The World Economy*, vol. 26, n° 7, 2003, p. 1022. Dans certains cas, le Congrès conditionna l'emploi d'une procédure accélérée pour la ratification des traités bilatéraux à ce que celui-ci résulte d'une initiative étrangère. Jeffrey SCHOTT, « Assessing US FTA Policy », in *Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities*, sous la dir. de Jeffrey SCHOTT, Washington, Institute for International Economics, 2004, p. 363.

des relations économiques plus étroites avec un pays voisin. Comme l'explique Richard Baldwin avec sa théorie des dominos, les pays laissés en dehors des traités bilatéraux sont incités à rejoindre le mouvement pour ne pas en faire les frais¹². Une fois que deux pays commencent à valser, l'intérêt des autres est de se joindre au bal. On peut ainsi penser qu'en 1994, Trinité-et-Tobago fut incitée à signer un traité bilatéral de propriété intellectuelle avec les États-Unis pour ne pas demeurer dans l'ombre de la Jamaïque qui en a conclu un quelques mois plus tôt¹³. Plus récemment, en 2002, la République dominicaine proposa aux États-Unis de négocier un traité de libre-échange par crainte de subir les contrecoups du traité déjà en négociation avec les pays d'Amérique centrale¹⁴.

Les États-Unis ne négocient pas nécessairement avec tous les pays qui le proposent. Bien que le mécanisme de sélection ait longtemps été obscur, le gouvernement américain a récemment divulgué ses critères¹⁵. Puisque ces traités sont perçus comme des alliances multi-dimensionnelles, ces critères de sélection vont bien au-delà de la simple question de l'intérêt commercial¹⁶. Ainsi, les États-Unis privilégient la conclusion de traités bilatéraux avec des pays qui partagent leur politique étrangère. L'appui à la lutte contre le terrorisme, voire à l'intervention militaire en Irak, a été un facteur important dans la conclusion de quelques traités, dont ceux avec Singapour et l'Australie¹⁷. Les traités

¹² BALDWIN, p. 866.

¹³ Tony HERON, *The New Political Economy of United States-Caribbean Relations: The Apparel Industry and the Politics of NAFTA Parity*, Aldershot, Ashgate, 2004, p. 113.

¹⁴ United States General Accounting Office (GAO), *International Trade: Intensifying Free Trade Negotiating Agenda Calls for Better Allocation of Staff and Resources*, GAO-04-223, janvier 2004, p. 44, en ligne: GAO <<http://www.gao.gov/new.items/d04223.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006).

¹⁵ Le bureau de l'USTR a établi une première liste de treize critères qui a été ramenée à six par le Conseil national de sécurité. United States General Accounting Office, p. 7-10.

¹⁶ DEBLOCK, *Le Libre-échange et les accords de commerce*, p. 39-43.

¹⁷ United States General Accounting Office, p. 37-56. Inversement, l'opposition du Chili à l'intervention militaire américaine en Irak aurait retardé la conclusion de leur traité de libre-échange. De même, les États-Unis auraient préféré signer un traité de libre-échange avec l'Australie plutôt qu'avec la Nouvelle-Zélande principalement en raison des différences dans la politique étrangère de ces pays. Sur les vingt pays ciblés

de libre-échange scellent des alliances entre des pays qui partagent des relations politiques étroites.

La volonté politique d'engager des réformes économiques constitue un autre critère de sélection important. Si un pays prend l'initiative de solliciter les États-Unis pour négocier un traité de libre-échange, il manifeste déjà une certaine forme de volonté politique qui peut cependant être insuffisante pour convaincre le gouvernement américain¹⁸. Les candidats sont incités à démontrer leur engagement en entamant des réformes avant même le début des négociations. Par exemple, la réforme de droit de la propriété intellectuelle entamée par le Bahreïn a été l'un des facteurs qui a encouragé les États-Unis à négocier un traité de libre-échange avec ce pays¹⁹.

Un pays peut également démontrer sa volonté politique en signant un traité bilatéral sur la propriété intellectuelle avant d'entamer des négociations sur un traité qui lui sera plus directement bénéfique. Le Nicaragua a ainsi conclu un traité de propriété intellectuelle avec les États-Unis en 1998 comme condition à la signature d'un traité sur l'investissement²⁰. Tous deux ont ensuite contribué à démontrer la volonté politique du Nicaragua lorsque les États-Unis ont envisagé de signer un traité de libre-échange avec les pays d'Amérique centrale.

Une dernière façon d'exprimer sa volonté consiste à un alignement de ses positions sur celles défendues par les États-Unis à l'OMC. Si l'USTR accepta l'offre de la République dominicaine de négocier un traité de libre-échange, c'est notamment parce que ce pays s'est aligné sur les positions américaines à l'OMC²¹. Inversement, le gouvernement américain envisagea de suspendre ses négociations bilatérales avec les pays d'Amérique centrale lorsque le Costa Rica et le Guate-

par les traités bilatéraux du corpus, neuf ont fait partie de la coalition appuyant l'intervention militaire en Irak de 2003. Il s'agit de la Lituanie, de l'Estonie, du Nicaragua, de Singapour, du Costa Rica, d'El Salvador, du Honduras, de la République dominicaine et de l'Australie. Voir Alfred ECKES, « US Trade History », in *US Trade Policy: History, Theory and the WTO*, sous la dir. de William LOVETT, Alfred ECKES et Richard BRINKMAN, New York, Sharpe, 2004, p. 90, en ligne : <<http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=9609163>> (date d'accès : 23 mars 2006).

¹⁸ SCHOTT, p. 363.

¹⁹ United States General Accounting Office, p. 40.

²⁰ DRAHOS, « Negotiating Intellectual Property Rights », p. 2-3.

²¹ United States General Accounting Office.

mala ont joint le G20, la coalition de pays en développement établie à la Conférence ministérielle de Cancún²².

Dans ce contexte, il n'est pas étonnant de constater que les pays avec lesquels les États-Unis ont signé des traités bilatéraux ne sont pas ceux qui, au Conseil des ADPIC, s'opposent avec le plus de vigueur aux positions américaines. Ils sont plutôt restés en retrait des débats sur la brevetabilité des ressources génétiques et sur l'accès aux médicaments. La majorité d'entre eux n'ont déposé aucune communication écrite au Conseil des ADPIC sur ces deux sujets controversés. Parmi ceux qui l'ont fait, l'Australie a plaidé en faveur du maintien de l'accord dans sa forme actuelle, appuyant systématiquement la position américaine²³. La Jamaïque, le Nicaragua, le Honduras et le Maroc ont parfois exprimé des vues opposées à celles des États-Unis, mais ils l'ont toujours fait à l'intérieur de vastes coalitions menées par d'autres pays, comme l'Inde et le Kenya²⁴. De même, si la République dominicaine a plaidé à l'OMPI en faveur d'un plan d'action pour le développement, elle l'a fait dans le cadre d'une coalition menée par le Brésil et

²² DESTLER, p. 300.

²³ *Draft ministerial declaration, proposal from a group of developed countries, Contribution from Australia, Canada, Japan, Switzerland and the United States*, OMC Doc. IP/C/W/313, 4 octobre 2001; *Communication from Australia: Review of Article 27.3(b)*, OMC Doc. IP/C/W/310, 2 octobre 2001.

²⁴ *Submission by the African Group, Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Pakistan, Paraguay, Philippines, Peru, Sri Lanka, Thailand and Venezuela, TRIPs and Public Health*, OMC Doc. IP/C/W/296, 29 juin 2001; *Draft ministerial declaration concerning the TRIPs Agreement and public health, Proposal by the African Group, Bangladesh, Barbados, Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, Haïti, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Pakistan, Paraguay, Philippines, Peru, Sri Lanka, Thailand and Venezuela*, OMC Doc. IP/C/W/312, 4 octobre 2001; *Communication from Mauritius on Behalf of the African Group, Review of the Provisions of Article 27.3(b)*, OMC Doc. IP/C/W/206, 20 septembre 2000; *Joint Communication from the African Group, Taking Forward the Review of the Article 27.3(b) of the TRIPs Agreement*, OMC Doc. IP/C/W/404, 26 juin 2003; *Communication from Kenya on Behalf of the African Group, Preparation of the 1999 Ministerial Conference*, OMC Doc. WT/GC/W/302, 6 août 1999; *Communication from Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua and Peru, Proposal on Protection of the Intellectual Property Rights Relating to the Traditional Knowledge of Local and Indigenous Communities, Review of the Provisions of Article 27.3(b)*, OMC Doc. IP/C/W/165, 3 novembre 1999.

l'Argentine²⁵. Aucun des signataires de traité bilatéral n'est un leader au niveau multilatéral dans l'établissement de l'association cognitive et stratégique entre le droit des brevets et le développement.

Tableau 10: Communications déposées au Conseil des ADPIC par les signataires des traités bilatéraux

	Communications relatives à la question des ressources génétiques et des savoirs traditionnels	Communications relatives à la question de l'accès aux médicaments
Jamaïque	Aucune	Propose d'assouplir l'accord
Lituanie	Aucune	Aucune
Estonie	Aucune	Aucune
Trinité-et-T.	Aucune	Aucune
Cambodge	Aucune	Aucune
Laos	N'est pas membre de l'OMC	N'est pas membre de l'OMC
Nicaragua	Propose d'assouplir l'accord	Aucune
Viêt Nam	N'est pas membre de l'OMC	N'est pas membre de l'OMC
Jordanie	Aucune	Aucune
Singapour	Aucune	Aucune
Chili	Aucune	Aucune
Amérique centrale	Propose d'assouplir l'accord	Propose d'assouplir l'accord
Australie	Propose de maintenir l'accord	Propose de maintenir l'accord
Maroc	Propose d'assouplir l'accord	Propose d'assouplir l'accord
Bahreïn	Aucune	Aucune

²⁵ OMPI, *Proposition d'établissement d'un plan d'action de l'OMPI pour le développement: élaboration de questions soulevées dans le document WO/GA/31/11*, Doc. n° IIM/1/4, Genève, OMPI, 6 avril 2005.

B. DES INTERLOCUTEURS ISOLÉS DE LEUR COALITION

Comme nous l'avons signalé dans le chapitre consacré à l'association entre le droit des brevets et les problèmes de développement, les coalitions étatiques jouent un rôle important dans les négociations multilatérales. Elles contribuent notamment à accroître l'engagement relatif de leurs membres²⁶. D'une part, la détermination d'un membre à atteindre les objectifs fixés en commun est stimulée par celle des autres membres. Un État a moins tendance à accepter des concessions puisque ce geste risquerait d'être interprété comme une défection, voire une trahison, par les autres membres de la coalition. Les risques et les coûts d'une concession sont ainsi accrus. D'autre part, le regroupement de plusieurs d'États autour d'une position commune légitimise en quelque sorte cette position²⁷. Cette légitimation par la force du nombre renforce la perception de chacun des États membres de la coalition qu'il s'agit d'une position juste devant être défendue.

Or, le propre du bilatéralisme est justement d'empêcher toute dynamique de coalition²⁸. En recourant à cette voie, les États-Unis ont, par exemple, isolé le Maroc et la République dominicaine de leur coalition respective en matière de brevet, soit le Groupe africain et les Amis du développement. Ces deux pays se sont alors retrouvés coupés de ce qui était l'une des sources de leur engagement à résister à l'exportation du droit américain.

En plus d'isoler les États de leur coalition étatique, le bilatéralisme les isole du réseau d'acteurs non étatiques qui appuient leurs efforts pour intégrer le droit des brevets aux questions de développement. Il y a bien quelques ONG qui suivent les négociations bilatérales en matière

²⁶ HABEED, p. 24.

²⁷ NARLIKAR, p. 15.

²⁸ John ODELL, *Negotiating the World Economy*, Ithaca et Londres, Cornell University Press, 2000, p. 191. Il est vrai que le bilatéralisme, tel qu'il est défini dans cette thèse, peut parfois associer plus de deux pays. Dans le corpus étudié, le seul traité qui implique plus de deux pays est celui conclu entre les États-Unis d'un côté et les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine de l'autre. Cependant, ces pays n'ont jamais formé une coalition au niveau multilatéral pour négocier le droit des brevets. De plus, les États-Unis n'étaient en rien contraints par cette structure. En cas de blocage, ils auraient très bien pu dissocier leurs négociations avec la République dominicaine de leurs négociations avec les pays d'Amérique centrale.

de brevets et qui exercent une pression sur les négociateurs, mais ces actions demeurent modestes, comparées à celles entourant les négociations multilatérales²⁹.

La concentration des activités des ONG sur les négociations multilatérales reflète la nature transnationale de leur coalition. Pour avoir plus d'impact, elles doivent se concentrer sur des enjeux communs qui sont, par définition, multilatéraux. Il est également plus facile d'attirer l'attention des médias internationaux sur les négociations multilatérales puisqu'elles soulèvent, en apparence, des enjeux plus importants, du moins dans l'immédiat, que les négociations bilatérales³⁰. Les conférences ministérielles représentent en outre une occasion exceptionnelle pour rejoindre les médias. Certaines organisations multilatérales ont même adapté leurs procédures pour intégrer la voix des ONG en créant des comités consultatifs, en leur octroyant des statuts d'observateurs, en diffusant les ébauches des accords et en organisant des symposiums publics. Ces mécanismes de transparence sont beaucoup plus rares au niveau bilatéral où les négociations ne sont pas institutionnalisées dans un forum permanent, réduisant ainsi l'efficacité des pressions exercées par les ONG. Alors que certains analystes ont développé le concept de « multilatéralisme complexe » pour rendre compte de l'implication croissante des ONG dans les négociations multilatérales, personne ne semble observer un « bilatéralisme complexe »³¹ !

Pendant que le réseau transnational des ONG concentre ses actions sur les négociations multilatérales, les firmes américaines suivent de près les négociations bilatérales³². Plusieurs organisations indus-

²⁹ Par exemple, Bilaterals.org, *Intellectual Property Rights*, en ligne: Bilaterals.org <http://www.bilaterals.org/rubrique.php3?id_rubrique=33>; GRAINS, *Trips plus*, en ligne: GRAINS <<http://www.grain.org/rights/tripsplus.cfm>>; Oxfam, *Bilateralism in intellectual property*, en ligne: Oxfam, <http://www.oxfam.org.uk/what_we_do/issues/trade/bilateralism_ip.htm/www.cptech.org/ip/health/trade/>.

³⁰ Frederick ABBOTT, « The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health ». *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, p. 354.

³¹ Robert O'BRIEN, Anne Marie GOETZ, Jan Aart SCHOLTE et Marc WILLIAMS, *Contesting Global Governance: Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

³² Pour une étude de cas sur les pressions exercées par le secteur privé dans le cas d'un traité de libre-échange, voir Neo GIM HUAY, « Advocates for the Economics of Freer Trade », in *The United States Singapore Free Trade Agreement Highlights and*

trielles, dont la *Biotechnology Industry Organization* et la *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America* envoient annuellement au USTR des rapports détaillés sur l'état du droit des brevets de chaque pays dans lesquels ils expriment systématiquement leur soutien aux négociations bilatérales et précisent quels devraient être leurs objectifs spécifiques en matière de brevets³³.

De plus, les firmes américaines participent à la révision de chaque traité bilatéral à travers le Comité consultatif pour la politique et les négociations commerciales (ACTN). Ce comité est lui-même divisé en sous-comités sectoriels, dont l'un se consacre aux questions de propriété intellectuelle (IFAC-3 devenu ITAC-15). Il est composé de représentants de firmes, dont Pfizer et Merck, et d'associations de titulaires de brevet, dont l'*International AntiCounterfeiting Coalition* et l'*Intellectual Property Owners Association*³⁴. Il a révisé et commenté les chapitres sur la propriété intellectuelle de chacun des traités de libre-échange américains alors qu'ils n'étaient encore que des ébauches. Dans leurs rapports, les membres félicitent le gouvernement américain à propos de certaines dispositions, se disent déçus par d'autres et proposent des modifications. Dans tous les cas, le sous-comité appuie sans réserve la multiplication des traités bilatéraux : « [Free trade agreement] negotiations provide the most effective approach currently available to the United States for improving global intellectual property protection »³⁵.

Insights, sous la dir. de Tommy KOH et Chang LI LIN, Singapour, Institute of Policy Studies, 2004, p. 177-190.

³³ Par exemple, voir la Lettre de Lila FEISE, Directrice de l'Intellectual Property Biotechnology Industry Organization à Sybia HARRISSON, Special Assistant to the Section 301 Committee, 11 février 2005, en ligne : Biotechnology Industry Organization <<http://www.bio.org/ip/action/3012005.pdf>> (date d'accès : 2 avril 2006) ; PhRMA, "Special 301" Submission, PhRMA, 2005, en ligne : PhRMA <http://international.phrma.org/international/PhRMA_2005_Special_301.pdf> (date d'accès : 2 avril 2006).

³⁴ Des représentants de l'industrie pharmaceutique générique et des spécialistes de la santé publique ont joint ce comité en 2006. Lors de la période de référence pour cette thèse, ce comité était exclusivement composé de représentants de l'industrie.

³⁵ Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters (IFAC-3), *The US-Central American Free Trade Agreement (FTA) – The Intellectual Property Provisions*, Rapport du Comité consultatif sur la propriété intellectuelle au Président, au Congrès et au USTR, 12 mars 2004, p. 5, en ligne : USTR <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA-DR/CAFTA-DR_Reports/asset_upload_file571_5945.pdf> (date d'accès : 3 avril 2006).

Parce que les firmes suivent de près les initiatives bilatérales, elles contribuent à maintenir l'engagement des États-Unis à exporter son droit des brevets. Par ailleurs, ces derniers négocient avec des pays qui ne sont pas ceux qui opposent le plus de résistance aux positions américaines. Isolés de leur coalition et des ONG développementalistes, l'engagement individuel de ces pays à résister à l'exportation de droit américain est certainement moindre au niveau bilatéral qu'au niveau multilatéral.

§ 2. L'engagement des États-Unis

Alors que l'engagement de leurs interlocuteurs à résister aux normes américaines est moindre au niveau bilatéral, celui des États-Unis ne diminue pas autant qu'on pourrait le croire avec le passage du multilatéralisme au bilatéralisme. Certes, le multilatéralisme est une voie qui, sans l'opposition de certains pays, serait idéale car elle permet de rejoindre rapidement un grand nombre de pays, d'éviter un enchevêtrement complexe de règles disparates et de répartir les responsabilités de surveillance et de sanction³⁶. Néanmoins, aux yeux des États-Unis, le bilatéralisme ne permet pas uniquement de poursuivre le rehaussement du niveau de protection avec des pays ciblés. Ils considèrent également que les traités bilatéraux ont une valeur stratégique globale. Puisque plusieurs autres pays font aussi la promotion de leur propre modèle de droit des brevets, ils permettent de participer à cette concurrence normative (A). Ils leur permettent également d'édifier un système de relais et d'alliés qui feront à leur tour la promotion du modèle américain auprès de pays tiers (B). Autrement dit, un traité bilatéral vaut plus qu'un centième de traité multilatéral conclu avec une centaine de pays.

A. LA CONCURRENCE DES TRAITÉS BILATÉRAUX

Les États-Unis ne sont pas les seuls à proposer un modèle de droit des brevets, ni même les seuls à utiliser les traités commer-

³⁶ Yu, « Currents and Crosscurrents », p. 43-44.

ciaux pour en faire la promotion³⁷. Bien entendu, ce ne sont pas tous les traités bilatéraux de libre-échange qui prévoient des dispositions sur les brevets allant au-delà de l'*Accord sur les ADPIC*. Certains ne comptent pas un seul article sur la propriété intellectuelle, notamment les traités de libre-échange que le Canada a conclus avec le Costa Rica et le Chili³⁸. D'autres, comme les traités de libre-échange que l'Australie a conclus avec Singapour et la Thaïlande, ne font que réaffirmer l'engagement des parties à mettre en œuvre l'*Accord sur les ADPIC*³⁹. D'autres encore, dont les traités de libre-échange que le Japon a conclus avec Singapour et le Mexique, prévoient simplement des échanges d'information entre les parties de façon à favoriser le respect des droits de propriété intellectuelle⁴⁰. Parmi ceux qui prévoient des règles qui vont véritablement au-delà de l'*Accord sur les ADPIC*, plusieurs demeurent muets à propos du droit des brevets. Par exemple, l'Accord de libre-échange entre le Chili et la Corée prévoit des règles détaillées sur les marques et les indications géographiques, mais ne prévoit aucune disposition sur le droit des brevets⁴¹. Ce ne sont donc pas tous les pays, ni même tous les pays industrialisés, qui

³⁷ Tous les traités multilatéraux sur le droit des brevets autorisent leurs parties à conclure des traités bilatéraux à condition que ceux-ci ne prévoient pas des règles contradictoires avec les règles multilatérales, incluant celle de la nation la plus favorisée. Voir *Convention de Paris*, art. 19; *Accord sur les ADPIC*, art. 1.1 et 4(d).

³⁸ *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Costa Rica*, 23 avril 2001, non catalogué; *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, 25 octobre 2001, R.T. Can. 2001 n° 33.

³⁹ *Australia-Thailand Free Trade Agreement*, 5 juillet 2004, 2005 A.T.S. 2, art. 1302.

⁴⁰ *Agreement between Japan and Singapore for a New Age Economic Partnership (JSEPA)*, 13 janvier 2002, non catalogué, art. 97 (ci-après: *Accord de partenariat Japon – Singapour*); *Accord de libre-échange entre Singapour et l'Australie (ALESA)*, 17 février 2003, 2257 R.T.N.U. 104, art. 13.2. Voir. Sisule F. MUSUNGU et Cecilia OH, *The Use of Flexibilities in TRIPs by Developing Countries: Can They Promote Access to Medicines?* Genève: Centre Sud, 2005, p. 72, en ligne: Centre Sud <<http://www.southcentre.org/publications/flexibilities/FlexibilitiesStudy.pdf>> (date d'accès: 20 mai 2006).

p. 72

⁴¹ *Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the Republic of Chile*, 15 février 2003, non catalogué, chap. 16.

favorisent le rehaussement du niveau de protection par le biais des traités bilatéraux de libre-échange.

Les traités bilatéraux conclus par la Communauté européenne, par contre, incluent systématiquement des dispositions sur la propriété intellectuelle. Entre 1994 et 2004, la Commission en a conclu vingt-cinq, soit dix de plus que les États-Unis. Le modèle de traité européen diffère grandement du modèle américain. Les dispositions privilégiées relatives à la propriété intellectuelle sont formulées d'une façon beaucoup plus générale, ouvrant ainsi la porte à différentes interprétations⁴². Comme l'indique le tableau 11, plusieurs prévoient que « les parties assureront une protection adéquate et effective des droits de propriété intellectuelle, industrielle et commerciale en conformité avec les plus hauts standards internationaux ». Ils exigent également que les partenaires de la Commission européenne poursuivent « l'amélioration de la protection des droits de propriété intellectuelle, industrielle et commerciale afin d'assurer [...] un niveau de protection similaire à celui qui existe dans la Communauté ». Cependant, aucun ne précise ce qu'il faut entendre par les expressions « protection adéquate et effective », « plus hauts standards internationaux » ou « niveau de protection similaire à celui qui existe dans la Communauté ». Tout au plus, ils exigent que les parties adhèrent à une série de traités multilatéraux de propriété intellectuelle, incluant certains traités auxquels l'*Accord sur les ADPIC* ne réfère pas, comme le *Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevet*, le *Traité de coopération en matière de Brevet* et la *Convention UPOV*. Il est probable que les négociateurs auront considéré que l'adhésion, la mise en œuvre et l'application de ces traités multilatéraux sont suffisantes pour atteindre l'objectif d'offrir une protection « adéquate et effective », qui répond aux « plus hauts standards internationaux » et qui est similaire à celle « qui existe dans la Communauté ». Si c'est le cas, le modèle de traités bilatéraux européens réaffirmerait en quelque sorte la primauté du multilatéralisme dans le régime international des brevets⁴³.

⁴² PEREZ-PUGATCH, « The International Regulation of IPRs », p. 444.

⁴³ CALLAN, p. 422.

Tableau 11. Accords bilatéraux de la Communauté européenne conclus entre 1994 et 2004 et incluant des dispositions sur le droit des brevets

	Année	Référence aux plus hauts standards internationaux	Obligation d'améliorer le régime existant	Doit offrir un niveau de protection similaire à celui existant en Europe	Doit adhérer à la Convention UPOV
Moldavie ⁴⁴	1994		Article 49	Article 49	Annexe 3
Sri Lanka ⁴⁵	1994	Article 8	Article 8		
Russie ⁴⁶	1994		Annexe 10	Annexe 10	Annexe 10
Ukraine ⁴⁷	1994		Article 50	Article 50	Annexe 3
Tunisie ⁴⁸	1995	Article 39.1			Annexe 7
Israël ⁴⁹	1995	Article 39.1			Annexe 7
Kazakhstan ⁵⁰	1995		Article 42	Article 42	Annexe 3

⁴⁴ *Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Moldova, d'autre part*, 28 novembre 1994, 2042 R.T.N.U. 282.

⁴⁵ *Cooperation Agreement between the European Community and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka on partnership and development*, *Journal Officiel* n° L. 085, 19 avril 1995, p. 0033-0042.

⁴⁶ *Agreement on Partnership and Cooperation establishing a partnership between the European Communities and their Member States, on the one part, and the Russian Federation, on the other part*, *Journal Officiel* n° L. 327, 28 novembre 1997, p. 0001-0002.

⁴⁷ *Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part*, 14 juin 1994, 2064 R.T.N.U 181.

⁴⁸ *Euro-Mediterranean Agreement establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Tunisia, of the other part*, 17 juillet 1995, *Journal Officiel* n° L. 97, 30 mars 1998, p. 0001.

⁴⁹ *Euro-Mediterranean Agreement establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the State of Israel, of the other part*, 20 novembre 1995, *Journal Officiel* n° L. 147, 21 juin 2000, p. 0003.

⁵⁰ *Partnership and cooperation agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Kazakhstan*, *Journal Officiel* n° L. 196, 28 juillet 1999, p. 0003-0045.

	Année	Référence aux plus hauts standards internationaux	Obligation d'améliorer le régime existant	Doit offrir un niveau de protection similaire à celui existant en Europe	Doit adhérer à la <i>Convention UPOV</i>
Turquie ⁵¹	1995		Annexe 8		Annexe 8
Lettonie ⁵²	1995		Article 67	Article 67	Annexe 17
Estonie ⁵³	1995		Article 66	Article 66	Annexe 9
Lituanie ⁵⁴	1995		Article 67	Article 67	Annexe 19
Slovénie ⁵⁵	1996			Article 68	Annexe 10
Corée ⁵⁶	1996				Annexe 1
Maroc ⁵⁷	1996	Article 39			Annexe 7
Jordanie ⁵⁸	1997	Article 56.1			Annexe 7

⁵¹ EC-Turkey Association Council, *Decision No. 1/95 of the EC-Turkey Association Council of 22 December 1995 on implementing the final phase of the Customs Union*, 96/142/EC, *Journal Officiel* n° L. 035, 13 février 1996.

⁵² *Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République de Lettonie, d'autre part*, 12 juin 1995, 2018 R.T.N.U. 58.

⁵³ *Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République d'Estonie, d'autre part*, 12 juin 1995, 2019 R.T.N.U. 241.

⁵⁴ *Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République de Lituanie, d'autre part*, 12 juin 1995, 2018 R.T.N.U. 353.

⁵⁵ *Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, agissant dans le cadre de l'Union européenne, d'une part, et la République de Slovénie, d'autre part*, 10 juin 1996, 2059 R.T.N.U. 158.

⁵⁶ *Framework Agreement for Trade and Cooperation between the European Community and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part*, *Journal Officiel* n° L. 090, 30 mars 2001, p. 0003-0045.

⁵⁷ *Euro-Mediterranean Agreement Establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Kingdom of Morocco, of the other part*, 26 février 1996, 2126 R.T.N.U. 386 (ci-après *Traité d'association Europe-Maroc*).

⁵⁸ *Euro-Mediterranean Agreement Establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Hashemite Kingdom of Jordan, of the other part*, 24 novembre 1997, 2185 R.T.N.U. 64.

	Année	Référence aux plus hauts standards internationaux	Obligation d'améliorer le régime existant	Doit offrir un niveau de protection similaire à celui existant en Europe	Doit adhérer à la <i>Convention UPOV</i>
Mexique ⁵⁹	1997	Article 12			
Autorité palestiniennne ⁶⁰	1997	Article 33			
Bangladesh ⁶¹	1999		Article 4.5		
Afrique du Sud ⁶²	1999	Article 46			
Égypte ⁶³	2001	Article 37			Annexe 6
Croatie ⁶⁴	2001			Article 71	
Macédoine ⁶⁵	2001			Article 71	Annexe 7

⁵⁹ *Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération entre la Communauté européenne et ses États Membres, d'une part, et les États-Unis mexicains, d'autre part*, 8 décembre 1997, 2165 R.T.N.U. 142.

⁶⁰ *Euro-Mediterranean Interim Association Agreement on trade and cooperation between the European Community, of the one part, and the Palestine Liberation Organization (PLO) for the benefit of the Palestinian Authority of the West Bank and the Gaza Strip, of the other part*, *Journal Officiel* n° L. 187, 16 juillet 1997, p. 003-0135.

⁶¹ *Cooperation agreement between the European Community and the People's Republic of Bangladesh on partnership and development*, *Journal Officiel* n° C. 143, 21 mai 1999.

⁶² *Accord sur le commerce, le développement et la coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, d'autre part*, *Journal Officiel* n° L. 311, 4 décembre 1999, p. 0003-0415.

⁶³ *Euro-mediterranean Agreement establishing an Association between the European communities and their Member States, of the one part, and the Arab Republic of Egypt, of the other part*, *Journal Officiel* n° L. 304, 30 septembre 2004, p. 0039.

⁶⁴ *Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République de Croatie, d'autre part*, *Journal Officiel* n° L. 026, 28 janvier 2005, p. 0003.

⁶⁵ *Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part*, *Journal Officiel* n° L. 084, 20 mars 2004, p. 0003-0012.

	Année	Référence aux plus hauts standards internationaux	Obligation d'améliorer le régime existant	Doit offrir un niveau de protection similaire à celui existant en Europe	Doit adhérer à la <i>Convention UPOV</i>
Algérie ⁶⁶	2002	Article 44			Annexe 6
Chili ⁶⁷	2002	Article 168			Article 170
Liban ⁶⁸	2002	Article 38			Annexe 2

Comment expliquer que la Communauté européenne, qui a un intérêt majeur à ce que les pays en développement protègent ses inventions et qui jouit d'un pouvoir de négociation important auprès de ces pays, ne privilégie pas le même modèle de traités bilatéraux que les États-Unis? Benedicte Callan propose deux explications⁶⁹. D'abord, il n'y a pas dans l'Union européenne une autorité unique responsable de la propriété intellectuelle sur laquelle l'industrie pourrait concentrer ses pressions. Les politiques de propriété intellectuelle demeurent, dans une large mesure, une compétence des États membres⁷⁰. En plus de cette explication institutionnelle, il y aurait une explication de nature idéologique: Les Européens considèrent qu'il serait illégitime d'exercer une pression sur les pays en développement pour qu'ils adhèrent à des normes qui vont delà de celles qui ont été convenues au niveau multilatéral. Le multilatéralisme jouirait, dans l'opinion européenne, d'une légitimité supérieure au bilatéralisme en raison du consensus universel

⁶⁶ *Euro-Mediterranean Association Agreement between the European Community and its Members States, of the one part, and the People's Democratic Republic of Algeria, of the other part*, 22 avril 2002, *Journal Officiel* n° L. 292, 8 novembre 2005, p. 0010.

⁶⁷ *Accord établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part*, *Journal Officiel* n° L. 352, 30 décembre 2002, p. 1.

⁶⁸ *Euro-Mediterranean Agreement establishing an Association between the European Community and its Members States, of the one part, and the Republic of Lebanon, of the other part*, 17 juin 2002, non catalogué.

⁶⁹ CALLAN, p. 15.

⁷⁰ Sur cette question, voir David DEMIRAY, « Intellectual Property and the External Power of the European Community: The New Extension », *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, automne 1994, p. 187 – 236.

qu'il est censé représenter⁷¹. Plusieurs autorités européennes, dont Pascal Lamy alors qu'il était encore Commissaire au commerce, ont effectivement condamné l'utilisation des pressions bilatérales sur des pays en développement afin de les inciter à rehausser leurs droits de propriété intellectuelle⁷². Néanmoins, la Commission européenne a récemment questionné la pertinence de son propre modèle : « It is envisaged to make the enforcement clauses in future bilateral or bi-regional agreements more operational and to clearly define what the EU regards as the highest international standards in this area and what kind of efforts it expects from its trading partners »⁷³. Il n'est donc pas exclu que la Commission européenne s'inspire du modèle américain dans ses prochaines négociations bilatérales.

Les pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE), quant à eux, s'inspirent déjà du modèle américain. Comme le montre le tableau 12, les traités de libre-échange que l'AELE a conclus avant 2000 reprenaient sensiblement le modèle de la Communauté européenne. Des engagements formulés de façon très générale exigeaient des parties qu'ils offrent une protection qui répond aux plus hauts standards internationaux ou qui équivaut à celle prévue dans la *Convention sur le brevet européen* (CBE). Les seuls engagements relativement détaillés concernaient l'adhésion à une série de traités multilatéraux. Mais depuis 2000, les traités de libre-échange de l'AELE incluent des obligations détaillées sur tous les droits de propriété intellectuelle, dont

⁷¹ Les États-Unis, à l'inverse, ne reconnaissent aux institutions internationales aucune autre légitimité que celle que leur octroient les États souverains, seuls véritables détenteurs de la légitimité démocratique. En ce sens, bilatéralisme et multilatéralisme seraient deux voies également légitimes. Christian DEBLOCK, *Régionalisme, multilatéralisme et nouvel ordre international : La ZLEA comme modèle institutionnel*, Montréal, Cahiers de recherche CEIM, juin 2003, p. 22.

⁷² Pascal LAMY, « Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Ten Years Later », *Journal of World Trade*, vol. 38, n° 6, 2004, p. 932. Voir également le site Internet du Ministère des Affaires étrangères de France, France diplomatie, *Déclarations officielles de politique étrangère*, juillet 2004, en ligne : Ministère des Affaires étrangères <<http://www.diplomatie.gouv.fr/actu/bulletin.asp?liste=20040713.html>> (date d'accès : 2 avril 2006).

⁷³ Commission européenne, Directorate General for Trade, *Strategy for the Enforcement of Intellectual Property Rights in Third Countries*, Bruxelles, Commission européenne, 23 juin 2004, p. 7, en ligne : CEC <http://trade-info.cec.eu.int/doclib/docs/2004/july/tradoc_117828.pdf> (date d'accès : 30 mars 2006).

plusieurs vont au-delà de ce que prévoient les traités multilatéraux. En matière de brevet, quatre traités récemment conclus par l'AELE exigent des parties qu'ils offrent une protection supplémentaire de cinq ans pour compenser les délais qui résultent du processus d'autorisation de mise en marché. Comme nous le montrons dans le chapitre consacré aux droits conférés par un brevet, cette exigence va bien au-delà de ce que prévoit l'*Accord sur les ADPIC*.

Tableau 12. Accords bilatéraux de l'AELE conclus entre 1994 et 2004 et incluant des dispositions sur le droit des brevets

	Année de signature	Référence aux plus hauts standards internationaux	Obligation d'adhérer à la <i>Convention UPOV</i>	Protection équivalente à la CBE	Protection supplémentaire de cinq ans pour compenser certains délais
Slovénie ⁷⁴	1995		Annexe 7(2)	Annexe 7(3)	
Estonie ⁷⁵	1995			Annexe 4 (3)	
Lettonie ⁷⁶	1995			Annexe 5 (3)	
Maroc ⁷⁷	1997		Annexe 5(2)	Annexe 7(3)	
Autorité palestinienne ⁷⁸	1998	Article 15			
Macédoine ⁷⁹	2000		Annexe 5 (2)	Annexe 5(3)	Annexe 5(3)

⁷⁴ *Agreement between the EFTA States and the Republic of Slovenia*, 13 juin 1995, non catalogué.

⁷⁵ *Agreement between the EFTA States and the Republic of Estonia*, 7 décembre 1995, non catalogué.

⁷⁶ *Agreement between the EFTA States and the Republic of Latvia*, 7 décembre 1995, non catalogué.

⁷⁷ *Agreement between the EFTA States and the Kingdom of Morocco*, 19 juin 1997.

⁷⁸ *Agreement between the EFTA States and the PLO for the benefit of the Palestinian Authority*, 30 novembre 1998, non catalogué.

⁷⁹ *Agreement between the EFTA States and the Republic of Macedonia*, 19 juin 2000, non catalogué (ci-après : *Accord de commerce EFTA – Macédoine*).

	Année de signature	Référence aux plus hauts standards internationaux	Obligation d'adhérer à la Convention UPOV	Protection équivalente à la CBE	Protection supplémentaire de cinq ans pour compenser certains délais
Mexique ⁸⁰	2000		Annexe 21 (3)		
Jordanie ⁸¹	2001		Annexe 6(2)	Annexe 6(3)	
Croatie ⁸²	2001		Annexe 7(2)	Annexe 7(3)	Annexe 7(3)
Singapour ⁸³	2002			Annexe 12 (3)	Annexe 12 (3)
Chili ⁸⁴	2003		Annexe 12(2)		Annexe 12(3)
Liban ⁸⁵	2004		Annexe 5(2)		
Tunisie ⁸⁶	2004		Annexe 5(2)		

Parallèlement au programme de traités bilatéraux de l'AELE, la Suisse a poursuivi son propre programme de traités bilatéraux. De 1994 à 1999, elle a conclu une douzaine de traités commerciaux qui prévoient des dispositions particulières sur la propriété intellectuelle. Ils ont été conclus avec le Viêt Nam, la Géorgie, la Russie, l'Arménie, la Croatie, l'Ukraine, la Macédoine, Albanie, l'Azerbaïdjan, le Kirghizistan, la Moldavie et la Yougoslavie⁸⁷. Aucun de ces pays n'était membre de

⁸⁰ *Agreement between the EFTA States and the United Mexican States*, 27 novembre 2000, non catalogué.

⁸¹ *Agreement between the EFTA States and the Hashemite Kingdom of Jordan*, 21 juin 2001, non catalogué (ci-après: *Traité de libre-échange EFTA – Jordanie*).

⁸² *Agreement between the EFTA States and the Republic of Croatia*, 21 juin 2001, non catalogué.

⁸³ *Agreement between the EFTA States and Singapore*, 26 juin 2002, non catalogué.

⁸⁴ *Free Trade Agreement between the EFTA States and the Republic of Chile*, 6 juin 2003, non catalogué (ci-après: *Traité de libre-échange EFTA – Chili*).

⁸⁵ *Agreement between the EFTA States and Lebanon*, 24 juin 2004, non catalogué.

⁸⁶ *Accord de libre-échange entre les États de l'Association européenne de libre-échange et la République tunisienne*, 17 décembre 2004, non catalogué.

⁸⁷ *Accord de commerce et de coopération économique entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Albanie*, 31 octobre 1995, R.O. 1996 2539, annexe 1, art. 2-3; *Accord de commerce et de coopération économique entre la Confé-*

l'OMC au moment de la signature. Or, les traités bilatéraux de la Suisse renvoient directement aux dispositions de l'*Accord sur les ADPIC* ou reproduisent ses principales obligations, comme l'interdiction de discrimination entre les domaines technologiques et l'obligation d'offrir une protection de vingt ans à partir de la date de dépôt. De cette façon, les pays en transition qui ont signé un traité bilatéral avec la Suisse doivent offrir une protection équivalente à celle prévue dans l'*Accord sur les ADPIC*, bien qu'ils ne profitent pas des avantages que confère l'adhésion à l'OMC.

La multiplication de traités commerciaux bilatéraux de la Communauté européenne, de l'AELE et de la Suisse a sans doute contribué à encourager les États-Unis à faire de même. En effet, il est généralement admis que les pays laissés en dehors des traités de libéralisation des échanges sont incités à rejoindre le mouvement pour ne pas payer les frais de leur isolement⁸⁸. Comme le souligne un rapport du gouvernement américain, « The US Trade Representative is interested in negotiating FTAs that will offer U.S. commercial interests opportunities on a

dération suisse et l'Ukraine, 20 juillet 1995, R.O. 1997 1682, annexe 1, art. 3; *Accord de commerce et de coopération économique entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Azerbaïdjan*, 30 octobre 2000, R.O. 2003 1259, art. 10; *Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la République kirghize*, 10 mai 1997, R.O. 2001 2545, art. 10; *Accord de commerce et de coopération économique du 8 janvier 1996 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement macédonien*, 8 janvier 1996, R.O. 1997 2110, annexe 1, art. 3; *Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la République de Moldova*, 30 novembre 1995, R.O. 1997 1670, art. 10; *Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la République fédérale de Yougoslavie*, 21 novembre 2001, annexe 1, art. 3; *Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République socialiste du Viêt Nam sur la protection de la propriété intellectuelle et la coopération dans ce domaine*, 7 juillet 1999, non catalogué, art. 3; *Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la Géorgie*, 11 mars 1999, R.O. 2005 2683, art. 10; *Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la Fédération de Russie*, 12 mai 1994, R.O. 1995 3974, annexe 1, art. 3; *Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et le Gouvernement de la République d'Arménie*, 19 novembre 1998, R.O. 2001 51, art. 10; *Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la République de Croatie*, 12 mars 1999, R.O. 2002 2810, annexe 1, art. 3.

⁸⁸ BALDWIN, p. 866.

par with other countries that already have FTAs»⁸⁹. Chaque État tente de se placer au cœur d'un faisceau de traités bilatéraux plus étendu que celui de ses concurrents.

Cependant, ce modèle du moyeu et de ses rayons est peu approprié pour l'étude de la dynamique entre les dispositions des traités bilatéraux européens et américains qui concernent le droit des brevets. Il ne s'agit plus, comme le souligne Paul Haslam à propos des traités bilatéraux sur l'investissement, de « competitive liberalization », comme dans le cas des traités purement commerciaux, mais de « competitive legalization »⁹⁰. Le fait que les traités de libre-échange américains incluent eux aussi des dispositions sur le droit des brevets ne doit pas nécessairement être perçu comme le signe d'une concurrence normative avec le modèle européen. Il pourrait y avoir une telle concurrence normative si les États-Unis et les pays européens faisaient la promotion de normes incompatibles. Ce pourrait éventuellement être le cas sur la délicate question des indications géographiques⁹¹. Puisque les États-Unis et l'Union européenne proposent sur la scène multilatérale des modèles forts différents de protection des indications géographiques, ils pourraient être tentés d'utiliser la voie bilatérale pour mettre en concurrence leur modèle⁹². Mais en matière de brevet, les pays européens n'orientent pas leurs normes bilatérales dans une direction opposée à celle des États-Unis. En prévoyant dans leurs traités bilatéraux une protection allant au-delà de ce que prévoit l'*Accord sur les ADPIC*, ils participent au même mouvement.

Plus encore, l'article 4 de l'*Accord sur les ADPIC* sur la règle de la nation la plus favorisée prescrit que « tous avantages, faveurs, privilèges

⁸⁹ United States General Accounting Office, p. 8.

⁹⁰ HASLAM, p. 6

⁹¹ Sur cette question, voir notamment Leigh Ann LINDQUIST, « Champagne or Chapagne? An Examination of US Failure to Comply with the Geographical Provisions of the TRIPs Agreement », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 27.

⁹² Déjà, le traité entre les États-Unis et le Chili prévoit que la protection d'une indication géographique doit être refusée si elle est similaire avec une marque de commerce existante. Voir *United States-Chile free trade agreement*, 6 juin 2003, non catalogué, art. 17.4.10 (ci-après : *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*). Sur la protection des indications géographiques prévue dans les traités bilatéraux européens, voir PRETORIUS, p. 194.

ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres»⁹³. Une exception est prévue pour les avantages «qui découlent de traités internationaux se rapportant à la protection de la propriété intellectuelle dont l'entrée en vigueur précède celle de l'Accord sur l'OMC»⁹⁴, mais aucun des traités bilatéraux européens mentionnés précédemment ne peut se prévaloir de cette exception puisqu'ils sont tous entrés en vigueur après le 1^{er} janvier 1995. Dès lors, les États-Unis bénéficient directement des traités bilatéraux européens⁹⁵. Les Américains titulaires d'un brevet croate, par exemple, doivent pouvoir profiter de la protection supplémentaire de cinq ans que l'AELE a prévue dans son traité bilatéral avec la Croatie. Grâce à la règle de la nation la plus favorisée, les traités bilatéraux européens ont des effets multilatéraux qui profitent également aux États-Unis. L'inverse est également vrai.

Ce ne sont toutefois pas toutes les normes bilatérales sur les brevets qui bénéficient aux États-Unis. Certains traités commerciaux conclus entre des pays en développement, principalement en Amérique latine, orientent le régime international des brevets dans une direction opposée⁹⁶. La Décision 391 de la Communauté andine, par exemple, précise que les demandeurs d'un brevet portant sur invention

⁹³ Cette règle, classique dans les traités commerciaux, était étrangère au régime international des brevets jusqu'à l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC*. Il s'agit d'un résultat du mariage entre le régime des brevets et celui du commerce international. Voir YUSUF, p. 16-17.

⁹⁴ *Accord sur les ADPIC*, art. 4(d). Il n'y a pas d'équivalent dans l'*Accord sur les ADPIC* de l'article 23 du GATT qui autorise une exception à la règle de la nation la plus favorisée pour les traités de libre-échange et les unions douanières.

⁹⁵ Frederick Abbott considère qu'une telle application du principe de la nation la plus favorisée sur les règles allant au-delà de l'*Accord sur les ADPIC* pourrait être *de facto* discriminatoire puisqu'elle avantage seulement les pays qui détiennent le plus de brevets à l'étranger. F.M. ABBOTT, «Toward a New Era», p. 97-98. Talia Einhorn ne semble pas partager cette conclusion. Voir «The impact of the WTO Agreement on TRIPs (Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) on EC Law: A Challenge to Regionalism», in *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, sous la dir. de Paulo MINGOZZI, Milan, Giuffrè, 1999, p. 539-540.

⁹⁶ BANQUE MONDIALE, *Global Economic Prospects 2005*, p. 104; Sherwood et PRIMO BRAGA.

biotechnologique doivent déposer à l'office des brevets une copie du contrat d'accès aux ressources génétiques⁹⁷. Le Traité révisé établissant la Communauté des Caraïbes et le Marché Commun des Caraïbes, quant à lui, demande à ses parties de protéger juridiquement les savoirs traditionnels des communautés autochtones⁹⁸. L'accord de complémentarité économique entre le Pérou et les pays du Mercosur rappelle pour sa part que la mise en œuvre de l'*Accord sur les ADPIC* ne doit pas se faire aux dépens de la mise en œuvre de la *Convention sur la diversité biologique*⁹⁹.

Aucune de ces dispositions sur le développement et de protection de l'environnement n'est incompatible avec l'*Accord sur les ADPIC*. Néanmoins, les États-Unis considèrent qu'elles risquent d'affaiblir la protection offerte sur les inventions et qu'elles créent inutilement un climat d'incertitude pour les investisseurs¹⁰⁰. Ils craignent aussi que ces initiatives régionales et bilatérales fournissent un appui institutionnel et un modèle normatif aux coalitions développementalistes actives dans les négociations multilatérales¹⁰¹. Ainsi, parce qu'elles entrent en concurrence avec le modèle américain, elles ont peut-être encouragé les États-Unis à multiplier leurs traités bilatéraux afin de véhiculer leur propre vision du régime international des brevets.

⁹⁷ Communauté andine, *Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*, Décision 391, 2 juillet 1996, art. 51, en ligne: Comunidad andina <http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07> (date d'accès: 2 avril 2006).

⁹⁸ *Revised Treaty of Chaguaramas establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy*, 5 juillet 2001, non catalogué, art. 66 (ci-après: *Traité de Chaguaramas*).

⁹⁹ Pérou – MERCOSUR, *Accord de complémentarité économique* No. 58, 25 août 2003, art. 31.

¹⁰⁰ OMC, *Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels. Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées*, p. 8.

¹⁰¹ Sisule F. MUSUNGU, Susan VILLANUEVA et Roxana BLASETTI, *Utilizing TRIPs Flexibilities for Public Health Protection Through South-South Regional Frameworks*, Genève, Centre Sud, 2004, p. 54 et 76, en ligne: Centre Sud <<http://www.southcentre.org/publications/flexibilities/flexibilities.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006).

B. L'EFFET MULTIPLICATEUR DES TRAITÉS BILATÉRAUX

Les États-Unis n'utilisent pas uniquement les traités bilatéraux pour rehausser la protection des brevets dans les pays ciblés, mais également pour promouvoir un modèle qui pourra ultérieurement être repris dans des traités régionaux ou multilatéraux. Comme le souligne Christian Deblock, les traités bilatéraux, « en s'entrecroisant et en s'emboîtant les uns dans les autres, peuvent exercer un effet de levier sur les négociations à d'autres niveaux et [impulser] une pression du bas vers le haut »¹⁰². En plus de représenter une voie de sortie lorsque celle du multilatéralisme est bloquée, le bilatéralisme peut devenir une voie d'entrée vers de nouveaux traités régionaux et multilatéraux.

Dans ce contexte, la capacité d'un pays à servir de relais ou d'alliés dans le cadre de négociations ultérieures est l'un des critères pour choisir les pays candidats¹⁰³. Ils doivent représenter un juste équilibre entre leur ouverture aux normes américaines et leur capacité d'influence dans leur région respective¹⁰⁴. Les États-Unis se sont ainsi assuré d'établir des pôles de forte protection des brevets dans les différentes régions économiques du monde¹⁰⁵. En l'espace de seulement deux ans, de 2003 à 2004, ils ont signé des traités avec des pays d'Asie (Singapour), d'Océanie (l'Australie), d'Afrique (Maroc), du Moyen-Orient (Bahreïn) et des Amériques (Chili, Amérique centrale et République dominicaine)¹⁰⁶. Ces pôles régionaux, une fois établis, peuvent ensuite servir de catalyseurs pour des initiatives régionales ou multilatérales.

Le passage du bilatéralisme au plurilatéralisme peut s'opérer de plusieurs manières. Premièrement, les traités bilatéraux peuvent servir de laboratoire institutionnel permettant d'expérimenter de nouvelles

¹⁰² DEBLOCK, *Le Libre-échange et les accords de commerce*, p. 22. C'est également ce que plaide le sénateur Max Baucus dans sa défense de la stratégie bilatérale américaine, « A New Trade Strategy: The Case for Bilateral Agreements ». *Cornell International Law Journal*, vol. 22, 1989, p. 1-24.

¹⁰³ United States General Accounting Office, p. 8-10.

¹⁰⁴ ODELL, p. 191-193.

¹⁰⁵ La diversité géographique est un autre critère qui a été retenu par l'USTR pour sélectionner les candidats à un traité de libre-échange avec les États-Unis. Voir United States General Accounting Office, p. 8-9.

¹⁰⁶ Seule l'Europe de l'Ouest n'est jamais apparue sur la carte des traités bilatéraux américains. Nous reviendrons ultérieurement sur cette observation.

obligations avant qu'elles ne soient étendues à une plus grande échelle³. Par exemple, les traités bilatéraux négociés au XIX^e siècle ont servi de modèles pour la formulation des dispositions de la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* de 1883¹⁰⁷. Plus récemment, les dispositions du chapitre 17 de l'ALENA, négocié lors du cycle de l'Uruguay, ont servi de modèle pour l'*Accord sur les ADPIC*¹⁰⁸. On peut donc penser que certaines dispositions testées par les récents traités bilatéraux seront reprises au niveau régional ou multilatéral. C'est du moins un objectif identifié par le Comité consultatif pour la politique et les négociations commerciales : « The baseline for all future FTAs, including the FTAA is [...] constantly changing based on what we learn through negotiating each of the FTAs »¹⁰⁹. Une fois qu'une expérience juridique est jugée concluante, elle devient un préalable pour les traités bilatéraux et multilatéraux ultérieurs : « Our goal in the negotiation of an FTA is to set a new baseline for all future FTAs, including the FTAA »¹¹⁰. Ce pourrait notamment être le cas de la disposition sur le délai de grâce, inédite en droit international des brevets. Elle a été formulée de façon à convenir à la fois aux États-Unis, qui accordent les brevets aux premiers inventeurs, et aux autres pays, qui accordent les brevets aux premiers déposants¹¹¹. Si cette expérience juridique est concluante, cette formule pourrait être reprise à un niveau supérieur.

Deuxièmement, les traités bilatéraux peuvent favoriser la diffusion de normes en établissant des succès économiques qui incitent les pays voisins à suivre la même voie. Selon la *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America*, l'ALENA serait un modèle à suivre pour tous les pays en développement : « The health of patients across Mexico has improved dramatically since join NAFTA [while] countries without strong intellectual property regimes, like India, have very poor access

¹⁰⁷ OKEDIJI, « Back to Bilateralism », p. 133.

¹⁰⁸ JUDY REIN, « International Governance Through Trade Agreements: Patent Protection for Essential Medicines », *Journal of International Law and Business*, vol. 21, 2001, p. 382; FEINBERG, p. 1024.

¹⁰⁹ Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters (IFAC-3), *The US-Central American Free Trade Agreement (FTA) – The Intellectual Property Provisions*, p. 5.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Nous reviendrons sur cette question dans le chapitre 6.

to new medicines»¹¹². De même, le gouvernement américain cite fréquemment l'exemple de la Jordanie pour montrer les bénéfices que peut apporter l'adoption d'une forte protection des brevets :

*« The U.S.-Jordan FTA, signed in 2000, contained an intellectual property chapter [...]. Since 2000, there have been 32 new innovative product launches in Jordan, a substantial increase in the rate of approval of innovative drugs, helping facilitate Jordanian consumers' access to medicines. Since enactment of the FTA, the Jordanian drug industry has begun to develop its own innovative medicines. This is an example of how strong intellectual property protection can bring substantial benefits to developing countries »*¹¹³.

Troisièmement, les normes américaines pourraient être transmises aux pays tiers par le biais d'une chaîne de traités bilatéraux. En effet, les pays signataires pourraient relayer les normes américaines dans leurs propres traités bilatéraux et régionaux. C'est ce que fit le Mexique en 1994. Quelques mois après que l'ALENA lui eut imposé de donner effet aux dispositions de fond de la Convention UPOV, le Mexique reproduisit cette obligation dans son traité de libre-échange avec la Bolivie, un pays qui, comme le Mexique, n'était alors pas membre de l'UPOV¹¹⁴. Les États-Unis ont sans doute envisagé qu'un scénario similaire pourrait se reproduire. Comme l'indique le tableau 13, alors qu'ils négociaient leurs traités bilatéraux, leurs futurs partenaires étaient parallèlement impliqués dans des mécanismes de coopération ou de négociation en matière de propriété intellectuelle avec des pays tiers.

¹¹² PhRMA, « Developing Countries Gain Access to More Medicines Under CAFTA-DR », communiqué de presse, 14 juin 2005, en ligne : PhRMA <http://www.phrma.org/news_room/press_releases/developing_countries_gain_access_to_more_medicines_under_CAFTA-DR/> (date d'accès : 2 avril 2006).

¹¹³ USTR, « U.S.-Bahrain FTA: Fact Sheet on Access to Medicines », 14 septembre 2004, en ligne : USTR : <http://www.ustr.gov/Document_Library/Fact_Sheets/2004/US-Bahrain_FTA_Fact_Sheet_on_Access_to_Medicines.html>. (date d'accès : 16 octobre 2005). Pour une autre vision du cas jordanien, voir Hamed EL-SAID et Mohammed EL-SAID, « TRIPs, Bilateralism, Multilateralism & Implications for Developing Countries: Jordan's Drug Sector », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 2, n° 1, 2005.

¹¹⁴ ALÉNA, art. 1701 ; *Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de México y el Gobierno de Bolivia*, 10 septembre 1994, non catalogué, art. 16-29.

Tableau 13. Forums bilatéraux et régionaux de propriété intellectuelle

	Forums bilatéraux ou régionaux de coopération en matière de propriété intellectuelle, en vigueur au moment de la signature du traité bilatéral avec les É-U	Traités bilatéraux ou régionaux qui étaient en négociation lors de signature du traité bilatéral avec les É-U
Jamaïque	La Communauté des Caraïbes ¹¹⁵	
Lettonie		Traité avec l'AELE ¹¹⁶
Trinité-et-Tobago	La Communauté des Caraïbes	ZLÉA ¹¹⁷
Laos	ANSEA ¹¹⁸	
Nicaragua		ZLÉA
Viêt Nam	APEC ¹¹⁹ ANSEA	
Jordanie		Traité de libre-échange avec l'AELE ¹²⁰
Singapour	APEC ANSEA Accord de partenariat avec le Japon ¹²¹	Traité de libre-échange avec le Mexique ¹²² Traité avec le Canada Traité avec l'Inde ¹²³ Traité avec la Corée ¹²⁴ Traité avec la Jordanie Traité entre l'ANSEA et la Chine

¹¹⁵ *Traité de Chaguaramas*, art. 66.

¹¹⁶ *Agreement between the EFTA States and the Republic of Latvia*, 7 décembre 1995, non catalogué, annexe 5.

¹¹⁷ *Zone de libre-échange des Amériques – Avant-Projet d'Accord*, FTAA.TNC/w/133/Rev3, 21 novembre 2003, chap. XX (ci-après : *Projet ZLÉA*).

¹¹⁸ *ASEAN Framework Agreement on Intellectual Property Cooperation*, 15 décembre 1995, 35 I.L.M. 1, 072.

¹¹⁹ Voir l'*Osaka Action Agenda*, adopté lors de la 7^e Conférence Ministérielle de l'APEC, Osaka, 16-17 novembre 1995, en ligne : APEC <http://www.apecsec.org.sg/apec/ministerial_statements/annual_ministerial/1995_7th_apec_ministerial.html> (date d'accès : 4 avril 2006).

¹²⁰ *Traité de libre-échange EFTA – Jordanie*, annexe 6.

¹²¹ *Accord de partenariat Japon – Singapour*, art. 96.

¹²² *Traité de libre-échange entre la République de Singapour et les États-Unis mexicains*, 13 novembre 2000, non catalogué.

¹²³ *India-Singapore Comprehensive Economic Agreement (CECA)*, 29 juin 2005, non catalogué.

¹²⁴ *Traité de libre-échange entre la République de Singapour et la Corée*, 28 novembre 2004, non catalogué.

	Forums bilatéraux ou régionaux de coopération en matière de propriété intellectuelle, en vigueur au moment de la signature du traité bilatéral avec les É-U	Traités bilatéraux ou régionaux qui étaient en négociation lors de signature du traité bilatéral avec les É-U
Chili	APEC	ZLÉA Traité avec l'AELE ¹²⁵
Amérique centrale et Rép. dominicaine	La Communauté des Caraïbes	ZLÉA Traité avec le Canada
Australie	APEC	
Bahreïn	GCC ¹²⁶	Traité entre le GCC et la CE Traité entre le GCC et l'Inde

L'adhésion de pays tiers à un traité bilatéral représente une quatrième façon de conduire au plurilatéralisme¹²⁷. Par exemple, les traités conclus avec le Maroc et le Bahreïn pourraient éventuellement se transformer en un accord régional puisque les États-Unis projettent de créer une grande zone de libre-échange au Moyen-Orient avant 2013¹²⁸. Il n'est pas anodin de remarquer que les préambules des traités signés avec le Maroc et le Bahreïn font référence à ce projet. Ces traités prévoient également que tout autre pays ou groupe de pays peuvent y adhérer, à condition de négocier un accord d'adhésion avec les partis¹²⁹. Comme l'affirma l'USTR Robert Zoellick, « The idea is to

¹²⁵ *Traité de libre-échange EFTA-Chili*, art. 46.

¹²⁶ *Patent Regulation of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf*, Abu Dhabi, 21-22 septembre 1992 (ci-après : *GCC Patent Regulation*).

¹²⁷ Cette idée s'inscrit dans le paradigme que certains appellent le *régionalisme ouvert*. Cette expression à la mode dans les années 1990 souffre toutefois d'un problème de définition. Voir Fred BERGSTEN, *Open Regionalism*, Working Paper, n° 97-3, Washington, Institute for International Economics, 1997, en ligne : IIE <<http://www.iie.com/publications/wp/wp.cfm?ResearchID=152>> (date d'accès : 23 mars 2006).

¹²⁸ David PRICE, « The US-Bahrain Free Trade Agreement and Intellectual Property Protection », *Journal of World Intellectual Property*, vol. 7, 2004, p. 830.

¹²⁹ *United States – Bahrain Free Trade Agreement*, 27 mai 2004, non catalogué, art. 21.41 (ci-après : *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*); *United States – Morocco Free Trade Agreement*, 15 juin 2004, non catalogué, art. 22.5 (ci-après : *Traité de libre-échange États-Unis-Maroc*); *United States-Australia Free Trade Agreement*, 18 mai 2000-Australie); *United States-Singapore free trade agreement*, 6 mai 2003, non catalogué, art. 21.6 (ci-après : *Traité de libre-échange États-Unis-Singapour*); *Central*

start out with the leading reformers [...] and then try to connect others to it over time»¹³⁰. De façon similaire, le traité conclu avec Singapour réfère à l'objectif d'accentuer l'intégration régionale dans la zone Asie-Pacifique et celui conclu avec le Chili au projet de Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA). En sachant qu'ils peuvent éventuellement se transformer en traités régionaux si d'autres pays souhaitent y adhérer, il importe d'autant plus de fixer dès le départ des règles sur le droit des brevets jugées satisfaisantes.

Cinquièmement, les traités bilatéraux peuvent paver la voie à de nouveaux traités régionaux ou multilatéraux en bousculant les systèmes d'alliance déjà établis. On peut effectivement penser que les pays qui ont accepté les dispositions sur le droit des brevets appuieront les propositions américaines visant à adopter des dispositions identiques au niveau régional et multilatéral. Soit ils seront convertis à la pertinence de ces normes, soit ils voudront empêcher que des pays concurrents tirent un avantage comparatif de leurs plus faible protection des brevets. Dans tous les cas, il est fort probable qu'ils appuieront les normes américaines déjà adoptées. Dès lors, les opposants se retrouveront de plus en plus isolés lorsqu'ils négocieront dans les forums régionaux et multilatéraux¹³¹.

Le gouvernement américain a prévu qu'un tel scénario pourrait se produire lors des négociations de la ZLÉA¹³². L'idée de créer une zone de libre-échange entre 34 pays des Amériques a été entérinée pour la première fois par les chefs d'État lors du premier sommet des Améri-

American Free Trade Agreement, 28 mai 2004, non catalogué, art. 22.5 (ci-après : *CAFTA-DR*).

¹³⁰ «US Official see FTA with Morocco as Potential Link to Tunisia, Algeria», *Inside US Trade*, 1 août 2003, p. 24.

¹³¹ L'USTR a lui-même souligné qu'il était important de négocier des traités bilatéraux avec les pays en développement afin d'affaiblir leur coalition dans les négociations plurilatérales. United States General Accounting Office, p. 9.

¹³² United States General Accounting Office, p. 8; Garry C. HUFBAUER et Barbara KOTSCHWAR, *The Future of Regional Trading Arrangements in the Western Hemisphere*, Washington, Institute for International Economics, 1998, p. 28, en ligne : IIE <<http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=318>> (date d'accès : 23 mars 2006); Josée SALAZAR-XIRINACHS, « Proliferation of sub-Regional Trade Agreements in the Americas : an assessment of key analytical and policy issues », *Journal of Asian Economics* vol. 13, n° 2, 2002.

ques, tenu à Miami en 1994¹³³. Les États-Unis avaient alors l'objectif d'y inclure un chapitre sur la propriété intellectuelle prévoyant un domaine de brevetabilité plus élargi et des droits plus étendus que ce qui est déjà prévu dans l'*Accord sur les ADPIC*¹³⁴. Leurs traités bilatéraux devaient contribuer à l'atteinte de cet objectif. Depuis le sommet de Miami, ils en ont conclu avec Trinité-et-Tobago, le Chili, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine. Ils ont, en outre, conclu des mémorandums sur la propriété intellectuelle avec le Paraguay et le Pérou¹³⁵. À la fin de 2004, des négociations bilatérales étaient en cours avec le Panama, le Pérou, la Colombie et l'Équateur. Les États-Unis ont ainsi réussi à rejoindre chacune des quatre unions douanières des Amériques, soit la Communauté andine, le Mercosur, le Marché commun de l'Amérique centrale et le Caricom. Le Brésil, un des principaux opposants au rehaussement des droits de propriété intellectuelle par le biais de la ZLÉA, s'est ainsi retrouvé de plus en plus isolé¹³⁶.

¹³³ Les négociations ont véritablement commencé en 1998. Un groupe de négociation sur la propriété intellectuelle a alors été créé avec un mandat qui rappelle celui de la *Déclaration de Punta del Este* lançant les négociations de l'*Accord sur les ADPIC*: « Réduire les distorsions dans le commerce entre les pays de l'hémisphère et promouvoir et garantir une protection adéquate et efficace des droits de propriété intellectuelle ». Déclaration Ministérielle de San José, Sommet des Amériques, Quatrième Réunion des Ministres du Commerce, 19 mars 1998, annexe II. VIVAS-EUGUI, *Regional and bilateral agreements*, p. 10.

¹³⁴ Puisque presque tous les pays impliqués étaient déjà membres de l'OMC, il semblait évident que le chapitre de la ZLÉA consacrée à la propriété intellectuelle devait aller au-delà de l'*Accord sur les ADPIC*. C'est sans doute dans cette optique que le mandat de négociation précise que « l'évolution technologique doit être prise en ligne de compte [par les négociateurs] ». SICE Foreign Trade Information System, *Summary of the United States Negotiating Positions in the FTAA*, en ligne: SICE <http://www.sice.oas.org/geograph/north/uspoip_e.asp> (date d'accès: 30 mars 2006). Voir également LIPPERT; SHERWOOD et PRIMO BRAGA; VIVAS-EUGUI, *Regional and bilateral agreements*; Maria Julia OLIVIA, « Intellectual Property in the FTAA: Little Opportunity and Much Risk », *American University International Law Review*, vol. 19, 2003.

¹³⁵ *Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Paraguay on Intellectual Property Rights*, 17 novembre 1998, non catalogué; *Memorandum of Understanding between the United States of America and the Republic of Peru*, 23 mai 1997, non catalogué (ci-après: *MOU États-Unis – Pérou*).

¹³⁶ MORIN, « Une réplique du Sud ».

La ZLÉA elle-même devait servir de tremplin pour les négociations multilatérales puisque dès 1994, les États-Unis pouvaient anticiper que de nouvelles négociations auraient lieu à l'OMC¹³⁷. De plus, des négociations multilatérales étaient à prévoir à l'OMPI avec le projet de *Traité sur le droit des brevets*, finalement adopté en juin 2000. En 2001, des négociations ont été lancées sur le projet de *Traité sur le droit matériel des brevets* et sur une réforme du *Traité de coopération en matière de brevets*. Le traité bilatéral signé avec l'Australie fait d'ailleurs référence à ces négociations parallèles : « Each Party shall endeavor to participate in international patent harmonisation efforts, including the WIPO fora addressing reform and development of the international patent system »¹³⁸. Cette disposition illustre bien que les États-Unis perçoivent leurs traités bilatéraux comme des marchepieds pour leurs négociations multilatérales.

L'interprétation juridique est une sixième et dernière façon par laquelle les traités bilatéraux peuvent avoir des conséquences au niveau régional ou multilatéral. En effet, les dispositions plus précises des traités bilatéraux peuvent servir d'appui à l'interprétation des traités multilatéraux. Selon le Comité consultatif pour la politique et les négociations commerciales, « The FTAs that the United States has negotiated since 1999 [...] have provided the vehicle for [...] significant clarifications of TRIPs obligations »¹³⁹. En supposant que les différents engagements que prend un État sont compatibles entre eux, un groupe d'arbitrage pourrait être tenté d'étudier une disposition reprise maintes fois au niveau bilatéral pour mieux comprendre la volonté des parties qui ont souscrit à une obligation au niveau régional ou multilatéral. C'est ce que remarque David Vaver : « Plus il y a d'accords bilatéraux qui imposent aux États la brevetabilité des méthodes d'affaires, plus grandes seront les chances pour qu'un groupe spécial de l'OMC interprète l'Accord ADPIC lui-même comme exigeant que les méthodes d'affaires soient

¹³⁷ Accord sur les ADPIC, art. 27.3(b).

¹³⁸ *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.14.

¹³⁹ Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters (IFAC-3), *The US-Central American Free Trade Agreement (FTA) – The Intellectual Property Provisions*, p. 5.

considérées comme une *invention* et une *technologie*»¹⁴⁰. Peter Yu a même envisagé qu'une obligation sur le droit des brevets pourrait, si elle est reproduite en série la voie bilatérale, être considérée par un tribunal d'arbitrage comme une norme internationale de droit coutumier¹⁴¹.

Il existe donc plusieurs façons de diffuser une obligation bilatérale vers des pays tiers. Il ne faut toutefois pas penser que les normes véhiculées dans les traités bilatéraux américains se généraliseront nécessairement. Bien au contraire, à la lumière des faits observés depuis une décennie, on peut émettre de sérieuses réserves sur l'éventuelle portée régionale et multilatérale des traités bilatéraux¹⁴². Jusqu'à présent, aucun pays n'a clairement indiqué qu'il souhaitait adhérer à un traité bilatéral américain déjà conclu ou n'a renforcé la protection qu'il accorde aux inventions en s'inspirant des obligations prévues dans un traité bilatéral américain auquel il n'est pas partie. Parmi les pays ayant signé un traité bilatéral avec les États-Unis depuis 1994, aucun n'a reproduit les obligations américaines sur le droit des brevets dans ses propres traités bilatéraux ou régionaux avec des pays tiers. Par ailleurs, le projet de *Traité sur le droit matériel des brevets* et la réforme du *Traité de coopération en matière de brevets* sont aujourd'hui suspendus et plusieurs observateurs émettent des doutes sur leurs possibles conclusions¹⁴³. Plus encore, les négociations sur la propriété intellectuelle ont tout simplement été évacuées du projet de ZLÉA dans l'espoir de surmonter les positions en apparence irréconciliables du Brésil et des États-Unis¹⁴⁴. À l'OMC, les traités bilatéraux n'ont pas encore été invoqués dans une décision arbitrale et, pour l'instant, les normes allant au-delà de l'*Accord sur les*

¹⁴⁰ David VAYER, « Le concept d'invention en droit des brevets : Bilan et perspectives », in *Protéger les inventions de demain, biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, sous la dir. de Michel VIVANT, Paris, La Documentation française, 2003, p. 292.

¹⁴¹ YU, « Currents and Crosscurrents », p. 46. Sur le rôle d'un *hegemon* dans la formation du droit coutumier international, voir Stephen TOOPE, « Powerful but unpersuasive? The Role of the United States in the Evolution of Customary International Law », in *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, sous la dir. de Michael BYERS et Georg NOLTE, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 287-316.

¹⁴² SCHOTT, p. 371.

¹⁴³ OMPI, Standing Committee on the Law of Patents, *Information on Certain Recent Developments in Relation to the Draft Substantive Patent Law Treaty (SPLT)*, p. 2.

¹⁴⁴ United States General Accounting Office, p. 11.

ADPIC sont encore loin d'être suffisamment nombreuses, générales, constantes et uniformes pour être considérées comme des normes de droit international coutumier. Il est donc impossible de démontrer empiriquement la portée globale des traités bilatéraux signés entre 1994 et 2004. On peut même penser que les négociations bilatérales monopolisent des ressources humaines qui auraient autrement été affectées à des négociations régionales ou multilatérales¹⁴⁵.

Tableau 14: Les effets multiplicateurs des traités bilatéraux

1.	Les bilatéraux peuvent expérimenter des normes proposées au niveau multilatéral.
2.	Les bilatéraux peuvent établir des succès qui seront imités unilatéralement par des pays tiers.
3.	Les bilatéraux peuvent fixer des planchers minimaux qui seront repris au niveau régional.
4.	Les bilatéraux peuvent s'ouvrir à des pays tiers et devenir des traités plurilatéraux.
5.	Les bilatéraux peuvent établir des coalitions en vue de négociations multilatérales.
6.	Les bilatéraux peuvent servir à interpréter les traités multilatéraux existants.

Néanmoins, cette portée globale semblait probable au moment de la négociation. Selon le gouvernement américain, le bilatéralisme ne permet pas uniquement de contourner les obstacles multilatéraux, mais aussi de préparer les négociations régionales et multilatérales. C'est ce que souligne avec insistance l'USTR dans une lettre datée du 3 décembre 2003 :

« When the Bush Administration set out to revitalize America's trade agenda almost three years ago, we outlined our plan clearly and openly. We would pursue a strategy of competitive liberalization to advance free trade globally, regionally, and bilaterally. By moving forward simultaneously on multiple fronts, the United States can overcome or bypass obstacles, exert maximum leverage for openness, target the needs of developing countries, especially those most committed to economic and political reforms, establish models of success, especially in cutting-edge areas, strengthen America's ties

¹⁴⁵ Les négociations bilatérales exercent de sérieuses pressions sur la fonction publique américaine. United States General Accounting Office.

with all regions within a global economy, and create a fresh political dynamic by putting free trade on the offensive »¹⁴⁶.

Dans ce contexte, chaque traité bilatéral compte, incluant ceux signés avec des pays dont les marchés internes et la part dans le commerce mondial sont minimales¹⁴⁷. Même ceux conclus avec la Jamaïque et Trinité-et-Tobago ont une importance significative s'ils peuvent servir de marche-pieds pour des négociations régionales ou multilatérales. Inversement, ces pays semblent beaucoup moins déterminés que les pays émergents, comme l'Inde et le Brésil, à s'opposer à l'exportation du droit américain. Et comme nous le montrerons dans la prochaine section, c'est précisément avec les pays dont le poids économique est plus modeste que l'indépendance relative des États-Unis est la plus grande.

SECTION 2

L'indépendance relative accrue

L'indépendance relative des acteurs constitue la deuxième variable qui, selon Habeeb, détermine la structure de négociation¹⁴⁸. L'indépendance est ici définie comme la capacité relative à obtenir un résultat équivalant à l'extérieur d'une relation donnée, que ce soit en autarcie ou en entrant en relation avec des tiers. En utilisant cette définition, il semble que les États-Unis ne jouissent pas d'une indépendance rela-

¹⁴⁶ Lettre de Robert ZOELICK à David M. WALKER, Contoleur Général du Bureau Général de Vérification des Comptes des États-Unis d'Amérique, 3 décembre 2003, p. 1.

¹⁴⁷ FEINBERG, p. 1035: « Quantitative studies typically find or predict small but positive gains to the US economy from the various FTAs, somewhat larger gain if long-term, dynamic effects are taken into account »

¹⁴⁸ En fait, Habeeb considère que le contrôle est une troisième variable permettant de mesurer les ressources spécifiques. Toutefois, comme le note Maryse Robert, le contrôle est, pour Habeeb, une variable similaire à l'indépendance. Voir également KEOHANE et NYE, p. 11-13; Cecilia ALBIN, « Justice, Fairness, and negotiation: Theory and Reality », in *International Negotiation: Actors, Structure/Process and Values*, sous la dir. de Peter BERTON, Hiroshi KIMURA et I. William ZARTMAN, Houndmills, Macmillan, 1999, p. 260.

tive élevée dans leurs négociations multilatérales. Aucune solution de rechange au multilatéralisme ne permet de rejoindre un grand nombre de pays, d'éviter un enchevêtrement de règles disparates et de répartir les responsabilités de surveillance et de sanction¹⁴⁹. Même la conclusion de 150 traités bilatéraux ne pourrait atteindre pareils résultats.

Cette dépendance envers un processus de négociation unique pour obtenir un résultat donné est plus rare au niveau bilatéral. Dans la plupart des cas, un pays a plusieurs interlocuteurs substituables avec lesquels il peut signer des ententes qui entraîneront des résultats similaires. Par exemple, pour les États-Unis, un traité bilatéral avec le Panama en vaut bien un autre avec le Nicaragua. Si un pays qui dispose de plusieurs interlocuteurs plus ou moins substituables négocie avec un pays qui n'en a aucun, le premier gagnera en indépendance relative, et donc en puissance structurelle.

Ce phénomène est observable dans les négociations bilatérales des États-Unis. Ceux-ci négocient avec des pays qui sont relativement substituables puisque leur droit des brevets a peu d'effets sur l'économie américaine globale (§ 1). Inversement, ces pays dépendent fortement de leurs relations commerciales avec les États-Unis (§ 2). Dans ces circonstances, ces pays savent que, s'ils s'opposent trop fermement aux normes des États-Unis, ces derniers risquent alors de se tourner vers d'autres interlocuteurs. Le passage du multilatéralisme au bilatéralisme offre ainsi aux États-Unis une indépendance relative accrue.

§ 1. L'indépendance juridique des États-Unis

Dans toutes les négociations sur le droit des brevets, les États-Unis dépendent plus du droit de leurs partenaires que ceux-ci dépendent du droit américain. Cette situation est inévitable puisque, en tant que première puissance technologique mondiale, ils déposent plus de brevets, exportent plus de biens technologiques et investissent davantage en recherche et développement que tous les autres pays. Si on isole les négociations relatives au droit des brevets des négociations commerciales qui y sont associées, les États-Unis auront toujours une indépendance plus faible que leurs partenaires.

¹⁴⁹ YU, « Currents and Crosscurrents », p. 43-44.

Il ne s'agit toutefois pas ici d'évaluer si les États-Unis jouissent d'une indépendance plus élevée que leurs partenaires, mais d'évaluer si leur indépendance relative est plus élevée dans un contexte de bilatéralisme qu'en celui de multilatéralisme. Selon cette perspective, il semble que le bilatéralisme atténue leur dépendance envers leurs partenaires. Contrairement aux négociations multilatérales, leurs négociations bilatérales n'impliquent pas les pays dont le droit des brevets les affecte le plus, comme les pays européens, la Chine, le Brésil, la Russie ou le Japon. Les États-Unis n'ont signé aucun traité bilatéral avec leurs principaux partenaires économiques (A), ni avec les principaux foyers de contrefaçon (B). Ils les ont plutôt conclus avec des pays dont ils sont peu dépendants économiquement. Cette indépendance accrue leur confère une nouvelle puissance de négociation puisqu'ils peuvent en toute crédibilité laisser entendre qu'ils se retireront des négociations si leurs objectifs ne sont pas atteints.

A. LES PRINCIPAUX PARTENAIRES ÉCONOMIQUES

Les principaux partenaires économiques des États-Unis sont les pays de l'OCDE. Ils représentent environ 74 % de leurs flux d'investissements étrangers, 75 % de leurs exportations de biens et 76 % de leurs revenus de licences sur les droits de propriété intellectuelle¹⁵⁰. Leur économie dépend donc fortement du droit des brevets de ces pays.

Bien que le droit des brevets de la majorité de ces pays soit déjà relativement harmonisé, il subsiste néanmoins des divergences qui, aussi mineures soient-elles, sont amplifiées par l'intensité des relations économiques et peuvent avoir des répercussions importantes. Par exemple, au cours de la période 1994 à 2004, plusieurs pays de l'OCDE n'acceptaient toujours pas la brevetabilité des formes de vie supérieures, des procédés commerciaux et des logiciels¹⁵¹. De même, la majorité d'entre eux ne

¹⁵⁰ Données de 2000, au milieu de la période de référence. Voir le site Internet Strategis, en ligne: <Strategis.gc.ca>; le site Internet de l'OCDE, portail statistiques, en ligne: <http://www.oecd.org/statsportal/0,2639,fr_2825_293564_1_1_1_1,00.html>; le site Internet de US Department of Commerce Bureau of Economic Analysis, en ligne: <www.bea.gov>. Voir également RICHARDS, p. 147.

¹⁵¹ L'Union européenne et le Canada ont notamment figuré à maintes reprises sur la liste de surveillance de l'USTR qui jugeait insuffisante la protection qu'ils offraient aux inventions biotechnologiques.

prévoyait pas un délai de grâce de douze mois dans l'appréciation de la nouveauté de l'invention.

En considérant l'ampleur des relations économiques entre les États-Unis et les pays de l'OCDE et leurs disparités en matière de brevet, on aurait pu s'attendre à ce que le gouvernement américain oriente ses initiatives bilatérales vers ces pays. Or, le seul traité bilatéral du corpus étudié signé avec un pays membre de l'OCDE est celui conclu avec l'Australie, un pays qui ne représente somme toute que 2 % des revenus de licences des États-Unis¹⁵². Inversement, douze des quinze traités de ce corpus ont été signés avec des pays en développement¹⁵³. Deux ont même été signés avec des pays qui figurent à la liste des pays les moins avancés de l'ONU¹⁵⁴.

La négociation de traités de libre-échange avec la Communauté européenne et le Japon serait sans doute ardue, en raison de l'importance des enjeux économiques et géopolitiques qu'ils soulèveraient¹⁵⁵. Par ailleurs, le gouvernement américain n'est pas resté inactif face aux divergences entre le droit des brevets des pays de l'OCDE. Il utilisa notamment le mécanisme de règlement de différends de l'OMC pour corriger certains éléments de leur droit et leur pratique. Il a ainsi déposé des demandes de consultation auprès du Canada, de l'Irlande, du Danemark, de la Communauté européenne, de la Grèce, de la Suède, du Portugal et du Japon¹⁵⁶. En fait, la majorité des plaintes notifiées à l'OMC en matière de propriété intellectuelle concernent un pays développé. Ce constat n'est pas surprenant si l'on tient compte de la forte interdépendance économique qui unit ces pays.

¹⁵² Comme l'ALÉNA avant lui, plusieurs considérations commerciales et stratégiques ont motivé la conclusion de ce traité de libre-échange, reléguant les questions de propriété intellectuelle au deuxième rang. La question du contrôle sur le prix des médicaments brevetés fut toutefois très controversée. Voir Peter DRAHOS, Thomas FAUNCE, Martyn GODDARD et David HENRY, *The FTA and the PBS – A submission to the Senate Select Committee on the US-Australia Free Trade Agreement*, en ligne: <http://www.aftinet.org.au/campaigns/US_FTA/henrydrahosssenatesub2.pdf> (date d'accès: 23 mars 2006).

¹⁵³ Nous considérons ici que les pays en développement sont ceux que le Groupe de la Banque mondiale classifie comme les pays à revenus inférieurs ou à revenus moyens

¹⁵⁴ Il s'agit des traités conclus avec le Laos et le Cambodge.

¹⁵⁵ FEINBERG, p. 1034.

¹⁵⁶ Voir tableau 18 sur les différends soumis à l'OMC dans le quatrième chapitre.

B. LES PRINCIPAUX FOYERS DE CONTREFAÇON

La deuxième catégorie de pays dont le droit des brevets affecte grandement l'économie américaine, qui sont présents dans les négociations multilatérales, mais qui sont exclus des négociations bilatérales américaines, est constituée des principaux foyers internationaux de contrefaçon. Certes, la majorité des pays avec lesquels le gouvernement américain a signé des traités bilatéraux offraient une protection nettement moins élevée que celle en vigueur aux États-Unis, en Europe et au Japon. Plusieurs profitaient des périodes transitoires prévues dans l'*Accord sur les ADPIC* ou du fait qu'ils n'étaient pas membres de l'OMC pour exclure certaines catégories d'invention de la brevetabilité et accorder une durée de protection inférieure à vingt ans¹⁵⁷. Les seuls pays qui offraient une protection comparable à celles des États-Unis sont l'Australie et Singapour, tous les autres ayant des normes jugées insuffisantes¹⁵⁸.

Les pays signataires n'étaient pas pour autant reconnus comme des plaques tournantes de la contrefaçon. Les États-Unis considèrent que les principaux foyers de contrefaçon sont notamment l'Argentine, l'Égypte, l'Inde, l'Indonésie, les Philippines et la Russie. Tous ont été placés par l'USTR sur la liste prioritaire à plus de cinq reprises entre 1994 et 2004, en raison de l'ampleur des activités de contrefaçon exercées sur leur territoire. Ce sont eux qui constituent les principales menaces aux brevets américains sur les marchés internationaux, et même parfois sur le marché intérieur. Malgré cela, le gouvernement américain n'a conclu aucun traité bilatéral avec ces pays au cours de la période de référence¹⁵⁹.

Il est possible que les États-Unis aient compris que la signature de traités n'est pas la meilleure façon d'améliorer l'application des lois existantes. C'est sans doute la leçon qu'ils ont tirée de leur expérience avec

¹⁵⁷ C'était notamment le cas de Trinité-et-Tobago et de la Jamaïque. GAISFORD et RICHARDSON, p. 144.

¹⁵⁸ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 155 et p. 152.

¹⁵⁹ Singapour fut bien un foyer important de contrefaçon dans les années 1980 mais la situation était déjà corrigée depuis longtemps lorsque ce pays signa son traité de libre-échange avec les États-Unis. Peter H. KANG et Clark S. STONE, «IP, Trade, and US/Singapore Relations: Significant Intellectual Property Provision of the 2003 US-Singapore Free Trade Agreement», *Journal of World Intellectual Property*, vol. 5, n° 5, 2003, p. 722; Mary B. SMITH, p. 231.

la Chine. Même si ces deux pays ont signé en 1992 un traité bilatéral sur la propriété intellectuelle qui fixe des normes élevées, le gouvernement américain considère toujours que le droit chinois des brevets est peu respecté par la population et insuffisamment appliqué par les autorités judiciaires et policières ¹⁶⁰.

Avec les pays connus pour leurs activités de contrefaçon, on préféra utiliser la menace de sanctions commerciales. Ainsi, le gouvernement américain imposa des sanctions d'une valeur de 225 millions de dollars à l'Ukraine, perçu comme l'un des principaux exportateurs de produits contrefaits vers l'Europe ¹⁶¹. Il imposa également des sanctions de 260 millions à l'Argentine, un pays décrié comme « the worst expropriator of the intellectual property of the research based pharmaceutical industry in the entire hemisphere » ¹⁶². Avec d'autres pays connus pour leurs activités de contrefaçon, ils signèrent des mémorandums d'accord prévoyant en détail les mesures spécifiques devant être adoptées pour que ces pays ne subissent pas de sanctions commerciales. Ils ont ainsi signé des mémorandums sur la propriété intellectuelle avec le Pérou en 1997, la Croatie et le Paraguay en 1998 et de nouveau avec le Paraguay en 2004 ¹⁶³. Aucun de ces mémorandums n'a été inclus dans le corpus

¹⁶⁰ USTR, 2005 *Special 301 Report*, p. 15; *Memorandum of Understanding Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United States of America on the Protection of Intellectual Property*, 17 janvier 1992, T.I.A.S. 12036 (ci-après: *MOU États-Unis – Chine*, 1992); Yu, « From Pirates to Partners »; Scott J. PALMER, « An Identity Crisis: Regime Legitimacy and the Politics of Intellectual Property Rights in China », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 8, 2001; Andrew MERTHA et Robert PAHRE, « Patently Misleading: Partial Implementation and Bargaining Leverage in Sino-American Negotiations on Intellectual Property Rights », *International Organization*, vol. 59, 2005, p. 695-729.

¹⁶¹ Il s'agit de sanction de 75 millions par année pendant trois ans, sous la forme de droit de douane de 100% sur les métaux, les chaussures et d'autres produits. Voir USTR, 2005 *Special 301 Report*, p. 1.

¹⁶² Daya SHANKER, « Argentina-US mutually Agreed Solution, Economic Crisis in Argentina and the Failure of the WTO Dispute Settlement System », *Idea: The Journal of Law and Technology*, vol. 44, n° 4, 2004, p. 170; voir également Hernan BENTOLILA, « Lessons from the United States Trade Policies to Convert a Pirate: The Case of Pharmaceutical Patents in Argentina », *Yale Journal of Law and Technology*, vol. 5, 2002/2003.

¹⁶³ *MOU États-Unis – Pérou*; *Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Paraguay on Intellectual Property Rights*, 17 novembre 1998, non catalogué; *Memorandum*

d'analyse de cet ouvrage puisqu'ils ne sont pas des traités internationaux au sens que donne généralement la doctrine du droit international à ce terme.

En somme, les traités bilatéraux américains n'ont pas été conclus avec les pays dont les normes et les pratiques en matière de brevets affectent le plus l'économie américaine. Les États-Unis ne ciblent ni ses principaux partenaires économiques, ni les principaux foyers de contrefaçon. Ils demeurent engagés à négocier des traités bilatéraux pour des raisons stratégiques, et notamment pour qu'ils servent de levier vers le multilatéralisme. Mais la valeur économique d'un rehaussement du droit des brevets ciblés par les traités bilatéraux américains n'est que marginale. Ces pays sont donc relativement substituables. S'ils opposent une trop forte résistance, les États-Unis risquent de se tourner vers un autre pays qui représente une valeur stratégique similaire. Une telle substitution serait impossible au niveau multilatéral. Les États-Unis dépendent toujours du droit de leurs interlocuteurs, mais cette dépendance est moindre en bilatéralisme qu'en multilatéralisme.

§ 2. La dépendance commerciale des interlocuteurs

Si les États-Unis ont une dépendance supérieure à celle de leurs interlocuteurs lorsqu'ils négocient des règles communes en matière de propriété intellectuelle, la relation s'inverse lorsqu'ils négocient des règles commerciales. Leurs partenaires dépendent généralement davantage du marché américain que l'inverse. Or, les traités bilatéraux du corpus étudié s'inscrivent directement ou indirectement dans un contexte commercial. Ils reprennent l'association entre le droit des brevets et le commerce international, précédemment consacrée par l'*Accord sur les ADPIC* (A). Grâce à cette association, les interlocuteurs des États-Unis sont placés dans une position de dépendance (B).

of Understanding between the Government of the United States and the Republic of Croatia Concerning Protection of Intellectual Property Rights, 26 mai 1998, KAV 5271 ; *Memorandum of Understanding on Intellectual Property Rights between the United States of America and the Republic of Paraguay*, 30 mars 2004, KAV 6438.

A. DES TRAITÉS COMMERCIAUX

L'association retrouvée entre le droit des brevets et le commerce international se manifeste dans l'évolution des catégories de traités bilatéraux. On peut en effet diviser les traités bilatéraux du corpus étudié en trois grandes catégories. La première regroupe ceux qui portent exclusivement sur les droits de propriété intellectuelle. Trois traités du corpus, tous signés sous l'administration Clinton, entrent dans cette première catégorie, soit ceux conclus avec Trinité-et-Tobago, le Nicaragua et la Jamaïque. Au moment de leur signature, tous étaient depuis longtemps des parties contractantes au GATT et avaient déjà signé les Accords de l'OMC. On peut ainsi penser que ces traités visent à régler des questions spécifiques qui, aux yeux d'au moins une des parties, ne peuvent être résolues à l'OMC.

Bien que les traités de la première catégorie portent exclusivement sur les droits de propriété intellectuelle, ils doivent être analysés dans le contexte plus général des relations économiques bilatérales. Leurs préambules font effectivement référence à l'objectif de développer les relations commerciales plus étroites. Ils peuvent être compris comme des contributions à un rapprochement plus général des relations économiques des deux parties.

La deuxième catégorie est constituée de traités commerciaux, qu'il ne faut toutefois pas confondre avec les nombreux accords-cadres sur le commerce et l'investissement que les États-Unis ont signés au cours des dernières années. Contrairement à ceux-ci, les traités commerciaux fixent des règles commerciales et des règles de propriété intellectuelle relativement détaillées et prévoient des concessions qui vont au-delà de simples engagements symboliques. Ils ont tous été conclus avec des pays dont l'économie est en transition entre le communisme et le capitalisme. En effet, dès 1991, le gouvernement américain multiplia les traités commerciaux avec ces pays afin de les intégrer progressivement dans le système commercial international¹⁶⁴. La majorité d'entre eux

¹⁶⁴ *Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and the Republic of Albania*, 14 mai 1992, T.I.A.S. 12454 (ci-après : *Accord de commerce États-Unis – Albanie*); *Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and the Republic of Armenia*, 2 avril 1992, non catalogué; *Agreement on Trade Relations between the Government of the United States*

ayant été conclus avant 1994, seulement cinq traités de notre corpus entrent dans cette catégorie, soit ceux signés avec la Lituanie, l'Estonie, le Cambodge, le Laos et le Viêt Nam¹⁶⁵.

Puisque aucun de ces pays n'était membre de l'OMC au moment de la signature de ces traités commerciaux, la première section de ces traités reprend les normes fondamentales qui gouvernent l'OMC, comme celle de la nation la plus favorisée et celle du traitement national.

of America and the Republic of Azerbaijan, 12 avril 1993, non catalogué; *Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and Belarus*, 16 février 1993, T.I.A.S. 12488; *Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and Bulgaria*, 22 avril 1991, non catalogué; *People's Republic of China Implementation of the 1995 Intellectual Property Rights Agreement*, 17 juin 1996, non catalogué; *MOU États-Unis – Chine*, 1992; *Memorandum of Understanding between the Government of the United States and the People's Republic of China on the Protection of Intellectual Property*, 1995, non catalogué; *Agreement on Trade Relations between the Government of the United States and Czechoslovakia*, 12 avril 1990, non catalogué; *Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Georgia*, 1^{er} mars 1993, T.I.A.S. 12489; *Agreement on Intellectual Property Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Hungary*, 24 septembre 1993, T.I.A.S. 12138; *Agreement on Trade Relations between the United States of America and the Republic of Kazakhstan*, 19 mai 1992, non catalogué; *Agreement on Trade Relations between the United States of America and the Republic of Kyrgyzstan*, 8 mai 1992, non catalogué; *Agreement on Trade Relations between The United States of America and the Republic of Moldova*, 1^{er} juin 1992, non catalogué; *Agreement on Trade Relations Between the Government of the United States of America and the Government of the Mongolian People's Republic*, 23 janvier 1991, non catalogué; *Treaty Between the United States of America and the Republic of Poland Concerning Business and Economic Relations*, 21 mars 1990, non catalogué; *Agreement on Trade Relations Between the Government of the United States of America and the Government of Romania*, 3 avril 1992, non catalogué (ci-après: *Accord de commerce États-Unis – Roumanie*); *Agreement on Trade Relations Between the United States and the Russian Federation*, 17 juin 1992, non catalogué; *Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Tajikistan*, 24 novembre 1993, non catalogué; *Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of Trinidad and Tobago Concerning Protection of Intellectual Property Rights*, 26 septembre 1994, non catalogué (ci-après: *MOU États-Unis – Trinidad et Tobago*); *Agreement on Trade Relations Between the Government of the United States of America and the Republic of Turkmenistan*, 23 mars 1993, T.I.A.S. 12491; *Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and the Republic of Uzbekistan*, 5 novembre 1993, T.I.A.S. 12515.

¹⁶⁵ Bien que les trois premiers soient ultérieurement devenus membres de l'organisation, le Laos et le Viêt Nam ne le sont toujours pas.

Une deuxième section, plus détaillée, porte sur les droits de propriété intellectuelle et inclut quelques articles sur le droit des brevets. Cette structure des traités reflète clairement l'association promue par le gouvernement américain entre la protection des brevets et la libéralisation du commerce.

La troisième catégorie renferme des traités de libre-échange. Il s'agit de la forme ultime de traité commercial par laquelle les États-Unis consacrent leurs relations privilégiées avec certains pays. Le premier traité de libre-échange du corpus étudié a été signé avec la Jordanie dans les dernières semaines de l'administration Clinton. Les suivants, signés avec Singapour, le Chili, les pays d'Amérique centrale, la République dominicaine, l'Australie, le Maroc et le Bahreïn, ont été conclus sous l'administration Bush. Comme l'ALENA avant eux, tous incluent un chapitre sur la propriété intellectuelle. Il ne s'agit probablement pas du chapitre le plus important, bien qu'il soit tout de même essentiel. Pour l'ancien USTR Mickey Kantor, «including intellectual property provision in trade agreements is as important as negotiating the reduction of tariffs»¹⁶⁶.

Tableau 15: Évolution des types de traités bilatéraux

	Entre 1986 et 1994	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	En négo- ciation
Traités de propriété intellec- tuelle	4	2				1							
Traités commer- ciaux	17	2		1	1			1					
Traités de libre- échange	1							1			3	3	6+

¹⁶⁶ KANTOR, p. 2.

Au moins deux facteurs expliquent que le rythme de conclusion de traités de libre-échange se soit accéléré sous l'administration Bush. D'abord, la volonté politique de cette administration fut accentuée alors que les négociations à l'OMC s'annonçaient ardues. L'USTR Robert Zoellick a défini une nouvelle stratégie commerciale dans laquelle les traités bilatéraux de libre-échange devaient permettre de relancer le mouvement de libéralisation¹⁶⁷. Ensuite, l'administration Bush obtint, avec la Loi sur le commerce de 2002, l'Autorité en matière de promotion commerciale qui fit défaut à l'administration Clinton depuis l'échéance de la procédure accélérée (*fast track*) en 1994¹⁶⁸. Les traités conclus entre le 15 avril 1994 et le 6 août 2002, que ce soit ceux de propriété intellectuelle, ceux sur le commerce et même celui de libre-échange avec la Jordanie, durent être approuvés par les deux tiers du sénat pour être ratifiés. Cette ratification n'était en rien garantie et le sénat pouvait même demander à l'administration de renégocier certaines dispositions. Or, l'Autorité en matière de promotion commerciale autorise l'administration à conclure des traités de libre-échange qui, s'ils répondent à certains objectifs spécifiques, seront approuvés en bloc par un vote à la majorité simple des deux chambres du Congrès¹⁶⁹. Cette loi lève ainsi une partie de l'incertitude sur la ratification des traités et permet au USTR de s'appuyer sur la liste d'objectifs fixés par le Congrès pour légitimer ses exigences.

L'association entre le droit des brevets et le commerce international est ainsi de plus en plus manifeste dans les traités bilatéraux américains. Au début de la période de référence, elle n'était qu'indirecte, bien qu'elle soit systématiquement rappelée dans les préambules. Par contre, les

¹⁶⁷ DEBLOCK, *Le Libre-échange et les accords de commerce*, p. 35 ; DESTLER, p. 300.

¹⁶⁸ Sur cette procédure, voir GRIMMETT.

¹⁶⁹ Ces traités ne sont pas considérés en droit américain comme de traités mais comme des *congressional-executive agreements*. Mais comme le remarque Gidon Gottlieb, « The international law concept of international agreement must no be confused with domestic constitutional classification. [...] Constitutional and statutory requirements regarding treaties and executive agreements contribute to confusion about the international and domestic effects of instruments under domestic law on the one hand and international law on the other. ». Voir « Global Bargaining: The Legal and Diplomatic Framwork », in *International Law: a Contemporary Perspective*, sous la dir. de Richard FALK, Friedrich KRATOCHWILL et Saul H. MENDLOVITZ, Boulder, Westview Press, 1985, p. 220.

huit derniers traités bilatéraux du corpus sont des traités commerciaux ou de libre-échange qui associent clairement le rehaussement du niveau de protection des brevets à la libéralisation des échanges commerciaux. Alors que dans les négociations multilatérales on associe de plus le plus le droit des brevets aux problèmes de développement, les traités bilatéraux permettent de revenir à l'association qui était à la base de l'*Accord sur les ADPIC*.

B. DES DÉPENDANCES COMMERCIALES

Les négociations des droits de propriété intellectuelle dans un cadre commercial permettent aux États-Unis de renverser le rapport de dépendance avec leurs interlocuteurs. Plus encore, ce renversement est accentué avec le passage du multilatéralisme au bilatéralisme. Au niveau multilatéral, les négociations commerciales soulèvent des enjeux économiques majeurs puisque les exportations de biens et de services représentent près de 10 % du produit intérieur brut (PIB) américain¹⁷⁰. Sachant cela, la capacité des pays en développement de bloquer les négociations multilatérales leur confère un certain pouvoir de négociation. D'ailleurs, suite à l'échec de la conférence ministérielle de Seattle, les États-Unis acceptèrent de faire davantage de concessions pour susciter l'adhésion des pays en développement et lancer un nouveau cycle de négociation multilatérale à Doha.

Certaines négociations bilatérales peuvent également être significatives pour l'économie américaine, particulièrement lorsqu'elles sont menées avec leurs principaux partenaires commerciaux, comme le Canada, le Mexique, l'Union européenne, le Japon et la Chine. Lors de ces négociations bilatérales, les États-Unis ne bénéficient pas d'une indépendance relative accrue. Lorsqu'ils ont tenté d'imposer des sanctions commerciales à la Chine en raison de la faible protection accordée aux droits de propriété intellectuelle, le président de l'Assemblée populaire de Chine, Li Peng, décida d'offrir un contrat de 1,5 milliard de

¹⁷⁰ En 2004, les exportations américaines de biens se chiffraient à 807 milliards, les exportations de services à 343 milliards et le PIB était de 11 734 milliards. Source: site Internet de US Department of Commerce Bureau of Economic Analysis, en ligne: <www.bea.gov>.

dollars à Airbus plutôt qu'à Boeing¹⁷¹. Cette anecdote illustre bien que les leviers commerciaux ne leur procurent pas une puissance de négociation importante lorsqu'ils discutent avec leurs principaux partenaires commerciaux.

Tableau 16. Dépendance relative aux échanges commerciaux (année de la signature du traité bilatéral)

	Dépendance des partenaires commerciaux		Dépendance des États-Unis	
	Exportations vers les États-Unis sur le PIB	Rang des États-Unis parmi les partenaires commerciaux	Exportations des États-Unis sur le PIB américain	Rang parmi les partenaires des États-Unis
Jamaïque	15,6 %	1	0,015 %	50
Lituanie	0,5 %	22	0,000 %	129
Lettonie	1,1 %	20	0,001 %	106
Trinité-et-Tobago	22,5 %	1	0,007 %	59
Cambodge	0,1 %	1	0,000 %	164
Laos	0,8 %		0,000 %	197
Nicaragua	12,7 %	1	0,003 %	78
Viêt Nam	2,6 %	6	0,003 %	71
Jordanie	0,9 %	1	0,003 %	75
Singapour	16,8 %	2	0,152 %	11
Chili	5,2 %	1	0,025 %	35

¹⁷¹ YU, «From Pirates to Partners», p. 168; Alisa M. WRASE, «US Bilateral Agreements and the Protection of Intellectual Property Rights in Foreign Countries: Effective for US Intellectual Property Interests or a Way Out of Addressing the Issue?», *Dickinson Journal of International Law*, n° 19, 2000, p. 265.

	Dépendance des partenaires commerciaux		Dépendance des États-Unis	
	Exportations vers les États-Unis sur le PIB	Rang des États-Unis parmi les partenaires commerciaux	Exportations des États-Unis sur le PIB américain	Rang parmi les partenaires des États-Unis
Amérique centrale et République dominicaine	15,5 %	1	0,144 %	13
Australie	1,4 %	3	0,131 %	15
Maroc	1,2 %	5	0,004 %	71
Bahreïn	4,5 %	2	0,002 %	88

Sources : site Internet Strategis, en ligne : <<http://Strategis.gc.ca>> ; site Internet de la CNUCED, en ligne : <www.unctad.org>.

Par contre, lorsqu'ils négocient avec des pays qui ne sont pas leurs principaux partenaires commerciaux, ces discussions soulèvent peu d'enjeux significatifs pour leur économie, ce qui leur procure une indépendance appréciable. La Jordanie, par exemple, ne reçoit que 0,04 % de l'ensemble des exportations américaines, ce qui ne représente que 0,003 % du PIB américain. En négociant un accord commercial avec la Jordanie, ils ont peu à perdre et peu à gagner. Si elle menace de bloquer les négociations, les États-Unis se tourneront tout simplement vers un autre État qui manifeste plus d'intérêt. Il en va de même, comme le montre le tableau 16, avec tous les pays signataires de traités bilatéraux.

Jeffrey Schott nuance ce constat en rappelant que les pays industrialisés ont déjà abaissé sensiblement leurs barrières commerciales, alors que plusieurs pays en développement maintiennent des tarifs douaniers relativement élevés¹⁷². Il en conclut que les gains commerciaux espérés de la libéralisation des échanges viendront forcément des pays en développement. Mais même si l'on suppose que la réduction des tarifs dans

¹⁷² SCHOTT, p. 333.

les pays en développement ait pour effet de doubler les exportations américaines, la valeur de ces exportations demeurerait marginale.

Ka Zeng souligne une nuance plus significative à propos de cette indépendance relative¹⁷³. Selon lui, l'analyse de la dépendance commerciale ne consiste pas à examiner uniquement l'ampleur des échanges et les barrières tarifaires, mais également, la nature des relations commerciales. Un pays serait plus dépendant d'une relation commerciale complémentaire que d'une relation commerciale concurrente. Cet argument semble effectivement valide dans certains cas. Lorsque les États-Unis voulurent imposer des sanctions commerciales à la Chine en raison de son faible respect des droits de propriété intellectuelle, plusieurs firmes américaines qui importent des produits chinois pour les distribuer sur le marché américain s'y sont opposées. L'*American Apparel Manufacturers Association*, l'*American Association of Exporters and Importers*, l'*American Forest and Paper Association*, l'*Electronic Industries Association*, *Ford Motor*, *General Motors*, l'*International Mass Retail Association*, la *National Apparel and Textile Association*, la *National Retail Federation*, les *Toy Manufacturers of America* et la *US Association of Importers of Textiles and Apparel* ont exprimé au gouvernement américain leur opposition à l'utilisation de leviers commerciaux dans ses négociations portant sur la propriété intellectuelle de crainte de détériorer leurs relations commerciales avec la Chine¹⁷⁴. Par contre, la complémentarité des échanges commerciaux devient une source de dépendance seulement lorsque l'interlocuteur représente une source majeure d'importations difficilement substituables ou une destination privilégiée pour les investissements étrangers. La Chine répond certainement à ces critères, mais pas la majorité des pays signataires de traités bilatéraux.

Inversement, ces pays dépendent fortement de leur accès au marché américain. Pour la majorité d'entre eux, les États-Unis sont l'un de leurs trois principaux partenaires commerciaux, accueillant parfois plus de 40 % de leurs exportations. Dans de telles circonstances, peu

¹⁷³ Ka ZENG, « Trade Structure and the Effectiveness of America's Aggressively Unilateral Trade Policy », *International Studies Quarterly*, 2002, vol. 46.

¹⁷⁴ Ka ZENG, « Complementary Trade Structure and US-China Negotiations over Intellectual Property Rights », *East Asia*, vol. 20, n° 1, 2002, p. 66-67. Voir aussi YU, « From Pirates to Partners », p. 167-168.

de solutions de rechange leur font miroiter des bénéfices équivalant à ceux qu'ils peuvent espérer gagner en négociant bilatéralement avec les États-Unis. Même une libéralisation multilatérale pourrait ne pas leur être aussi profitable puisqu'ils perdraient alors leur avantage comparatif par rapport à leurs concurrents qui exportent des produits similaires vers le marché américain¹⁷⁵. Les États-Unis ne sont pas des partenaires commerciaux aisément substituables et la dépendance des pays en développement envers le marché américain est une véritable source de puissance structurelle.

CONCLUSION

Les États-Unis se sont tournés vers la voie bilatérale parce qu'elle leur offre une structure de négociation qui permet plus aisément d'exporter leur droit que la voie multilatérale. C'est ce que ce chapitre nous a permis de démontrer, en étudiant deux variables de la structure de négociation, soit l'engagement relatif et l'indépendance relative. D'une part, les États-Unis considèrent que les traités bilatéraux ont une valeur qui va au-delà de leur relation avec les pays directement ciblés. Dans leur esprit, les traités bilatéraux serviront éventuellement de marche-pieds vers des initiatives régionales ou multilatérales. Bien que cet effet multiplicateur ne se soit pas encore réalisé, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une importante source d'engagement pour les États-Unis.

D'autre part, leurs interlocuteurs, une fois isolés de leurs coalitions, semblent moins engagés à s'opposer à l'exportation du droit des brevets. L'accès au marché américain, duquel leur économie dépend, est pour eux un enjeu beaucoup plus crucial. Le bilatéralisme offre ainsi aux États-Unis ce que Richard Feinberg appelle une double asymétrie, c'est-à-dire une asymétrie d'engagement et d'indépendance¹⁷⁶.

D'autres variables auraient pu être retenues pour étudier la structure de négociation. Les ressources humaines et administratives, par

¹⁷⁵ Andrew T. GUZMAN, « Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law*, vol. 15, n° 28, 1998, p. 639-688.

¹⁷⁶ FEINBERG, p. 1020.

exemple, conditionnent les capacités d'un État à négocier. Le manque de spécialistes du droit des brevets et l'insuffisance des moyens mis à la disposition des pays en développement sont perçus par plusieurs observateurs comme d'importantes faiblesses structurelles¹⁷⁷. Le processus de ratification propre à chaque pays peut également être une variable significative de la structure de négociation¹⁷⁸. Mickey Kantor, l'ancien USTR américain, considère que les pouvoirs du Congrès affaiblissent la puissance structurelle du négociateur américain : « Once official negotiations have begun, there is a great deal of pressure politically on the US Administration to reach an agreement, and the negotiators sitting across the table are well aware of this »¹⁷⁹. Ces variables n'ont toutefois pas été examinées en détail parce qu'elles dépendent relativement peu de la voie de négociation retenue. Autrement dit, le problème des ressources humaines et celui des procédures de ratification sont certes importants, mais ils demeurent relativement constants, que ce soit en bilatéralisme ou en multilatéralisme¹⁸⁰.

Puisqu'une structure plus asymétrique du bilatéralisme favorise l'exportation des règles du plus puissant vers des pays plus faibles, il pourrait être tentant de conclure, comme Peter Drahos, que les traités bilatéraux reflètent forcément les intérêts du plus puissant : « Bilateralism is like cooking an elephant and rabbit stew : however you mix the ingredients, it ends up tasting like elephant »¹⁸¹. Cependant, la structure n'est que le cadre général dans lequel interagissent des acteurs¹⁸².

¹⁷⁷ Mart LESSTI et Tom PENGELLY, *Institutional Issues for Developing Countries in Intellectual Property Policymaking, Administration & Enforcement*, Study Paper 9, Londres, Commission on Intellectual Property Rights, 2002, en ligne : IPR Commission <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study_papers/sp9_pengelly_study.pdf> (date d'accès : 23 mars 2006).

¹⁷⁸ Jean-Frédéric MORIN et Gilbert GAGNÉ, « Explaining the Lateralism Paradox in the investment regime : Power, Interests and Ideas », [à paraître en 2006].

¹⁷⁹ KANTOR, p. 3-4.

¹⁸⁰ D'une part, la pression sur les ressources humaines est la même pour les États-Unis que pour leurs partenaires. D'autre part, les procédures de ratification sont les mêmes pour les traités multilatéraux et les traités bilatéraux.

¹⁸¹ DRAHOS, *Information Feudalism*, p. 194 ; Frank PFETSCH et Alice LANDAU, « Symmetry and Asymmetry in International Negotiations », *International Negotiation*, vol. 5, 2000, p. 27-29.

¹⁸² Il n'est pas rare que des acteurs plus faibles, désavantagés par la structure de négociation, réussissent néanmoins à imposer leurs préférences. Voir Gordon MACE,

Leurs interactions déterminent également l'issue des négociations. C'est l'emploi de certaines stratégies qui permet à un acteur d'exploiter sa puissance structurelle. Un *hegemon* peut profiter de l'engagement plus faible de son partenaire ou de sa dépendance commerciale pour recourir à la socialisation et à la coercition. Ainsi, devient-il nécessaire d'analyser non seulement la structure de négociation, mais également le processus même de la négociation.

Jacques PAQUET, Louis BÉLANGER et Hugo LOISEAU, «Asymétrie de puissance et négociations économiques internationales: la zone de libre-échange des Amériques et les puissances moyennes», *Revue canadienne de science politique*, vol. 36, n° 1, mars 2003, p. 129-158.

CHAPITRE 2

La puissance behaviorale

Un *hegemon* peut recourir à deux grandes stratégies pour fixer les règles d'un régime : la coercition et la socialisation¹⁸³. Comme nous les avons définies dans le chapitre préliminaire, la première permet d'orienter le comportement d'un acteur en altérant ses intérêts et la deuxième en altérant ses idées, ses valeurs et ses principes normatifs. Dans la théorie néo-gramscienne de l'hégémonie, les deux stratégies doivent être utilisées conjointement pour qu'une hégémonie soit maintenue¹⁸⁴.

Nous démontrons dans ce chapitre que le passage du multilatéralisme vers le bilatéralisme permet aux États-Unis de faire une utilisation accrue des stratégies coercitives (section 1). Dans une moindre mesure, les États-Unis recourent également à la socialisation pour convaincre les pays ciblés du bien-fondé de leur droit des brevets (section 2). Le bilatéralisme permet ainsi de revenir à une stratégie similaire à celle qui a autrefois conduit à l'*Accord sur les ADPIC*.

SECTION 1

La coercition

Comme nous l'avons détaillé dans le chapitre consacré à l'association entre le droit des brevets et le commerce international, les États-Unis ont établi un système coercitif lors du cycle de l'Uruguay. La menace d'utiliser le mécanisme du *Special 301* et la promesse que les autres accords de l'OMC procureraient des avantages commerciaux furent aussi utili-

¹⁸³ IKENBERRY et KUPCHAN, « Socialization and Hegemonic Power », p. 285. Les stratégies sont toutes les manœuvres, les tactiques et les actions utilisées par un acteur pour atteindre ses objectifs. Comme Maryse Robert, nous n'établissons pas de distinction fondamentale entre les stratégies et les tactiques, bien que l'on considère généralement que les secondes découlent des premières. ROBERT, p. 11-19.

¹⁸⁴ GILL et LAW, p. 77.

sées en vue de convaincre les pays en développement d'adopter l'*Accord sur les ADPIC*. Dans cette section, nous démontrons que les États-Unis s'appuient toujours sur leur indépendance relative en matière commerciale pour recourir à la coercition. En fait, il serait plus facile pour eux de recourir à la coercition au niveau bilatéral qu'au niveau multilatéral. Alors que les Accords de l'OMC restreignent la capacité des États-Unis à établir une coercition qui soit crédible au niveau multilatéral, tous leurs traités bilatéraux ont été négociés sous la menace de sanctions commerciale (§ 1) ou la promesse de bénéfices (§ 2).

§ 1. Les sanctions commerciales

Aux yeux de l'industrie américaine, la menace de sanctions négatives demeure l'une des stratégies de négociation les plus efficaces dont dispose le gouvernement américain. C'est du moins l'avis des membres du Comité consultatif sur la propriété intellectuelle (IFAC-3). Selon eux, il est essentiel que le gouvernement ne se limite pas à concéder des avantages commerciaux aux pays qui offrent une protection répondant aux normes américaines. Il doit également menacer les pays qui n'offrent pas une protection suffisante : « It is essential that traditional trade tools such as Special 301 [...] and WTO dispute settlement be aggressively employed to lift levels of intellectual property protection in those countries »¹⁸⁵.

Comme le soulignent les membres du Comité consultatif sur la propriété intellectuelle, les deux principaux mécanismes de sanctions négatives du régime international des brevets sont la loi américaine connue sous le nom de *Special 301* ainsi que le mécanisme de règlement des différends à l'OMC. Le premier mécanisme, le *Special 301*, est effectivement utilisé à titre de stratégie de négociation dans le cadre bilatéral (A). Au niveau multilatéral, il a été remplacé par le mécanisme de règlement des différends à l'OMC. Or, ce dernier peut difficilement être utilisé pour inciter un pays à adopter un niveau de protection allant au-delà des obligations de l'*Accord sur les ADPIC* (B). L'emploi de sanctions

¹⁸⁵ Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property for Trade Policy Matters (IFAC-3), *The US-Central American Free Trade Agreement (FTA) – The Intellectual Property Provisions*, p. 5.

négatives comme stratégie de négociation serait ainsi plus malléable au niveau bilatéral qu'au niveau multilatéral.

A. LE RECOURS AU *SPECIAL 301* DANS LES NÉGOCIATIONS BILATÉRALES

Les Accords de l'OMC, une fois adoptés, limitent sérieusement la capacité des États-Unis à utiliser le mécanisme du *Special 301*. En effet, l'article 23 du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* prévoit que «les membres ne détermineront pas qu'il y a eu violation et que des avantages ont été annulés [...] si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord»¹⁸⁶. Forte de cette disposition, la Commission européenne l'a contesté devant l'Organe de règlement des différends, en alléguant que cette loi menaçait la sécurité et la prévisibilité des accords de l'OMC. Le groupe spécial donna partiellement raison aux États-Unis en concluant que le maintien du *Special 301* dans la législation américaine ne contrevient pas, comme tel, au Mémorandum d'accord¹⁸⁷. D'un autre côté, il souligna que le gouvernement américain contreviendrait à ses engagements s'il n'attendait pas qu'une décision de l'Organe de règlement des différends soit rendue avant d'imposer des sanctions contre un autre membre de l'OMC. En d'autres termes, les États-Unis peuvent continuer d'exprimer des menaces, mais ne peuvent plus les mettre immédiatement à exécution et imposer des sanctions unilatérales. L'Organe de règlement des différends de l'OMC, auquel les États-Unis tenaient tant lors du cycle de l'Uruguay, mine paradoxalement leur marge de manœuvre pour assurer la protection de leurs droits de propriété intellectuelle à l'étranger. Jacques Gorlin, qui fut l'un des principaux lobbyistes en faveur du recours au *Special 301* lors

¹⁸⁶ *Mémorandum sur le règlement des différends*, art. 23.2 a).

¹⁸⁷ Groupe spécial, *États-Unis – Article 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur* (1999), OMC Doc. WT/DS152/R (Rapport du Groupe spécial), en ligne OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/distab_f.htm> (date d'accès: 30 mars 2006). Sur cette affaire, voir Seung Chang-Wha, «Taming Unilateralism under the Multilateral Trading System: Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on US Section 301-310 of the Trade Act of 1974», *Law and Policy in International Business*, vol. 14, n° 31, 1999, p. 1151-1226.

du cycle de l'Uruguay, semble aujourd'hui résigné à abandonner cette stratégie: «The days of the "big stick" are over»¹⁸⁸.

Ce mécanisme est néanmoins toujours en vigueur. Plus encore, en 1994, la loi américaine a été amendée afin de préciser que même si un pays se trouve en conformité avec l'*Accord sur les ADPIC*, il peut figurer sur la liste de surveillance prioritaire¹⁸⁹. Puis, en 1996, l'USTR a accru les ressources consacrées à la rédaction des rapports *Special 301* en établissant un bureau du suivi et de l'application (*Office of Monitoring and Enforcement*). Ce n'est donc pas un hasard si le rapport publié l'année suivante a ciblé 25 % plus de pays que celui de 1996¹⁹⁰. Dans l'introduction de ce rapport plus ambitieux que ses précédents, l'USTR Charlene Barshefsky s'enorgueillit de l'efficacité de ce mécanisme: «The Special 301 annual review is one of the most effective instruments in our trade policy arsenal. It is much more than an in-depth review. It provides a direct route to press countries to improve their IPR practices»¹⁹¹. L'établissement de l'OMC et l'entrée en vigueur du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* ne sonnèrent donc pas le glas du *Special 301*.

Comment ce mécanisme peut-il être jugé efficace par l'USTR, alors que le *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* de l'OMC prohibe l'imposition de sanctions commerciales qui n'ont pas été approuvées par l'Organe de règlement des différends? En fait, le *Mémoire* ne s'applique qu'entre les membres de l'OMC. Des sanctions commerciales unilatérales peuvent librement être imposées contre les pays non-membres. C'est d'ailleurs ce que recommande au USTR un rapport du *Pacific Council on International Policy*, un centre de recherche américain près du milieu des affaires:

¹⁸⁸ GORLIN, p. 53-57.

¹⁸⁹ 19 U.S.C. § 2411(d)(3)(b)(i)(II); Nadia Natasha SEERATAN, «The Negative Impact of Intellectual Property Patent Rights on Developing Countries: An Examination of the Indian Pharmaceutical Industry», *St. Mary's Law Review on Minority Issues*, printemps 2001, n° 339, p. 357.

¹⁹⁰ Susan K. SELL, «Industry Strategies for intellectual Property and Trade: The Quest for TRIPs, and Post-TRIPs Strategies», *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, vol. 10, printemps 2002, p. 102.

¹⁹¹ USTR, «USTR Announces Results of Special 301 Annual Review», Communiqué de presse 97-37, 30 avril 1997, Washington, USTR.

« *Unilateral measures against WTO members should be taken in extraordinary cases. Such a move would likely be challenged by the targeted trading partner and other WTO members, perhaps provoking a WTO dispute settlements action against the United States. [...] If, however, the violation is manifestly not addressed by WTO rules, or if the foreign country is not a WTO member, the United States should be prepared to conduct unilateral investigations and enact unilateral trade sanctions* »¹⁹².

Dans ce contexte, il semble que le *Special 301* puisse toujours être utilisé efficacement au niveau bilatéral. Alors que les membres de l'OMC se savaient protégés par le mémorandum, certains pays qui ont signé un traité bilatéral avec les États-Unis ne l'étaient toujours pas au moment de la négociation. Le Viêt Nam et la Jordanie se trouvaient même sur la liste de surveillance de l'USTR depuis quelques années. Sans être sur la liste prioritaire, les États-Unis ont mis en place à leur endroit une surveillance exceptionnelle (*out-of-cycle review*), plus intense et détaillée qu'à l'habitude. Le rapport de 1999 de l'USTR indiquait clairement que la Jordanie devait rehausser la protection offerte aux inventions, et devait même aller au-delà de ce que prévoyait le projet de loi examiné par le parlement jordanien, afin d'être éventuellement retiré de la liste de surveillance¹⁹³. Il fut encore plus explicite à l'endroit du Viêt Nam : « We expect the Government of Vietnam to address intellectual property rights issues in the contexts of negotiations on a bilateral trade agreement »¹⁹⁴. Dès lors, ces deux pays ont sans doute été incités à accepter les normes américaines dans leur traité bilatéral avec les États-Unis pour ne plus craindre l'imposition de sanctions commerciales unilatérales.

Dans certains cas, le mécanisme du *Special 301* peut également s'avérer efficace envers des pays membres de l'OMC. En effet, la réputation d'un pays en développement en matière de propriété intellectuelle est l'un des critères retenus par les investisseurs internationaux pour choisir le pays d'accueil de leurs investissements. Or, figurer sur une liste de surveillance peut affecter la réputation d'un pays aux yeux des

¹⁹² Jonathan D. ARONSON *et al.*, *Protecting International Intellectual Property: A Report for the Pacific Council on International Policy*, Los Angeles, Pacific Council on International Policy, janvier 1998, p. 12.

¹⁹³ USTR, 1999 *Special 301 Report*, Washington, USTR, 1999.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 29.

investisseurs étrangers. Sous cette perspective, les États-Unis n'auraient pas nécessairement à menacer les pays étrangers de sanctions commerciales, mais simplement à menacer de maintenir ces pays sur la liste de surveillance. La mauvaise publicité que reçoivent les pays figurant sur la liste de surveillance du *Special 301* serait suffisante pour exercer une certaine pression¹⁹⁵.

Cette menace de mauvaise presse fut sans doute prise en considération par le Nicaragua. En 1996, alors que les négociations bilatérales étaient déjà commencées, l'USTR inclut pour la première fois le Nicaragua dans son rapport annuel: «The current [Nicaraguan] patent law, which dates to 1899, fails to meet international standards for term of protection and for subject matter subject to patentability»¹⁹⁶. L'USTR précisa en outre que le Nicaragua devait voir à ce que les négociations se concluent rapidement s'il voulait éviter de figurer sur la liste de surveillance: «The United States urges Nicaragua to successfully conclude these negotiations as soon as possible»¹⁹⁷. Quelques mois plus tard, en 1998, le Nicaragua signa le traité bilatéral et, la même année, l'USTR supprima définitivement le Nicaragua de ses rapports annuels.

Dans d'autres cas, le mécanisme du *Special 301* joua un rôle plus indirect. Certains pays ont été placés sur la liste de surveillance de l'USTR plusieurs années avant le début de négociations bilatérales. Deux d'entre eux, l'Australie et Singapour, acceptèrent unilatéralement de modifier leur législation pour la conformer aux attentes américaines. L'USTR reconnut leurs efforts en les retirant de la liste de surveillance. Quelques années plus tard, au moment des discussions bilatérales, leurs normes nationales étaient déjà similaires aux normes américaines, ce qui facilita grandement la négociation.

Dans la majorité des cas, cependant, le mécanisme du *Special 301* ne joua pas un rôle de premier plan. Comme l'indique le tableau 17, seule la République dominicaine fut placée sur la liste prioritaire de l'USTR lors de ses négociations bilatérales avec les États-Unis¹⁹⁸. Après

¹⁹⁵ WRASE, p. 254.

¹⁹⁶ USTR, 1997 *Special 301 Report*, Washington, USTR, 1997, p. 19.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ SHADLEN, SCHRANK et KURTZ, p. 58: «Perhaps countries simply pay little attention to the Special 301 reports, especially when they are listed only on the Watch List,

tout, puisque les traités bilatéraux, et particulièrement ceux de libre-échange, témoignent d'une certaine alliance économique entre les deux partenaires, il aurait été étonnant que les États-Unis aient eu tendance à les conclure avec les pays qu'ils considèrent comme les principaux foyers de contrefaçon.

Tableau 17 : Les rapports *Special 301* et les pays ciblés par les traités bilatéraux

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Australie	-	LS	LS	LS	LS	-	-	-	-	-	-
Bahreïn	LS	LS	LS	LS	-	-	-	-	-	-	-
Cambodge	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Chili	LS	LS	LS	LS	LS	LS	LS	LS	LS	LS	LS
Costa Rica	LS	LS	LS	LS	LS	LS	LSP	LS	LS	LS	LS
République dominicaine	-	Obs	LS	LSP	LSP	LSP	LSP	LSP	LS	LS	LS
Guatemala	LS	LS	LS	LS	LSP	LSP	LS	LS	LS	LS	LS
Honduras	Obs	Obs	LS	LS	-	-	-	-	-	-	-
Jamaïque	-	-	-	LS	LS	LS	LS	LS	LS	LS	LS
Jordanie	Obs	Obs	LS	LS	LS	-	-	-	-	-	-
Laos	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Lettonie	-	-	-	-	-	LS	LS	LS	LS	LS	LS
Lituanie	-	-	-	-	-	LS	LS	LS	LS	LS	LS
Maroc	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-

because they regard them as idle treats with uncertain consequences Considering the large number of countries included in the annual Special 301 reports and the very few countries whose status is ever escalated to PFC, not to mention the even fewer cases of countries that are actually sanctioned, this is not an unthinkable possibility».

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Nicaragua	-	Obs	Obs	Obs		-	-	-	-	-	-
El Salvador	LS	LS	-	-		Obs	-	-	-	-	-
Singapour	LS	LS	LS	LS	LS	LS	-	-	-	-	-
Trinité-et-Tobago	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Viêt Nam	Obs	Obs	LS	2.1	LS	LS	LS	LS	LS	LS	LS

Légende : Obs = Observation ; LS = Liste de surveillance (*Watch List*) ; LSP = Liste de surveillance prioritaire (*Priority Watch List*)

B. LES LIMITES DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Suite à l'entrée en vigueur des Accords de l'OMC, l'Organe de règlement des différends a remplacé le *Special 301* à titre de principal mécanisme de sanction négative dans le régime international des brevets. Comme le remarque Duncan Matthews, «In much the same way as Special 301 has proved so successful as coercing countries, [the Dispute Settlement Procedure] now holds out the prospect of trade sanctions with equivalence in terms of cross-sectoral scope being linked to enforcement of the TRIPs Agreement»¹⁹⁹. Cette similarité n'est pas surprenante, puisque l'une comme l'autre de ces mesures reflètent la stratégie américaine associant le commerce international au droit des brevets²⁰⁰.

Peut-on penser que l'Organe de règlement des différends puisse être utilisé dans une stratégie de négociation de la même façon que le *Special 301* fut utilisé dans la négociation de l'*Accord sur les ADPIC*? Au premier regard, on pourrait le croire. En effet, puisque les procédures de l'Organe de règlement des différends ne prévoient pas de recours directs par les entreprises qui se sentent lésées, ce mécanisme est contrôlé par

¹⁹⁹ MATTHEWS, p. 88.

²⁰⁰ Inti LINKLETTER KNAPP, « The Software Piracy Battle in Latin America: Should the United States Pursue its Aggressive Bilateral trade Policy Despite the Multilateral TRIPs Enforcement Framework? », *Journal of International Economic Law*, vol. 21, printemps 2000, p. 204-205.

les États et demeure fortement politisé²⁰¹. Les deux parties sont, en outre, fortement encouragées à négocier une entente hors cour²⁰². Ainsi, parmi les 21 demandes de consultation relatives à l'*Accord sur les ADPIC* qui ont été notifiées entre 1995 et 2004, seuls huit ont effectivement abouti à un rapport d'un groupe spécial. Toutes les autres procédures ont été suspendues avant l'établissement d'un groupe spécial. On pourrait penser que ces tractations hors cour ont pu être associées à la négociation d'un traité bilatéral ou même aux négociations relatives à la révision de l'*Accord sur les ADPIC*. On pourrait aussi croire qu'une plainte contre un pays inciterait ceux qui maintiennent des mesures similaires à celle en cause à négocier plutôt qu'à risquer d'être eux aussi l'objet d'une plainte²⁰³.

Cependant, il est peu probable que le mécanisme de l'Organe de règlement des différends puisse être utilisé dans une stratégie coercitive de négociation. Contrairement au *Special 301*, l'Organe de règlement des différends ne peut autoriser des sanctions commerciales que lorsqu'un État manque aux obligations auxquelles il a explicitement souscrit dans l'*Accord sur les ADPIC*. Dans l'affaire, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, l'Organe d'appel s'est appuyé sur le *Traité de Vienne* pour reconnaître qu'il n'est pas compétent pour combler les silences laissés par l'*Accord sur les ADPIC*: « [Il n'est ni] nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus »²⁰⁴. Il a également souligné que, compte tenu de l'article 1 de l'*Accord sur les ADPIC*, les membres de l'OMC sont « libres de déterminer comment s'acquitter au mieux de leurs obligations [...] dans le cadre de leurs propres systèmes juridiques »²⁰⁵. Cette décision de l'Organe d'appel ne donne pas carte blanche aux membres de l'OMC pour interpréter l'Ac-

²⁰¹ MATTHEWS, p. 89-95.

²⁰² *Mémorandum sur le règlement des différends*, art. 4; MATTHEWS, p. 88.

²⁰³ Charles LEVY, « Implementing TRIPs: A test of Political Will », *Law and Policy in international Business*, vol. 31, n° 789, 2000, p. 793.

²⁰⁴ Organe d'appel, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (1997), OMC Doc. WT/DS50/AB/R, para. 45 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne: OMC <<http://docsonline.wto.org>>.

²⁰⁵ *Ibid.*, Para. 59.

cord sur les ADPIC, mais elle indique clairement que leurs obligations seront interprétées de façon à préserver une flexibilité importante pour leur mise en œuvre²⁰⁶.

Une autre limite inhérente au mécanisme de règlement des différends de l'OMC provient du moratoire sur les plaintes en situation de non-violation²⁰⁷. Sous le GATT, les pays peuvent déposer une demande de consultation s'ils ont été privés d'un avantage escompté en raison d'une mesure prise par un gouvernement étranger, même si cette mesure ne viole pas l'accord²⁰⁸. Ces plaintes en situation de non-violation sont autorisées pour le commerce des biens afin de préserver l'équilibre des avantages établis au cours des négociations. Toutefois, l'*Accord sur les ADPIC* interdit les plaintes en situation de non-violation pour une période de cinq ans²⁰⁹. Ce moratoire a été renouvelé à la Conférence ministérielle de Doha en 2001 et de nouveau à la Conférence ministérielle de Hong Kong en 2005²¹⁰.

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est ainsi limité à la mise en œuvre des obligations que les États membres se sont déjà engagés à respecter. Les États-Unis ne peuvent utiliser la menace d'y recourir pour inciter leurs partenaires commerciaux à souscrire à de nouvelles obligations de propriété intellectuelle, comme ils le faisaient avec le *Special 301* lors du cycle de l'Uruguay. Il n'est pas étonnant de constater dans le tableau 18 que, parmi toutes les demandes de consultation qui ont été notifiées à l'OMC, aucune n'opposa deux États ayant ultérieurement signé un traité bilatéral. Des *solutions mutuellement convenues* ont bien été négociées à propos de la mise en œuvre de l'*Accord sur les ADPIC*, mais il semble qu'aucune d'elles n'ait servi de levier dans le cadre de la négociation d'un traité formel. Plus encore, il n'est

²⁰⁶ REICHMAN, « The TRIPs Agreement Comes of Age », p. 68-72.

²⁰⁷ Gail E. EVANS, « Preliminary Excursion into TRIPs and Non-Violation Complaints », in *International Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de Hugh C. HANSEN, vol. 6, Yonkers, Londres, Juris Publishing, Sweet & Maxell, 2001, p. 50.1-50.23; WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 366.

²⁰⁸ GATT, art. 23.

²⁰⁹ *Accord sur les ADPIC*, art. 64.2.

²¹⁰ OMC, *Conférence ministérielle de Doha, Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre*, para. 11.1; *Déclaration ministérielle de Hong Kong*, 6^e Conférence Ministérielle de l'OMC, 18 décembre 2005, OMC Doc. WT/MIN(05)/DEC (2005), para 45.

pas exclu que les États-Unis freinent le nombre de demandes de consultation à l'endroit des pays en développement afin de ne pas envenimer leurs relations lors du cycle de Doha.

Tableau 18 : Les différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC soumis à l'Organe de règlement des différends de l'OMC

Année	Défendeur	Plaignant	Objet de la plainte	Articles visés	Rapport ou décision
1996	Inde	États-Unis et CE	Mécanisme de dépôt des demandes de brevet pour les inventions pharmaceutiques et agrochimiques	27, 65, 70	L'Organe d'appel a constaté que l'Inde n'avait pas mis en œuvre ses engagements.
1996	Indonésie	Japon, États-Unis et CE	Exigence d'utiliser une marque de commerce indonésienne dans l'industrie de l'automobile	3, 20, 65	Le groupe spécial n'a constaté aucune violation de l'Accord sur les ADPIC
1996	Japon	États-Unis	La durée de protection pour les enregistrements antérieurs à 1971	3, 4, 14, 61, 65, 70	Solution convenue d'un commun accord
1996	Portugal	États-Unis	La durée de protection pour les brevets octroyés avant 1995	33, 65, 70	Solution convenue d'un commun accord
1996	Pakistan	États-Unis	Mécanisme de dépôt des demandes de brevet pour les inventions pharmaceutiques et agrochimiques	27, 65, 70	Solution convenue d'un commun accord
1997	Canada	CE	Exceptions aux droits conférés par un brevet en permettant l'entreposage et l'obtention d'une autorisation de mise en marché	27, 28, 33	Le groupe spécial a constaté que l'exception pour l'entreposage viole l'Accord sur les ADPIC

Année	Défendeur	Plaignant	Objet de la plainte	Articles visés	Rapport ou décision
1997	Irlande	États-Unis	Exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins.	9 à 14, 63, 65, 70	Solution convenue d'un commun accord
1997	Danemark	États-Unis	Mesure provisoire dans le cadre de procédures civiles	50, 63, 65	Solution convenue d'un commun accord
1997	Suède	États-Unis	Mesure provisoire dans le cadre de procédures civiles	50, 63, 65	Solution convenue d'un commun accord
1998	Grèce	États-Unis	Mesures correctives contre la télédiffusion non autorisée d'œuvre protégée par le droit d'auteur	41 et 61	Solution convenue d'un commun accord
1998	CE	Canada	Discrimination quant au domaine technologique pour l'extension de la durée d'un brevet	27	Consultations bilatérales
1999	États-Unis	CE	Exception au droit d'auteur permettant la diffusion d'œuvres dans les commerces	9 à 14	Le groupe spécial a constaté que l'exception au droit d'auteur viole l'Accord sur les ADPIC
1999	Canada	États-Unis	Durée de protection pour les brevets octroyés avant 1989	33, 65 et 70	Le groupe spécial a conclu que la mesure viole l'Accord sur les ADPIC
1999	Argentine	États-Unis	Diverses mesures relatives à la protection des brevets et des données transmises aux autorités publiques	27, 39, 65, 70	Solution convenue d'un commun accord

Année	Défendeur	Plaignant	Objet de la plainte	Articles visés	Rapport ou décision
1999	CE	États-Unis	Protection des marques étrangères en matière d'indications géographiques	3, 16, 24, 63, 65	Le groupe spécial a constaté que certains éléments du règlement viole l' <i>Accord sur les ADPIC</i>
1999	États-Unis	CE	Utilisation d'une marque abandonnée par une société cubaine	2	L'Organe d'appel a constaté que certains éléments de la loi américaine violent l' <i>Accord sur les ADPIC</i>
2000	États-Unis	CE	Le traitement national sous l'article 337	2, 3, 9, 27, 41, 42, 49, 50 et 51	Consultations bilatérales
2000	Argentine	États-Unis	Diverses mesures relatives à la protection des brevets et des données transmises aux autorités publiques	27, 28, 31, 34, 39, 50, 62, 65, 70	Solution convenue d'un commun accord
2000	Brésil	États-Unis	Exigence d'exécuter l'invention localement	27-28	Solution convenue d'un commun accord
2001	États-Unis	Brésil	Discrimination quant au lieu de l'invention	27-28	Solution convenue d'un commun accord
2003	CE	Australie	Protection des marques étrangères en matière d'indications géographiques	3, 16, 24, 63, 65	Le groupe spécial a constaté que certains éléments du règlement violent l' <i>Accord sur les ADPIC</i>

Source : site Internet de l'OMC, en ligne : <www.wto.org>.

Dans ce contexte, le gouvernement américain fit relativement peu usage du mécanisme de règlement des différends. En 1994, lors de la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC*, plusieurs s'attendaient à ce qu'une avalanche de différends avec les pays en développement s'abatte sur l'Organe de règlement des différends dès que les périodes transitoires

seraient échues²¹¹. Judith Bello, vice-présidente de PhRMA, se demandait même si le gouvernement américain avait les ressources humaines nécessaires pour traiter toutes les plaintes qu'acheminerait l'industrie²¹². Mais, contre toute attente, ce ne fut pas le cas. De 1994 à 2004, 21 demandes de consultation ont été déposées. Comme le montre le tableau 18, les États-Unis sont, de loin, le pays qui a déposé le plus de demandes de consultation à propos de cet accord. Mais le nombre de demandes qu'ils ont déposées demeure une mince fraction de toutes les normes et pratiques qu'ils dénoncent dans leurs rapports *Special 301*. Seuls les cas les plus stratégiques politiquement et ceux qui ont le plus de chance de succès sont effectivement portés devant l'Organe de règlement des différends²¹³. Pour les autres cas, le lobbyiste Charles Levy propose d'utiliser d'autres stratégies « [For cases that are not clear violation of TRIPs], we must use other tools »²¹⁴. L'une d'elles étant la promesse d'avantages commerciaux...

§ 2. La réciprocité dans un contexte asymétrique

La réciprocité dans un contexte asymétrique constitue une deuxième forme de stratégie coercitive. Cette fois, il ne s'agit plus pour l'*hegemon* de menacer ses interlocuteurs, mais plutôt de leur offrir des compensations. C'est ce que Richard Steinberg appelle le contrat asymétrique: « Powerful states may contract asymmetrically, [by offering side-payment] to a bargaining party that loses from a particular measure

²¹¹ Judith BELLO, « Some Practical Observations About WTO Settlement of Intellectual Property disputes », *Virginia Journal of International Law*, vol. 37, hiver 1997, p. 259; John E. GIUSTI, « Non-compliance with TRIPs by Developed and Developing Countries: Is TRIPs Working? », *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 8, 1997, p. 94; Geralyn RITTER, « Recent Developments in WTO Dispute Settlement under the TRIPs Agreement », in *International Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de Hugh C. HANSEN, vol. 7, Yonkers, Londres, Juris Publishing, Sweet & Maxell, 2002, p. 73-4; LEVY, p. 791-792.

²¹² BELLO, p. 259. Voir également LEVY, p. 792.

²¹³ LEVY, p. 793.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 793-194. C'est également ce que croit Geralyn Ritter du bureau de l'USTR: « To be sure, dispute settlement is only one of the tools of our trade policy [to enforce intellectual property rights] ». RITTER, p. 47-47.

in order to gain that party' support for it»²¹⁵. Les États qui acceptent cette compensation continuent de croire que les normes qui portent spécifiquement sur le droit des brevets leur sont désavantageuses, mais ils sont amenés à tenir compte d'autres facteurs et à conclure que les traités bilatéraux leur sont globalement avantageux. Ces facteurs qui incitent à conclure des traités bilatéraux sont notamment l'accès au marché américain (A) et l'attraction des investissements américains (B).

A. L'ACCÈS AU MARCHÉ AMÉRICAIN

Comme nous l'avons souligné dans le tout premier chapitre de cet ouvrage, si les pays en développement ont accepté l'*Accord sur les ADPIC* au terme du cycle de l'Uruguay, c'était entre autres pour obtenir en échange un meilleur accès aux marchés des pays développés. Les gains que promettaient l'accord sur l'agriculture et celui sur les textiles devaient compenser les pertes entraînées par une hausse du niveau de protection de la propriété intellectuelle. Cependant, l'expérience de la mise en œuvre des accords de l'OMC a rendu certains pays en développement sceptiques à propos des gains qu'ils peuvent effectivement espérer tirer des négociations commerciales multilatérales. L'engagement réel des pays développés à ouvrir leurs frontières à certains produits sensibles exportés par les pays en développement a été mis en doute. Ce scepticisme s'est clairement exprimé en 1999 lors de la conférence ministérielle de Seattle, alors qu'un groupe de pays en développement a bloqué le lancement d'un nouveau cycle de négociation²¹⁶.

Bien que les pays en développement semblent réticents à s'engager dans des négociations commerciales multilatérales, plusieurs sont franchement enthousiastes à l'idée de négocier un traité bilatéral avec les États-Unis. Ils considèrent que la signature d'un tel traité bilatéral peut leur procurer des avantages commerciaux importants, de façon directe ou indirecte. Les avantages commerciaux directs sont prévus dans le texte même des traités bilatéraux. Par exemple, les traités conclus avec la Lituanie, l'Estonie, le Cambodge, le Laos et le Viêt Nam prévoient que toute concession commerciale accordée par une partie contractante à

²¹⁵ STEINBERG, p. 348.

²¹⁶ YU, « Currents and Crosscurrents », p. 39.

un produit originaire d'un autre pays doit être étendue aux produits similaires originaires du territoire de l'autre partie contractante²¹⁷. Cette règle, dite de la nation la plus favorisée, conféra à ces pays un avantage commercial majeur. Aucun d'eux n'étant membre de l'OMC au moment de la signature du traité bilatéral, les États-Unis n'étaient jusqu'alors pas contraints par la règle de la nation la plus favorisée du GATT et pouvaient librement leur infliger un traitement discriminatoire²¹⁸. Mais avec l'inclusion de cette règle dans les traités bilatéraux, les États-Unis s'engageaient à leur offrir les mêmes privilèges commerciaux que ceux octroyés aux membres de l'OMC²¹⁹.

Les traités bilatéraux les plus récents du corpus analysé prévoient des avantages commerciaux directs encore plus importants. En effet, les traités de libre-échange conclus avec le Maroc, l'Australie, la Jordanie, le Bahreïn, Singapour, le Chili, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine prévoient l'affranchissement complet des barrières tarifaires. Tous les tarifs douaniers sont graduellement ramenés à néant dans une période de dix ans suivant l'entrée en vigueur des traités²²⁰.

²¹⁷ *Agreement on Trade Relations Between the Socialist Republic of Viet-Nam and the United States of America*, 13 juillet 2000, non catalogué, chap.1, art. 1 (ci-après: *Accord de commerce États-Unis – Viêt Nam*); *Agreement between the United States of America and the Lao People's Democratic Republic on Trade Relations*, 13 août 1997, non catalogué, art. 1 (ci-après: *Accord de commerce États-Unis – Laos*); *Agreement between the United States of America and the Republic of Lithuania on Trade Relations and Intellectual Property Rights*, 26 avril 1994, non catalogué, art. 1 (ci-après: *Accord de commerce États-Unis – Lituanie*); *Agreement between the United States of America and the Kingdom of Cambodia on Trade Relations and Intellectual Property Rights Protection*, 4 octobre 1996, non catalogué, art. 1 (ci-après: *Accord de commerce États-Unis – Cambodge*); *Agreement on Trade Relations and Intellectual Property Rights between the United States of America and the Republic of Latvia*, 6 juillet 1994, non catalogué, art. 1 (ci-après: *Accord de commerce États-Unis – Lettonie*).

²¹⁸ Alors que les membres de l'OMC profitaient de tarifs douaniers progressivement consolidés par le mécanisme du GATT depuis 1947, la grille tarifaire applicable aux pays qui ne jouissent pas du statut de la nation la plus favorisée est demeurée inchangée depuis 1930.

²¹⁹ Sur l'octroi du statut de nation la plus favorisée au Viêt Nam, voir David Frye, «Vietnam's Contemporary Battle with the United States: Vying for Most Favored Nation Trading Status», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, octobre, 1996, p. 777-815.

²²⁰ *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 2.3; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 2.3; *Agreement on the Establishment of a Free Trade Area*, États-Unis et Royaume de Jordanie, 24 octobre 2000, non catalogué, art. 2.1 (ci-après:

Certes, les États-Unis fixaient déjà des tarifs relativement bas pour la majorité des catégories douanières en provenance des pays membres de l'OMC. Mais dans un contexte où les importations totales des États-Unis risquent de stagner ou même d'être réduites lorsqu'elles sont calculées en devises étrangères, tous les pays se livrent à une concurrence accrue pour exporter leurs produits vers ce marché²²¹. L'abolition de tarifs de deux ou trois pour cent peut être suffisante, pour procurer un avantage comparatif non négligeable par rapport aux autres pays membres de l'OMC. Les pays d'Amérique centrale, par exemple, espèrent que l'abolition des tarifs douaniers prévue dans leur traité de libre-échange leur permettra d'accroître leur part relative dans les importations américaines de textiles et de vêtements, particulièrement face à leurs concurrents asiatiques²²².

Outre ces avantages directs, la signature d'un traité bilatéral avec les États-Unis peut procurer des avantages commerciaux indirects. Pour les pays qui ne sont pas membres de l'OMC, l'un d'eux est l'amélioration des conditions favorisant leur adhésion à cette organisation multilatérale²²³. Plusieurs souhaitent y adhérer afin de profiter des concessions des autres membres, du mécanisme multilatéral de règlement des différends et d'une participation directe aux prises de décision. Pour ce faire, les pays candidats doivent non seulement s'engager à respecter tous les accords de l'organisation, mais également négocier leur adhésion avec tous les pays membres. Ils sont ainsi incités à prendre des engagements qui vont au-delà des accords de l'OMC dans l'objectif de convaincre les membres d'appuyer leur candidature²²⁴. Par exemple,

Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie); *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 3.3; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 2.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 2.3.

²²¹ Certains observateurs doutent de cette promesse. Voir Dean BAKER et Mark WEISBROT, *Fool's Gold: Projections of the US Import Market*, Washington, Center for Economic and Policy Research, janvier 2004, en ligne: CEPR <http://www.cepr.net/publications/trade_2004_01_08.pdf> (date d'accès: 23 mars 2006).

²²² F.M. ABBOTT, « Toward a New Era », p. 93.

²²³ YU, « From Pirates to Partners », p. 169; Chengfei DING, « The protection for New Plant Varieties of American Businesses in China after China Enters the WTO », *Drake Journal of Agricultural Law*, vol. 6, automne 2001, p. 333.

²²⁴ De l'aveu même du bureau de l'USTR, « Our negotiations on the accession of over 30 economies to the WTO offer us a major opportunity to improve intellectual property standards worldwide. In each case, we require full implementation of TRIPs obli-

dans l'espoir d'adhérer à l'OMC, le Cambodge, la Lituanie et la Lettonie se sont engagés à mettre en œuvre l'*Accord sur les ADPIC* dès leur accession, sans avoir recours aux périodes transitoires auxquelles ils auraient normalement eu droit²²⁵. Comme preuve du sérieux de leur engagement, ils ont souligné aux membres de l'OMC qu'ils avaient conclu des traités bilatéraux avec les États-Unis leur imposant de mettre en œuvre l'*Accord sur les ADPIC* dans des délais restreints²²⁶. Ils ont sans doute également espéré que les États-Unis, ayant déjà négocié bilatéralement certaines règles sur le commerce et la propriété intellectuelle, favoriseraient leur accession, ou du moins, ne s'y opposeraient pas²²⁷. Dans les faits, il ne semble pas y avoir de corrélation entre, d'une part, la signature d'un traité bilatéral avec les États-Unis et, d'autre part, l'appui de ces derniers envers les pays candidats, la durée des négociations relatives à l'accession, ou le verdict final de l'ensemble de l'OMC. Ces trois pays ont bien accédé à l'OMC après avoir signé un traité bilatéral avec les États-Unis, mais le Laos et le Viêt Nam quant à eux n'ont toujours pas été admis, plus de six ans après la signature de leur traité bilatéral. Néanmoins, l'espoir d'améliorer leur candidature a sans doute été un facteur qui a été pris en considération lorsque ces pays ont signé leur traité bilatéral avec les États-Unis.

Un autre avantage indirect est la bonification de la candidature du signataire en vue de négocier éventuellement un traité de libre-échange avec les États-Unis. Comme nous l'avons précédemment souligné, le gouvernement américain considère que la volonté politique d'engager des réformes économiques est un critère important pour sélectionner les pays avec lesquels il négocie des traités de libre-échange, et que la signature d'un traité portant spécifiquement sur la propriété intellec-

gations as a condition of entry into the WTO, without transition.». Voir USTR, *The Work of USTR – Intellectual Property*.

²²⁵ OMC, *Note technique sur le processus d'accession*, Note du Secrétariat, OMC Doc. WT/ACC/10/Rev.3, 28 novembre 2005, p. 187-194.

²²⁶ OMC, *Rapport du groupe de travail sur l'accession du Cambodge*, OMC Doc. WT/ACC/KHM/2115 (2003), p. 41 ; OMC, *Rapport du groupe de travail sur l'accession de la Lituanie*, OMC Doc. WT/ACC/LTU/52 (2000), p. 44 ; OMC, *Rapport du groupe de travail sur l'accession du Viêt Nam*, OMC Doc. WT/ACC/VNM/17 (2001), *Accord de commerce États-Unis – Viêt Nam*, p. 1.

²²⁷ YU, « From Pirates to Partners », p. 169 ; Ding, p. 335.

tuelle peut être une façon d'exprimer cette volonté de réforme²²⁸. Le gouvernement taiwanais, qui négociait, en 2002, la hausse de ses normes de propriété intellectuelle avec les États-Unis, espérait ouvertement que cet effort le conduirait sur la voie d'un traité de libre-échange²²⁹. On peut également penser que la Jamaïque espérait, au lendemain de la conclusion de l'ALENA avec le Mexique, que son traité sur la propriété intellectuelle lui ouvrirait les portes d'un traité de libre-échange.

Un troisième avantage commercial indirect est la réduction des risques d'être exclus des programmes américains de préférences unilatérales. Le Congrès américain a développé plusieurs de ces programmes, dont le Système généralisé de préférences (*General System of Preferences*, GSP), l'Initiative en faveur du bassin des Caraïbes (*Caribbean Basin Initiative*, CBI), la Loi sur la croissance et les perspectives économiques de l'Afrique (*African Growth and Opportunity Act*, AGOA) et la Loi sur les préférences commerciales en faveur des pays andins et l'éradication des drogues (*Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act*, ATPDEA). Tous ces programmes offrent, à certaines conditions, des réductions tarifaires sur plusieurs catégories douanières. Pour en bénéficier, les pays en développement doivent répondre à certains critères, dont celui d'offrir un niveau de protection aux droits de propriété intellectuelle similaire ou supérieur à ce que prévoit l'*Accord sur les ADPIC*²³⁰. Ces programmes peuvent ainsi servir de levier de négociation.

De l'aveu même du bureau de l'USTR, « The threat of loss of these benefits has proven to be an effective point of leverage with some of our trading partners »²³¹. Le cas du Nicaragua est éloquent à cet égard. En 1995, l'International Intellectual Property Alliance recommanda officiellement au USTR de retirer le Nicaragua de la liste des bénéfi-

²²⁸ SCHOTT, p. 363.

²²⁹ Naoh SMITH et Christopher Rugaber, « USTR Holds Intellectual Property Talks With Taiwan, Setting Off Talk of Possible FTA », *International Trade Reporter*, 17 novembre 2002.

²³⁰ 19 U.S.C. § 2462(c); 19 U.S.C. § 2703(b)(5)(B)(i); 19 U.S.C. § 3203(b)(6)(B)(i); 19 U.S.C. § 3703(a)(1)(C)(i). Le Honduras et l'Argentine, entre autres, ont été retirés temporairement d'un programme américain de préférences commerciales en raison de la faible protection qu'ils offraient aux droits de propriété intellectuelle. SELL, « Post-TRIPs Development », p. 196-200; BENTOLILA.

²³¹ USTR, *The Work of USTR – Intellectual Property*.

ciaires de l'Initiative en faveur du bassin des Caraïbes parce que ce pays offrait une protection jugée insuffisante²³². Cette recommandation, même si elle ne fut pas retenue, lança un sérieux avertissement à ce pays. Le gouvernement nicaraguayen, craignant de perdre l'accès à des réductions tarifaires américaines de plus 100 millions de dollars, mit en œuvre des négociations bilatérales avec les États-Unis sur la propriété intellectuelle. Le traité, finalement adopté en 1998, prévoit des obligations qui vont au-delà de l'*Accord sur les ADPIC*, mais assure indirectement au Nicaragua qu'il ne sera pas retiré de la liste des bénéficiaires de l'Initiative en faveur du bassin des Caraïbes parce qu'il ne protège pas suffisamment les droits de propriété intellectuelle. Ce traité bilatéral, comme tous les autres du corpus d'analyse, confère des avantages commerciaux significatifs aux partenaires des États-Unis.

B. L'ATTRACTION DES INVESTISSEMENTS AMÉRICAINS

Les partenaires des États-Unis ne sont pas uniquement intéressés par un accès privilégié au marché américain, mais également pas les investissements étrangers. Puisque la demande de capitaux étrangers excède l'offre, tous se font compétition pour attirer les investissements. Dans ce contexte, plusieurs pays, particulièrement les pays en développement signent des traités sur la protection de l'investissement dans l'espoir de rassurer les investisseurs étrangers. Par ces traités, ils s'engagent notamment à offrir un traitement similaire à celui qu'ils offrent aux investisseurs nationaux, à ne pas imposer de restriction aux transferts monétaires et à ne pas procéder à des expropriations sans offrir d'indemnisation prompte, adéquate et effective²³³. Ils consentent égale-

²³² International Intellectual Property Alliance, *Nicaragua, excerpt from the IIPA Special 301 Recommendations for the year 1999*, 1999, en ligne: IIPA <http://www.iipa.com/rbc/1999/rbc_nicaragua_301_99.html> (date d'accès: 1^{er} avril 2006). Voir aussi Peter DRAHOS, *Bilateralism in Intellectual Property*, Oxford, Oxfam, 2001, p. 12, en ligne: Oxfam <http://www.oxfam.org.uk/what_we_do/issues/trade/downloads/bilateralism_ip.rtf> (date d'accès: 23 mars 2006).

²³³ UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*, New York et Genève, UNCTAD, 2004.

ment, en cas de différend, à recourir à un mécanisme international d'arbitrage entre investisseur et État d'accueil²³⁴.

Dans son article « Why Least Developed Countries Sign Treaties that Hurt Them », Andrew Guzman souligne que l'intérêt des pays en développement pour les normes internationales sur l'investissement varie selon le niveau de négociation²³⁵. Au niveau multilatéral, les pays en développement ont avantage, en tant que groupe, à rejeter un traité sur la protection de l'investissement de façon à protéger leur souveraineté économique. Par contre, ils ont individuellement intérêt à conclure des traités bilatéraux sur l'investissement pour bénéficier d'un avantage comparatif dans leur concurrence pour attirer les capitaux étrangers. C'est ainsi qu'il explique qu'il n'existe toujours pas de traité multilatéral sur l'investissement mais que plus de deux mille traités bilatéraux sur l'investissement ont été conclus à travers le monde. Bien que cette hypothèse souffre de certaines lacunes théoriques et empiriques, il semble bien que plusieurs pays qui s'opposent à la négociation d'un traité multilatéral sur l'investissement soient effectivement *demandeurs* de traités bilatéraux sur l'investissement²³⁶. Les États-Unis, premiers exportateurs de capitaux du monde, sont un partenaire particulièrement convoité pour la signature d'un traité bilatéral sur l'investissement.

Sachant que plusieurs pays aimeraient signer un traité sur l'investissement avec eux, les États-Unis en profitent pour assujettir la conclusion d'un tel traité à un niveau de protection suffisante des droits de propriété intellectuelle²³⁷. C'est ce que prévoit le programme des États-

²³⁴ Dans la majorité des traités sur l'investissement, la définition de l'investissement inclut explicitement les droits de la propriété intellectuelle. Les titulaires de brevets disposent donc de recours supplémentaires à ceux prévus dans les traités de propriété intellectuelle. Par contre, le droit de recevoir une compensation d'une mesure équivalente à une expropriation ne s'applique que si cette mesure est incompatible avec les obligations prévues dans les traités multilatéraux sur la propriété intellectuelle. Voir Carlos CORREA, *Bilateral Investment Agreements: Agents of new global standards for the protection of intellectual property rights ?*, Barcelone, GRAIN, 2004, en ligne: GRAIN <http://www.grain.org/briefings_files/correa-bits-august-2004.pdf> (date d'accès: 12 février 2005).

²³⁵ GUZMAN.

²³⁶ MORIN et GAGNÉ, « The Lateralism Paradox ».

²³⁷ SHADLEN, SCHRANK et KURTZ, p. 58.

Unis sur les traités bilatéraux sur l'investissement: «Prospective BIT partners are generally expected, at the time the BIT is signed, to make a commitment to implement all [TRIPs agreement] obligations within a reasonable period of time»²³⁸. Dans plusieurs cas, les États-Unis ne s'attendent pas simplement à ce que le pays candidat adhère à l'*Accord sur les ADPIC*, mais aussi qu'il reconnaisse l'interprétation américaine des obligations prévues par cet accord et qu'il ne se prévale pas des périodes transitoires autorisées. Ainsi, ils ont retardé la signature de traités bilatéraux sur l'investissement avec la Corée, la Colombie et le Pakistan parce que ces pays offraient une protection jugée insuffisante des droits de propriété intellectuelle²³⁹. Inversement, la USTR Charlene Barshefsky a affirmé, en 1998, que les États-Unis avaient accepté de signer un traité sur l'investissement avec la Bolivie parce que ce pays s'était engagé à mettre en œuvre l'*Accord sur les ADPIC* quelques années avant la fin des périodes transitoires autorisées²⁴⁰.

Pour éviter de subir le même sort que la Corée, la Colombie et le Pakistan, et pour manifester clairement leur volonté d'offrir d'aller au-delà des obligations minimales prévues dans l'*Accord sur les ADPIC*, certains pays ont pu être encouragés à signer des traités bilatéraux sur la propriété intellectuelle. Il semble que ce fut le cas pour au moins trois traités du corpus étudié. D'abord, la signature du traité bilatéral sur la propriété intellectuelle entre le Nicaragua et les États-Unis en 1998 était une condition imposée par le gouvernement américain à la ratification d'un traité bilatéral sur l'investissement signé deux ans plus tôt²⁴¹. Cette condition a toutefois été insuffisante puisque le gouver-

²³⁸ Bureau of Economic and Business Affairs, *US Bilateral Investment Treaty Program, Fact Sheet, Released by the Office of Investment Affairs (IFD/OIA)*, 1^{er} novembre 2000, en ligne: State Department <<http://www.state.gov/www/issues/economic/7treaty.html>> (date d'accès: 31 mars 2006).

²³⁹ USTR, *1999 Special 301 Report*; Institute for Agricultural and Trade Policy, *Fourth Business Forum of the Americas – Workshop 4: Intellectual Property*, San José, mars 1998, en ligne: SICE <http://www.sice.oas.org/ftaa/costa/forum/workshops/papers/wks4/iatp_e.asp> (date d'accès: 1^{er} avril 2006); Shaukat PIRACHA, «IPR laws can expedite investment pact with US», *Daily Times*, Lahore, 30 septembre 2004.

²⁴⁰ CHEEK, p. 179.

²⁴¹ International Intellectual Property Alliance, *Nicaragua*. Bien que l'*International Intellectual Property Alliance* n'était pas directement impliquée dans les négociations, les liens étroits entre cette organisation et l'USTR ainsi que son expertise dans le suivi

nement américain n'a toujours pas soumis le traité sur l'investissement au Sénat pour sa ratification alors que le traité bilatéral sur la propriété intellectuelle a été signé depuis plus de huit ans.

La conclusion d'un traité bilatéral sur l'investissement avec la Jamaïque fut également conditionnée à la signature d'un traité sur la propriété intellectuelle. Cette fois, le gouvernement américain n'aurait pas pris la précaution de retarder l'entrée en vigueur de son accord sur l'investissement avant la mise en œuvre de son traité sur la propriété intellectuelle. Dans son rapport *Special 301*, l'USTR déplore le déséquilibre dans la mise en œuvre des deux traités : « The Bilateral Investment Treaty that accompanied the IPR agreement is already in force, so Jamaica enjoys the benefit of the BIT while failing to meet its commitments »²⁴².

On peut enfin croire que le traité bilatéral sur la propriété intellectuelle signé avec Trinité-et-Tobago découle de la même logique. Il a été négocié en parallèle avec un traité bilatéral sur l'investissement et ces deux traités ont été signés le même jour, le 26 septembre 1994. En outre, dans la lettre transmise au Congrès pour la ratification du traité bilatéral sur l'investissement, le Président réfère spécifiquement au second traité, celui sur la propriété intellectuelle, et le qualifie de complémentaire²⁴³. Trinité-et-Tobago se serait ainsi engagé à offrir une forte protection des droits de propriété intellectuelle pour obtenir en échange un traité sur l'investissement, dans l'espoir d'attirer plus facilement les investisseurs.

Il est probable que la perspective de signer un traité bilatéral sur l'investissement ait joué un rôle d'incitatif dans la négociation d'autres traités bilatéraux sur la propriété intellectuelle. Plus des trois quarts

des négociations internationales de propriété intellectuelle permettent de croire que cette révélation est fondée.

²⁴² USTR, 1998 *Special 301 Report*, Washington, USTR, 1998. L'emploi du verbe *accompanied* signifie bien que les négociations des deux traités, signés à six semaines d'intervalle, ont été étroitement associées.

²⁴³ *Message from the President of the United States Transmitting the Treaty between the United States of America and the Government of Trinidad and Tobago Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, with Annex and Protocol, signed at Washington on September 26, 1994*, Washington, U.S. Government Printing Office, 11 juillet 1995, p. 8, en ligne : US Government <http://www.state.gov/www/issues/economic/bit_trinidad.pdf> (date d'accès : 30 mars 2005).

des pays qui ont signé à la fois des traités bilatéraux sur la propriété intellectuelle et sur l'investissement avec les États-Unis ont conclu le premier avant ou en même temps de conclure le deuxième²⁴⁴. Dans le corpus étudié, seuls le Viêt Nam, le Laos et le Cambodge ne se sont pas engagés à respecter des normes sur la protection et la libéralisation de l'investissement. Au-delà de ces exceptions, cette tendance indique que les traités sur la propriété intellectuelle ont pu servir, formellement ou implicitement, de condition à la signature des traités sur l'investissement.

Par ailleurs, il est possible que certains pays considèrent que la signature d'un traité sur la propriété intellectuelle peut directement contribuer à attirer des investissements. Les firmes américaines ont elles-mêmes fréquemment souligné aux gouvernements des pays en développement qu'une forte protection des droits de propriété intellectuelle était susceptible d'attirer des capitaux étrangers. En 1998, l'entreprise Microsoft a ainsi annoncé qu'elle investirait massivement en Argentine si le gouvernement argentin acceptait de consacrer plus de ressources à la lutte contre la contrefaçon²⁴⁵. Inversement, la *Biotechnology Industry Organization* écrivit une lettre au ministère du Commerce de l'Afrique du Sud en 2004, le menaçant de sanctions s'il affaiblissait son droit des brevets: « As a consequence, the industry will redirect its interests to developmental opportunities outside of South Africa »²⁴⁶. Outre ces quelques exemples anecdotiques, il est cependant difficile de documenter la coercition opérée directement par des firmes transnationales américaines auprès des pays ayant signé des traités bilatéraux.

²⁴⁴ Aux fins de ce calcul, les chapitres sur l'investissement et la propriété intellectuelle des traités de libre-échange sont considérés comme des traités bilatéraux. Jean-Frédéric MORIN, «Le droit international des brevets: entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain», *Études internationales*, vol. 34, n° 3, décembre 2003.

²⁴⁵ CZUB, p. 229-230.

²⁴⁶ Lettre de Val GIDDINGS, Vice-président de Biotechnology Industry Organization, à McDonald NETSHITENZHE, directeur au Ministère du commerce et de l'industrie d'Afrique du Sud, 18 mars 2004, p. 6.

Tableau 19. Les stratégies de coercition dans les négociations bilatérales

	Menace	Bénéfices attendus			
	Le pays fut placé sur une liste du <i>Special 301</i> l'année précédant la signature du traité	Le traité prévoit des dispositions sur la libéralisation du commerce	Un traité sur l'investissement a été conclu simultanément ou ultérieurement	Le pays bénéficiait du système de préférence commercial au moment de la signature	Le pays négociait son entrée à OMC parallèlement à son traité bilatéral
Jamaïque			√	√	
Lituanie		√	√	√	√
Lettonie		√	√	√	√
Trinité-et-Tobago			√	√	
Cambodge		√		√	√
Laos		√			√
Nicaragua		√		√	
Viêt Nam	√	√			√
Jordanie	√	√	√		√
Singapour		√	√		
Chili	√	√	√	√	
Dominique républicaine	√	√	√	√	
Costa Rica	√	√	√	√	
El Salvador		√	√	√	
Guatemala	√	√	√	√	
Honduras		√	√	√	
Australie		√	√		

	Menace	Bénéfices attendus			
	Le pays fut placé sur une liste du <i>Special 301</i> l'année précédant la signature du traité	Le traité prévoit des dispositions sur la libéralisation du commerce	Un traité sur l'investissement a été conclu simultanément ou ultérieurement	Le pays bénéficiait du système de préférence commercial au moment de la signature	Le pays négociait son entrée à OMC parallèlement à son traité bilatéral
Maroc		√	√		
Bahreïn		√	√	√	

En somme, l'accès privilégié au marché américain et l'attrait des investissements américains sont les deux principaux bénéfices miroités aux pays qui signent des traités bilatéraux sur la propriété intellectuelle. D'autres bénéfices ont sans doute été envisagés par les pays signataires. John Odell rappelle avec justesse que les États engagés dans des négociations économiques avec un État plus puissant ne visent pas uniquement des gains en matière de commerce et d'investissement, mais également l'amélioration de leurs relations diplomatiques et l'accroissement de leur influence auprès de cet État puissant²⁴⁷. Ces gains relationnels sont toutefois difficilement mesurables et leur prise en considération par les négociateurs est peu documentée. Pour cette raison, il nous fallut nous limiter à l'étude des relations économiques. Cette analyse nous paraît néanmoins suffisante pour établir, comme l'indique le tableau 19, que tous les pays qui ont signé un traité bilatéral de propriété intellectuelle avec les États-Unis ont fait l'objet d'une coercition. La menace de sanctions commerciales a été utilisée dans certains cas et la promesse de bénéfices en matière de commerce et d'investissement a été utilisée dans tous les cas.

Dans un article récent sur les traités de libre-échange, Frederick Abbott remarque que les pays qui signent ces traités considèrent souvent qu'une hausse du niveau de protection des droits de propriété intellectuelle est compensée par des avantages commerciaux. Selon lui, une telle compensation serait légitime si les secteurs industriels bénéficiaires des avantages commerciaux transféraient des ressources aux

²⁴⁷ ODELL, p. 25.

secteurs qui sont les plus atteints par une hausse des droits de propriété intellectuelle : « Increased payments to textile producers must be used to fund general increases in public health budgets to offsets the increases in pharmaceutical prices »²⁴⁸. Mais ces transferts entre secteurs industriels sont rarement effectués dans la pratique. Ils risquent encore moins d'être réalisés si les États-Unis parviennent à convaincre leurs partenaires, par le biais des canaux de socialisation présentés dans la prochaine section, qu'il est de leur propre intérêt de rehausser le niveau de protection offert. En fait, si le processus de socialisation atteint ses objectifs, il ne serait même plus nécessaire de recourir à la coercition.

SECTION 2

La socialisation

La coercition, seule, est insuffisante pour maintenir un régime hégémonique stable. Elle peut même provoquer l'effet inverse²⁴⁹. Pour que des règles exportées ne soient pas dénoncées comme le résultat d'un abus de puissance d'un État étranger, une intervention illégitime dans la souveraineté du pays, elles doivent avoir un certain ancrage culturel et social. Les comparatistes qui s'intéressent aux phénomènes d'exportation de droit sont unanimes à ce sujet²⁵⁰. La concordance est nécessaire entre les règles exportées et les sociétés d'accueil.

Deux options peuvent être envisagées par l'*hegemon* pour susciter cette concordance et améliorer les chances que l'exportation de droit

²⁴⁸ F.M. ABBOTT, « Toward a New Era », p. 93.

²⁴⁹ Jerome H. REICHMAN, « Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPs Agreement », *Virginia Journal of International Law*, n° 335, hiver 1997, p. 356.

²⁵⁰ Yves DEZALAY et Bryant GARTH, « The Import and Export of Law and Legal Institutions: International Strategies in National Palace Wars », in *Adapting Legal Cultures*, sous la dir. de David NELKEN et Johannes FEEST, Oxford et Portland, Hart, 2001 ; Roger COTTERRELL, « Is There a Logic of Legal Transplant », in *Adapting Legal Cultures*, sous la dir. de David NELKEN et Johannes FEEST, Oxford et Portland, Hart, 2001 ; Pierre LEGRAND, « What "Legal Transplants" », in *Adapting Legal Cultures*, sous la dir. de David NELKEN et Johannes Feest, Oxford et Portland, Hart, 2001 ; Daniel BERKOWITZ, Katharina PISTOR et Jean-François RICHARD, « The Transplant Effect », *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, hiver 2003, p. 163-203.

soit réussie. D'abord, il est possible d'adapter les règles exportées aux particularités sociales et culturelles du pays d'accueil. C'est ce que proposent plusieurs auteurs, dont John Allison et Lianlian Lin dans leur étude sur le droit des brevets en Chine. Selon eux, les pays développés doivent proposer des solutions innovatrices aux problèmes de propriété intellectuelle, en tenant compte des spécificités culturelles de l'Empire du Milieu²⁵¹. L'autre solution consiste à mieux préparer la société d'accueil à recevoir des règles de droit exogènes.

L'industrie et le gouvernement américains privilégient cette deuxième solution. Selon le lobbyiste Jacques Gorlin, un des principaux architectes de l'*Accord sur les ADPIC*, les États-Unis doivent transmettre leurs croyances, leurs valeurs et leurs idées aux pays en développement : « We must work to get them to understand the value of intellectual property, especially in patents »²⁵². L'USTR soutient également cette stratégie : « Effective protection of intellectual property rights involves [...] a general recognition that to copy is to steal »²⁵³.

La socialisation est ce processus par lequel un *hegemon* transmet aux États dominés et à leur population ses croyances, ses idées et ses valeurs²⁵⁴. Pour les théoriciens néo-gramsciens, il s'agit d'une composante essentielle de la puissance puisqu'elle permet de minimiser la contestation et d'éviter que le régime établi soit renversé par des forces contre-hégémoniques. Les contestations actuelles de l'*Accord sur les ADPIC* illustrent bien que la socialisation américaine lors du cycle de l'Uruguay ne fut pas suffisante dans le contexte multilatéral. Il s'agit maintenant de voir comment et dans quelle mesure les États-Unis recourent à la socialisation dans leurs relations bilatérales.

Deux formes de socialisation seront étudiées. Elles ont été distinguées et définies par John Ikenberry et Charles Kupchan dans leur

²⁵¹ John ALLISON et Lin LIANLIAN, « The Evolution of Chinese Attitudes toward property rights in invention and discovery », *Journal of international Economic Law*, hiver 1999, n° 20, p. 790.

²⁵² GORLIN, p. 53-57.

²⁵³ USTR, *The Work of USTR – Intellectual Property*.

²⁵⁴ IKENBERRY et KUPCHAN, « Socialization and Hegemonic Power », p. 289. Voir aussi IKENBERRY et KUPCHAN, « The Legitimation of Hegemonic Power ».

article «Socialisation and Hegemonic Power»²⁵⁵. La première, qui précède généralement l'exportation de droit, est la socialisation par la persuasion normative (§ 1). La deuxième, qui succède à la coercition et à l'exportation de droit, est la socialisation par les incitatifs externes (§ 2). Toutes deux participent à une même entreprise de légitimation du régime hégémonique.

§ 1. La socialisation par la persuasion normative

La socialisation par la persuasion normative est une forme de socialisation que John Ikenberry et Charles Kupchan résument par la formule «croire avant d'agir»²⁵⁶. Cette forme de socialisation s'appuie sur la persuasion et l'apprentissage à travers diverses formes de contacts entre les élites de l'État hégémonique et des États dominés, avant même que le premier tente d'exporter formellement son droit vers les seconds. Les États dominés sont progressivement amenés à internaliser les valeurs de l'État hégémonique. Lors de la négociation du traité bilatéral, ces pays seront devenus plus réceptifs à l'exportation de droit et opposeront moins de résistance aux stratégies coercitives. Dans certains cas, les traités bilatéraux ne feront que formaliser une exportation de droit qui aura été opérée par les États dominés eux-mêmes. Le changement normatif précède ainsi le changement juridique.

Pour favoriser ce changement normatif, l'*hegemon* doit envoyer dans les États ciblés ce que Hugh Hansen appelle des *missionnaires de la propriété intellectuelle*, c'est-à-dire des spécialistes qui ont une foi inébranlable dans un système des brevets forts et qui se consacrent à convertir ceux qui doutent de sa pertinence²⁵⁷. Ces *missionnaires* transigent par deux canaux pour rejoindre les élites des États étrangers : l'assistance technique de l'État (A) et les industries (B).

²⁵⁵ IKENBERRY et KUPCHAN, «Socialization and Hegemonic Power», p. 290-292. Voir aussi IKENBERRY et KUPCHAN, «The Legitimation of Hegemonic Power», p. 57.

²⁵⁶ IKENBERRY et KUPCHAN, «Socialization and Hegemonic Power», p. 290.

²⁵⁷ HANSEN.

A. LA PERSUASION ET L'ASSISTANCE TECHNIQUE

L'assistance technique aux pays en développement est un véhicule privilégié par lequel les États-Unis opèrent une socialisation constante. Dans son ouvrage *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, James Gardner constate que l'assistance technique américaine a souvent servi à préparer le terrain pour une exportation de droit²⁵⁸. L'USTR le reconnaît lui-même : « Perhaps the most important of the remaining tools is our ability to offer technical assistance »²⁵⁹. L'objectif est de convaincre les pays en développement que l'exportation du droit américain répond aux intérêts de tous.

Paradoxalement, ce sont souvent les pays en développement qui sollicitent l'assistance étrangère. Peut-être sont-ils en partie attirés par ce que Jean Carbonnier appelle « le mythe du législateur étranger »²⁶⁰. Dans la majorité des cas, c'est toutefois des contraintes matérielles qui leur imposent de recourir à l'aide étrangère. Les coûts de modernisation d'un système de brevets peuvent atteindre plusieurs millions de dollars, uniquement pour l'adoption des lois et règlements qui permettent de mettre en œuvre l'*Accord sur les ADPIC*²⁶¹. Par ailleurs, de nombreux pays en développement n'ont pas d'expertise suffisante pour élaborer des lois qui répondent à leurs propres intérêts. Une étude produite pour le compte du *South Centre* conclut que le manque d'expertise expliquerait que la majorité des pays en développement ne profitent pas des exceptions autorisées par le droit international²⁶². Dans ce contexte, l'assistance technique est généralement la bienvenue dans les pays en développement.

Plusieurs organisations répondent à cet appel. Nous avons précédemment souligné que des ONG avaient joué un rôle important dans la

²⁵⁸ James GARDNER, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison, University of Wisconsin Press, 1980.

²⁵⁹ USTR, *The Work of USTR – Intellectual Property*.

²⁶⁰ Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 191-202.

²⁶¹ MASKUS, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, p. 173. D'ailleurs, l'article 67 de l'*Accord sur les ADPIC* prévoit que les pays développés « offriront, sur demande et selon des modalités et à des conditions mutuellement convenues, une coopération technique et financière aux pays en développement Membres ».

²⁶² Sisule MUSUNGU, Susan VILLANUEVA et Roxanna BLASETTI.

réorientation des politiques de certains pays vers les problèmes de l'accès aux médicaments et de la protection de la diversité biologique. Parallèlement, quelques organisations internationales, dont la CNUCED, la Banque mondiale, l'OMPI, l'OMS et l'APEC, offrent des services d'assistance technique en matière de propriété intellectuelle²⁶³.

Les États-Unis ont développé leurs propres programmes d'assistance bilatérale. Entre 1999 et 2004, le gouvernement américain a dépensé en moyenne 4,2 millions de dollars par année pour aider les pays en développement à mettre en œuvre l'*Accord sur les ADPIC*²⁶⁴. Plusieurs agences et départements ont été mobilisés dans cette entreprise. L'Office des brevets et des marques (USPTO), le département du Commerce, le département d'État, l'Agence pour le développement international (USAID), le département de la Justice, l'USTR, le Bureau fédéral d'enquête (FBI) et le département de la Sécurité intérieure ont notamment coordonné leurs efforts à travers le Groupe de coordination de la formation en droit de la propriété intellectuelle²⁶⁵. Le gouvernement américain a ainsi organisé des séances de formation destinées aux législateurs, aux fonctionnaires, aux juges, aux journalistes ou aux gens d'affaires, afin de les sensibiliser aux bénéfices qu'entraîne une forte protection des droits de propriété intellectuelle. Il a offert de réviser les projets de loi et suggérer des amendements qui assureraient une conformité avec l'*Accord sur les ADPIC*. Il a organisé des activités publiques dans le cadre des Journées ou des Semaines de la propriété intellec-

²⁶³ MAY, « Capacity Building, Intellectual Property », p. 825-829; Martine DE KONING, « Why the Coercion-Based GATT Approach Is Not the Only Answer to International Piracy in the Asia Pacific Region », *European Intellectual Property Review*, vol. 19, 1997, p. 74. Parmi toutes les organisations internationales, l'OMPI demeure sans contredit la plus active dans ce domaine. Plusieurs observateurs considèrent toutefois que l'assistance offerte par l'OMPI est biaisée en faveur d'une protection plus élevée que ce qu'exigent les normes minimales de l'*Accord sur les ADPIC*. Commission on Intellectual Property Rights, p. 160; MUSUNGU, VILLANUEVA et BLASSETTI, p. 24; Tom PENGELLY, *Technical Assistance for the Formulation and Implementation of Intellectual Property Policy in Developing Countries and Transition Economies*, Genève, ICTSD, 2005, p. 16-19; MAY et SELL, p. 214; Lessti et Pengelly, p. 45.

²⁶⁴ USAID, *Trade Capacity Building Database*, en ligne: USAID <<http://quesdb.usaid.gov/tcb/index.html>> (date d'accès: 31 mars 2006).

²⁶⁵ IPR Training Coordination Group, *IPR Training Program Database – Who we are ?*, en ligne: Training IPR <<http://www.training.ipr.gov/index.cfm?fuseaction=content.about>> (date d'accès: 31 mars 2006).

tuelle, de façon à rejoindre et sensibiliser le public²⁶⁶. Dans la majorité des cas, ces projets sont mis en œuvre par les fonctionnaires américains eux-mêmes ou par des firmes de consultation connues pour leur appui à de fortes protections des droits de propriété intellectuelle, comme l'*International Intellectual Property Institute* et *Nathan Associates*. L'objectif est de contribuer au rehaussement de la protection offerte et à l'amélioration de l'application des lois existantes²⁶⁷.

Tableau 20 : Projets américains d'assistance technique réalisés dans les trois années précédant la signature d'un traité bilatéral

Pays	Nombre de projets	Exemples de projet d'assistance technique
Jordanie	30	• Assistance dans la rédaction d'un projet de loi sur les brevets ; • Conduite d'une étude sur les modifications législatives nécessaires pour mettre en œuvre l'<i>Accord sur les ADPIC</i> ; • Série de séminaires destinés aux gens d'affaires sur les avantages d'une forte protection des droits de propriété intellectuelle ; • Formations destinées aux juges, aux fonctionnaires et aux examinateurs.
Pays d'Amérique centrale	19	• Assistance dans la rédaction d'un projet de loi du Guatemala ; • Programme de sensibilisation auprès des journalistes ; • Formation de fonctionnaires responsables de la politique économique.
Nicaragua	10	• Révision d'un projet de loi nicaraguayen ; • Atelier de formation pour une chambre de commerce du Nicaragua ; • Assistance au ministère du Développement et de l'Industrie.
Viêt Nam	10	• Révision d'un projet de loi vietnamien ; • Formation aux autorités douanières. ; • Visite de l'Office américain des brevets.
Dominique républicaine	8	• Séminaires destinés aux législateurs, procureurs, journalistes et gens d'affaires sur la nécessité de renforcer le droit des brevets ; • Formation d'universitaires venant de la République dominicaine.

²⁶⁶ VIVANT, 2004, p. 404.

²⁶⁷ IPR Training Coordination Group, *IPR Training Program Database – IPR Database: Results*, en ligne: Training IPR <<http://www.training.ipr.gov/index.cfm?fuseaction=db.browse>> (date d'accès: 31 mars 2006).

Pays	Nombre de projets	Exemples de projet d'assistance technique
Singapour	6	• Formations destinées aux professeurs de propriété intellectuelle et portant sur les façons de mettre en œuvre l'Accord sur les ADPIC.
Chili	4	• Formation spéciale donnée au ministère de l'Économie.
Maroc	3	• Formation spéciale destinée au directeur de l'Office marocain de la propriété industrielle.
Bahreïn	3	• Formations destinées à des fonctionnaires responsables du développement économique, de la santé publique et du commerce.
Australie	3	• Formations destinées à des juges australiens.

Source : IPR Training Coordination Group, *IPR Training Program Database – IPR Database: Results*, en ligne : Training IPR <<http://www.training.ipr.gov/index.cfm?fuseaction=db.browse>> (date d'accès : 31 mars 2006).

Comme le montre le tableau 20, plusieurs signataires ont bénéficié de l'assistance technique américaine en matière de propriété intellectuelle²⁶⁸. En outre, le gouvernement américain a récemment développé de nouveaux programmes qui portent spécifiquement sur la négociation de traités bilatéraux et qui sont réservés aux pays candidats à un traité de libre-échange. Les montants alloués à ces programmes sont en croissance rapide. Ils ont atteint 32 millions en 2004, soit plus que les sommes allouées pour tous les programmes d'assistance à la mise en œuvre des accords de l'OMC.

Dans ce contexte, on peut penser que l'assistance technique américaine a contribué à créer un environnement favorable à la négociation de traités bilatéraux. C'est du moins ce que considère l'Agence américaine pour le développement international : « USAID's program will help increase readiness to enter into free trade agreements through work in

²⁶⁸ Le gouvernement américain n'a pas concentré son assistance auprès des pays avec lesquels il négocie des traités bilatéraux. En fait, le pays qui bénéficia le plus de l'aide américaine est l'Égypte, recevant près de 5 millions de dollars pour la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC, alors qu'aucun traité bilatéral n'était en négociation. Voir USAID, *Trade Capacity Building Database – United States Trade Capacity Building Assistance Agreement on TRIPs*, en ligne : USAID <http://quesdb.usaid.gov/cgi-bin/broker.exe?_service=default&_program=tcbprogs.cat_2.sas&tccode=011500+&USAID=N&output=1> (date d'accès : 31 mars 2006).

[...] intellectual property rights policies and enforcement »²⁶⁹. Le cas de la Jordanie est sans doute le plus frappant. Dans les trois années qui ont précédé la signature du libre-échange, la Jordanie a bénéficié de trente projets d'assistance technique sur la propriété intellectuelle offerts par le gouvernement américain. Ces contacts réguliers entre les responsables américains et jordaniens de la propriété intellectuelle, dans un contexte de formation unidirectionnelle, ont sans doute contribué à la socialisation des seconds aux valeurs des premiers, rendant les négociations plus aisées²⁷⁰.

Le cas du Guatemala est également intéressant. Sous les conseils juridiques de USAID, le Guatemala modifia son droit des brevets pour autoriser la brevetabilité des produits pharmaceutiques en 2000, soit cinq ans avant l'échéance des périodes transitoires prévues dans l'*Accord sur les ADPIC*²⁷¹. Grâce à ce saut législatif, il fut plus facile pour les négociateurs américains de convaincre leurs homologues guatémaltèques que le traité de libre-échange devait imposer la brevetabilité des produits pharmaceutiques dès son entrée en vigueur. Des scénarios similaires se sont déroulés au Nicaragua et au Viêt Nam. On peut ainsi penser que l'assistance technique américaine a facilité la négociation de quelques traités bilatéraux.

B. LA PERSUASION ET LES FIRMES AMÉRICAINES

Les firmes américaines jouent incontestablement un rôle important dans l'orientation du régime international des brevets. Dans les chapitres précédents, nous avons souligné qu'elles influencent les politiques du gouvernement par le biais de comités consultatifs et de demandes d'enquête. Mais elles tentent également d'exercer une influence directe sur les gouvernements étrangers, sans l'intermédiaire de l'État améri-

²⁶⁹ USAID, *The USAID FY 1998 Congressional Presentation – Central American Programs*, en ligne: USAID <www.usaid.gov/pubs/cp98/lac/centamer.htm> (date d'accès: 31 mars 2006).

²⁷⁰ CHEEK, p 307.

²⁷¹ Oxfam, *US bullying on drug patents: One year after Doha*, Oxfam Briefing Paper 33, Oxford, Oxfam, 2002, p. 9, en ligne: Oxfam <http://www.oxfam.org.uk/what_we_do/issues/health/downloads/bp33_bullying.pdf> (date d'accès: 23 mars 2006).

cain²⁷². En effet, plusieurs firmes offrent elles aussi des services d'assistance technique aux pays en développement. Par exemple, la *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America* et l'*International Intellectual Property Alliance* organisent périodiquement des séminaires de formation sur la propriété intellectuelle²⁷³. Des hauts fonctionnaires du Guatemala et du Costa Rica y ont d'ailleurs participé alors que leur traité bilatéral était en pleine négociation.

Les firmes américaines peuvent aussi exercer une socialisation plus indirecte, en s'adressant à la population locale²⁷⁴. Ainsi, IBM et Microsoft financent une émission de télévision diffusée en Chine qui, sous le couvert d'une fiction dramatique, fait la promotion du respect des droits de propriété intellectuelle²⁷⁵. Les firmes américaines peuvent également créer des organisations locales qui feront elles-mêmes la promotion des droits de propriété intellectuelle. En Afrique, l'*American Seed Trade Association* et les filiales africaines des grandes firmes américaines de biotechnologie ont participé à la création de l'*African Seed Trade Association*, dont l'un des mandats est de promouvoir la protection des nouvelles variétés végétales²⁷⁶. En Jordanie, l'*International Executive Service Corps* créa en 1998 l'organisation *Jordan Intellectual Property Association*²⁷⁷. Alors que la Jordanie négociait son traité bilatéral avec les États-Unis, cette organisation mit en branle une campagne de sensibilisation aux bénéfices que procurent les droits de propriété intellectuelle.

Un des objectifs de ces programmes est de diviser l'opinion publique du pays ciblé, ou à tout le moins d'atténuer son opposition au renforcement des droits de propriété intellectuelle. Lorsque la société civile d'un pays exprime un soutien fort et unanime en faveur de la position

²⁷² Comme le souligne Andrew Moravcisk, les firmes transnationales peuvent, en raison de la nature de leurs activités, exercer une pression simultanée sur les deux gouvernements qui sont engagés dans des négociations bilatérales, p. 31

²⁷³ IPR Training Coordination Group, *IPR Training Program Database – IPR Database: Results*.

²⁷⁴ ARONSON, p. 9.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ Voir le site Internet de African Seed Trade Association, en ligne : <www.afsta.org>.

²⁷⁷ Voir le site Internet de Jordan Intellectual Property Association, en ligne : <<http://www.jipa.jo>>.

de leur gouvernement, les négociateurs jouissent d'un levier supplémentaire²⁷⁸. Ils peuvent profiter de ces pressions internes pour arguer qu'il leur est impossible d'aller au-delà de certaines concessions sans encourir l'opprobre populaire. Mais une fois que le consensus national est brisé, leur pouvoir de négociation est affaibli. Comme l'a remarqué Maryse Robert dans son étude de la négociation de l'ALÉNA, lorsque la société civile d'un pays est divisée sur un enjeu particulier, son vis-à-vis peut s'appuyer sur cette division pour affaiblir la position du pays en question²⁷⁹.

Il y a cependant peu de cas documentés de socialisation opérée par les firmes américaines auprès de firmes, d'ONG et de populations locales. Certains observateurs en déduisent que la contribution des firmes à la socialisation des pays étrangers est mineure. Selon le *Pacific Council on International Policy*, par exemple, les firmes américaines devraient interagir moins avec leur gouvernement et davantage avec leurs partenaires étrangers à propos des bienfaits d'une forte protection de la propriété intellectuelle²⁸⁰. On pourrait également penser qu'elles souhaitent simplement demeurer discrètes sur leurs activités de socialisation, ou encore qu'elles misent plus sur la socialisation par les incitatifs externes que sur la socialisation par la persuasion normative.

§ 2. La socialisation par les incitatifs externes

Alors que la socialisation par la persuasion normative précède les changements de politique publique, la socialisation par les incitatifs externes lui succède. Selon ce modèle développé par John Ikenberry et Charles Kupchan, la pression coercitive de l'*hegemon*, dans un premier temps, amène les gouvernements étrangers à modifier leurs politiques.

²⁷⁸ Robert D. PUTNAM, «Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games», in *International Bargaining and Domestic Politics: Double-Edge Diplomacy*, sous la dir. de Peter EVANS, Harold JACOBSON et Robert D. PUTNAM, Berkeley, University of California Press, 1993.

²⁷⁹ ROBERT, p. 17; Alain PLANTEY, *La Négociation internationale au XXI^e siècle*, Paris, CNRS Éditions, 2002, p. 711.

²⁸⁰ ARONSON, p. 8. Pour un point de vue similaire, voir Tara KALAGHER GIUNTA et Lily H. SHANG, «Ownership of Information in a Global Economy», *George Washington Journal of International Law & Economy*, vol. 27, 1993, p. 344.

Puis, ces gouvernements réorientent leurs croyances, leurs valeurs et leurs idées en fonction des politiques déjà adoptées²⁸¹. La socialisation par les incitatifs externes n'est pas, à proprement parler, une stratégie de négociation de l'*hegemon*. Il s'agit plutôt d'une conséquence de ses stratégies coercitives passées, qui peut influencer la structure des négociations à venir.

Deux raisons expliquent pourquoi des décideurs d'un pays peuvent modifier leurs idées, leurs croyances et leurs valeurs. D'une part, ils peuvent vouloir mieux parer les mouvements d'opposition sur la scène nationale (A). D'autre part, les institutions communes créées sous la pression coercitive peuvent devenir des vecteurs de socialisation (B).

A. LES RÉACTIONS AUX MOUVEMENTS POLITIQUES NATIONAUX

Dans un cadre multilatéral, l'opposition de la population aux règles proposées par l'*hegemon* peut représenter un atout pour les négociateurs des pays en développement. C'est d'ailleurs un des facteurs qui contribua à créer un environnement favorable à l'adoption de la Déclaration de Doha sur la santé publique. Mais lorsque la structure de négociation est nettement asymétrique, un pays en développement ne peut raisonnablement pas s'attendre à ce que l'accord final intègre toutes ses préférences. Après avoir sollicité des négociations bilatérales avec l'*hegemon*, il devient politiquement difficile pour un gouvernement de dénoncer la structure de négociation et de faire marche arrière. Il ne peut pas arguer, comme il le ferait au niveau multilatéral, que ce sont les autres pays qui ont initié les négociations ou qu'il espérait que le traité soit parfaitement équilibré entre les deux parties.

Ainsi, en consentant à négocier bilatéralement avec l'*hegemon*, les gouvernements des pays en développement se placeraient dans une position de fragilité sur la scène politique nationale, les mouvements nationalistes risquant de dénoncer leur subordination devant les stratégies coercitives de l'*hegemon*²⁸². Pour éviter ce problème, John Ikenberry et Charles Kupchan considèrent qu'un gouvernement peut stratégiquement modifier son discours pour le rendre davantage conforme

²⁸¹ IKENBERRY et KUPCHAN, « Socialization and Hegemonic Power », p. 290-291.

²⁸² *Ibid.*

avec celui de l'*hegemon*²⁸³. De cette façon, l'adoption d'un traité qui intègre les normes hégémoniques n'apparaît plus comme un signe de faiblesse, mais comme le résultat d'une coopération entre deux États qui partagent des intérêts communs.

Ce phénomène a pu se produire, dans une certaine mesure, lors des négociations des traités bilatéraux américains. Ces négociations sont toujours abondamment relayées par les médias locaux et débattues sur la scène politique locale, surtout s'il s'agit d'un traité de libre-échange. À chaque fois, elles soulèvent de vives controverses. La ratification des traités fut même le principal objet des débats électoraux en Australie en 2004 et au Costa Rica en 2006.

Toutefois, les questions de propriété intellectuelle sont rarement au cœur des débats. Elles sont reléguées au second plan, derrière des enjeux commerciaux moins techniques. Elles sont généralement soulevées à l'initiative d'ONG qui œuvrent dans les pays développés ou sur la scène internationale. Des organisations comme Médecins sans frontières, GRAIN, Oxfam et Essential Action ont développé des campagnes sur les dispositions des traités bilatéraux qui vont au-delà de l'*Accord sur les ADPIC*. Par contre, la population locale des pays concernés demeure principalement préoccupée par les dispositions sur le commerce, l'agriculture et l'investissement²⁸⁴.

Seul le traité signé avec l'Équateur en 1993 a soulevé de vives inquiétudes dans la population locale²⁸⁵. Cette fois, le débat fut amorcé par une ONG locale, *Accion Ecologica*, qui dénonça un brevet obtenu par une firme américaine sur une variété végétale utilisée par des communautés autochtones de l'Amazonie dans la préparation d'un breuvage hallucinogène sacré. Elle organisa plusieurs manifestations parce que, disait-elle, les dispositions sur le droit des brevets autoriseraient la *biopiraterie*. L'opposition de la population fut si vive que le traité ne fut finalement pas ratifié. Aucun traité bilatéral du corpus étudié ne

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Pour un portrait des débats et des inquiétudes soulevées par les ONG, on peut consulter le site Internet Bilaterals.org, en ligne : <<http://www.bilaterals.org/>>

²⁸⁵ SELL, « Post-TRIPs Development », p. 204; Susanne Van de Wateringen « USA pushes Ecuador to sign IPR Agreement », *Biotechnology and Development Monitor*, n° 33, 1997, p. 2022.

souleva autant de controverses dans la population locale à propos de ses dispositions sur le droit des brevets.

Néanmoins, même si le droit des brevets n'est pas toujours au cœur des débats, les pays qui ont négocié et signé des traités bilatéraux avec les États-Unis doivent défendre et justifier auprès de leur population et de leur parlement l'ensemble de leurs dispositions, incluant celles sur la propriété intellectuelle. Il ne peut y avoir aucun décalage entre le traité négocié et le discours du gouvernement responsable de la négociation. La Jordanie et le Bahreïn, par exemple, qui n'offraient qu'une protection minimale au début des négociations, sont devenus des grands défenseurs de la propriété intellectuelle. Le gouvernement jordanien considère aujourd'hui qu'il a réussi à attirer des investissements étrangers et à stimuler la recherche grâce aux modifications législatives imposées par ce traité²⁸⁶. Le Bahreïn, de son côté, a récemment envoyé une communication à l'OMPI pour exprimer son soutien à la position américaine selon laquelle une forte protection des droits de propriété intellectuelle contribue au développement économique et social des pays en développement²⁸⁷. Ces retournements de positions semblent confirmer que les pays qui ont signé des traités bilatéraux sont de plus en plus prisonniers d'un verrouillage épistémique²⁸⁸. Ils ne peuvent s'échapper du cadre normatif de l'*hegemon* sans contredire les politiques qu'ils ont précédemment endossées en négociant et en signant un traité bilatéral avec ce dernier.

B. LES INTERACTIONS AVEC LES FONCTIONNAIRES ÉTRANGERS

La socialisation par les incitatifs externes peut non seulement être une réaction aux mouvements politiques nationaux, mais également le résultat d'interactions répétées entre les fonctionnaires. Ici encore, le processus de socialisation succède aux pressions coercitives de l'*hegemon*. Celui-ci peut s'appuyer sur son indépendance relative

²⁸⁶ Francesca SAWALHA «Jordan's e-movers and shakers: Take a look at us now», *Jordan Times*, 24 décembre 2000, en ligne: int@j <<http://www.intaj.net/news/read-news.cfm?id=54>> (date d'accès: 22 mars 2006).

²⁸⁷ *Proposal by the Kingdom of Bahrain on the Importance of Intellectual Property in Social and Economic Development and National Development Programs*, OMC Doc. IIM/2/2, 4 juin 2005.

²⁸⁸ MAY, «Capacity Building, Intellectual Property», p. 822.

pour créer des institutions qui serviront ensuite de lieux de socialisation privilégiés pour les élites²⁸⁹. Les contacts fréquents entre les fonctionnaires de différents pays au sein des forums créés par l'*hegemon* les exposent aux normes et aux valeurs hégémoniques, qu'ils peuvent éventuellement être amenés à endosser.

Le Conseil des ADPIC aurait pu devenir l'un de ces lieux de socialisation entre fonctionnaires. Dans un article sur les réseaux transnationaux de fonctionnaires spécialisés en propriété intellectuelle, Maney Cheek identifie plusieurs conditions favorables à la formation et au développement d'un tel réseau autour du Conseil des ADPIC²⁹⁰. En raison de la nature technique des débats, ces fonctionnaires partagent généralement une formation juridique commune. Puisque leur expertise est précieuse, ils y font toute leur carrière, au cours de laquelle ils ont de nombreuses occasions de se rencontrer et d'interagir. Néanmoins, comme le conclut Maney Cheek, la politisation des débats au cours des dernières années et la venue de nouveaux acteurs a empêché la formation d'une réelle communauté épistémique autour du Conseil des ADPIC.

Il existe par contre des forums bilatéraux et régionaux moins controversés et plus propices pour la socialisation des fonctionnaires. Les États participants à la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC), par exemple, organisent périodiquement des sessions de travail sur la propriété intellectuelle²⁹¹. Les fonctionnaires venant de l'Australie, de Singapour et du Viêt Nam y ont côtoyé leurs homologues américains.

De même, les États-Unis ont signé avec le Bahreïn, le Chili, la Jordanie et le Maroc des accords-cadres sur le commerce et l'investissement avant de signer leurs traités de libre-échange²⁹². Dans ces accords-cadres, les parties reconnaissent l'importance d'offrir une protection adéquate et suffisante aux droits de propriété intellectuelle et prévoient également la création de forums de dialogue permanents²⁹³. Elles envi-

²⁸⁹ IKENBERRY et KUPCHAN, « Socialization and Hegemonic Power », p. 291.

²⁹⁰ CHEEK, p. 281-282.

²⁹¹ DE KONING, p. 74.

²⁹² USTR, 2006 *Trade Policy Agenda*, Washington, USTR, en ligne: USTR <http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2006/2006_Trade_Policy_Agenda/asset_upload_file478_9069.pdf> (date d'accès: 2 avril 2006).

²⁹³ PRICE, p. 832.

sagent même explicitement la possibilité de négocier un traité bilatéral sur cette question. Il n'est pas anodin de remarquer que les États-Unis utilisent de plus en plus ce type d'accord comme étape préliminaire, préparant la négociation de traité de libre-échange. De cette façon, ils entament un processus de socialisation avant de négocier des obligations plus précises.

Selon les responsables de la politique commerciale américaine, leurs partenaires commerciaux seraient de plus en plus réceptifs à leurs idées, valeurs et croyances relatives à la propriété intellectuelle. En 2002, le sous-secrétaire d'État aux Affaires économiques affirmait : « More and more of our trading partners are coming to understand that their future growth and development depends in large part on [...] strong intellectual property protection »²⁹⁴. L'ancien USTR Mickey Kantor observe le même phénomène : « Many U.S. trading partners have recognized – and this has been reflected in their trade negotiations with the United States – [...] that strong intellectual property protections attract foreign investment into their countries »²⁹⁵. Ce rapprochement normatif n'est pas observable au Conseil des ADPIC ou à l'OMPI, où plusieurs pays en développement s'opposent plus que jamais à la conception américaine de la propriété intellectuelle. Par contre, il est effectivement possible que les signataires des traités bilatéraux aient progressivement été amenés à se rapprocher des idées, des valeurs et des croyances américaines par le biais de différentes institutions bilatérales et régionales.

CONCLUSION

Les stratégies qui ont mené à la conclusion des traités bilatéraux américains entre 1994 et 2004 sont similaires à celles qui ont mené à la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC* en 1994. Nous avons déjà souligné que les principales stratégies des États-Unis lors du cycle de l'Uruguay avaient été les menaces de sanctions commerciales sous le mécanisme

²⁹⁴ « State's Larson on Intellectual Property Rights Policy », Department of State Washington File EPF 211, 2 décembre 2002, en ligne : US Info <<http://usinfo.org/wf-archive/2002/020212/epf211.htm>> (date d'accès : 2 avril 2006).

²⁹⁵ KANTOR, p. 2.

du *Special 301* et les promesses de bénéfices commerciaux par les autres accords de l'OMC. Dans un article publié en 1995, Susan Sell concluait que le facteur le plus important dans la diffusion des politiques de propriété intellectuelle avait été la coercition²⁹⁶.

Il semble que cette conclusion soit toujours valide. Par la voie du bilatéralisme, les États-Unis sont retournés à une structure de négociation fortement asymétrique dans laquelle ils jouissent d'une indépendance relative et d'un engagement relatif accru. Tous leurs partenaires ont accepté de signer des traités bilatéraux pour éviter de subir des sanctions commerciales et, plus encore, pour bénéficier d'un meilleur accès au marché américain et pour attirer plus facilement des investissements étrangers. Les États-Unis ont également utilisé la socialisation dans certaines négociations. Leurs programmes d'assistance technique et les comités mixtes créés par les accords-cadres sur le commerce et l'investissement ont sans doute contribué à la transmission des valeurs, des croyances idées américaines.

Ce recours à la coercition, et dans une moindre mesure à la socialisation, permet aux États-Unis de signer quinze traités bilatéraux en l'espace de dix ans. Bien entendu, le recours à ces stratégies et la conclusion des traités bilatéraux ne sont pas suffisants pour maintenir une hégémonie par la voie bilatérale²⁹⁷. Encore faut-il qu'ils aient effectivement réussi à exporter leur droit. Or, pour démontrer que le contenu des traités bilatéraux oriente bien le régime international des brevets vers le droit américain, il faut analyser méthodiquement chaque disposition des traités bilatéraux.

²⁹⁶ SELL, « Intellectual Property Protection and Antitrust », p. 321.

²⁹⁷ Comme le souligne Peter GERHART à propos du régime international des brevets : « Power is not, by itself, the problem ». Voir « The Triangulation of International Intellectual Property Law », p. 9.

DEUXIÈME PARTIE

LES RÈGLES EXPORTÉES

La théorie de l'évolution dynamique des régimes hégémoniques prédit qu'un *hegemon* dont la légitimité est contestée doit, pour maintenir son hégémonie, prendre une part active au développement du régime. D'une part, il peut procéder à des ajustements dans le forum central du régime autour duquel s'articule la contestation. D'autre part, il doit compenser ces ajustements et faire progresser le régime en opérant, par exemple, un changement de forum. C'est seulement à travers cette dynamique qu'il peut se maintenir en équilibre.

Dans les chapitres précédents, nous avons constaté que l'hégémonie américaine, qui avait été consacrée par la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC*, est aujourd'hui contestée par des coalitions de pays en développement. Les États-Unis ont dû accepter des ajustements, comme l'amendement de l'*Accord sur les ADPIC* pour faciliter l'emploi des licences obligatoires pour la production de médicaments génériques destinés à l'exportation. Nous avons également constaté que le bilatéralisme représente un niveau de négociation plus favorable à la poursuite de l'exportation du droit américain, puisque sa structure asymétrique facilite les stratégies de socialisation et de coercition.

Il s'agit maintenant de vérifier si les États-Unis utilisent avec succès les traités bilatéraux pour compenser les concessions multilatérales, dépasser le cadre juridique posé par l'*Accord sur les ADPIC* et poursuivre le mouvement d'exportation de droit. Nous limitons notre analyse aux dispositions qui concernent directement et exclusivement le droit des brevets. Nous écartons notamment les dispositions relatives aux procédures judiciaires et au règlement des différends. Nous abordons parfois d'autres droits de propriété intellectuelle, comme les droits d'obtention végétale et les secrets commerciaux, mais uniquement dans leurs aspects qui sont étroitement liés aux droits des brevets.

Mais avant d'analyser en détail les dispositions qui concernent directement le droit des brevets, il convient d'étudier sommairement les préambules et les dispositions générales des traités bilatéraux. Puisque les traités doivent être interprétés à la lumière de leurs objectifs, l'analyse des préambules et des dispositions générales permet d'orienter l'interprétation qu'il faut donner aux dispositions qui concernent plus directement le droit des brevets ¹.

¹ Plus précisément, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* prévoit qu'un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes

Il faut tout d'abord remarquer que les préambules des traités bilatéraux ont nettement évolué depuis l'*Accord sur les ADPIC*. Ce dernier exprime, dans une certaine mesure, un compromis entre les pays exportateurs et importateurs de technologie². Les membres de l'OMC y reconnaissent la nécessité de rehausser le niveau des droits de propriété intellectuelle, mais également leur droit de prendre en compte leurs objectifs fondamentaux de politique publique³. Plus spécifiquement, ils soulignent les « besoins spéciaux des pays les moins avancés [pour qu'ils] puissent se doter d'une base technologique solide et viable »⁴.

En comparaison, les préambules des traités bilatéraux reflètent une conception plus *industrielle* des droits de propriété intellectuelle. Plusieurs d'entre eux ne réfèrent pas aux « politiques générales publiques »⁵ mais plutôt à l'importance de la protection des droits de propriété intellectuelle pour la croissance économique, l'innovation technologique et les investissements⁶. De plus, seul le préambule du traité vietnamien note que ce pays a un faible niveau de développement. Même les traités signés avec le Laos et le Cambodge, qui figurent pourtant sur la liste des pays les moins avancés de l'ONU, n'en font aucunement mention. Certains ajoutent même une considération qui n'intéresse que les pays exportateurs de technologie : « Desiring to enhance the intellectual property systems of the two Parties to account for the latest technological developments... »⁷.

du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 353, art. 31.1 (ci-après : *Convention de Vienne*). Par exemple, les membres de l'Organe d'appel de l'OMC se sont appuyés sur le préambule de l'*Accord sur les ADPIC* pour examiner la conformité de la législation indienne avec l'obligation d'offrir un moyen pour déposer les demandes de brevets. Voir Organe d'appel, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques, pour l'agriculture*, para. 57.

² Plusieurs considérants ont été intégrés dans le préambule de l'*Accord sur les ADPIC* sous l'initiative d'un groupe de pays en développement. Voir YUSUF, p. 10-11.

³ *Accord sur les ADPIC*, 5^e cons.

⁴ *Accord sur les ADPIC*, 6^e cons.

⁵ Seul l'*Accord de commerce États-Unis – Viêt Nam* fait référence aux objectifs fondamentaux de politique générale publique. Voir chap. 2, art. 1.2.

⁶ Voir les préambules de l'*Accord de commerce États-Unis – Cambodge*; l'*Accord de commerce États-Unis – Laos*; l'*Accord de commerce États-Unis – Lettonie*; l'*Accord de commerce États-Unis – Lituanie*; le *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*.

⁷ *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, chap. 17, 2^e cons.

Tableau 21 : Quelques considérations évoquées dans les préambules

	Référence aux objectifs de politiques publiques	Référence aux besoins spéciaux des pays les moins avancés	Référence aux objectifs de croissance et d'innovation	Référence à la prise en compte des plus récents développe- ments technolo- giques
ADPIC	√	√		
Jamaïque		(ne s'applique pas)		
Lituanie		(ne s'applique pas)	√	
Lettonie		(ne s'applique pas)	√	
Trinité-et- Tobago		(ne s'applique pas)		
Cambodge			√	
Laos			√	
Nicaragua		(ne s'applique pas)		
Viêt Nam		√		
Jordanie		(ne s'applique pas)	√	√
Singapour		(ne s'applique pas)		
Chili	√	(ne s'applique pas)	√	√
Amérique centrale		(ne s'applique pas)	√	
Australie		(ne s'applique pas)	√	
Maroc		(ne s'applique pas)	√	
Bahreïn		(ne s'applique pas)	√	

Comme l'évolution des préambules, celle des dispositions générales des traités bilatéraux annonce la poursuite du mouvement d'exportation de droit américain. Les premiers articles de l'*Accord sur les ADPIC* lui assurent une certaine flexibilité d'interprétation et d'application. Ils offrent un fondement juridique pour l'adapter aux objectifs de dévelop-

pement des pays importateurs de technologie⁸. Ainsi, l'article premier («Nature et portée des obligations») affirme que les membres sont «libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques». Même si cette disposition n'autorise pas les membres de l'OMC à faire abstraction de leurs obligations, elle offre une certaine marge de manœuvre pour déterminer comment s'en acquitter⁹. Or, aucun traité bilatéral ne reproduit cette disposition.

Les articles 7 («Objectifs») et 8 («Principes») ont également été retirés. Il s'agit pourtant de deux articles jugés essentiels par les pays en développement puisqu'ils assurent une interprétation flexible de l'accord. L'article 7 précise que la protection des droits de la propriété intellectuelle ne doit pas uniquement viser la promotion de l'innovation technologique mais aussi le «transfert et la diffusion de la technologie». Cette protection doit être «à l'avantage mutuel de ceux 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». L'article 8 franchit un pas supplémentaire en admettant que, dans certaines circonstances, les droits de propriété intellectuelle peuvent être contraires à la protection de la santé publique, à la promotion commerce et aux transferts de technologie et que les membres de l'OMC peuvent légitimement prendre des mesures pour résoudre ces problèmes.

Tableau 22 : Les dispositions générales

	Les parties sont «libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre...»	La protection doit être «à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et ceux qui utilisent les connaissances techniques»	Les parties ont l'obligation d'offrir «un niveau de protection suffisant et efficace»
ADPIC	√	√	Seulement dans le préambule
Jamaïque			√

⁸ CORREA, *Implementing the TRIPs Agreement*, p. 9.

⁹ Groupe spécial, *Canada – Durée de protection conférée par un brevet*, para. 6.94.

	Les parties sont « libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre... »	La protection doit être « à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et ceux qui utilisent les connaissances techniques »	Les parties ont l'obligation d'offrir « un niveau de protection suffisant et efficace »
Lituanie			✓
Lettonie			✓
Trinité-et-Tobago			✓
Cambodge			✓
Laos			✓
Nicaragua			✓
Viêt Nam			✓
Jordanie			
Singapour			
Chili		Seulement dans le préambule	
Amérique centrale			
Australie			
Maroc			
Bahreïn			

Au cours des dernières années, les articles 7 et 8 ont principalement été utilisés pour autoriser des exceptions aux droits conférés par les brevets dans le domaine pharmaceutique. Ils ont notamment servi de fondement à la *Déclaration ministérielle de Doha sur la santé publique* sur la délicate question des licences obligatoires¹⁰. Ils furent également invoqués par le Canada pour justifier que les expériences et les essais cliniques soient exclus des utilisations qui requièrent l'autorisa-

¹⁰ *Déclaration de Doha sur la santé publique*, para 5(a).

tion de titulaire du brevet¹¹. Le professeur Jerome H. Reichman considère même que les articles 7 et 8 ont freiné les États-Unis dans leurs élans offensifs à l'Organe de règlement des différends puisqu'ils offrent aux pays en développement une défense idéale¹². Afin de garantir une protection élevée aux titulaires de brevets, les États-Unis ont sans doute insisté dans leurs négociations bilatérales pour retirer ces dispositions. Du moins, seul le préambule du traité chilien souligne l'objectif d'atteindre un équilibre entre les droits des titulaires de propriété intellectuelle et les intérêts légitimes des utilisateurs et de la collectivité, sans toutefois répéter explicitement cet objectif dans le corps du traité.

Alors que certaines dispositions générales sont supprimées, d'autres sont ajoutées. Par exemple, cinq traités bilatéraux conclus entre 1994 et 2000 prévoient une disposition qui surprend par son caractère nébuleux: «Each Party shall provide in its territory to the nationals of the other Party adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights...»¹³. Cette curieuse disposition est probablement inspirée du préambule de l'*Accord sur les ADPIC*, lui-même tiré de la *Déclaration ministérielle de Punta del Este* du 20 septembre 1986¹⁴. Mais sa consécration en une disposition dans le texte même d'un traité soulève de sérieux questionnements sur sa portée: se traduirait-elle par des obligations allant au-delà des autres dispositions du traité?

Trois traités bilatéraux de propriété intellectuelle sont plus précis et permettent de croire que les négociateurs voulaient simplement stipuler un objectif général devant être atteint par le respect des obligations découlant du traité: «To provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights, each Contracting

¹¹ Groupe spécial, *Canada – Protection conférée par un brevet*, para. 7.26.

¹² REICHMAN, «The TRIPs Agreement Comes of Age», p. 461.

¹³ *Intellectual Property Rights Agreement between the United States and Nicaragua*, 7 janvier 1998, non catalogué, art. 1(a) (ci-après: *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Nicaragua*); *Accord de commerce États-Unis – Laos*, art. 13.1; *Accord de commerce États-Unis – Viêt Nam*, chap. 2, art. 1; *MOU États-Unis – Trinidad et Tobago*, art. 1; *Agreement Concerning the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights between the Government of the United States of America and the Government of Jamaica*, 17 mars 1994, non catalogué, art. 1 (ci-après: *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Jamaïque*).

¹⁴ La version française de l'*Accord sur les ADPIC* traduit *adequate* par *suffisant* et *effective* par *efficace*.

Party shall, at minimum, observe the commitments set forth in this Agreement and adhere to the Convention listed below... »¹⁵. Mais ces trois traités qui prévoient une formulation plus précise ont été signés en même temps que les quatre traités comportant une formulation imprécise. Pourquoi les négociateurs américains ont-ils utilisé simultanément deux modèles ? Doit-on y voir l'expression de deux volontés distinctes ? Depuis la conclusion du traité jordanien, les négociateurs américains ont résolu ce problème en supprimant tout simplement la référence «adequate and effective protection and enforcement». Il n'en demeure pas moins que quatre traités bilatéraux contiennent un article dont la portée est potentiellement très étendue.

Cette évolution des préambules et des dispositions générales traduit la volonté des négociateurs de limiter l'interprétation des traités. De façon générale, ils reflètent davantage les intérêts américains que ne le fait l'*Accord sur les ADPIC*. En ce sens, cette courte parenthèse sur les préambules et dispositions générales annonce une évolution similaire pour les obligations qui visent plus directement le droit des brevets.

L'analyse détaillée de ces obligations emprunte une démarche similaire à celle utilisée pour analyser l'évolution des préambules et des dispositions générales. Nous pensons à l'instar de Pierre Klein que l'approche comparative est la méthode la plus appropriée pour constater l'exportation de droit¹⁶. Cet exercice sera scindé en trois temps. D'abord, les dispositions de chacun des traités bilatéraux sont mises en parallèle avec les dispositions équivalentes de l'*Accord sur les ADPIC*. Au terme de cette phase, nous évaluons l'orientation du droit international des brevets. Puis, les similitudes, les différences, les ajouts et les retraits ainsi identifiés nous servent de point de départ pour la deuxième étape de l'analyse qui consiste à les comparer au droit américain et au droit de leurs partenaires. Nous pouvons alors apprécier leur influence respective sur l'orientation des traités bilatéraux. Enfin, le droit exporté est mis en perspective à la lumière des négociations régionales et multilatérales. Dès lors, nous pouvons évaluer dans quelle mesure les traités bilatéraux peuvent servir de leviers pour d'autres niveaux de négociation.

¹⁵ *Accord de commerce États-Unis – Lituanie*, art. 1.1 ; *Accord de commerce États-Unis – Lettonie*, art. 1 ; *Accord de commerce États-Unis – Cambodge*, art. 11.1.

¹⁶ KLEIN, p. 364.

Nous analysons donc le droit exporté depuis ses origines américaines jusqu'à son ultime résonance dans le régime international des brevets, et ce, dans une dynamique de négociation à plusieurs voies.

Bien que l'exercice de comparaison s'opère systématiquement en trois temps, la présentation de cette deuxième partie s'articule en deux titres, lesquels correspondent aux deux grands thèmes généralement retenus dans l'étude du droit des brevets: le domaine de protection (autrement dit, le champ de la brevetabilité) et le contenu de la protection (les droits conférés par un brevet). Cette *summa divisio* a l'avantage appréciable de correspondre à des catégories de dispositions clairement définies dans les traités bilatéraux. En les comparant à celles de l'*Accord sur les ADPIC*, nous remarquerons deux mouvements complémentaires: l'élargissement du domaine de protection (titre I), et l'extension des droits conférés (titre II). Le corollaire unique de ce double mouvement est la réduction du domaine public¹⁷. Par conséquent, il semble bien que les traités bilatéraux orientent le régime international des brevets vers le modèle juridique américain et l'éloignent du modèle que favorisent les pays en développement. Ils permettent aux États-Unis de contourner les obstacles multilatéraux, de rehausser le niveau de protection et de guider progressivement l'orientation du droit international des brevets.

¹⁷ Même si nous renonçons d'emblée à définir le concept de domaine public, il faut bien admettre avec David Lange qu'il n'est pas simplement ce que la propriété intellectuelle n'est pas et qu'il a une existence propre: « You have to be a lion or jackal-lover of truly limited imagination or unlimited commitment to argue that gazelles are to be understood as no more than whatever is left over after their adversaries have finished feeding ». David LANGE, « Reimagining the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, no 1-2, 2003 p. 473.

TITRE I

UN DOMAINE ÉLARGI

Le régime hégémonique des brevets est notamment contesté en raison du domaine brevetable qu'il impose. Il s'agit essentiellement des controverses présentées précédemment sur la protection des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles. Que ce soit pour des raisons morales ou environnementales, plusieurs ONG et pays en développement réclament que l'*Accord sur les ADPIC* soit révisé, ou à tout le moins officiellement interprété pour que le champ de la brevetabilité imposé par le droit international ne soit pas antinomique à la mise en œuvre de la *Convention sur la diversité biologique*.

Du point de vue américain, il existerait peu de motifs pour lesquels une création de l'esprit ne pourrait pas être protégée. Dans le droit américain, toutes les formes d'inventions et de découvertes, que ce soit les organismes vivants, les logiciels ou les méthodes commerciales sont progressivement passées sous le domaine des brevets. Les inventions doivent bien satisfaire à des critères pour être brevetées, mais ils sont interprétés de façon relativement permissive, favorisant l'élargissement de ce domaine. La Cour suprême des États-Unis a elle-même maintes fois répété qu'il ne faut pas lire dans la loi sur les brevets des limitations et des conditions que les législateurs n'ont pas expressément prévues :

*« The subject-matter provisions of the patent law have been cast in broad terms to fulfill the constitutional and statutory goal of promoting "the Progress of Science and the useful Arts" with all that means for the social and economic benefits envisioned by Jefferson. Broad general language is not necessarily ambiguous when congressional objectives require broad terms »*¹.

Depuis quelques années, les débats à l'OMC ne semblent pas orienter le régime international des brevets vers le modèle américain, c'est-à-dire vers une interprétation englobante des critères de brevetabilité et un élargissement du domaine des brevets. La Déclaration de Doha, adoptée

¹ DIAMOND, *Commissioner of Patents and Trademarks c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 206 USPQ 193 (1980).

en 2002, donne notamment l'instruction au Conseil des ADPIC d'examiner «la relation entre l'*Accord sur les ADPIC* et la Convention sur la diversité biologique»². Inversement, aucune négociation à l'OMC n'est prévue sur les questions qui intéressent les États-Unis, comme la brevetabilité des formes de vie supérieures ou des secondes utilisations thérapeutiques.

Dans ce contexte, les États-Unis utilisent les traités bilatéraux pour contourner cette opposition et poursuivre l'élargissement du domaine des brevets au niveau international. Ce ne sont pas toutes les dispositions des traités bilatéraux qui vont au-delà de l'*Accord sur les ADPIC* (chapitre 1), mais celles qui dépassent ce modèle orientent le droit international vers le droit américain et les éloignent des propositions visant à assurer une synergie entre le droit des brevets et la *Convention sur la diversité biologique* (chapitre 2).

² *Déclaration de Doha sur la santé publique*, para 19.

CHAPITRE 1

Une flexibilité maintenue en fonction des spécificités américaines

Les traités bilatéraux reprennent, en tout ou en partie, certaines dispositions prévues dans l'*Accord sur les ADPIC* à propos de la brevetabilité. Ce constat peut, à première vue, sembler surprenant. Pourquoi les États-Unis n'ont-ils pas profité de la structure asymétrique des négociations bilatérales pour dépasser en tous points le modèle de cet accord ? Pourquoi n'ont-ils pas exporté intégralement leur droit national ? En y regardant de plus près, on constate que les règles de l'*Accord sur les ADPIC* qui ont été reproduites dans les traités bilatéraux sont précisément celles qui permettent aux États-Unis de maintenir dans leur ordre juridique interne certaines spécificités qu'ils ne cherchent pas nécessairement à exporter, mais qu'ils tiennent néanmoins à préserver. Ces règles peuvent être divisées en deux catégories différentes, soit celles qui concernent les conditions de brevetabilité (Section 1) et celles qui traitent des exceptions générales à la brevetabilité (Section 2).

SECTION 1

Les conditions de brevetabilité maintenues

Pour déterminer les conditions de brevetabilité, plusieurs traités bilatéraux se contentent de reproduire la première phrase de l'article 27(1) de l'*Accord sur les ADPIC* : « Un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. » Par contre, plusieurs suppriment la deuxième phrase de ce même article 27(1) qui interdit la discrimination « quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale ».

Nous démontrons que cette reproduction et cette omission offrent aux États-Unis la marge de manœuvre suffisante au maintien de leurs spécificités juridiques relatives aux conditions de brevetabilité, et particulièrement celles auxquelles s'opposent les pays étrangers. La première de ces spécificités porte sur la doctrine du brevet au premier inventeur (§ 1) et qui a comme corollaire une appréciation complexe de la nouveauté (§ 2), voire une appréciation discriminatoire (§ 3). Toutes ces spécificités du droit américain, qui irritent les pays étrangers, sont autorisées par les traités bilatéraux.

§ 1. Le brevet au premier inventeur

L'octroi du brevet au premier inventeur plutôt qu'au premier déposant est la principale particularité du système américain. Or, les traités bilatéraux sont formulés de façon à autoriser le maintien de cette particularité (A). Cette marge de manœuvre ne signifie pas pour autant que les autorités américaines n'envisagent pas de se conformer au système du brevet au premier déposant lors de négociations multilatérales ultérieures (B).

A. LA SURVIVANCE DU SYSTÈME DU BREVET AU PREMIER INVENTEUR

Depuis que les Philippines se sont converties au système du brevet au premier déposant (*first-to-file*), les États-Unis restent le dernier pays à octroyer des brevets aux premiers inventeurs (*first-to-invent*). Ce système unique se fonde sur l'article 102(f) de la loi américaine : «A person shall be entitled to a patent unless [...] he did not himself invent the subject matter sought to be patented»³. L'inventeur doit déposer lui-même la demande de brevet, même s'il a cédé ses droits à son employeur, et doit en outre signer une déclaration dans laquelle il atteste être le premier inventeur⁴. Si un tiers dépose une demande de

³ 35 U.S.C. § 102(f).

⁴ Philip W. GRUBB, *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 103.

brevet, le premier inventeur peut engager une procédure d'interférence pour contrecarrer cette demande⁵.

Ce principe du brevet au premier inventeur vise à décourager les comportements opportunistes⁶. Dans un système qui octroie le brevet au premier déposant, les déposants potentiels sont placés dans une situation de course vers l'office des brevets. Les inventeurs individuels peuvent alors être désavantagés par rapport aux firmes qui ont les moyens financiers et juridiques de déposer rapidement une demande. Or, de Thomas Edison à Bill Gates, la culture américaine valorise particulièrement les inventeurs individuels et à ces fins, il importe de protéger leur droit des comportements opportunistes des tiers.

La prédominance du système du brevet au premier déposant s'explique notamment parce qu'il est plus simple à administrer, tant pour les déposants que pour l'office de brevets. Bien que la course vers l'office des brevets puisse entraîner des dépôts prématurés pour des inventions qui ne sont pas achevées ou qui n'ont pas de potentiel commercial, les procédures de contestation sont nettement simplifiées. Il est effectivement beaucoup plus facile de déterminer qui est le premier déposant que le premier inventeur. En outre, ce système est davantage en adéquation avec la conception utilitariste du droit des brevets, puisqu'il vise à encourager l'inventeur à divulguer son invention le plus tôt possible.

Contrairement à la loi américaine qui emprunte un mode actif, les articles sur l'objet brevetable de tous les traités bilatéraux sont formulés à la forme passive: «Patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application...»⁷. Cette formulation évite de déterminer qui peut obtenir un brevet. Elle autorise autant les systèmes fondés sur le principe du premier inventeur que ceux qui délivrent un brevet au premier déposant. En considérant la tendance lourde en faveur de ce deuxième système, il ne faut pas interpréter la formulation passive des traités

⁵ 35 U.S.C. § 135.

⁶ En fait, on peut considérer que le système américain est un hybride entre le système de brevet au premier inventeur et celui du brevet au premier déposant puisque la date prise en compte pour l'appréciation de la nouveauté est généralement celle du dépôt de la demande.

⁷ Voir par exemple, *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.9.1.

bilatéraux comme une concession aux partenaires des États-Unis. Il s'agit plutôt d'une formulation qui offre la flexibilité nécessaire pour préserver le système du brevet au premier inventeur, du moins pour quelques années encore...

B. VERS UNE HARMONISATION INTERNATIONALE ?

Parce que tous bénéficieraient d'une harmonisation internationale et que le système du brevet au premier inventeur est lourd et complexe, plusieurs représentants du milieu industriel proposent de le remplacer par le système du brevet au premier déposant. Ainsi, la *Chambre de commerce internationale* s'est donné l'objectif de faire la promotion de ce système aux États-Unis: «Business will continue to articulate the case for the first-to-file approach to the US Government through e.g. industry bodies, and to educate the US inventor community on the long term benefits of a single system»⁸.

Aux États-Unis même, un nombre croissant d'acteurs politiques et économiques sont sensibles à ce discours. Déjà, en 1992, une commission sur le droit des brevets instituée par le Secrétaire au commerce concluait que le système du brevet au premier déposant contribuerait à réduire les incertitudes des déposants, les coûts de transaction et la contrefaçon à l'étranger⁹. Plus récemment, l'*American Bar Association* a adopté une résolution qui plaide pour la conversion au système du brevet au premier déposant¹⁰.

Certains observateurs considèrent que la négociation en cours du nouveau *Traité sur le droit matériel des brevets* serait l'occasion idéale de changer le système¹¹. En faisant cette concession dans le cadre d'une négociation multilatérale plutôt que bilatérale, les États-Unis pourraient s'en servir comme monnaie d'échange et obtenir en contrepartie des concessions importantes de plusieurs pays à la fois. Ils pourraient, par exemple, conditionner leur adhésion au système du brevet au premier

⁸ International Chamber of Commerce.

⁹ Martin J. ADELMAN *et al.*, *Cases and Materials on Patent Law*, St Paul, Thomson West, 2003, p. 306.

¹⁰ «ABA IP Section OKs resolution For First-to-File Patent System», *International Trade Reporter*, vol. 19, n° 27, 4 juillet 2002, p. 1161.

¹¹ Genetic Resources Action International, «WIPO Moves Toward a World Patent System: A Revolution in the Making?», *Bridges*, vol. 6, n° 6, septembre 2002, p. 17-18.

déposant à l'introduction dans les systèmes étrangers d'une période de grâce de douze mois ou de la définition américaine de la notion d'utilité. C'est d'ailleurs ce que propose la *Biotechnology Industry Organization* au USPTO :

« *By taking the lead in offering to jettison this feature of US patent law, the United States will enhance its ability to convince other countries, primarily European nations and Japan, to make similar changes in their systems that represent improvements that are of importance to the United States (e.g. a globalized grace period)* »¹².

Et c'est également ce que laisse entendre James Rogan, directeur du USPTO, à propos des négociations du *Traité sur le droit matériel des brevets* : « Let's take a look at first to invent versus first to file [...] I am willing to look at all options but I have to expect and do expect that my counterparts are willing to do the same »¹³. Bien que les États-Unis eux-mêmes envisagent d'abandonner le modèle du brevet au premier inventeur, le bilatéralisme ne serait pas la voie la plus avantageuse pour faire une telle concession. Par conséquent, les traités bilatéraux demeurent suffisamment flexibles pour autoriser le maintien du système du brevet au premier inventeur et les corollaires de ce système.

§ 2. L'appréciation de la nouveauté

Tous les pays n'octroient des brevets que pour des inventions qui satisfont à la condition de la nouveauté, c'est-à-dire des inventions qui ne figurent pas déjà dans l'état actuel de la technique. Mais en raison du système du brevet au premier inventeur, les États-Unis ont une appréciation complexe de la nouveauté. La date devant être prise en compte pour l'appréciation des antériorités n'est pas simplement la date de dépôt de la demande et elle peut varier selon plusieurs critères. Cette spécificité, qui va à l'encontre de l'harmonisation du droit des brevets, irrite particulièrement les déposants étrangers.

¹² Lettre de Carl FELDBAUM, président de *Biotechnology Industry Organization*, à Nicholas GODICI, non datée, p. 3, en ligne : <<http://www.bio.org/issues/ip/godici.pdf>> (date d'accès : 28 avril 2004).

¹³ Cité par Daniel PRUZIN, « PTO Chief Says US Willing to Be Flexible on US Rules to Secure Global Patent Treaty », *International Trade Reporter*, vol. 19, n° 14, 4 avril 2002, p. 601.

Trois éléments du droit américain relatifs à la condition de nouveauté sont critiqués sur la scène internationale: il s'agit des effets que peuvent avoir l'abandon d'une invention (A), la publication d'une demande de brevet (B) et la divulgation orale à l'extérieur des États-Unis (C) sur l'appréciation de la nouveauté. Or, les traités bilatéraux, en ne définissant pas le concept de nouveauté, autorisent implicitement le maintien de ces trois particularités juridiques américaines.

A. LES ANTÉRIORITÉS QUI NE SONT PAS DIVULGUÉES

En droit américain, une invention ne peut pas répondre à la condition de nouveauté si elle a été inventée par quelqu'un d'autre, même si ce premier inventeur ne l'a pas divulguée publiquement: «A person shall be entitled to a patent unless [...] before the applicant's invention thereof the invention was made in this country by another who had not abandoned, suppressed, or concealed it»¹⁴. Ainsi, une invention qui n'aurait pas été accessible au public peut néanmoins être destructrice de nouveauté pour une autre invention. Une telle interprétation de la nouveauté n'existe généralement pas dans les autres pays.

Jusqu'à récemment, cette disposition américaine irritait les inventeurs étrangers parce qu'ils la jugeaient discriminatoire. Parmi les inventions qui ne sont pas divulguées, seules celles qui étaient «made in this country» pouvaient être destructrices de nouveauté. La délégation européenne à l'OMC considérait que cette mesure américaine confère des droits qui «représentent un avantage écrasant pour les ressortissants des États-Unis»¹⁵. Mais puisque l'*Accord sur les ADPIC* et les traités bilatéraux ne définissent pas la condition de nouveauté, la délégation européenne ne put s'appuyer sur cette condition pour réclamer la suppression de cette mention.

La loi américaine fut modifiée en 1999 par la Loi sur la protection des inventeurs américains (*American Inventors Protection Act*) qui autorise maintenant, lors d'une procédure d'interférence, de prendre en compte

¹⁴ 35 U.S.C. § 102(g).

¹⁵ OMC, Conseil des ADPIC, *Examen des législations relatives aux brevets, aux schémas de configuration de circuits intégrés, à la protection des renseignements non divulgués et au contrôle des pratiques anti-concurrentielles dans les licences obligatoires*, OMC Doc. IP/Q3/USA/1, 1^{er} mai 1998, p. 3.

des actes qui eurent lieu dans un pays membre de l'OMC pour établir la date de l'invention¹⁶. Cet amendement fut notamment motivé par la crainte que l'Union européenne dépose une plainte à l'OMC en s'appuyant sur la clause du traitement national. Mais il ne vaut que pour les membres de l'OMC. Pour les pays qui n'en sont pas membres, comme le Viêt Nam, seules les inventions divulguées peuvent être destructrices de nouveauté. Par exemple, un déposant ne pourrait pas établir qu'il est le véritable inventeur d'une invention en se fondant sur des activités privées qui eurent lieu dans un laboratoire du Viêt Nam. Puisque le traité conclu avec les États-Unis n'interdit pas la discrimination quant au lieu de l'invention et ne prévoit pas de définition harmonisée de la nouveauté, le système américain peut continuer d'ignorer les antériorités vietnamiennes qui ne sont pas divulguées.

B. LES ANTÉRIORITÉS DÉCRITES DANS UNE DEMANDE DE BREVET

En droit américain, les inventions décrites dans une demande de brevet publiée sont destructrices de nouveauté, même si le brevet n'est pas encore émis :

«A person shall be entitled to a patent unless [...] the invention was described [...] in an application for patent, published under section 122(b), by another filed in the United States before the invention by the applicant for patent, except that an international application filed under the [Patent Cooperation Treaty] shall have the effect under this subsection of a national application published under section 122(b) only if the international application designating the United States was published under Article 21(2)(a) of such treaty in the English language»¹⁷.

Plusieurs autres pays prévoient que les demandes de brevet sont destructrices de nouveauté. Néanmoins, le libellé de cette disposition américaine demeure surprenant pour le lecteur étranger. D'abord, pour qu'une demande internationale soit destructrice de nouveauté à partir de la date de dépôt aux États-Unis, elle doit être publiée en anglais. Le

¹⁶ 35 U.S.C. § 102(g)(1).

¹⁷ 35 U.S.C. § 102(e)(1). L'art. 122(b) auquel il est fait référence précise que les demandes de brevet peuvent être publiées après un délai de dix-huit mois à partir de la date de dépôt. Il s'agit d'une pratique fréquente mais, en droit américain, elle ne date que de 1999.

Règlement d'exécution du Traité de coopération en matière de brevets prévoit que la demande internationale peut être publiée en allemand, en anglais, en chinois, en espagnol, en français, en japonais ou en russe¹⁸. Il n'est donc pas obligatoire de déposer les demandes internationales en anglais. Mais la loi américaine a pour effet d'inciter les déposants à publier leur demande internationale en anglais afin que celle-ci ait des effets destructeurs de nouveauté aux États-Unis.

La question de la langue de publication n'est pas négligeable. En effet, les négociations européennes sur le brevet communautaire ont bien montré qu'il s'agit d'une question sensible, pour des raisons d'identité nationale et de culture¹⁹. En outre, la traduction juridique d'une demande de brevet pour une invention complexe représente parfois des frais élevés et surtout des délais supplémentaires qui en retardent d'autant le dépôt. Le gouvernement américain est lui-même conscient de ce problème pour ses propres déposants. L'office des brevets américains a en effet négocié un protocole d'entente avec l'Office japonais des brevets pour assouplir les règles linguistiques de ce dernier : « The Japanese Patent Office (JPO) will permit foreign nationals to file patent applications in the English language, with a translation into Japanese to follow within two months »²⁰. Les États-Unis n'ont toutefois pas pris l'engagement réciproque envers le Japon et ne démontrent pas non plus une sensibilité à cette question pour les déposants étrangers.

Outre la question de la langue, les traités bilatéraux permettent aux États-Unis de maintenir une autre spécificité qui concerne les antériorités décrites dans les demandes de brevets. La Convention de Paris prévoit que le déposant d'une demande de brevet d'invention, jouit, pour effectuer le dépôt dans les autres pays, d'un droit de priorité pendant une durée de douze mois²¹. Dans la grande majorité des pays,

¹⁸ *Règlement d'exécution du Traité de coopération en matière de brevets*, OMPI, Doc. No. 2-009, février 2003, art. 48.3. 2

¹⁹ Jeffrey THOMPSON, « The North American Patent Office? A Comparative Look at the NAFTA, the European Community, and the Community Patent Convention », *Georges Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 27, 1994, p. 513.

²⁰ *Mutual Understanding on Intellectual Property Rights between the Japanese Patent Office and the U.S. Patent and Trademark Office*, 20 janvier 1994, non catalogué, art. 1 (ci-après : MOU États-Unis – Japon).

²¹ *Convention de Paris*, art. 4.

ce droit de priorité entraîne deux effets : il permet d'établir la nouveauté d'une invention à partir de l'état de la technique au moment de la date de priorité ; et il entraîne un effet d'antériorité à l'égard de toute demande déposée après la date de priorité. Toutefois, depuis l'affaire *Hilmer*, l'Office américain des brevets ne reconnaît pas ce deuxième effet si la priorité revendiquée s'appuie sur un dépôt fait à l'extérieur des États-Unis²². Dans un tel cas, la date de référence à partir de laquelle toute autre demande sur la même invention sera automatiquement rejetée n'est ni le premier dépôt à l'étranger, ni la première exécution en territoire américain, mais la date de dépôt aux États-Unis. Si deux demandes sont contradictoires, la demande américaine sera ainsi avantagée par rapport à la demande qui s'appuie sur un droit de priorité étranger, même si la première est postérieure à la seconde.

Comme le remarquent Martin Adelman *et al.* : « Hostility to the Hilmer rule outside the United States remains high, and harmonization treaty attempts have often included discussion over statutory abrogation of the Hilmer rule »²³. Pour contourner les effets de la doctrine *Hilmer*, les inventeurs étrangers doivent déposer une demande aux États-Unis aussi rapidement que possible, voire avant de le faire dans leur pays d'origine. De cette façon, lorsque l'invention est publiée, la date à partir de laquelle l'invention est destructrice de nouveauté serait celle du premier dépôt. La doctrine *Hilmer* conduit donc plusieurs déposants étrangers à faire leur premier dépôt au USPTO même si les frais exigés sont beaucoup plus élevés qu'ailleurs²⁴. Une fois encore, malgré la tendance générale à l'harmonisation du droit, l'absence de définition de la nouveauté dans les traités bilatéraux permet aux États-Unis de maintenir ces particularités qui irritent les déposants étrangers.

C. LES ANTÉRIORITÉS DIVULGUÉES ORALEMENT

L'absence de définition de la nouveauté dans les traités bilatéraux autorise également les États-Unis à faire abstraction, dans l'appréciation de l'état de la technique, des données mises à la disposition du public par l'utilisation ou la tradition orale à l'extérieur de leur territoire. Ils

²² *In re Hilmer*, 359 F.2d 859, 149 USPQ 480 (CCPA 1966).

²³ ADELMAN, p. 727.

²⁴ GRUBB, p. 76.

sont l'un des derniers pays à ne pas appliquer un critère de nouveauté absolu, c'est-à-dire à ne pas considérer que toute divulgation, orale ou écrite, dans tous les pays et dans toutes les langues, est destructrice de nouveauté: «A person shall be entitled to a patent unless [...] the invention was known or used by others in this country, or patented or described in a printed publication in this or a foreign country, before the invention thereof by the applicant for patent»²⁵. En 1850, la Cour suprême expliqua que cette mesure était justifiée parce qu'une invention étrangère qui n'est ni brevetée ni publiée est réputée ne pas être connue aux États-Unis²⁶.

Aux yeux de plusieurs ONG défendant les droits des communautés autochtones, le maintien de cette mesure anachronique permet aux firmes biotechnologiques et pharmaceutiques de profiter des savoirs traditionnels des communautés locales se trouvant à l'extérieur des États-Unis²⁷. Par exemple, une pharmacopée traditionnelle d'une communauté autochtone du Brésil ne serait pas prise en compte dans l'appréciation de la nouveauté d'un nouveau médicament si cette pharmacopée n'a pas été publiée²⁸.

Lorsque l'Union européenne a questionné la délégation américaine à l'OMC à propos de cette particularité juridique, cette dernière a argué que l'*Accord sur les ADPIC* ne prévoit aucune obligation sur cette question: «There is no prescription as to WTO Members define what inven-

²⁵ 35 U.S.C. § 102(a); GRUBB, p. 54.

²⁶ *Gayler c. Wilder*, 51 U.S. (10 How.) 477 (1850). Mais avec les moyens de communication dont jouissent les inventeurs américains au XXI^e siècle, on peut considérer qu'il s'agit d'un présupposé anachronique.

²⁷ Il est vrai que ces industries s'inspirent parfois des pharmacopées traditionnelles. Par exemple, des firmes pharmaceutiques ont tiré profit d'une coutume du peuple San, qui utilise depuis des générations une préparation à base de cactus pour calmer la faim, afin de développer de nouveaux médicaments contre l'obésité. Rachel Wynberg, «Sharing the crumbs with the San», mars 2003, en ligne: Biowatch South Africa <<http://www.biowatch.org.za/main.asp?include=docs/clippings/csir-san.htm>> (date d'accès: 2 avril 2006).

²⁸ Il ne faut néanmoins pas conclure que les États-Unis autorisent les entreprises à breveter des inventions tirées de savoirs traditionnels puisque ces savoirs peuvent être pris en compte dans l'appréciation de l'activité inventive *In re Nomiya*, 148 USPQ 607 (CCPA 1975).

tions are to be considered “new” within their domestic systems »²⁹. En ne définissant pas davantage la condition de nouveauté au niveau bilatéral qu’au niveau multilatéral, les États-Unis pourraient présenter une réponse similaire à un pays qui aurait signé un traité bilatéral et qui se plaindrait de l’appréciation américaine de la nouveauté.

En somme, le droit américain contient plusieurs spécificités concernant l’appréciation de la nouveauté. Ce constat explique pourquoi les traités bilatéraux ne définissent pas la condition de la nouveauté même si une telle définition est la voie la plus simple et la plus efficace pour élargir le champ des brevets. Ainsi, ils peuvent maintenir leurs spécificités qui continuent d’irriter les pays étrangers parce qu’elles complexifient les procédures de demande de brevet ou, plus encore, parce qu’elles sont discriminatoires.

§ 3. La discrimination

Les traités bilatéraux précisent que des brevets peuvent être obtenus « dans tous les domaines technologiques ». En 1994, lors de la conclusion de l’*Accord sur les ADPIC*, cette disposition était cruciale aux yeux des États-Unis puisque plus de cinquante pays excluaient systématiquement tous les produits pharmaceutiques de la brevetabilité³⁰. Aujourd’hui, maintenant que la majorité des membres de l’OMC ont intégré cette obligation dans leur régime interne, cette question ne soulève guère de débats³¹.

Une autre question, connexe, est plus problématique : si tous les domaines technologiques peuvent être brevetables, doivent-ils l’être sans discrimination ? L’*Accord sur les ADPIC* prévoit effectivement une règle de non-discrimination mais celle-ci a été retirée des traités bilatéraux (A). Ce retrait reflète non seulement le droit américain, mais égale-

²⁹ OMC, Conseil des ADPIC, *Examen des législations relatives aux brevets, aux schémas de configuration de circuits intégrés*, p. 5.

³⁰ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 109.

³¹ Les questions les plus controversées sur la brevetabilité, comme celles sur les logiciels, le génome humain et les méthodes commerciales, concernent plutôt l’application des critères de brevetabilité à des inventions particulières plutôt que l’exclusion d’un domaine technologique dans son ensemble.

ment ce qui semble être un consensus latent du régime international des brevets (B).

A. LA SUPPRESSION DE LA RÈGLE DE NON-DISCRIMINATION

La deuxième phrase de l'Article 27(1) de l'*Accord sur les ADPIC* a introduit une nouvelle règle dans le régime international des brevets : « Des brevets pourront être obtenus et il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale »³². Jusqu'alors, aucun traité multilatéral ne prévoyait de règle similaire. Même celle du traitement national de la *Convention de Paris* n'interdit pas les discriminations quant au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale. Si ces discriminations s'appliquent autant aux nationaux qu'aux étrangers, elles sont autorisées par la *Convention de Paris*³³.

Les arbitres du différend *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, plus familiers avec les notions de traitement national et de traitement privilégié qu'avec celle de discrimination, ont constaté que la portée de cette règle serait difficile à circonscrire. Il serait particulièrement ardu de distinguer une discrimination d'une différenciation légitime, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une discrimination et d'une différenciation *de facto* plutôt que *de jure*. Les arbitres ont renoncé à définir ces notions et ont même proposé d'éviter l'emploi du terme discrimination :

« Le terme “discrimination” doit être évité chaque fois qu'il existe des critères plus précis et, lorsqu'il est utilisé, il doit être interprété avec prudence et en prenant soin de ne pas être plus précis que ne l'est le concept lui-même. [...] Étant donné la gamme très étendue de questions que pourrait soulever la définition du mot “discrimination” figurant à l'article 27:1 de l'*Accord sur*

³² Paradoxalement, il semble que ce soit les États-Unis qui sont à l'origine de la règle de non-discrimination. Robert, p. 210.

³³ Il en est de même pour le droit communautaire qui interdit la discrimination fondée sur la nationalité. Voir Stéphane PESSINA-NISSARD et Michel VIVANT, « Propriété intellectuelle et non-discrimination », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, sous la dir. de Michel VIVANT, Paris, Dalloz, 2004, p. 15-31.

les ADPIC, le Groupe spécial a décidé qu'il vaudrait mieux ne pas essayer de définir ce terme d'emblée »³⁴.

Aucun traité bilatéral ne reproduit intégralement la règle de non-discrimination prévue dans l'*Accord sur les ADPIC*. En effet, les traités conclus avec l'Australie, le Chili, la Jordanie, la Lettonie, la Lituanie, le Maroc, le Nicaragua, Singapour et les pays d'Amérique centrale, reprennent tous la première phrase de l'article 27(1) sur les conditions de brevetabilité mais abandonnent la deuxième sur la non-discrimination. Les traités conclus avec la Jamaïque, le Cambodge, le Laos, Trinité-et-Tobago et le Viêt Nam, de leur côté, interdisent la discrimination quant au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale, mais demeurent silencieux à propos de la discrimination quant au lieu de l'invention³⁵.

Tableau 23: La règle de non-discrimination dans les traités bilatéraux

	Interdiction de la discrimination quant au domaine technologique	Interdiction de la discrimination quant au fait que les produits sont importés ou d'origine nationale	Interdiction de la discrimination quant au lieu de l'invention
ADPIC	√	√	√
Jamaïque	√	√	
Lituanie			
Lettonie			
Trinité-et-Tobago	√	√	

³⁴ Groupe spécial, *Canada – Protection conférée par un brevet pour un produit pharmaceutique*, para. 7.94 et 7.98.

³⁵ *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Jamaïque*, art. 9.1; *Accord de commerce États-Unis – Cambodge*, art. 18.1(b); *Accord de commerce États-Unis – Laos*, art. 7; *MOU États-Unis – Trinidad et Tobago*, art. 6.4. Néanmoins, le Cambodge n'autorise toujours pas la brevetabilité des produits pharmaceutiques. MUSUNGU et OH, p. 8.

	Interdiction de la discrimination quant au domaine technologique	Interdiction de la discrimination quant au fait que les produits sont importés ou d'origine nationale	Interdiction de la discrimination quant au lieu de l'invention
Cambodge	√	√	
Laos	√	√	
Nicaragua			
Viêt Nam	√	√	
Jordanie			
Singapour			
Chili			
A m é r i q u e centrale			
Australie			
Maroc			
Bahreïn			

Puisque la règle de non-discrimination n'est pas reproduite dans les traités bilatéraux, les États-Unis peuvent légitimement maintenir une discrimination avec des pays qui ne sont pas membres de l'OMC. Par exemple, la loi américaine indique que la date de conception d'une invention ne peut s'appuyer que sur des documents ou des activités réalisées aux États-Unis ou dans un pays membre de l'OMC³⁶. L'Office américain des brevets pourrait donc ne pas tenir compte des activités faites au Viêt Nam parce que ce pays n'est toujours pas membre de l'OMC.

Par contre, la suppression de la règle de non-discrimination dans un traité bilatéral entre deux pays membres de l'OMC a peu d'implications juridiques. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* prévoit que,

³⁶ 35 U.S.C. § 104.

«lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, [...] le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur»³⁷. En raison de la présomption de compatibilité, on peut difficilement soutenir qu'un traité qui n'impose pas formellement une discrimination soit incompatible avec un traité qui l'interdit. En respectant la règle de non-discrimination, les membres de l'OMC respectent à la fois les obligations prévues dans l'*Accord sur les ADPIC* et leurs engagements bilatéraux. Alors comment peut-on expliquer la suppression de la règle de non-discrimination dans un traité unissant deux pays membres de l'OMC?

B. LE MAINTIEN DE MESURES DISCRIMINATOIRES

L'explication de la suppression de la règle de non-discrimination dans un traité unissant deux pays membres de l'OMC se trouve en partie dans le droit américain lui-même. En effet, il semble que la loi américaine contienne plusieurs mesures qui pourraient être considérées comme discriminatoires par un groupe d'arbitrage. Mentionnons pêle-mêle :

1. les procédures de la Commission du commerce international envers les inventions étrangères³⁸;
2. l'exclusion des communications orales faites à l'extérieur des États-Unis dans l'appréciation de la nouveauté³⁹;
3. l'exception pour la recherche plus englobante pour les produits soumis aux procédures d'autorisation de mise en marché⁴⁰;
4. l'obligation qu'une demande internationale soit publiée en anglais pour être destructrice de nouveauté à partir de la date de dépôt⁴¹;
5. les conditions imposées pour l'octroi de licences sur des inventions développées avec l'assistance du gouvernement fédéral⁴²;

³⁷ *Convention de Vienne*, art. 30.3.

³⁸ MUTTI et YEUNG, p. 510-520.

³⁹ 35 U.S.C. § 102(a).

⁴⁰ *Merck c. Integra Lifesciences*, 125 S. Ct. 2372 (2005), n° 03-1237, en ligne : Supreme Court of the United States, <www.supremecourtus.gov> (date d'accès : 27 mars 2006).

⁴¹ 35 U.S.C. § 102(e).

⁴² 23 U.S.C. § 204 et 209.

6. et les effets sur la nouveauté des inventions américaines qui ne sont pas divulguées⁴³.

Notre propos n'est pas de détailler ces dispositions qui peuvent être considérées discriminatoires ni même à les recenser en entier. Il s'agit simplement d'expliquer la suppression de la règle de non-discrimination en démontrant que le droit américain y demeure vulnérable. Nous insistons sur un seul exemple de discrimination, soit la discrimination positive en faveur de la brevetabilité des inventions biotechnologiques,

L'Accord sur les ADPIC n'autorise pas plus la discrimination positive que la discrimination négative: avantager un domaine technologique particulier est tout aussi prohibé que le désavantager par rapport aux autres domaines technologiques. Or, les inventions biotechnologiques bénéficient d'un régime particulier pour la brevetabilité de procédés connus qui utilisent de nouveaux composés ou qui sont utilisés pour développer de nouveaux composés:

*«A biotechnological process using or resulting in a composition of matter that is novel under section 102 and non obvious under subsection (a) of this section shall be considered nonobvious if – (A) claims to the process and the composition of matter are contained in either the same application for patent or in separate applications having the same effective filing date; and (B) the composition of matter, and the process at the time it was invented, were owned by the same person or subject to an obligation of assignment to the same person»*⁴⁴.

Les tribunaux ont par la suite eu tendance à transposer cette exception biotechnologique à d'autres domaines technologiques⁴⁵. Néan-

⁴³ 35 U.S.C. § 102(g).

⁴⁴ 35 U.S.C. § 103(b)(1). Comme le rappelle Philip W. Grubb, cette exception a été introduite dans la loi après qu'une firme biotechnologique américaine eut été lésée par une firme japonaise: «The biotech company Amgen found itself seriously disadvantaged, because although it had a patent for recombinant host cells expressing erythropoietin (EPO), a known substance, it was unable to obtain a claim to the conventional process for obtaining EPO by culturing those cells. When Chugai made such cells in Japan and imported the product into the USA, the importation could not be stopped because the imported product was not the product of a patented process». GRUBB, p. 206-207.

⁴⁵ *In re Ochiai*, 37 USPQ2d 1127 (Fed. Cir. 1995).

moins, il pourrait s'agir d'une discrimination *de jure*⁴⁶, puisque la loi américaine, telle qu'elle est adoptée par le Congrès, dispose que cette exception sur les revendications de procédés connus ne s'applique qu'aux inventions biotechnologiques.

En plus d'un régime particulier pour les revendications de procédés, les inventions biotechnologiques peuvent bénéficier de procédures accélérées pour les examens de demandes de brevet. En effet, le *Manual of Patent Examining Procedure* du USPTO prévoit que le déposant d'une invention biotechnologique peut demander un statut spécial⁴⁷. Si ce statut est accordé, la demande est traitée en priorité, c'est-à-dire qu'elle peut être examinée avant des demandes déposées antérieurement. Cette accélération des procédures relatives à l'examen d'une demande de brevet confère au déposant un net avantage puisque, en sachant plus rapidement si un brevet lui sera accordé, il peut commercialiser plus tôt son invention. Il s'agit probablement d'une discrimination entre les domaines technologiques prohibée par l'*Accord sur les ADPIC*. Il n'est donc pas étonnant que les États-Unis soient peu enclins à reproduire cette règle dans leurs traités bilatéraux.

Mais comment expliquer qu'ils puissent maintenir de telles mesures qui semblent violer l'article 27(1) de l'*Accord sur les ADPIC*? Pour répondre à cette question, il faut examiner le mécanisme d'application des règles de l'OMC: sans plainte d'un pays membre et sans procédure devant l'Organe de règlement des différends, un pays ne peut être contraint de corriger une mesure contraire aux accords sous peine de sanction commerciale. Ainsi, même si les États-Unis sont soumis à l'article 27(1) depuis plus de dix ans et que leur droit interne est vulnérable, ils n'ont pas encore été contraints de respecter la règle de non-discrimination par l'Organe de règlement des différends. Tout au plus, des

⁴⁶ Au défaut de définition, les arbitres ont établi une catégorisation et distinguent la discrimination *de jure* de la discrimination *de facto*. Voir Groupe spécial, *Canada – Protection conférée par un brevet pour un produit pharmaceutique*, para 7.94.

⁴⁷ United States Patent and Trademark Office, *Manual of Patent Examining Procedure*, 8^e éd., Rév. 1, Washington, USPTO, février 2003, sec. 708.02, para 12. Le statut spécial qui permet d'accélérer les procédures n'est pas accessible à toutes les inventions. Seules celles qui répondent à certaines priorités politiques du gouvernement américain, comme le développement des biotechnologies, la lutte contre le terrorisme, l'amélioration de la qualité de l'environnement, le traitement du cancer et l'identification de nouvelles sources d'énergie, peuvent accéder à ce statut spécial.

demandes de consultations ont été déposées par le Brésil, le Canada, les Communautés européennes, l'Inde et le Japon, sans encore avoir conduit à l'établissement d'un groupe spécial⁴⁸.

Si peu de plaintes ont été déposées à l'OMC, c'est notamment parce que les États-Unis ne sont pas les seuls à maintenir des mesures qui pourraient être considérées comme discriminatoires par un groupe d'arbitrage. En fait, un nombre important de pays membres de l'OMC, sinon la majorité, maintiennent des mesures potentiellement discriminatoires. La loi brésilienne, par exemple, pourrait être jugée discriminatoire envers les inventions importées :

«Ensejam, igualmente, licença compulsória [...] a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação»⁴⁹.

En janvier 2001, les États-Unis ont demandé l'établissement d'un groupe spécial sur cette disposition brésilienne⁵⁰. Le mois suivant, le Brésil a répliqué en déposant une demande de consultation sur les articles de la loi américaine qui seraient discriminatoires envers les inven-

⁴⁸ *United States – US Patents Code – Request for Consultations by Brazil*, OMC Doc. WT/DS224/1, 7 février 2001; *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930 and Amendments Thereto – Request to Join Consultations – Communication from Canada*, OMC Doc. WT/DS186/2, 1^{er} février 2000; *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930 and Amendments Thereto – Request for Consultations by the European Communities and their Member States*, OMC Doc. WT/DS186/1, 18 janvier 2000; *United States – US Patents Code – Request to Join Consultations – Communication from India*, OMC Doc. WT/DS224/2, 19 février 2001; *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930 and Amendments Thereto – Request to Join Consultations – Communication from Japan*, OMC Doc. WT/DS186/3, 1^{er} février 2000.

⁴⁹ Brésil, *Loi n° 9279 du 14 mai 1996 régissant les droits et obligations dans le domaine de la propriété industrielle*, Diário Oficial, 15 mai 1996, art. 68. Traduction libre : « Constitue également un motif de licence obligatoire [...] le défaut d'exploitation industrielle de l'objet breveté sur le territoire du Brésil, la non-fabrication ou la fabrication incomplète du produit, l'utilisation incomplète du procédé, sauf lorsque ce défaut d'exploitation est dû à un manque de rentabilité, auquel cas l'importation est autorisée ».

⁵⁰ *Brazil – Measures Affecting Patent Protection – Request for the Establishment of a Panel by the United States*.

tions importées⁵¹. En juillet, les deux pays ont annoncé qu'ils étaient arrivés à un arrangement mutuel⁵². En somme, un jeu de menaces réciproques court-circuite l'intervention de l'Organe de règlement des différends⁵³.

En supprimant la règle de non-discrimination, les traités bilatéraux reflètent non seulement le droit américain mais également ce qui semble être un consensus latent de l'ensemble du régime international des brevets. Plusieurs pays, incluant les États-Unis, maintiennent des normes qui peuvent être considérées comme discriminatoires. Si l'*Accord sur les ADPIC* est un jour révisé dans son intégralité, il n'est pas impossible que la règle de non-discrimination soit modifiée. C'est du moins ce qu'indique le maintien des mesures discriminatoires dans les régimes nationaux, le peu de plaintes pour discrimination déposées à l'Organe de règlement des différends et la tendance dans les traités bilatéraux.

SECTION 2

Les exceptions maintenues

Parmi les dispositions de l'*Accord sur les ADPIC* qui ont été reproduites dans les traités bilatéraux, certaines concernent les exceptions à la règle de la brevetabilité. Dans cette deuxième section du chapitre consacrée aux dispositions des traités bilatéraux qui ont été maintenues pour préserver les spécificités américaines, nous démontrons que ces exceptions sont formulées de telle façon qu'elles excluent peu d'inventions qui ne le sont pas déjà en droit américain. Elles sont réaffirmées

⁵¹ *United States – US Patents Code – Request for Consultations by Brazil.*

⁵² *Brazil – Measures Affecting Patent Protection – Notification of Mutually Agreed Solution*, OMC Doc. WT/DS199/4, 19 juillet 2001.

⁵³ Sur la politisation du processus de règlement des différends à l'OMC en matière de propriété intellectuelle, voir Ruth OKEDIJI, « Rules of Power in an Age of Law: Process Opportunism and TRIPs Dispute Settlement », In *Handbook of International Trade*, vol. II: *Economic and Legal Analysis of Trade Policy and Institution*, sous la dir. de E. Kwan CHOI et James C. HARTIGAN, Londres, Blackwell Publishing, 2005, p. 42-72.

mais généralement limitées à l'application qui en est faite par les États-Unis. Quatre exceptions seront analysées, soit l'exclusion des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales (§ 1), l'exception pour la protection de l'ordre public et la moralité (§ 2), celle pour la protection de l'environnement (§ 3) et celle pour la protection de la sécurité nationale (§ 4).

§ 1. Les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales

La majorité des exceptions au principe de la brevetabilité de toute invention dans tous les domaines technologiques sont des exceptions générales qui doivent être examinées au cas par cas selon des objectifs de politique publique, comme la protection de la moralité, de l'environnement ou de la sécurité. Une seule exclusion est autorisée dans tous les traités bilatéraux pour une catégorie prédéterminée d'invention, soit les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales. Le maintien de cette exclusion spécifique s'explique en partie parce que le droit américain lui-même prévoit des mesures particulières pour ces méthodes (A). Cette exclusion serait même autorisée implicitement par les traités bilatéraux qui n'en traitent pas d'une manière expresse (B).

A. UNE EXCLUSION GÉNÉRALEMENT REPRODUITE

L'*Accord sur les ADPIC* et une dizaine de traités bilatéraux américains autorisent explicitement d'exclure de la brevetabilité les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales. Plusieurs signataires de traités bilatéraux avec les États-Unis prévoient une telle exclusion dans leur législation nationale afin que les médecins puissent pratiquer des actes médicaux sans crainte d'être poursuivis pour contrefaçon. Par exemple, la loi chilienne prévoit que :

*«No se considera invención y quedan excluidos de la protección por patente de esta ley: [...] Los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal, salvo los productos destinados a poner en práctica uno de estos métodos»*⁵⁴.

⁵⁴ Chili, *Ley nº 19.039 Establece Normas Aplicables a los Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial*, Diario Oficial, 25 janvier 1991,

Le maintien de cette exclusion à la brevetabilité dans les traités bilatéraux peut sembler étrange sachant que les États-Unis ne l'autorisent pas dans leur droit national. Plus étrange encore, elle est spécifiquement prévue dans le traité bilatéral avec l'Australie alors que ce pays, comme les États-Unis, n'autorise pas cette exclusion.

Tableau 24: Les exceptions générales à la brevetabilité

	Les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales	L'ordre public et la moralité	L'environnement	La sécurité
ADPIC	Possibilité d'exclure les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales.	Possibilité d'exclure les inventions pour protéger l'ordre public ou la moralité.	L'environnement est inclus dans l'exception pour l'ordre public et la moralité	Possibilité de prendre toutes les mesures nécessaires à la sécurité
Jamaïque	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Similaire à ADPIC
Lituanie	Aucune mention	Aucune mention	Aucune mention	Identique à ADPIC
Lettonie	Aucune mention	Aucune mention	Aucune mention	Identique à ADPIC
Trinité-et-Tobago	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Similaire à ADPIC
Cambodge	Aucune mention	Aucune mention	Aucune mention	Identique à ADPIC
Laos	Aucune mention	Aucune mention	Aucune mention	Aucune mention
Nicaragua	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Similaire à ADPIC
Viêt Nam	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Similaire à ADPIC
Jordanie	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Doit appliquer ses propres lois environnementales	Similaire à ADPIC

No. 33.877, art. 37 (ci-après: *Ley de Propiedad Industrial*). Traduction libre: «Ne sont pas considérées comme des inventions et sont exclus de la brevetabilité: [...] les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal, à l'exception des produits destinés à mettre en couvre une de ces méthodes.»

	Les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales	L'ordre public et la moralité	L'environnement	La sécurité
Singapour	Référence à ADPIC	Référence à ADPIC	Identique à Jordanie	Similaire à ADPIC
Chili	Aucune mention	Aucune mention	Identique à Jordanie	Similaire à ADPIC
Amérique centrale	Référence à ADPIC	Référence à ADPIC	Identique à Jordanie	Similaire à ADPIC
Australie	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Identique à Jordanie	Similaire à ADPIC
Maroc	Aucune mention	Identique à ADPIC	Identique à Jordanie	Similaire à ADPIC
Bahreïn	Identique à ADPIC	Identique à ADPIC	Identique à Jordanie	Similaire à ADPIC

Le droit américain offre néanmoins un certain éclairage pouvant expliquer cet apparent réflexe légistique. En effet, bien que les États-Unis n'excluent pas les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales de la brevetabilité, les brevets octroyés sur ces inventions sont soumis à un régime particulier. Au début des années 1990, un chirurgien américain ayant obtenu un brevet sur une nouvelle méthode d'incision pour les chirurgies aux yeux poursuivit une clinique médicale du Vermont pour contrefaçon⁵⁵. Cette poursuite souleva l'indignation générale. *L'American Medical Association* considéra que cette poursuite contrevenait à l'éthique médicale et condamna publiquement le chirurgien titulaire du brevet. Un projet de loi fut même examiné à la Chambre des représentants pour exclure l'ensemble des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales de la brevetabilité. Mais, comme le firent remarquer les représentants de l'industrie pharmaceutique, le projet de loi aurait également eu l'effet d'exclure les nouvelles applications thérapeutiques des produits connus. La loi finalement adoptée en 1996 contourna ce problème en limitant les droits accordés

⁵⁵ Sur cette affaire, voir GRUBB, p. 219

aux titulaires de ces brevets plutôt qu'en interdisant leur brevetabilité. Elle prévoit effectivement que les activités médicales, définies de façon relativement étroite, ne peuvent pas constituer une contrefaçon de brevet⁵⁶.

Dès lors, bien que le droit américain n'interdise pas expressément la brevetabilité des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales, il décourage vivement le dépôt de brevet sur ces inventions. On peut donc inférer qu'il considère que l'exclusion des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales autorisée par plusieurs traités bilatéraux équivaut dans les faits aux limites qu'ils imposent aux droits conférés sur ces inventions.

En outre, les motifs qui ont conduit à l'adoption de cette loi et l'indignation du milieu médical lors du procès en contrefaçon montrent bien que l'exclusion de méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales ne représente pas une hérésie pour les États-Unis. Même si le législateur a préféré limiter les droits conférés par un brevet plutôt que d'ajouter une exclusion à la brevetabilité, il semble partager l'objectif que les médecins doivent pouvoir pratiquer des actes médicaux sans crainte d'être poursuivis pour contrefaçon.

B. UNE EXCLUSION MAINTENUE MÊME LORSQU'ELLE N'EST PAS REPRODUITE

D'un autre côté, ce n'est pas tous les traités bilatéraux américains qui reproduisent l'exclusion des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales prévue dans l'*Accord sur les ADPIC*. Le traité de libre-échange conclu avec le Maroc, par exemple, ne reproduit pas cette disposition. On pourrait en conclure qu'il interdit l'exclusion des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales. Le Maroc devrait alors modifier sa loi qui exclut explicitement de la brevetabilité des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales⁵⁷.

En fait, il semble plus probable que les traités qui n'autorisent pas expressément cette exclusion ne l'interdisent pas pour autant. Si cela avait été le cas, ils auraient sans doute imposé explicitement leur breve-

⁵⁶ 35 U.S.C. § 287(c).

⁵⁷ Maroc, *Dahir n° 1-00-91 du 9 Kaada 1420 (15 février 2000) portant promulgation de la loi n° 17-97 relative à la protection de la propriété industrielle*, art. 25.

tabilité comme ils le font pour les plantes et les animaux, la deuxième catégorie d'invention qui est exclue de la brevetabilité dans l'*Accord sur les ADPIC*. Comment expliquer autrement que les négociateurs aient prévu une disposition particulière pour résoudre l'ambiguïté sur les plantes et les animaux mais qu'ils ne se soient pas expressément prononcés sur les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales ?

En outre, l'exclusion de ces méthodes ne constitue pas nécessairement une exception additionnelle au principe de la brevetabilité des inventions. Elle pourrait s'appuyer sur au moins deux ancrages existants. Premièrement, elle pourrait s'appuyer sur la condition de l'application industrielle. Un pays pourrait justifier cette exclusion en prétendant que la notion d'application industrielle exclue les applications médicales⁵⁸. De plus, cette exclusion pourrait s'appuyer sur l'exception pour l'ordre public et la moralité. Le Congrès lui-même semble considérer que l'application de droits exclusifs sur des actes médicaux pose de sérieux problèmes éthiques puisqu'il a prévu que les activités médicales ne peuvent pas constituer une contrefaçon de brevet. L'exclusion des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales est donc maintenue dans les traités bilatéraux.

§ 2. L'ordre public et la moralité

Plusieurs organisations qui militent contre l'utilisation des biotechnologies plaident pour leur exclusion de la brevetabilité⁵⁹. Pour réclamer cette exclusion, les opposants aux biotechnologies s'appuient notamment sur l'article 27(2) de l'*Accord sur les ADPIC* :

« Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de

⁵⁸ Voir par exemple *Convention sur la délivrance de brevets européens*, 5 octobre 1973, 1305 R.T.N.U. 307, art. 52.4 (ci-après *Convention sur le brevet européen*).

⁵⁹ Antoine SCHEUCHZER, « L'invention brevetable en 2002 : Réflexions sur la notion de l'invention et les conditions de la brevetabilité », in *Protéger les inventions de demain*, sous la dir. de Michel VIVANT, Paris, La documentation française, 2003, p. 43.

graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation.»

Certains concluent qu'un membre de l'OMC peut refuser la brevetabilité d'organismes génétiquement modifiés⁶⁰. Il est vrai que les notions d'ordre public et de moralité sont par essence flexibles et qu'elles dépendent des valeurs sociales dominantes⁶¹. Mais en y regardant de plus près, il semble que l'exclusion pour moralité et ordre public, telle que prévue dans les traités bilatéraux (A), ne constitue pas un obstacle suffisant pour écarter toutes les inventions biotechnologiques du domaine de la brevetabilité (B).

A. UNE EXCEPTION MAINTENUE

Plusieurs traités bilatéraux, notamment ceux signés avec l'Australie, le Bahreïn, la Jamaïque, la Jordanie, le Maroc le Nicaragua, Trinité-et-Tobago et le Viêt Nam, répètent intégralement l'article 27(2)⁶². D'autres, tels les traités signés avec les pays d'Amérique centrale et avec Singapour, ne reproduisent pas cet article mais y réfèrent explicitement : « Nothing is this Chapter precludes a Party from excluding inventions from patentability as defined in Article 27.2 and 27.3 of the TRIPs agreement »⁶³.

Quelques-uns, comme les traités cambodgien, chilien, laotien, letton et lituanien n'en font aucunement mention. Il faut toutefois souligner que ce silence ne se traduit pas nécessairement par une interdiction d'exclure les inventions contraires à l'ordre public ou à la moralité. Aucun ne précise que la règle générale de brevetabilité ne tolère aucune

⁶⁰ Bernard REMICHE, « Brevetabilité et innovation contemporaine : quelques réflexions sur les tendances actuelles du droit des brevets », in *Protéger les inventions de demain*, sous la dir. de Michel VIVANT, Paris, La Documentation française, 2003, p. 184.

⁶¹ Si à une certaine époque les contraceptifs étaient exclus de la brevetabilité pour des raisons morales, certaines pages de la Gazette du PCT ressemblent aujourd'hui, à en croire Philipp Grubb, à un catalogue érotique ! GRUBB, p. 257.

⁶² *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.2 ; *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 4.18 ; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.1 ; *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Nicaragua*, art. 7.2 ; *MOU États-Unis – Trinidad et Tobago*, art. 6.1(a) ; *Accord de commerce États-Unis – Viêt Nam*, art. 7.2 ; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.1.

⁶³ *CAFTA-DR*, art. 15.9.2 ; *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Jamaïque*, art. 9.1(a)

exception. De même, lorsque d'autres exceptions sont prévues, rien n'indique que ce sont les seules qui peuvent être autorisées⁶⁴.

Si certains traités bilatéraux américains ne reproduisent pas cette exclusion, c'est peut-être parce que cette notion est, *a priori*, étrangère au droit américain. En effet, l'article 27(2) est inspiré de l'article 53 de la *Convention sur le brevet européen*, lui-même importé de l'article 30(4) de la loi française de 1844: « [ne sont pas] susceptible d'être brevetées les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». L'expression *ordre public* étant difficilement traduisible en anglais⁶⁵, elle a été maintenue dans sa langue d'origine dans la *Convention sur le brevet européen*, dans l'*Accord sur les ADPIC* et dans les traités bilatéraux américains. En reproduisant cette formule, les États-Unis véhiculent en quelque sorte une notion d'origine française. Ce caractère étranger peut expliquer en partie pourquoi les négociateurs américains considèrent qu'elle ne doit pas nécessairement être prévue dans tous les traités bilatéraux. Mais il ne faut pas en conclure qu'elle n'est pas tolérée par les négociateurs américains, voire intégrée par le droit américain. En fait, ce dernier prévoit un équivalent à l'exclusion pour l'ordre public et la moralité.

B. UNE EXCLUSION LIMITÉE

Deux principaux arguments, tirés de la lettre et de l'esprit de l'article 27(2), indiquent que les critères d'ordre public et de moralité peuvent difficilement servir d'appuis pour exclure l'ensemble des biotechnologies de la brevetabilité. D'abord, cette disposition prévoit qu'un État peut « exclure de la brevetabilité les inventions dont... », et non qu'un État peut « exclure de la brevetabilité des catégories d'invention dont... ». Daniel Gervais soutient que cette formulation permettrait de croire que l'État doit cibler des inventions particulières et évaluées au cas par cas⁶⁶.

⁶⁴ Les traités signés avec l'Australie, le Maroc et Singapour précisent que les exceptions à la brevetabilité qui sont explicitement prévues sont les seules à être autorisées.

⁶⁵ Ordre public ne signifie pas *public order*. GERVAIS, *The TRIPs Agreement*, p. 222.

⁶⁶ *Ibid.*

Ensuite, cette disposition précise elle-même qu'une telle exclusion est autorisée à condition qu'elle « ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par [la] législation ». Cette formulation ouvre la porte à plusieurs interprétations. Selon un entendement restrictif, que défend notamment le professeur Daniel Gervais, on pourrait penser que l'interdiction d'exploiter l'invention est une condition nécessaire mais non suffisante pour permettre l'exclusion de l'invention de la brevetabilité⁶⁷. Il faudrait, en outre, que l'exclusion de la brevetabilité s'appuie objectivement sur des critères d'ordre public et de moralité. En d'autres termes, les examinateurs de brevet devraient eux-mêmes apprécier les notions d'ordre public et la moralité, sachant qu'ils ne sont pas les mieux pourvus pour une telle tâche !

Selon une interprétation plus permissive, on pourrait plutôt croire que l'interdiction d'exploitation prévue dans la législation doit clairement viser la protection de la moralité et de l'ordre public pour motiver une exclusion. En fait, l'interdiction d'exploitation doit être *nécessaire* pour protéger l'ordre public et la moralité. La jurisprudence de l'OMC à propos de l'article XX(b) du GATT démontre que le test de nécessité n'est pas un mince obstacle⁶⁸. Par exemple, une mesure ne peut pas être considérée comme nécessaire si « [la Partie contractante dispose] d'une autre mesure qui permettrait d'atteindre le même objectif qui a moins d'effets de restriction des échanges »⁶⁹. Or, l'interdiction d'exploitation est rarement *nécessaire* lorsque le législateur peut réglementer l'utilisation et le commerce d'une invention.

Ainsi limitée, l'exclusion pour ordre public et moralité équivaut à une exclusion similaire du droit américain. En effet, la jurisprudence américaine reconnaît elle aussi que le droit des brevets n'est pas neutre

⁶⁷ Cette interprétation s'appuie notamment sur une modification qui a été faite sur une version préliminaire de l'*Accord sur les ADPIC* qui prévoyait plutôt ce libellé : « Parties may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the publication or any exploitation of which is necessary to protect public morality or order, including to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of the Agreement or to protect human, animal or plant life or health ». Voir GERVAIS, *The TRIPs Agreement*, p. 218.

⁶⁸ GERVAIS, *The TRIPs Agreement*, p. 223.

⁶⁹ Organe d'appel, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R, para. 172 (Rapport de l'Organe d'appel).

et qu'en octroyant des droits exclusifs de commercialisation, l'État encourage le développement de certaines inventions. Les juges américains se sont saisi de cette question à travers la condition d'utilité: « The law requires [...] the invention should not be frivolous or injurious to the well-being, good policy, or sound morals of society »⁷⁰. Toutefois, la Cour suprême a sérieusement questionné la pertinence de soumettre la brevetabilité d'une invention à un examen éthique:

« *The grant or denial of patents on micro-organisms is not likely to put an end to genetic research or to its attendant risks. [Moreover] we are without competence to entertain theses arguments either to brush them aside as fantasies generated by fear of the unknown, or to act on them [...]. Whatever their validity, the contentions now pressed on us should be addressed to the political branches of the Government, the Congress and the Executive, and not to the courts* »⁷¹.

Ces arguments sont similaires à ceux identifiés par la doctrine européenne pour expliquer les conditions posées à l'exception de l'ordre public et de la moralité⁷². Par conséquent, même si le droit américain ne prévoit pas d'exclusion, il prévoit une échappatoire équivalente, autant dans sa portée que dans ses limites. Ainsi, l'origine française de l'exception pour l'ordre public et la moralité ne peut pas permettre de conclure à une *francisation* du droit international des brevets par le biais des traités bilatéraux américains. Les États-Unis ont effectivement intégré cette exception dans leurs traités bilatéraux mais elle reflète, dans une certaine mesure, leur propre droit. En outre, son application est si limitée qu'elle ne permet vraisemblablement pas d'exclure toutes les inventions biotechnologiques⁷³.

⁷⁰ *Lowell c. Lewis*, 15 F. Cas. 1018 (Cir. Ct. D. Mass, 1817).

⁷¹ *DIAMOND, Commissioner of Patents and Trademarks c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 206 USPQ 193 (1980).

⁷² Voir à ce sujet Jean-Michel BRUGUIÈRE, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, sous la dir. de Michel VIVANT, Paris, Dalloz, 2004, p. 96.

⁷³ À moins que le législateur ait donné des indications précises sur l'appréciation des effets qu'une invention peut avoir sur la moralité et l'ordre public, les examinateurs et les magistrats seront hésitants à exclure une invention de la brevetabilité pour un tel motif. Or, aucun pays ayant signé un traité bilatéral avec les États-Unis n'a explicitement prévu dans sa législation des exemples d'inventions contraires à l'ordre public et la moralité.

§ 3. L'environnement

En plus de la protection de la moralité, celle de l'environnement fait figure de *leitmotiv* par ceux qui réclament l'exclusion des inventions biotechnologiques de la brevetabilité. En effet, les impacts environnementaux de plusieurs inventions biotechnologies sont toujours incertains. Or, les récents traités bilatéraux de libre-échange américain vont beaucoup plus loin que les Accords de l'OMC pour assurer la protection de l'environnement (A). Ils ne prévoient pas une exception additionnelle à la brevetabilité pour protéger l'environnement mais certaines dispositions pourraient avoir des effets similaires. Toutefois, des mesures ont été prises pour limiter la possibilité d'utiliser ces dispositions environnementales pour exclure des inventions de la brevetabilité (B).

A. UN RAPPROCHEMENT ENTRE COMMERCE ET ENVIRONNEMENT

Depuis quelques années, l'OMC s'ouvre timidement aux régimes environnementaux par le biais de la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends. Ainsi, ce dernier a affirmé en 1996 qu'il « ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public »⁷⁴. Il a également reconnu un certain droit de cité aux instruments de protection de l'environnement dans l'affaire États-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*⁷⁵. Plus récemment, à la Conférence ministérielle de Doha, les États membres se sont entendus pour établir des négociations sur « la relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les accords environnementaux multilatéraux »⁷⁶. Dans le domaine plus particulier de la propriété intellectuelle, les États membres ont demandé au Conseil des ADPIC d'examiner « la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique »⁷⁷.

⁷⁴ Organe d'appel, *États-Unis – Norme concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (1996), OMC Doc. WT/DS2/AB/R, p. 19 (rapport de l'Organe d'appel).

⁷⁵ Organe d'appel, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (1998), OMC Doc. WT/DS58/AB/R, para. 168 (Rapport de l'Organe d'appel).

⁷⁶ *Déclaration de Doha sur la santé publique*, para. 31.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 19.

Cette ouverture progressive aux régimes environnementaux est encore plus marquée dans les traités de libre-échange américains. Parce que les membres du Congrès craignent que les partenaires commerciaux des États-Unis abaissent leurs normes environnementales pour attirer des investissements étrangers, l'Autorité en matière de promotion commerciale de 2002 fixe plusieurs objectifs environnementaux pour toutes les négociations commerciales⁷⁸. De plus, elle demande au président de conduire des études sur les impacts environnementaux de tous les futurs traités commerciaux⁷⁹. L'environnement est ainsi devenu un thème central des négociations.

Les récents traités de libre-échange conclus avec la Jordanie, Singapour, le Chili et les pays d'Amérique centrale, l'Australie, le Maroc et le Bahreïn comprennent tous un chapitre sur l'environnement. Celui-ci impose notamment aux pays signataires d'appliquer leurs propres normes environnementales: «A Party shall not fail to effectively enforce its environmental laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement»⁸⁰. Un pays peut même demander l'établissement d'un groupe d'arbitrage pour imposer l'application des normes environnementales de son partenaire commercial⁸¹. Si ce groupe considère qu'un État manque à ses obligations, il peut ordonner des sanctions monétaires allant jusqu'à 15 millions de dollars annuellement⁸². Les sommes prélevées seront ensuite versées à un fonds bilatéral dédié à la protection de l'environnement.

⁷⁸ *Trade Act of 2002*, Pub. L. No. 107-210, 116 Stat. 933, art. 2102(a)(5) et 2103(b)(11)(A).

⁷⁹ *Ibid.*, art. 2102 (c)(4).

⁸⁰ *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 5.3(a), *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 18.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 19.2; *CAFTA-DR*, art. 17.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 16.2.

⁸¹ *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 18.7; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 19.6; *CAFTA-DR*, art. 17.10; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 19.12.

⁸² *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 20.7; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 22.16; *CAFTA-DR*, art. 20.17; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 19.12.

Ce mécanisme de règlements des différends pouvant conduire à des sanctions monétaires est inédit dans le domaine de l'environnement. Il démontre, de prime abord, la ferme volonté des États-Unis que les législations environnementales de leurs partenaires commerciaux soient appliquées. Mais sachant que certaines de ces législations restreignent la brevetabilité, on peut se demander dans quelle mesure les États-Unis souhaitent effectivement que cette disposition soit utilisée...

B. UNE DISTANCE MAINTENUE ENTRE BREVET ET ENVIRONNEMENT

Un nombre croissant de pays adopte des législations environnementales qui affectent directement la brevetabilité des inventions. Par exemple, la loi costaricaine sur la diversité biologique précise que tout le matériel biochimique ou génétique dérivé de plantes, d'animaux ou de micro-organismes relève du domaine public⁸³. Cette même loi exclut explicitement de la brevetabilité les séquences d'ADN *per se*, les plantes et les animaux, les inventions essentiellement dérivées de savoirs traditionnels et les inventions dont l'exploitation commerciale sous un régime de brevet peut affecter les procédés ou les produits agricoles qui sont essentiels pour l'alimentation ou la santé des habitants du Costa Rica⁸⁴. Plus encore, la délivrance d'un brevet sur du matériel biologique est soumise à la condition que le déposant démontre qu'il a obtenu le consentement préalable du fournisseur avant d'accéder aux intrants biologiques nécessaires pour le développement de son invention⁸⁵. La loi costaricaine n'est pas un exemple isolé : la dernière version du projet de traité de la ZLÉA contient des propositions similaires au chapitre sur la propriété intellectuelle⁸⁶.

Peut-on imaginer que, en raison de la règle d'application des législations environnementales prévues dans le traité conclu avec les pays d'Amérique centrale, les États-Unis aient paradoxalement imposé l'application de cette loi qui restreint le domaine d'application des brevets ? Les négociateurs américains semblent avoir envisagé cette possibilité et prirent des mesures en vue de l'éviter puisque les récents traités bila-

⁸³ Costa Rica, *Ley de biodiversidad*, art. 6.

⁸⁴ *Ibid.*, art. 78.

⁸⁵ *Ibid.*, art. 80.

⁸⁶ *Projet ZLÉA*, chap. XX, sec. B.2.f.

téraux, incluant celui signé avec le Costa Rica, définissent de façon très restrictive la notion de loi environnementale :

« *For greater certainty, environmental law does not include any statute or regulation, or provision thereof, the primary purpose of which is managing the commercial harvest or exploitation, or subsistence or aboriginal harvesting, of natural resources. For purposes of the definition of « environmental law », the primary purpose of a particular statutory or regulatory provision shall be determined by reference to its primary purpose, rather than to the primary purpose of the statute or regulation of which it is part* »⁸⁷.

La protection de l'environnement est ainsi comprise dans son sens le plus strict, soit la conservation des ressources naturelles, et exclut les questions relatives à l'utilisation de ses ressources, dont le principe du partage des avantages de la *Convention sur la diversité biologique*. Toutes les mesures prévues dans la loi sur la diversité biologique du Costa Rica qui affectent le droit des brevets sont dès lors soustraites de l'obligation d'appliquer les lois environnementales !

Les États-Unis s'opposent fermement à la limitation de la brevetabilité fondée sur des motifs environnementaux. À l'OMC, ils contestent systématiquement les arguments des pays en développement qui, comme le Costa Rica, veulent que la mise en œuvre de la *Convention sur la diversité biologique* commande l'exclusion du matériel biologique de la brevetabilité⁸⁸. En excluant explicitement les mesures commerciales de la définition de la loi environnementale, ils transposent dans leurs traités bilatéraux la position qu'ils défendent à l'OMC.

§ 4. La sécurité nationale

Presque tous les traités internationaux prévoient une exception relative à la sécurité nationale. Cette répétition ne reflète pas un simple réflexe légistique des négociateurs mais traduit l'importance réelle de ces dispositions pour les pays signataires. En matière de brevetabilité, bien que les dispositions sur la sécurité nationale aient évolué depuis

⁸⁷ CAFTA-DR art. 17.13 ; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 19.11 ; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 16.10 ; *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 5.4.

⁸⁸ *Communication from the United States*, OMC Doc. IP/C/W/257, 13 juin 2001.

quelques années (A), elles permettent toujours aux États-Unis de maintenir la seule exclusion à la brevetabilité prévue dans leur législation à propos d'une catégorie particulière d'invention (B).

A. UN MOTIF D'EXCLUSION

Les traités bilatéraux de propriété intellectuelle antérieurs à l'*Accord sur les ADPIC* prévoient une exclusion pour les inventions utilisables uniquement pour l'armement nucléaire. Par exemple, le traité signé en 1992 entre les États-Unis et l'Albanie prévoit que les pays signataires « may exclude from patentability any invention or discovery which is useful solely in the utilization of special nuclear material or atomic energy in an atomic weapon »⁸⁹. Une version provisoire de l'*Accord sur les ADPIC*, datée du 23 juillet 1990, prévoyait une exclusion similaire : « The following [shall] [may] be excluded from patentability [...] [Production, application and use of] nuclear and fissionable material, [and substances manufactured through nuclear transformation] ». Cette proposition fut toutefois écartée de la version définitive de l'*Accord sur les ADPIC*.

Pour exclure les inventions liées à l'armement nucléaire, les membres de l'OMC ne peuvent pas recourir à une exception spécifique à la brevetabilité, comme celles prévues pour les procédés essentiellement biologiques, les végétaux et les animaux. Par contre, ils peuvent utiliser l'exception prévue à l'article 73 :

« Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée :

- a) comme imposant à un Membre l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ;
- b) ou comme empêchant un Membre de prendre toutes mesures qu'il estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité [...] ;
- c) ou comme empêchant un Membre de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales »⁹⁰.

⁸⁹ *Accord de commerce États-Unis – Albanie*, art. 9(c)(i)(1).

⁹⁰ *Accord sur les ADPIC*, art. 73.

Les traités bilatéraux signés avec le Cambodge, la Lituanie et la Lettonie reprennent intégralement cette exception et ceux signés avec l'Australie, la Bahreïn, le Chili, la Jamaïque, la Jordanie, le Maroc, le Nicaragua, Singapour, Trinité-et-Tobago, le Viêt Nam et les pays d'Amérique centrale en retiennent l'essentiel⁹¹.

Puisqu'il s'agit d'une exception à l'ensemble du traité, elle peut être appliquée à l'article sur l'objet brevetable. De plus, elle peut être utilisée pour exclure de la brevetabilité d'autres types d'inventions que les technologies nucléaires. Toutefois, cette exception n'autorise pas systématiquement l'exclusion de catégories entières d'inventions comme le faisaient les traités bilatéraux antérieurs à l'*Accord sur les ADPIC*. Dorénavant, chaque recours à cette exception doit être examiné au cas par cas en fonction des objectifs de sécurité nationale.

B. UNE EXCLUSION AMÉRICAINE

La jurisprudence de la Cour internationale de Justice offre quelques éclairages pour apprécier la notion d'intérêts essentiels de la sécurité⁹²:

« The concept of essential security interests certainly extends beyond the concept of armed attack, and has been subject to very broad interpretations in the past. The Court has therefore to assess whether the risk run by these

⁹¹ *Accord de commerce États-Unis – Cambodge*, art. 20.4; *Accord de commerce États-Unis – Lettonie*, 2.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 22.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, 20.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 23.2; *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Jamaïque*, art. 15; *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 12; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 21.2; *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Nicaragua*, art. 18; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 21.2; *MOU États-Unis – Trinidad et Tobago*, art. 16; *CAFTA-DR*, art. 21.2.

⁹² Jusqu'à présent, aucun pays n'a contesté devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC l'utilisation et l'interprétation faites par un autre pays de l'exception sur la sécurité nationale prévue dans l'*Accord sur les ADPIC*. L'exception similaire prévue dans le GATT a été invoquée dans quelques différends depuis 1947 mais aucun d'entre eux n'a conduit l'ORD à se prononcer clairement sur cette exception. À tout le moins, il a reconnu que l'interprétation de la notion d'intérêts essentiels de la sécurité ne doit pas être abandonnée à l'entière discrétion des membres de l'OMC. GATT, *United States-Trade Measures Affecting Nicaragua*, 13 octobre 1986 (non adopté), GATT Doc. L/6053, para. 5.17.

*'essential security interests' is reasonable, and secondly, whether the measures presented as being designed to protect these interests are not merely useful but "necessary" »*⁹³.

Si le raisonnement développé par la CIJ est appliqué aux traités bilatéraux, une exclusion à la brevetabilité adoptée au nom de la sécurité doit franchir à la fois un test de raisonnable et un test de nécessité. Or, la jurisprudence concernant l'article XX du GATT démontre que de tels tests représentent de sérieux obstacles. Par exemple, pour qu'une mesure soit considérée comme nécessaire, toutes les autres possibilités d'interventions compatibles avec l'accord doivent être insuffisantes pour atteindre l'objectif visé⁹⁴. En raison de ces limites, l'exception sécuritaire ne peut guère être facilement invoquée. Un pays qui considère que l'épidémie du sida affecte sa sécurité nationale, pourrait difficilement utiliser cette exception pour justifier l'exclusion des médicaments antirétroviraux de la brevetabilité puisque d'autres mesures, par ailleurs conformes aux traités bilatéraux, peuvent aussi favoriser l'accès aux antirétroviraux.

Néanmoins, les États-Unis maintiennent certaines mesures qu'ils justifient par l'exception sécuritaire. Ainsi, la loi sur l'énergie atomique dispose que: «No patent shall hereafter be granted for any invention or discovery which is useful solely in the utilization of special nuclear material or atomic energy in an atomic weapon»⁹⁵. De plus, la loi américaine sur les brevets prévoit que les inventions dont la divulgation menace la sécurité nationale doivent être gardées secrètes⁹⁶. Pour s'assurer qu'elles le demeurent jusqu'à ce qu'elles aient été reconnues d'intérêt pour la sécurité nationale, la loi interdit de déposer une demande de brevet à l'étranger avant qu'une période de six mois se soit écoulée depuis la date de dépôt aux États-Unis⁹⁷. Conformément à cette

⁹³ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua c.États-Unis)*, [1986] C.I.J. 1, para. 224.

⁹⁴ Sandrine MALJEAN-DUBOIS, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 41.

⁹⁵ 42 U.S.C. § 2181.

⁹⁶ 35 U.S.C. § 181.

⁹⁷ 35 U.S.C. § 184.

mesure, des centaines de demandes de brevet sont gardées secrètes chaque année et ne peuvent être déposées à l'étranger⁹⁸.

L'exception prévue dans l'*Accord sur les ADPIC* et les traités bilatéraux semble autoriser le maintien de ces mesures. À tout le moins, dans une communication aux membres de l'OMC, la délégation américaine a expressément invoqué l'article 73 pour justifier leur maintien⁹⁹. Il semble donc que l'exception pour protéger les intérêts essentiels de la sécurité permet le maintien des mesures américaines alors que les tests de nécessité et de raisonnable interdissent d'aller bien au-delà de ces mesures.

Le passage de l'exclusion de l'ensemble des armements nucléaires de la brevetabilité dans les premiers traités bilatéraux à une exception générale pour la sécurité dans les traités plus récents reflète une tendance plus générale. Les États-Unis semblent effectivement disposés à maintenir des exceptions transversales qui s'appuient sur des motifs d'intérêt public, comme l'ordre public, la moralité et l'environnement. Il aurait semblé incohérent qu'ils exigent la levée de ces exclusions alors qu'ils en maintiennent une pour la sécurité. Par contre, comme nous l'indiquons au chapitre suivant, ils s'opposent vivement à l'exclusion de catégories entières d'inventions de la brevetabilité telle celles des végétaux et des animaux.

CONCLUSION

Pour que les traités bilatéraux contribuent au maintien de l'hégémonie américaine sur le régime, ils doivent être des vecteurs du droit américain. Cette exportation de droit doit être vérifiée à l'aide d'une comparaison des dispositions du droit américain, de l'*Accord sur les ADPIC* et des traités bilatéraux. En comparant les articles relatifs à la

⁹⁸ Ces inventions ne sont pas uniquement des technologies militaires mais également des technologies civiles, comme du matériel informatique, des appareils photographiques ou des senseurs. Sabin H. Lee, « Protecting the Private Inventor under the Peacetime Provisions of the Invention Secrecy Act », *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 12, n° 2, 1997, p. 345.

⁹⁹ OMC, Conseil des ADPIC, *Examen des législations relatives aux brevets, aux schémas de configuration de circuits intégrés*.

brevetabilité, nous avons identifié des similitudes, plutôt que les différences, entre les dispositions relatives à la brevetabilité des traités bilatéraux et l'*Accord sur les ADPIC*. Notre analyse du droit exporté a donc débuté en prenant acte d'une nuance fondamentale à notre hypothèse générale, à savoir que les États-Unis n'exportent pas l'ensemble du droit américain des brevets dans leurs traités bilatéraux.

Au-delà de cette nuance à l'hypothèse générale, l'analyse des similitudes entre les traités bilatéraux et l'*Accord sur les ADPIC* permet de constater que les États-Unis souhaitent préserver dans le régime international des brevets les règles qui les autorisent à maintenir certaines spécificités du droit américain. Par exemple, les traités bilatéraux les autorisent à maintenir leur système du brevet au premier inventeur et à apprécier la nouveauté sans tenir compte des inventions divulguées oralement à l'extérieur du territoire américain. Plus encore, ils ne reproduisent pas la règle de non-discrimination de l'*Accord sur les ADPIC*, ce qui reflète le maintien de mesures discriminatoires dans le droit américain.

Dans quelle mesure les partenaires peuvent-ils profiter du fait que les États-Unis n'exportent pas l'ensemble de leur droit? Nous avons souligné que leur capacité à restreindre sensiblement le domaine des brevets est limitée. Ainsi, ils ne peuvent exclure systématiquement l'ensemble des inventions biotechnologiques pour le motif qu'elles sont contraires à l'ordre public et à la moralité, ils ne peuvent se servir des dispositions sur la protection de l'environnement pour exclure les inventions qui utilisent des ressources génétiques, et ils ne peuvent probablement pas se servir des exceptions pour la sécurité nationale en vue de refuser la brevetabilité des inventions pharmaceutiques.

Il subsiste néanmoins quelques zones grises. Plusieurs notions, comme celle de *nouveauté*, d'*activité inventive*, de *discrimination*, de *sécurité nationale* ne sont pas définies. Deux points de vue s'opposent pour trancher ces zones grises. D'une part, on pourrait considérer que l'absence de définition dans les traités bilatéraux signifie que les pays signataires sont entièrement libres de les définir eux-mêmes. Un pays pourrait, par exemple, considérer que des gènes simplement isolés ne satisfont pas à la condition d'activité inventive¹⁰⁰. D'autre part, l'ab-

¹⁰⁰ CLAVIER, p. 137-138.

sence de ces définitions dans les traités bilatéraux pourrait équivaloir à une règle générale en faveur de la brevetabilité. L'interprétation juste des traités bilatéraux se situe probablement entre ces deux pôles. Les pays signataires peuvent sans doute adopter des définitions ayant l'effet de limiter le champ des brevets, mais ces limites doivent être raisonnables, en tenant compte de l'objet et des buts des traités bilatéraux, tels que le révèlent notamment leurs préambules et leurs dispositions générales¹⁰¹.

Il ne faut toutefois pas conclure que le champ de la brevetabilité imposé par les traités bilatéraux ne s'est pas élargi par rapport au modèle de l'*Accord sur les ADPIC*. Pour l'instant, nous n'avons présenté que les dispositions des traités bilatéraux qui reprennent le libellé de l'*Accord sur les ADPIC*. Or, comme nous le signalons au chapitre suivant, plusieurs traités bilatéraux ajoutent à ce modèle des précisions supplémentaires qui sont directement inspirées du droit américain.

¹⁰¹ Comme nous l'avons mentionné précédemment, les préambules et les dispositions générales des traités bilatéraux ne précisent pas, comme le fait l'*Accord sur les ADPIC*, que les pays sont libres d'interpréter et d'appliquer leurs obligations en tenant compte des politiques générales publiques. Plusieurs font simplement référence à l'objectif de stimuler l'innovation technologique et à la nécessité de tenir compte des récents développements technologiques. Ces préambules et ces dispositions générales favorisent donc une interprétation des traités bilatéraux plutôt favorable aux droits des inventeurs, au détriment des autres considérations de politiques publiques. Ils laissent croire que les dispositions des traités bilatéraux qui reproduisent textuellement celles de l'*Accord sur les ADPIC* doivent être interprétées de façon plus restrictive que ne le ferait un panel d'arbitrage de l'OMC à propos de l'*Accord sur les ADPIC*.

CHAPITRE 2

Une flexibilité réduite pour les partenaires des États-Unis

Après avoir analysé les règles des traités bilatéraux qui sont similaires à celles de l'*Accord sur les ADPIC*, il s'agit maintenant de se pencher sur celles qui constituent des ajouts par rapport au droit multilatéral. Nous identifions ces ajouts en comparant systématiquement les dispositions des traités bilatéraux relatives au domaine des brevets avec celles de l'*Accord sur les ADPIC*. Puis, nous retraçons l'origine de ces innovations en les comparant au droit américain, et nous jugeons leur portée dans une perspective globale, à la lumière des débats multilatéraux.

Ce chapitre démontre que les innovations des traités bilatéraux, et particulièrement celles contenues dans les traités plus récents, contribuent à l'élargissement du domaine des brevets. Elles sont presque toutes inspirées du droit, sinon des pratiques ou des politiques américains. Dès lors, les partenaires des États-Unis devront orienter leur droit national vers le modèle américain. Désormais acquis à l'élargissement du domaine des brevets, ces pays constituent de précieux alliés dans les négociations multilatérales sur le droit des brevets.

Cette analyse des nouvelles dispositions des traités bilatéraux relatives à l'objet brevetable emprunte un plan similaire au chapitre précédent. Ainsi, nous examinons d'abord les conditions de brevetabilité (section 1) avant d'étudier les exclusions à la brevetabilité (section 2).

SECTION 1

Les conditions de brevetabilité précisées

Plusieurs traités bilatéraux, et particulièrement les plus récents traités de libre-échange, précisent les conditions de brevetabilité prévues dans l'*Accord sur les ADPIC*. Ces précisions sont de quatre ordres : l'objet de la protection (§ 1), les conditions de fond (§ 2), la condition

de divulgation (§ 3) et de nouvelles références aux traités multilatéraux (§ 4). Nous démontrons que ces développements contribuent à l'élargissement du domaine des brevets et à l'orientation du régime vers le modèle américain.

§ 1. L'objet de la protection précisé

Quelques traités bilatéraux précisent l'objet de la protection davantage que ne le fait l'*Accord sur les ADPIC*. Deux types de précisions peuvent être identifiés : celui qui concerne la définition de l'invention (A) et celui qui concerne les catégories d'inventions (B).

A. L'INVENTION, QU'EST-CE À DIRE ?

Tous les traités bilatéraux prévoient, comme l'*Accord sur les ADPIC*, qu'«un brevet pourra être obtenu pour toute invention [...]». Mais qu'est-ce qu'une invention ? Très peu de législations répondent clairement à cette question¹⁰². Par contre, la majorité des pays qui ont signé un traité bilatéral établissent une distinction entre la notion d'invention et celle de découverte : «La découverte est, dit-on, une mise en lumière de quelque chose qui préexiste alors que l'invention concrétise l'activité créatrice de l'homme en transformant l'existant»¹⁰³. Les tenants de l'opposition entre invention et découverte utilisent la notion de technique pour établir la ligne de démarcation : l'invention serait une solution technique à un problème technique. Puisque les brevets doivent compenser ou récompenser une activité créatrice, seules les inventions peuvent être brevetables.

¹⁰² Le professeur Michel Vivant propose une définition : «Il y a invention dès lors qu'un processus intellectuel, quel qu'il soit, permet d'aboutir à une innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, quelle que soit la nature de l'effet produit». Michel VIVANT, *Protéger les inventions de demain*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 143.

¹⁰³ Michel VIVANT, et Jean-Michel BRUGUIÈRE, «Réinventer l'invention ?», *Propriété intellectuelle*, vol. 8, juillet 2003, p. 287. Ces auteurs soulignent avec justesse qu'il existe un continuum entre la découverte et l'invention. Parmi les pays qui ont signé un traité bilatéral avec les États-Unis, le Cambodge, le Chili, le Costa Rica, El Salvador, la Jordanie, la Lettonie, la Lituanie, le Maroc, le Nicaragua, le Paraguay, le Pérou, Trinité-et-Tobago et le Viêt Nam excluent explicitement les découvertes de la brevetabilité.

Le droit américain, quant à lui, ne fait pas une nette distinction entre ces deux notions. La loi américaine sur les brevets précise elle-même : « The term “invention” means invention or discovery »¹⁰⁴ ! Plutôt que d’aborder la notion d’invention en s’appuyant sur ce qu’elle ne serait pas, le droit américain adopte une approche positive en fournissant une liste non limitative de quatre catégories d’inventions : « Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter [...] may obtain a patent therefore »¹⁰⁵. Le critère retenu n’est pas celui de la technique mais bien celui de l’implication humaine dans le processus créatif¹⁰⁶.

Bien que l’approche américaine puisse sembler plus englobante, l’opposition entre invention et découverte ne constitue pas nécessairement un obstacle majeur à l’extension du champ des brevets. À cet égard, l’exemple européen est éloquent : même si la *Convention sur le brevet européen* exclut les découvertes de la définition d’invention¹⁰⁷, le champ européen de la brevetabilité n’est pas beaucoup plus réduit que l’américain, même dans le domaine de la biotechnologie. Ce « basculement de la découverte à l’invention »¹⁰⁸ est possible parce que le caractère technique des inventions est mis en valeur¹⁰⁹. La Chambre de recours de l’Office européen des brevets a reconnu que, pour que du matériel biologique soit brevetable, il faut que « l’intervention humaine sur le cours des processus vitaux soit significative au point de donner naissance à un produit qui n’aurait pas pu apparaître sans cette intervention humaine dans la nature »¹¹⁰. Force est de constater que cette décision européenne ressemble à celle retenue par la Cour suprême

¹⁰⁴ 35 U.S.C. § 100(a).

¹⁰⁵ 35 U.S.C. § 101.

¹⁰⁶ DIAMOND, *Commissioner of Patents and Trademarks c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 206 USPQ 193 (1980).

¹⁰⁷ *Convention sur le brevet européen*, art. 52.2(a).

¹⁰⁸ VIVANT, *Protéger les inventions de demain*, p. 46.

¹⁰⁹ Comme le soulignent Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, tout peut être dit technique : « Il est une technique de la métallurgie comme il est une technique du droit ou de la peinture... sans oublier les techniques amoureuses ». Puisque le caractère technique sert à distinguer la découverte de l’invention, si cette notion est nébuleuse, l’opposition entre découverte et invention l’est aussi. Voir « Réinventer l’invention ? », p. 286.

¹¹⁰ Lubrizol Genetics Inc., déc. n° T. 320/87 (1998), *Journal Officiel* de l’OEB 3/1990, p. 71-80 (Chambre de recours de l’OEB).

des États-Unis dans l'affaire *Diamond c. Chakrabarty*. En partant de conceptions radicalement différentes de l'invention, les régimes américains et européens de brevet conduisent à un résultat similaire sur la brevetabilité du matériel génétique !

Les pays signataires de traités bilatéraux avec les États-Unis doivent eux aussi, dans une certaine mesure, arriver à un pareil résultat. En effet, il leur est impossible d'exclure tout le matériel vivant de la brevetabilité sous prétexte qu'il s'agit de découvertes, dès lors que les traités bilatéraux prévoient expressément la brevetabilité des micro-organismes, des plantes et des animaux. La levée des exclusions, question analysée à la section suivante, limite la marge de manœuvre des pays pour définir la notion d'invention. C'est d'ailleurs ce que le Kenya, au nom du Groupe africain, constata dans une communication transmise aux membres de l'OMC :

« En stipulant que les micro-organismes [...] doivent être obligatoirement brevetés, les dispositions de l'article 27:3 enfreignent les principes fondamentaux sur lesquels reposent les lois sur les brevets, à savoir que les substances et les procédés qui existent dans la nature sont des découvertes et non des inventions et, partant, qu'ils ne sont pas brevetables »¹¹¹.

Contrairement à ce que la délégation du Kenya avance, ni l'attribution du statut de découverte à tous les organismes vivants ni l'exclusion des découvertes de la brevetabilité ne sont des principes universels. Par contre, l'obligation d'accepter la brevetabilité des micro-organismes se traduit effectivement par une restriction de la marge de manœuvre pour définir la notion d'invention. Mais cette restriction se trouvait déjà dans l'*Accord sur les ADPIC* qui interdit d'exclure les micro-organismes de la brevetabilité. Les traités bilatéraux qui interdisent l'exclusion des végétaux et des animaux ne font que donner plus de poids à cette restriction déjà existante¹¹².

En plus des dispositions qui interdisent certaines exclusions, il est possible que certaines de celles qui en autorisent aient également un effet indirect sur la notion d'invention. En effet, les traités conclus avec Singapour, l'Australie et le Maroc autorisent certaines exclusions en

¹¹¹ *Communication du Kenya au nom du Groupe africain, Examen des dispositions de l'article 27(3)(B)*, para. 10.

¹¹² Cette question sera abordée plus en détail dans la section suivante.

précisant bien qu'il s'agit des seules exclusions possibles : « Each Party may *only* exclude from patentability... »¹¹³. L'ajout de l'adverbe *only* dans le chapeau introductif de l'article consacré aux exclusions est une innovation qui ne se trouvait ni dans l'*Accord sur les ADPIC* ni dans les traités bilatéraux antérieurs à 2003. Cette modification pourrait être interprétée comme une interdiction d'exclure les découvertes. Toute invention ou découverte pourrait *a priori* être brevetable, même si elle n'a pas de caractère technique, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle ait une application industrielle. Toutefois, cette interprétation de la portée du terme *only* est pour le moins contestable si on considère que l'invention, et par extension le caractère technique de la création, est une quatrième condition à la brevetabilité. Sous cette deuxième perspective, d'ailleurs fort légitime, l'exclusion des découvertes ne serait pas une exclusion additionnelle, mais une exclusion intrinsèque et inhérente à l'emploi de la notion d'invention.

Le seul traité bilatéral du corpus analysé qui aborde directement la notion d'invention est celui conclu avec la Jordanie. En effet, un arrangement conclu parallèlement au traité de libre-échange précise que l'exclusion des méthodes mathématiques de la définition d'invention prévue dans la loi jordanienne « does not include such methods as business methods or computer-related inventions »¹¹⁴. Pour être brevetés, les programmes informatiques, les logiciels et les méthodes commerciales doivent encore satisfaire aux conditions de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle. Néanmoins, le principal obstacle à leur brevetabilité, soit leur supposée absence de caractère technique, est levé. La Jordanie est ainsi invitée à suivre le modèle américain, qui fut l'un des premiers à octroyer des brevets sur les logiciels et les procédés commerciaux.

¹¹³ *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.1.

¹¹⁴ *Agreement on the establishment of a free trade area, États-Unis – Jordanie*, *Memo-randum of Understanding on Issues Related to the Protection of Intellectual Property Rights Under the Agreement between the United States and Jordan*, 24 octobre 2000, non catalogué, art. 5. (ci-après : *MOU États-Unis – Jordanie*).

Deux facteurs permettent d'expliquer pourquoi ce traité est le seul à prévoir une telle disposition. D'abord, les États-Unis n'ont pas intérêt à fixer une définition commune de la notion d'invention. Le droit américain ne fournit pas une telle définition et son développement conduirait à une limitation du domaine des brevets. Ils préfèrent corriger des éléments spécifiques des définitions que donnent leurs partenaires à la notion d'invention. Or, la forme des traités bilatéraux n'est pas la plus appropriée pour cibler directement des dispositions précises des lois et règlements d'une seule des deux parties, sans réciprocité. Généralement, de tels engagements sont pris par le truchement de ce que le droit américain appelle des *Memorandum of Understanding*, c'est-à-dire des actes concertés non conventionnels. Par exemple, un acte non conventionnel conclu avec le Pérou dispose que les micro-organismes, les programmes informatiques et les logiciels doivent pouvoir être considérés comme des inventions par le droit péruvien¹¹⁵. Ces actes sont toutefois exclus du corpus d'analyse puisqu'ils ne sont pas considérés comme des traités internationaux, engageant l'honneur des gouvernements mais ne les engageant pas sur le plan du droit international¹¹⁶. L'arrangement conclu avec la Jordanie fait exception. Bien que ce dernier emprunte la forme des actes concertés non conventionnels, il fait partie du *negotium* du traité de libre-échange conclu entre les États-Unis et la Jordanie qui, lui, est considéré comme un traité international aux fins de notre corpus d'analyse.

Le deuxième facteur veut que la brevetabilité des logiciels et des méthodes commerciales ne semble pas encore être prioritaire dans la politique internationale des États-Unis. Il s'agit certes d'une question brûlante d'actualité, mais elle ne s'est pas encore imposée au niveau international. La délégation américaine n'a pas, par exemple, proposé d'inclure ces questions dans la négociation du *Traité sur le droit matériel des brevets*. Peut-être attend-elle que le droit américain soit lui-même plus précis sur cette question ou encore de disposer davantage d'alliés parmi les pays développés dont plusieurs excluent toujours les logiciels de la brevetabilité. Ou encore, elle ne fait peut-être que refléter les requêtes de l'industrie qui met davantage l'accent sur la brevetabilité

¹¹⁵ MOU États-Unis – Pérou, art. 1-2.

¹¹⁶ ARBOUR, p. 81.

des inventions biotechnologiques que sur celles des inventions informatiques. En effet, les *Trade Advisory Committees*, auxquels participe notamment la *Software and Information Industry Association*, insistent dans leurs rapports au USTR sur la brevetabilité des végétaux et des animaux mais n'abordent pas celle des logiciels. L'industrie reconnaît sans doute, comme plusieurs spécialistes, que les droits d'auteur constituent une protection plus intéressante que les brevets pour les développeurs de logiciel¹¹⁷. Or, si la priorité des États-Unis est d'imposer la brevetabilité des végétaux et des animaux, il suffit de lever les exclusions prévues à l'article 27.3(b) de l'*Accord sur les ADPIC*. Il n'est pas nécessaire de le faire à travers la définition de la notion d'invention.

B. L'INVENTION, SON OBJET!

Tous les traités bilatéraux reprennent la première phrase de l'article 27(1) de l'*Accord sur les ADPIC*: «Un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé [...]». Il y aurait donc au moins deux catégories d'inventions: les inventions de produits et les inventions de procédés. Mais l'accord ne précise pas explicitement si l'invention d'une nouvelle utilisation d'un produit connu peut être brevetable. Il s'agit pourtant d'une question importante. Aux États-Unis, une compagnie pharmaceutique peut obtenir un brevet sur un médicament qui combine différentes molécules connues alors que les patients devaient auparavant prendre plusieurs médicaments différents pour arriver au même résultat. Dans d'autres pays, incluant des pays qui ont signé un traité bilatéral avec les États-Unis, les utilisations nouvelles d'objets connus ne sont pas considérées comme des inventions¹¹⁸.

On pourrait interpréter le silence de l'*Accord sur les ADPIC* sur cette question comme une liberté d'exclure les nouvelles utilisations de la brevetabilité¹¹⁹. On pourrait également considérer que l'obli-

¹¹⁷ Paul BELLEFLAMME, «Logiciel, créations commerciales et brevet», présentation au *Colloque Le Brevet: Pourquoi et Pour faire quoi?*, Chaire Arcelor, Université Catholique de Louvain, 12 mars 2004.

¹¹⁸ Chili, *Ley de Propiedad Industrial*, art. 39.

¹¹⁹ C'est ce qu'a conclu la Cour de justice de la Communauté andine en interprétant l'art. 27 de l'*Accord sur les ADPIC*. Sur cette question, voir International Chamber of Commerce, *Current and Emerging Intellectual Property Issues for Business: A Roadmap for Business and Policy Makers*, Paris, International Chamber of Commerce,

gation d'accepter la brevetabilité des procédés inclut celle d'accepter la brevetabilité des nouvelles utilisations. C'est d'ailleurs l'approche retenue en droit américain et par un nombre croissant de pays : « The term "process" means process, art, or method, and includes a new use of a known process, machine, manufacture, composition of matter, or material »¹²⁰.

Les traités bilatéraux n'ont pas résolu cette ambiguïté avant 2004¹²¹. On ne peut expliquer avec assurance pourquoi tous les traités bilatéraux ne précisent pas explicitement que les nouvelles utilisations de produits connus peuvent constituer des inventions brevetables. Cette question aurait-elle provoqué une opposition ferme de la part des partenaires commerciaux des États-Unis ? Est-ce plutôt les négociateurs américains qui n'ont pas jugé nécessaire de clarifier cet élément ? À tout le moins, on peut remarquer que, même aux États-Unis, la brevetabilité des inventions d'utilisation demeure relative. Une revendication sur une nouvelle utilisation sera acceptée si cette utilisation est un procédé, c'est-à-dire qu'elle consiste en une série d'étapes distinctes produisant un résultat donné. Par contre, une revendication qui consisterait à un simple énoncé de l'usage d'un produit, sans indication des étapes successives du processus de transformation, ne serait pas recevable parce qu'il ne s'agirait pas d'un procédé.

Les traités signés en 2004 avec l'Australie, le Maroc et le Bahreïn sont plus précis sur la brevetabilité des nouvelles utilisations de produits connus : « The Parties confirm that patents shall be available for any new uses or methods of using a known product »¹²². Les traités conclus avec le Maroc et avec le Bahreïn franchissent même un pas supplémentaire. On y prévoit que la brevetabilité des nouvelles utilisations de produits connus inclut celles des « new uses of a known product for the

6^e éd., 2005, p. 20, en ligne : ICC <http://www.iccwbo.org/home/intellectual_property/current_emerging/preface.asp> (date d'accès : 31 mars 2006).

¹²⁰ 35 U.S.C. § 100(b); WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 105; KANTOR, p. 7.

¹²¹ Cependant, le *Memorandum of Understanding* signé avec le Pérou en 1997 précise que le Pérou doit ajouter à l'art. 43 du décret législatif 823 que « a different use from that found in the state of art will be the object of a new patent if it complies with the requirements established in Art. 22 [...] ». *MOU États-Unis – Pérou*, art. 4.

¹²² *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.1.

treatment of humans and animals»¹²³. Cette précision peut sembler étrange lorsqu'on sait que la discrimination entre les domaines technologiques est de toute façon interdite par l'*Accord sur les ADPIC*.

Tableau 25 : Trois dispositions relatives à l'objet de la protection

	Les logiciels et les programmes informatiques	Les méthodes commerciales sont brevetables	Les nouvelles utilisations de produits connus sont brevetables	Les secondes applications thérapeutiques sont brevetables
ADPIC				
Jamaïque				
Lituanie				
Lettonie				
Trinité-et-Tobago				
Cambodge				
Laos				
Nicaragua				
Viêt Nam				
Jordanie	√	√		
Singapour				
Chili				
Amérique centrale				
Australie			√	
Maroc			√	√
Bahreïn			√	√

¹²³ *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.2.

Néanmoins, plusieurs pays, incluant jusqu'à récemment le Maroc, excluent de la brevetabilité les secondes applications thérapeutiques¹²⁴. La doctrine n'explique pas avec assurance la logique inhérente à cette exclusion, qui est parfois simplement présentée comme une règle de droit désuète¹²⁵. Elle est du moins absente du droit américain. On peut penser que l'expression «new uses of a known product for the treatment of humans and animals» couvre les premières applications thérapeutiques de même que celles qui les suivront. Si tel est le cas, les récents traités de libre-échange imposent non seulement la brevetabilité des nouvelles utilisations de produits connus, mais également celles des secondes applications thérapeutiques, conformément au modèle américain.

Les traités conclus avec l'Australie, le Maroc et la Bahreïn constitueront sans doute un modèle pour les traités subséquents, l'administration américaine recherchant une constance. Une fois qu'une nouvelle norme est adoptée dans un traité, elle est généralement maintenue dans les traités subséquents. Les précédents conclus avec l'Australie, le Maroc et le Bahreïn serviront ainsi de leviers pour le traité en négociation avec les pays de la Communauté andine, qui, pour l'instant, n'acceptent pas la brevetabilité des nouvelles utilisations¹²⁶.

§ 2. Des précisions sur les conditions de fond à la brevetabilité

L'*Accord sur les ADPIC* et les traités bilatéraux fixent trois conditions à la brevetabilité : la nouveauté, l'activité inventive et l'applica-

¹²⁴ Phil THORPE, *Study on the Implementation of the TRIPs Agreement by Developing Countries*, Commission on Intellectual Property Rights Study Paper 7, IPR Commission, 2002, p. 30, en ligne : IPR Commission <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study_papers/sp7_thorpe_study.pdf> (date d'accès : 30 mars 2006).

¹²⁵ GRUBB, p. 219 ; Bérangère GLEIZE et Stéphanie LACOUR, « Une illustration singulière : La seconde application thérapeutique », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, sous la dir. de Michel VIVANT, Paris, Dalloz, 2004.

¹²⁶ Andean Court of Justice, *Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú, alegando incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 16 de la Decisión 344 de la Comisión; así como de la Resolución 406 de la Secretaría General*, Decisión 89-AI-2000, 2000, en ligne : Tribunal Andino <<http://www.tribunalandino.org.ec/AINCUMP/AI2001/89-AI-2000.htm>> (date d'accès : 2 avril 2006).

tion industrielle. Dans plusieurs traités bilatéraux, ces conditions ne sont pas définies autrement que par des synonymes: «Les expressions “activité inventive” et “susceptible d’application industrielle” pourront être considérées par un Membre comme synonymes, respectivement, des termes “non évidente” et “utile”»¹²⁷. Mais d’autres traités vont plus loin et précisent les conditions à la brevetabilité. Ils assouplissent la condition de nouveauté pour protéger des inventions existantes (A), prévoient un délai de grâce de douze mois pour les inventeurs (B) et redéfinissent l’application industrielle (C). Dans tous les cas, ils orientent les droits étrangers vers le modèle américain.

A. LA NOUVEAUTÉ IGNORÉE DANS LE RÉGIME TRANSITOIRE

Au chapitre précédent, nous avons souligné qu’aucun traité bilatéral n’impose une définition de la nouveauté, ce qui permet aux États-Unis de maintenir plusieurs mesures qui irritent les déposants étrangers. Si les traités bilatéraux ne fixent pas de définition commune, certains imposent néanmoins aux partenaires de considérer qu’une invention est nouvelle alors qu’elle ne l’est pas. En effet, quatre traités bilatéraux prévoient un régime transitoire au cours duquel les partenaires doivent protéger des inventions qui sont brevetées aux États-Unis mais qui ont été divulguées plusieurs années avant la conclusion du traité:

*«If a Party has not made available patent protection for products subject to a regulatory review period prior to its commercial marketing or use commensurate with section 1 as of seventeen years prior to the date of this Agreement, that Party shall provide to the inventor of any such product or its assignee the means to obtain product patent protection or equivalent protection for such product for the unexpired term of the patent for such product granted in [the United States]»*¹²⁸.

¹²⁷ Ces synonymes sont, en fait, les termes équivalents utilisés en droit américain. Seul le traité conclu avec la Lettonie ajoute «possessing invention level», utilisé en droit letton, comme synonyme à l’expression *activité inventive*. La version électronique du traité conclu avec Trinité-et-Tobago utilise l’expression «inventive steel» au lieu d’«inventive steep», mais il s’agit sans aucun doute d’une coquille: les négociateurs voulant parler de saut inventif et non d’acier inventif!

¹²⁸ *Accord de commerce États-Unis – Laos*, art. 18.2. Voir équivalent dans l’*Accord de commerce États-Unis – Lettonie*, art. 6.5 et *Accord de commerce États-Unis – Cambodge*, art. 18.5; *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Nicaragua*, art. 7.3.

En somme, les partenaires des États-Unis doivent protéger des inventions dont la demande de brevet aurait été rejetée si elle avait été déposée en même temps qu'aux États-Unis et qui serait toujours rejetée parce qu'elle ne satisferait pas à la condition de nouveauté. Il ne s'agit pas d'une protection rétroactive puisque les droits conférés ne permettent pas de s'opposer à des actes commis avant l'entrée en vigueur du traité bilatéral. Il s'agit plutôt d'une forme d'extension à l'étranger des droits conférés antérieurement par un brevet américain. Parce que la condition de nouveauté doit être ignorée, les traités bilatéraux permettent que l'invention ne soit pas protégée par un brevet mais par une protection équivalente. Il n'est demeuré pas moins que cette disposition est particulièrement révélatrice de l'orientation des traités bilatéraux. Non seulement le droit américain des brevets est-il exporté, mais la protection conférée à certaines inventions l'est également !

B. LE DÉLAI DE GRÂCE

Les États-Unis offrent aux inventeurs un tel délai de grâce de douze mois précédant le dépôt de la demande de brevet¹²⁹. Au cours de ce délai, un inventeur peut utiliser, vendre et divulguer son invention sans qu'elle perde son caractère nouveau et l'activité inventive inhérente. Ce délai permet à l'inventeur de rechercher un financement ou de tester la commercialisation de son invention avant d'entamer les démarches de demande de brevet.

Puisque plusieurs pays n'offrent pas de délai de grâce, un inventeur américain qui souhaite obtenir une protection à l'étranger ne peut profiter du délai de grâce offert par le régime américain et doit publier son invention seulement après avoir déposé une première demande de brevet. Ainsi la technique de recombinaison génétique développée par Stanley Cohen et Hebert Boyer a été publiée avant d'être brevetée et les inventeurs n'ont pu obtenir de brevet qu'aux États-Unis¹³⁰. Par conséquent, pour que le délai de grâce prévu en droit américain soit effectif, les États-Unis doivent exporter cette norme à l'étranger. L'industrie

¹²⁹ 35 U.S.C. § 102(b).

¹³⁰ GRUBB, p. 233.

n'est pas sans l'avoir remarqué et considère que tous les traités de libre-échange devraient prévoir une telle disposition ¹³¹.

Les traités de libre-échange signés avec le Chili, les pays d'Amérique centrale, l'Australie, le Maroc et le Bahreïn répondent à cette réclamation et fixent un délai de grâce qui doit être pris en compte dans l'appréciation de la nouveauté et de l'activité inventive :

«Neither Party shall use a public disclosure to bar patentability based upon a lack of novelty or inventive step if the public disclosure (a) was made or authorized by, or derived from, the patent applicant and (b) occurs within 12 months prior to the date of filing of the application in the Party» ¹³².

L'Australie ¹³³, le Bahreïn ¹³⁴ et El Salvador ¹³⁵ prévoyaient déjà un délai de grâce, mais le Chili, le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras, le Maroc, le Nicaragua et la République dominicaine devront intégrer cette norme dans leur législation.

Néanmoins, tel qu'il est libellé, cet article ne reflète pas entièrement le droit américain. Dans le système américain du brevet au premier inventeur, la période de grâce est un délai durant lequel toutes les divulgations, qu'elles viennent de l'inventeur ou non, ne sont pas destructrices de nouveauté ¹³⁶. Le délai de grâce prévu dans les traités bilatéraux reflète davantage le droit australien, par exemple, pour lequel le délai de grâce ne couvre que les divulgations dérivées du déposant ¹³⁷. Cette précaution est nécessaire pour éviter qu'un déposant ne s'approprie l'in-

¹³¹ Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters (IFAC-3), *The U.S.-Singapore Free Trade Agreement – Intellectual Property Provisions*, Rapport du Comité consultatif sur la propriété intellectuelle au Président, au Congrès et au USTR, 28 février 2003, p. 13, en ligne: USTR <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Reports/asset_upload_file273_3234.pdf?ht=> (date d'accès: 3 avril 2006).

¹³² *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.9.7; *CAFTA-DR*, art. 15.9.7, *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.9; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.8; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.8.

¹³³ Australie, *Patents Act*, No. 83, 30 octobre 1990, art. 24. (ci-après: *Australia Patents Act 1990*).

¹³⁴ *GCC Patent Regulation*, art. 2.2.

¹³⁵ El Salvador, *Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual*, Decreto No. 604, Diario Oficial 150 vol. 320, 16 août 1993, art. 113.

¹³⁶ Martin J. ADELMAN, « The United States' So-Called "Grace Period" », *CASRIP Symposium Publication Series*, no. 6, juillet 2001, p. 257-259.

¹³⁷ *Australia Patents Act 1990*, art. 24.

vention d'un tiers mais elle est inutile aux États-Unis puisque le droit prévoit déjà que les brevets ne peuvent être conférés qu'à l'inventeur ¹³⁸.

Tableau 26 : Conditions de fond de brevetabilité

	Régime transitoire ignorant la condition de nouveauté pour des inventions déjà divulguées	Délai de grâce de douze mois durant lequel la divulgation d'une invention n'est pas destructrice de sa nouveauté et de l'activité inventive qu'elle implique	La condition d'application industrielle est satisfaite si l'invention a une utilité spécifique, substantielle et crédible
ADPIC			
Jamaïque			
Lituanie			
Lettonie	√		
Trinité-et-Tobago			
Cambodge	√		
Laos	√		
Nicaragua	√		
Viêt Nam			
Jordanie			
Singapour			
Chili		√	
Amérique centrale		√	√
Australie		√	√
Maroc		√	√
Bahreïn		√	

¹³⁸ 35 U.S.C. § 102(f): «A person shall be entitled to a patent unless [...] he did not himself invent the subject matter sought to be patented»

Le projet de *Traité sur le droit matériel des brevets* et celui de la ZLÉA contiennent des propositions sur le délai de grâce¹³⁹. Même si les États-Unis réussissent à convaincre les autres délégations d'adopter le délai de grâce, plusieurs modalités complémentaires devront être négociées. Par exemple, s'agira-t-il d'un délai de six mois comme au Japon ou de douze mois comme aux États-Unis? Ou encore, ce délai de grâce vise-t-il toutes les divulgations ou uniquement celles qui dérivent du déposant? Par leurs traités bilatéraux, l'administration américaine affiche ses préférences et constitue un groupe d'alliés à l'OMPI et dans la ZLÉA.

C. LA DÉFINITION DE L'APPLICATION INDUSTRIELLE

L'établissement d'un régime transitoire pour les inventions déjà divulguées et l'ajout d'un délai de grâce affectent l'appréciation de la condition de la nouveauté et celle de l'activité inventive. Mais aucune de ces deux conditions n'est véritablement définie. Celle de l'application industrielle, par contre, est précisée dans certains traités bilatéraux. En effet, les traités de libre-échange signés avec les pays d'Amérique centrale, l'Australie et le Maroc la définissent: «Each Party shall provide that a claimed invention is industrially applicable if it has a specific, substantial, and credible utility»¹⁴⁰.

La jurisprudence américaine interprète habituellement le concept d'utilité avec plus de laxisme: «All that the law requires is that the invention should not be frivolous or injurious to the well-being, good policy, or sound morals of society»¹⁴¹. En comparaison, l'exigence de «specific, substantial, and credible utility» est plus restrictive et risque de fermer la porte de la brevetabilité à plusieurs inventions, particu-

¹³⁹ *Projet ZLÉA*, chap. XX, sec. B.2(e), art. 2. et OMPI, Comité permanent du droit des brevets, *Projet de Traité sur le droit matériel des brevets*, Doc. No. SCP/10/2, 30 septembre 2003, Genève, OMPI, art. 9, en ligne: OMPI <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/fr/scp_10/scp_10_2.pdf> (date d'accès: 3 avril 2006).

¹⁴⁰ *CAFTA-DR*, art. 15.1.10; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.13; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.10.11(b).

¹⁴¹ *Lowell c. Lewis*, 15 F.Cas. 1018 (Cir. Ct. D. Mass., 1817).

lièrement dans le domaine de la biotechnologie¹⁴². En ce sens, elle est sans doute plus acceptable pour les pays en développement, généralement en faveur d'une limitation du domaine des brevets, que l'interprétation classique de la jurisprudence américaine.

Néanmoins, cette définition est tirée du système américain puisqu'elle se trouve dans les *Utility Examination Guidelines* adoptées le 5 janvier 2001 par le USPTO. Il ne s'agit pas d'une définition prévue dans la loi ou élaborée par la jurisprudence américaine mais uniquement d'une directive administrative à l'intention des examinateurs qui approuvent ou rejettent les demandes de brevet¹⁴³. En somme, les derniers traités de libre-échange propulsent cette définition dans le droit international sans même passer par le droit national !

Par ailleurs, cette définition doit être lue à la lumière des négociations multilatérales conduites à l'OMPI puisque, depuis quelques années, les négociateurs du projet de *Traité sur le droit matériel des brevets* débattent d'une définition harmonisée de l'application industrielle. Lors de leur réunion de mai 2003, trois options furent retenues :

(4) « [Industrial Applicability/Utility] A claimed invention shall be industrially applicable (useful). It shall be considered industrially applicable (useful) if it

[Alternative A] can be made or used for exploitation in any field of [commercial] [economic] activity

[Alternative B] can be made or used in any kind of industry. "Industry" shall be understood in its broadest sense, ~~and shall not be limited to industry and commerce proper, but include agricultural and extractive industries as in the Paris Convention.~~

¹⁴² Dans ce domaine, les innovations qui résultent de la recherche fondamentale menée dans les universités n'ont bien souvent pas d'application industrielle connue. Plusieurs innovations biotechnologiques ont des fonctions qui sont déduites par statistiques, simulations, analogies ou extrapolations mais qui ne reposent sur aucune démonstration empirique. Mary Breen SMITH, « An End to Gene Patents? The Human Genome Project Versus the United States Patent and Trademark Office's 1999 Utility Guidelines », *Colorado Law Review*, vol. 73, 2002, p. 747-785.

¹⁴³ La directive en question précise elle-même : « The Guidelines do not constitute substantive rulemaking and hence do not have the force and effect of law ». United States Patents and Trademark Office, « Guidelines for Examination of Patent Application Under 35 U.S.C. § 112 – "Written Description" Requirement », *Federal Register*, vol. 66, n° 4, 5 janvier 2001, en ligne : USPTO <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/notices/writdesguide.pdf>> (date d'accès : 2 avril 2006).

[Alternative C] has a specific, substantial and credible utility »¹⁴⁴.

La première option vise à fournir une définition unique pour les concepts d'application industrielle et d'utilité; la deuxième s'inspire de l'article 33(4) du *Traité de coopération en matière de brevets*; et la troisième est tirée de *Utility Examination Guidelines* du USPTO. Or, la définition retenue par le USPTO est unique au système américain et seule une minorité de pays membres de l'OMPI retient le critère de l'utilité plutôt que celui de l'application industrielle¹⁴⁵. Ainsi, en exportant leur propre définition dans un traité bilatéral, les États-Unis s'assurent la collaboration d'un minimum de pays alliés dans leurs négociations multilatérales à l'OMPI.

§ 3. Des précisions sur la condition de divulgation

Jusqu'à récemment, les traités bilatéraux n'abordaient pas les questions relatives à la divulgation de l'invention. Ils se concentraient plutôt sur les droits conférés aux inventeurs et négligeaient ce que les tenants de la théorie du contrat social considèrent comme la contrepartie de ces droits, c'est-à-dire l'obligation de divulguer l'invention de façon suffisante pour qu'une personne du métier puisse la reproduire. Cette incomplétude est certes révélatrice de l'objectif des traités bilatéraux – protéger les droits des inventeurs – mais n'est pas surprenante pour autant. Comme il a déjà été signalé, aucun traité bilatéral ne reproduit l'article 7 de l'*Accord sur les ADPIC*, lequel précise que les droits de propriété intellectuelle doivent être « à l'avantage mutuel de ceux 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 ».

Les traités bilatéraux les plus récents, signés avec les pays d'Amérique centrale, l'Australie, le Maroc et le Bahreïn, font exception. Après

¹⁴⁴ OMPI, Comité permanent du droit des brevets, *Projet de Traité sur le droit matériel des brevets*, art. 12.

¹⁴⁵ UNICE, AIPLA, JIPA et IPO. *Resolution for a Path Forward in WIPO Harmonization Talks From the Industry Trilateral*, non daté, en ligne: <http://listbox.wipo.int/wilma/scp-eforum/2004/msg00000/Unice_JIPA_IPO_AIPLA.pdf> (date d'accès: 3 avril 2006).

avoir été négligées pendant près de dix ans, les dispositions sur la divulgation réapparaissent enfin, sensiblement transformées. Pour l'administration américaine, cette réintroduction au niveau bilatéral permet de promouvoir le modèle du droit américain (A) ou les nouvelles politiques américaines (B). Cette réintroduction permet également d'étouffer dans l'œuf la position d'un nombre croissant de pays voulant créer une synergie entre la condition de divulgation et la mise en œuvre de la *Convention sur la diversité biologique* (C).

A. L'EXPORTATION DU DROIT AMÉRICAIN

La disposition relative à la divulgation prévue dans les traités signés avec les pays d'Amérique centrale, l'Australie, le Maroc et le Bahreïn s'écarte du modèle de l'*Accord sur les ADPIC*. Ce dernier prévoit que : « An applicant for a patent shall disclose the invention in a manner sufficiently clear and complete for the invention to be carried out by a person skilled in the art... »¹⁴⁶. En comparaison, les derniers traités bilatéraux disposent que : « A disclosure of a claimed invention is considered sufficiently clear and complete if it provides information that allows the invention to be made and used by a person skilled in the art, without undue experimentation... »¹⁴⁷.

Une première distinction porte sur le remplacement du verbe *to carry out* par *to make* et *to use*. Le professeur Daniel Gervais, qui suivit de près les négociations de l'*Accord sur les ADPIC*, avance que le verbe *to carry out* a été préféré à *to put into practice* ou *to work* parce qu'il était davantage compatible avec les pratiques en usage dans les pays membres de l'OMC¹⁴⁸. En revanche, les verbes *to make* et *to use* sont directement importés de l'exigence d'habilitation (*enablement requirement*) prévue dans la loi américaine¹⁴⁹. Bien qu'ils correspondent eux

¹⁴⁶ *Accord sur les ADPIC*, art. 29.

¹⁴⁷ *CAFTA-DR*, art. 15.9.9; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.10.12; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.13; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.10.

¹⁴⁸ GERVAIS, *The TRIPs Agreement*, p. 239.

¹⁴⁹ 35 U.S.C. § 112.

aussi à la pratique de la majorité des pays, ils nous semblent plus précis que le verbe *to carry out*¹⁵⁰.

Une distinction plus significative est l'ajout du segment «without undue experimentation». Cette notion d'expérimentation excessive a été développée par la jurisprudence américaine¹⁵¹. En droit américain, une demande de brevet ne peut pas être rejetée parce que l'exécution de l'invention requiert une expérimentation, mais seulement si cette expérimentation est excessive pour une personne du métier. Or, cette notion était jusqu'alors absente du droit international des brevets.

En plus de l'exigence d'habilitation, les traités conclus avec les pays d'Amérique centrale, l'Australie et le Bahreïn reproduisent l'exigence de description écrite du droit américain (*written description requirement*): «Each Party shall provide that a claimed invention is sufficiently supported by its disclosure if the disclosure reasonably conveys to a person skilled in the art that the applicant was in possession of the claimed invention, as of the filing date»¹⁵². Aux États-Unis, pour qu'une revendication soit valide, la description doit démontrer que le déposant maîtrisait l'invention au moment du dépôt de la demande. Cette exigence de description écrite, qui s'appuie sur le premier segment de l'article 112 de la loi américaine, a été reconnue plusieurs fois par sa jurisprudence¹⁵³ et a récemment été introduite dans le *Guidelines for Examination of Patent Application*¹⁵⁴. Il s'agit donc, encore une fois, d'un élément du droit américain exporté par le biais de traités bilatéraux.

¹⁵⁰ La *Biotechnology Industry Organization* semble d'ailleurs indifférente à l'emploi d'une formule particulière: «With respect to enablement, BIO can support either the new treaty or old treaty formulation». Lettre de Carl FELDBAUM à Nicholas GODICI, p. 8.

¹⁵¹ *In re Wands*, 858 F.2d 731 (1988).

¹⁵² CAFTA-DR, art. 15.9.10; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 14.9.11, *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.11.

¹⁵³ *Regents of the University of California c. Eli Lilly & Co*, *United States Court of Appeals*, 119 F.3d 1559, 43 USPQ ed 1398 (Fed. Cir. 1997).

¹⁵⁴ United States Patents and Trademark Office, «Guidelines for Examination of Patent Application Under 35 U.S.C. § 112 – “Written Description” Requirement».

Tableau 27 : L'exigence de divulgation suffisante

	La divulgation doit permettre de fabriquer et d'exploiter l'invention sans expérimentation excessive	La divulgation doit démontrer que le déposant possède l'invention revendiquée	Il est interdit d'exiger la divulgation de la meilleure exécution
ADPIC			
Jamaïque			
Lituanie			
Lettonie			
Trinité-et-Tobago			
Cambodge			
Laos			
Nicaragua			
Viêt Nam			
Jordanie			
Singapour			
Chili			
Amérique centrale	√	√	√
Australie	√	√	√
Maroc	√	√	√
Bahreïn	√	√	√

L'exportation de l'exigence de description écrite est toutefois une exportation partielle. En effet, depuis l'affaire *Eli Lilly* en 1997¹⁵⁵, le niveau de description nécessaire pour démontrer qu'un déposant

¹⁵⁵ *Regents of the University of California c. Eli Lilly & Co*, 119 F.3d 1559, 43 USPQ ed 1398 (Fed. Cir. 1997).

maîtrisait l'invention au moment du dépôt de la demande suscite une vive controverse. Auparavant, le USPTO acceptait des revendications relativement vagues et englobantes¹⁵⁶. Mais cette décision fit date en rejetant une revendication portant sur un ADN codant de l'insuline pour tous les mammifères, alors que la description ne portait que sur un ADN codant de l'insuline de rat : « An adequate written description of a DNA requires a precise definition such as by structure, formula, chemical name or physical properties, not a mere wish or plan for obtaining the claimed chemical invention ». Les récents traités bilatéraux contournent cette controverse et se contentent de reproduire le principe général de l'exigence américaine de la description écrite.

B. L'EXPORTATION D'UNE POLITIQUE AMÉRICAINE

Aux côtés de l'exigence d'habilitation et de la description écrite, la doctrine américaine dégage une troisième condition pour que la divulgation soit considérée comme suffisante¹⁵⁷, soit l'exigence de la meilleure exécution (*best mode requirement*) : « The specification shall [...] set forth the best mode contemplated by the inventor of carrying out his invention »¹⁵⁸. Cette condition est une appréciation subjective qui consiste à exiger de l'inventeur qu'il divulgue ce qu'il considère comme la meilleure façon d'exécuter l'invention au moment du dépôt de demande de brevet.

L'*Accord sur les ADPIC* autorise expressément cette exigence. Toutefois, aucun traité bilatéral ne l'a reproduite. Plus encore, les traités signés avec les pays d'Amérique centrale, l'Australie, le Maroc et le Bahreïn laissent entendre qu'une exigence de la meilleure exécution serait interdite. En effet, contrairement à l'*Accord sur les ADPIC* qui pose le principe de la divulgation suffisante, ces traités en fixent les limites en définissant ce qui constitue une divulgation suffisante¹⁵⁹. Faut-il déduire qu'un pays signataire ne peut pas exiger que le déposant

¹⁵⁶ GRUBB, p. 237.

¹⁵⁷ ADELMAN *et al.*, p. 438.

¹⁵⁸ 35 U.S.C. § 112. Il s'agit d'une spécificité du droit américain qui est partagée notamment par l'Australie. Voir Australie, *Patents Act of 1952*, non catalogué, sec. 40.1(a).

¹⁵⁹ CAFTA-DR, art. 15.9.9; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.10; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.11; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.10.

précise la meilleure façon d'exécuter son invention pour que la divulgation soit considérée comme suffisante ? Les États-Unis auraient-ils signé des traités qui prohibent une exigence du droit américain ?

Du moins, la suppression de l'exigence de la meilleure exécution correspondrait aux vœux de plusieurs entreprises américaines. Sans cette spécificité, ces entreprises pourraient garder secrètes les informations relatives à la meilleure façon de mettre en œuvre l'invention. Ainsi, dans une lettre adressée au directeur du USPTO, la *Biotechnology Industry Organization* se dit fermement opposée à toutes dispositions d'un traité international qui autoriserait les États-Unis à maintenir l'exigence de la meilleure exécution¹⁶⁰. De même, le *Advisory Commission on Patent Law Reform* a recommandé, dans un rapport déposé au secrétaire responsable du USPTO, de supprimer cette exigence de la loi américaine¹⁶¹. Nul doute que l'administration américaine n'est pas restée sourde à ces réclamations. Il n'est pas exclu qu'elle ait décidé d'interdire l'exigence de la meilleure exécution dans les traités de libre-échange de façon à inciter le Congrès à amender la loi sur les brevets. L'interdiction de l'exigence de la meilleure exécution viserait davantage la promotion d'une nouvelle législation aux États-Unis plutôt que l'exportation de règles de droit américain à l'étranger.

D'un autre côté, les lois de mise en œuvre des traités de libre-échange adoptées par le Congrès prévoient que les dispositions contraires au droit américain sont exclues de la mise en œuvre et n'ont pas force de loi aux États-Unis¹⁶². L'administration américaine ne peut donc pas court-circuiter le Congrès dans son rôle législatif. Néanmoins, l'interdiction de l'exigence de la meilleure exécution permet aux partenaires commer-

¹⁶⁰ Lettre de Carl FELDBAUM à Nicholas GODICI, p. 9.

¹⁶¹ Advisory Commission on Patent Law Reform, *Report to the Secretary of Commerce*, Washington, The Commission, août 1992.

¹⁶² *United States-Morocco Free Trade Agreement Implementation Act*, Pub. L. 108-302, § 102(a), 118 Stat. 1103 (2004). Dans une affaire récente concernant les droits d'auteur, le gouvernement américain a plaidé devant la Cour Suprême des États-Unis que la Cour devait interpréter la loi américaine de façon à éviter une violation aux engagements internationaux des États-Unis. Plusieurs spécialistes s'inquiétèrent que l'exécutif puisse ainsi s'immiscer dans le domaine du législatif par le biais détourné des relations internationales. La Cour Suprême a rejeté cet argument du gouvernement américain. *Quality King Distributors c. L'Anza Research International*, 523 U.S. 135 (1998).

ciaux des États-Unis de contester la loi américaine dans une procédure d'arbitrage, ce qui peut être suffisant pour inciter le Congrès à modifier la loi américaine. Sous cette perspective, les traités bilatéraux peuvent servir de courroie entre l'exécutif et le législatif américain.

C. UN FREIN À UNE POLITIQUE ENVIRONNEMENTALE

L'exigence de divulgation prévue dans les traités signés avec les pays d'Amérique centrale, l'Australie, le Maroc et le Bahreïn doit également être mise en perspective avec une politique environnementale émergente dans le régime international des brevets¹⁶³. Celle-ci consiste à imposer aux déposants la divulgation de l'origine des intrants génétiques qui ont servi à développer leur invention. Cette divulgation permettrait d'assurer un suivi sur la mise en œuvre de la *Convention sur la diversité biologique* et plus particulièrement de son objectif sur le partage juste et équitable des avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques. L'idée sous-jacente est que, si les utilisateurs de ressources génétiques divulguent dans leurs demandes de brevets l'origine des intrants génétiques de leur invention, la communauté internationale pourrait plus facilement vérifier que ces utilisateurs ont bel et bien partagé avec leurs fournisseurs les avantages qu'ils en ont tirés, tel que l'exige la *Convention sur la diversité biologique*¹⁶⁴.

Un nombre croissant de pays se sont prononcés en faveur de cette proposition¹⁶⁵. Parmi eux, le Costa Rica, un des principaux pays fournisseurs de ressources génétiques, a été un des premiers à exiger des déposants qu'ils fournissent un certificat sur l'origine des ressources génétiques¹⁶⁶. Plus récemment, des pays utilisateurs de ressources génétiques envisageaient sérieusement cette proposition. Le Parlement européen, par exemple, considère, dans le préambule de la Directive 98/44/CE que «si une invention porte sur une matière biologique d'origine végétale ou animale [...], la demande de brevet devrait, le cas

¹⁶³ MORIN, « Une réplique du Sud ».

¹⁶⁴ *Convention sur la diversité biologique*, art. 15.7.

¹⁶⁵ MORIN, « La divulgation ».

¹⁶⁶ Costa Rica, *Ley de biodiversidad*, art. 80.

échéant, comporter une information concernant le lieu géographique d'origine de cette matière... »¹⁶⁷.

La divulgation de l'origine des ressources génétiques est débattue à l'échelle nationale et internationale. Dans le cadre de la *Convention sur la diversité biologique*, la Conférence des Parties a officiellement encouragé la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevets¹⁶⁸. De plus, la Suisse s'est récemment prononcée en faveur d'une modification du règlement d'exécution du *Traité de coopération en matière de brevets*¹⁶⁹. À l'OMC, plusieurs pays en développement ont proposé d'amender l'*Accord sur les ADPIC* pour inclure « a legally binding obligation to disclose the source and country of origin of biological resource and/or traditional knowledge »¹⁷⁰.

Les États-Unis demeurent fermement opposés à cette approche environnementale du droit des brevets. Dans une communication transmise à l'OMC, la délégation américaine a sévèrement condamné l'idée d'imposer la divulgation de l'origine des ressources génétiques :

« Such a system would be an extremely ineffective way for countries that are the source of genetic resources or traditional knowledge [...] In addition, imposing additional requirements on all patent applicants only increases the cost of obtaining patents that would have a greater adverse effect on individual

¹⁶⁷ Parlement européen, *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, *Journal Officiel* L. 213, 30 juillet 1998, p. 0013-0021, considérant 27.

¹⁶⁸ Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, *Accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques*, partie C, para. 1-2.

¹⁶⁹ *Communication de la Suisse: L'article 27.3(b) La relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels*, OMC Doc. IP/C/W/400/Rev1, 18 juin 2003, en ligne: OMC <http://docs.online.wto.org/gen_search.asp>.

¹⁷⁰ *Submission from Brazil, India, Pakistan, Peru, Thailand and Venezuela, Elements of the Obligation to Disclose the Source and Country of Origin of Biological Resources and/or Traditional Knowledge Used in an Invention*, OMC Doc. IP/C/W/429, 21 septembre 2004; *Submission from Brazil, Cuba, Ecuador, India, Peru, Thailand and Venezuela, The Relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity*, OMC Doc. IP/C/W/420, 26 février 2004.

inventors, non-profit entities, and small and medium sized businesses, including those in developing countries »¹⁷¹.

Jusqu'à récemment, les États-Unis n'avaient pas traduit cette opposition par une interdiction d'imposer la divulgation de l'origine. Mais dans son rapport sur le traité singapourien rendu au USTR en février 2003, le *Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property* recommandait au USTR d'inclure dans tous les prochains traités bilatéraux une disposition qui fixerait l'article 29 de l'*Accord sur les ADPIC* comme plafond pour l'exigence de divulgation suffisante: «Such a provision would explicitly prohibit countries from imposing special disclosure requirements regarding the origin of genetic resources or comparable grounds that could be used as a basis either to refuse to grant the patent or to invalidate»¹⁷².

Cette proposition a été retenue dans les traités subséquents. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, les traités signés avec les pays d'Amérique centrale, l'Australie, le Maroc et le Bahreïn prévoient un plafond à la condition de divulgation suffisante: «A disclosure of a claimed invention is considered [...] complete if it provides information that allows the invention to be made and used by a person skilled in the art, without undue experimentation...»¹⁷³. Pour se conformer à son traité bilatéral avec les États-Unis, le Costa Rica devrait donc modifier sa législation qui soumet la délivrance d'un brevet au dépôt d'un certificat d'origine.

§ 4. Des références supplémentaires aux traités multilatéraux

Jusqu'à présent, l'analyse des dispositions relatives à la brevetabilité a mis en évidence l'existence d'une certaine relation entre le droit avancé par les traités bilatéraux et les négociations tenues dans le cadre

¹⁷¹ *Communication from United States, Review of the Provisions of Article 27.3(b)*, OMC Doc. IP/C/W/162, 29 octobre 1999, p. 6, en ligne: OMC <http://docsonline.wto.org/gen_search.asp>.

¹⁷² *Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters, Advisory Committee Report on the U.S.-Singapore Free Trade Agreement*, p. 10.

¹⁷³ *CAFTA-DR*, art. 15.9.9; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.10; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.11.

de forums multilatéraux, comme l'OMPI, l'OMC ou les Conférences des parties à la *Convention sur la diversité biologique*. Toutefois, cette relation était toujours indirecte, les traités bilatéraux devant servir tour à tour de points d'appui ou d'obstacles à des propositions multilatérales.

Cette fois, il s'agit d'analyser les relations directes entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux. En effet, plusieurs traités bilatéraux exigent des pays signataires qu'ils adhèrent aux traités multilatéraux qui n'étaient pas mentionnés dans l'*Accord sur les ADPIC*, comme le *Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets* (*Traité de Budapest*) (A), le *Traité de coopération en matière de brevets* (PCT) (B) et le *Traité sur les droits des brevets* (PLT) (C)¹⁷⁴.

A. LE TRAITÉ DE BUDAPEST

Pour obtenir un brevet, le déposant doit divulguer son invention de façon suffisante pour qu'elle puisse être répétée un nombre illimité de fois par une personne du métier. Or, une simple description écrite est généralement insuffisante pour qu'une personne du métier obtienne une invention biologique précise. Pour contourner ce problème, le USPTO a été le premier office de brevet à exiger le dépôt d'un échantillon du matériel biologique revendiqué¹⁷⁵. Depuis, plusieurs offices ont suivi le modèle américain.

Le dépôt d'échantillon de matériel biologique dans plusieurs pays peut être une procédure lourde et répétitive. Le *Traité du Budapest*, en vigueur depuis 1980, vise justement à limiter la multiplication des dépôts en établissant une certification internationale pour les collections de matériel biologique. Toutes les Parties au *Traité de Budapest* s'engagent à reconnaître qu'un dépôt dans l'une de ces collections inter-

¹⁷⁴ Plusieurs traités bilatéraux réfèrent également à la *Convention UIPOV*. Cette question sera abordée dans la section suivante.

¹⁷⁵ Marie-Catherine CHEMTOB et Alain GALLOCHAT, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*, Paris, TEC & DOC, 2004, p. 132. Il s'agit, en quelque sorte, d'un retour à la pratique du USPTO qui exigeait au XIX^e siècle le dépôt d'un prototype pour toutes les inventions revendiquées. Cette pratique fut abandonnée, en partie parce que le USPTO n'arrivait pas à gérer l'entreposage de toutes les inventions. Voir Kenneth W. DOBYNS, *A History of the Early Patent Offices: The Patent Office Pony*, Fredricksburg, Sergeant Kirkland's, 1997, p. 247.

nationales satisfait leur exigence de dépôt conformément à leur droit national sur les brevets.

Pendant plusieurs années, les Parties au *Traité de Budapest* furent presque exclusivement des pays membres de l'OCDE. Ainsi, de nombreux pays en développement maintenaient des procédures relativement lourdes pour le dépôt de micro-organismes. Dès lors, l'Union européenne et l'Association européenne de libre-échange ont demandé à leurs partenaires commerciaux, par le biais de leurs traités bilatéraux, d'adhérer au *Traité de Budapest*¹⁷⁶.

Récemment, les États-Unis ont repris cette idée européenne pour diffuser plus largement le *Traité de Budapest*. Le traité de libre-échange conclu avec la Jordanie impose à ce pays de reconnaître le mécanisme prévu dans le *Traité de Budapest*: «when it is not possible to provide a sufficient written description of the invention [...] each Party shall require a deposit with an international depository authority, as defined in the *Budapest Treaty*...»¹⁷⁷. Ce libellé n'impose pas à la Jordanie d'adhérer au *Traité de Budapest*, ce qu'elle n'a d'ailleurs toujours pas fait. Pour remédier à cette lacune, les États-Unis ont prévu, dans les traités signés avec le Maroc, l'Australie, la Bahreïn et les pays d'Amérique centrale, une adhésion obligatoire au *Traité de Budapest*¹⁷⁸.

L'adhésion au *Traité de Budapest* n'a pas d'effets directs sur l'élargissement du domaine des brevets. Ce n'est pas parce qu'un pays a ratifié ce traité qu'il doit obligatoirement accepter la brevetabilité des micro-organismes. De plus, les Parties au *Traité de Budapest* demeurent libres d'adopter une définition restrictive des micro-organismes puisque cette notion n'est pas définie dans le traité¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Voir par exemple *Accord de commerce EFTA – Macédoine*, annexe 5, art. 2.2 et *Traité d'association Europe-Maroc*, annexe 7, art. 1.

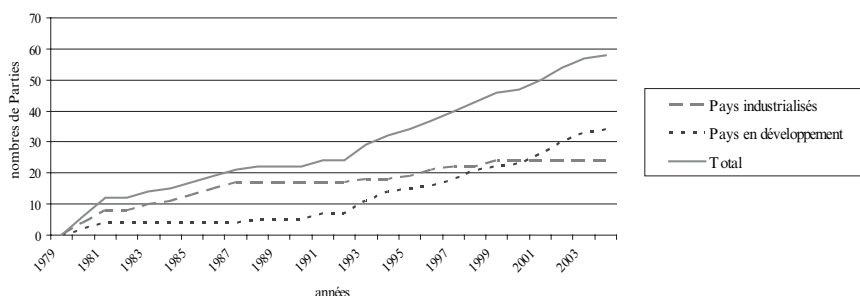
¹⁷⁷ *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 4.21.

¹⁷⁸ *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.1.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.1.2; *CAFTA-DR*, art. 15.1.3; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.1.2.

¹⁷⁹ Les États membres demeurent donc libres de préciser si les gènes, les lignées cellulaires, les plasmides, les cosmides, les virus, les enzymes ou les factions d'organismes vivants entrent dans la définition de micro-organismes. Voir Mike ADCOCK et Margaret LLEWELYN, *Micro-organisms, Definitions, and Options under TRIPs*, Genève, Quaker United Nations Office, 2000, en ligne: QUNO <<http://www.geneva.quno.info/pdf/OP2%20Adcock-Llewelyn%20PDF.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).

Par contre, l'adhésion au *Traité de Budapest* complète la norme prévue dans tous les traités bilatéraux sur la brevetabilité des micro-organismes. Un pays pourrait se conformer à cette norme mais exiger en même temps une description écrite de toutes les inventions revendiquées. Cette exigence de forme aurait comme conséquence « d'interdire de fait la brevetabilité de la plupart des inventions dues à l'ingénierie génétique »¹⁸⁰. En imposant l'adhésion au *Traité de Budapest* dans leurs traités bilatéraux, cette obstruction indirecte à la brevetabilité des micro-organismes est rendue difficilement justifiable.

Graphique 9: Nombre cumulé de pays en développement qui sont Parties au *Traité de Budapest*



Source : Site internet de l'OMPI, en ligne : http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty_id=7.

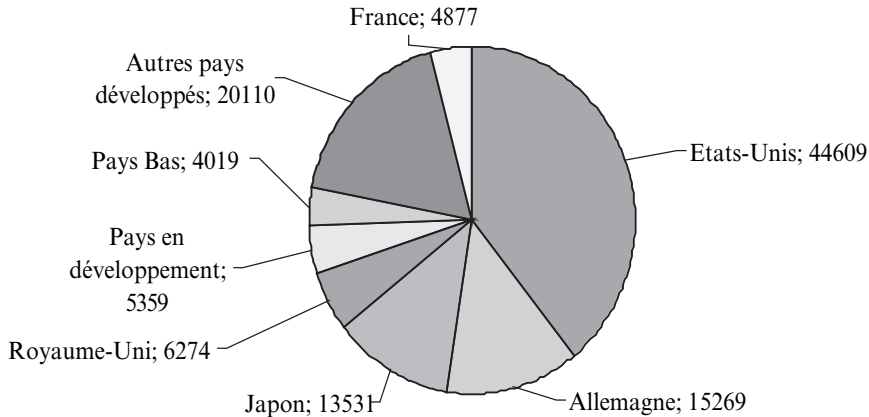
B. LE TRAITÉ DE COOPÉRATION EN MATIÈRE DE BREVETS

Le *Traité de coopération en matière de brevets* (PCT) occupe une place centrale dans la politique américaine sur le droit des brevets. Négocié à l'initiative des États-Unis et conclu à Washington le 19 juin 1970, il vise à simplifier les procédures lorsque les déposants souhaitent obtenir une protection dans plusieurs pays. Les procédures de demande, de recherche et de publication peuvent être internationalisées avant que les offices nationaux examinent et délivrent un brevet. Ainsi, les déposants bénéficient de délais supplémentaires avant d'engager des procédures nationales et d'une plus grande prévisibilité sur le traitement national de leur demande.

¹⁸⁰ GALLOUX, « L'impérialisme du brevet », p. 134.

L'Accord sur les ADPIC et les traités bilatéraux conclus avant 2003 n'engagent pas les parties à adhérer au PCT. Le premier traité bilatéral qui fait référence au PCT a été conclu avec la Jordanie en 2000, et il lui demande de s'efforcer d'y adhérer¹⁸¹. Puis, les traités postérieurs imposent directement l'adhésion au PCT¹⁸². Pour l'Australie, le Costa Rica, le Nicaragua le Maroc et Singapour, cet engagement ne représentait pas une concession significative puisqu'ils étaient déjà membres du PCT. Par contre, le Chili, le Bahreïn, la République dominicaine, le Salvador, le Honduras et le Guatemala devront adhérer au PCT.

Graphique 10: Nombre de demandes internationales de brevet en 2002 selon le pays d'origine du déposant



Source : OMPI, *Yearly Review of the PCT 2002*, <http://www.wipo.int/pct/en/activity/pct_2002.pdf>

Bien que le PCT simplifie les procédures pour les déposants des cent-vingt pays signataires, ce sont surtout les Américains qui en bénéficient. En effet, près de 40 % des demandes internationales proviennent de ce pays. Il n'est donc pas surprenant que le *Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters*

¹⁸¹ *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 4.2.

¹⁸² *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.1.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.1.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.1.2; *CAFTA-DR*, art. 15.1.3; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.1.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.1.2.

(IFAC-3) soit fort enthousiaste à propos de l'adhésion obligatoire du Chili au PCT :

*«Adherence to Chile to the PCT will provide numerous administrative benefits for US patent holders. For example, it will allow US patent holders to us the 30 month period following an initial filing in the US or in the European Patent Office before further action and fees are required in Chile. It will also allow patent holders to avoid complications from unique application requirements... »*¹⁸³.

L'enthousiasme du IFAC-3 sera sans doute accentué lorsque la réforme du PCT, entamée depuis octobre 2000, sera terminée. Dans le cadre de cette réforme, les États-Unis proposent un changement de cap majeur par rapport au traité actuel : « The system could move away from its current, non-binding patentability opinions and adopt procedures where substantive rights could eventually be granted via the PCT »¹⁸⁴. Par conséquent, l'adhésion obligatoire au PCT pourrait avoir, au terme de la réforme, non seulement des effets sur les conditions de forme mais également sur celle de fond à la brevetabilité. D'ici là, les États-Unis pourront sans doute compter sur l'appui des pays qui ont signé des traités bilatéraux dans les négociations sur la réforme du PCT.

C. LE TRAITÉ SUR LE DROIT DES BREVETS

Le *Traité sur le droit des brevets* (PLT) a été conclu à Genève en juin 2000. Il vise à harmoniser les procédures nationales relatives aux demandes, à l'obtention et au maintien de brevets. Parmi les dispositions les plus importantes, soulignons l'article 5 qui autorise les déposants à fournir relativement peu d'information pour obtenir plus rapidement une date de dépôt à leur demande de brevet :

« Une Partie contractante doit prévoir que la date de dépôt d'une demande est la date à laquelle son office a reçu tous les éléments suivants [...] i) l'indi-

¹⁸³ Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters, *S.-Singapore Free Trade Agreement – Intellectual Property Provisions*, 28 février 2003, p. 13.

¹⁸⁴ OMPI, International Patent Cooperation Union, *Reform of the Patent Cooperation Treaty*, Doc No. PCT/A/29/3, 18 août 2000, Genève, OMPI, en ligne : OMPI <http://www.wipo.int/documents/en/document/govbody/wo_pct/pdf/pct29_3.pdf> (date d'accès : 3 avril 2006).

cation explicite ou implicite selon laquelle les éléments sont censés constituer une demande [...] iii) une partie qui, à première vue, semble constituer une description »¹⁸⁵.

Comme le souligne le professeur Carlos Correa, « this provision may permit the deliberate submission of an application prior to the actual conception of an invention [...] as well as to subsequently introduce new, different or additional subject matter and claims while benefiting from an earlier filing date »¹⁸⁶. Les États-Unis, par exemple, prévoient depuis 1995 un système de demandes provisoires de brevet qui doivent par la suite être complétées¹⁸⁷. Ainsi, pour cette disposition comme pour la majorité des normes retenues dans le PLT, l'harmonisation des procédures s'est faite au niveau le plus favorable aux déposants.

On observe une gradation particulièrement intéressante dans les références au PLT prévues dans les traités bilatéraux. Le premier, celui conclu avec le Chili le 6 juin 2003 prévoit : « Each Party shall undertake reasonable efforts to ratify or accede to the [PLT] in a manner consistent with its domestic law »¹⁸⁸. Celui signé quelques mois plus tard avec les pays d'Amérique centrale reprend sensiblement le même libellé en supprimant toutefois la mention au droit national¹⁸⁹. Puis, le traité de libre-échange australien ne parle plus de « reasonable efforts to ratify » mais de « best efforts to comply with the provisions of the [PLT] »¹⁹⁰. Enfin, les traités conclus avec le Maroc le 2 mars 2004 et avec le Bahreïn le 14 septembre 2004, sont plus engageants : « Each Party shall make best efforts to ratify or accede to the [PLT] »¹⁹¹.

¹⁸⁵ *Traité sur le droit des brevets*, 1^{er} juin 2000, 39 I.L.M. 1047, art. 5.

¹⁸⁶ CORREA et MUSUNGU.

¹⁸⁷ 35 U.S.C. § 111 (b).

¹⁸⁸ *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.1.4.

¹⁸⁹ CAFTA-DR, art. 15.1.6.

¹⁹⁰ *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.1.4.

¹⁹¹ *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.1.3.

Tableau 28: Les dispositions référant à certains traités multilatéraux

	Adhésion au <i>Traité de Budapest</i>	Adhésion au PCT	Adhésion au <i>Traité sur le droit des brevets</i>
ADPIC			
Jamaïque			
Lituanie			
Lettonie			
Trinité-et-T.			
Cambodge			
Laos			
Nicaragua			
Viêt Nam			
Jordanie	Doit se conformer aux principales dispositions	Doit s'efforcer d'y adhérer	
Singapour		Obligatoire	
Chili		Obligatoire	Doit faire des efforts raisonnables pour y adhérer
Amérique c. et RD	Obligatoire	Obligatoire	Doit faire des efforts raisonnables pour y adhérer
Australie	Obligatoire	Obligatoire	Doit faire tout en son pouvoir pour se conformer à ses principales dispositions
Maroc	Obligatoire	Obligatoire	Doit fait tout en son pouvoir pour y adhérer
Bahreïn	Obligatoire	Obligatoire	Doit fait tout en son pouvoir pour y adhérer

Si aucun traité bilatéral n'impose simplement la ratification au PLT, c'est certainement parce que les États-Unis eux-mêmes, comme des dizaines d'autres signataires, ne l'ont pas encore ratifié. Plusieurs tardent à déposer leur instrument de ratification en raison des délais nécessaires pour adopter les modifications législatives qui rendront leur droit national conforme aux normes du PLT. Par ailleurs, ces délais rompent le *momentum* en faveur de ce traité et menacent sa diffusion multilatérale. Plus encore, alors que les traités bilatéraux ont été signés, le nombre minimal de Parties au PCT n'avait pas encore été atteint pour qu'il entre en vigueur¹⁹². Les références au PLT prévues dans les récents traités bilatéraux permettaient donc d'assurer non seulement la diffusion mais également l'entrée en vigueur de ce traité¹⁹³.

SECTION 2

Les exclusions retirées

L'*Accord sur les ADPIC* prévoit trois grandes exclusions à la brevetabilité. L'exclusion des inventions contraires à l'ordre public et à la moralité ainsi que l'exclusion pour les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales sont reproduites dans presque tous les traités bilatéraux¹⁹⁴. Par contre, la troisième exclusion, celle relative aux végétaux et aux animaux, est sensiblement modifiée. Il s'agit d'une de ses dispositions les plus controversées de l'*Accord sur les ADPIC*:

« Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité [...] les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les

¹⁹² Le PLT entrera « en vigueur trois mois après que dix instruments de ratification ou d'adhésion [auront] été déposés auprès du Directeur général par des États ». Voir *Traité sur le droit des brevets*, art. 21.1.

¹⁹³ Les traités bilatéraux prévoient une mesure équivalente dans leurs dispositions relatives aux droits d'auteur. En effet, plusieurs exigent la ratification du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* alors que ces traités n'étaient pas encore entrés en vigueur.

¹⁹⁴ Presque puisque certains traités bilatéraux traitent de questions spécifiques et ne couvrent pas l'ensemble des questions liées à la brevetabilité. Néanmoins aucun traité bilatéral n'interdit formellement ces deux exclusions.

procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoient la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC ».

La révision de cet article, prévue pour 1999, n'a jamais abouti à un amendement en raison des divergences trop importantes entre les membres de l'OMC. Certaines délégations, comme le Kenya, réclamaient l'abrogation pure et simple de cet article et considéraient que les matières biologiques devraient être exclues de la brevetabilité pour des raisons éthiques, environnementales et agricoles¹⁹⁵. À l'inverse, les États-Unis jugeaient qu'une telle exception était inutile et que toutes les matières biologiques devraient être brevetables afin de stimuler l'innovation biotechnologique¹⁹⁶. Partant de positions diamétralement opposées, les membres de l'OMC ont préféré garder cette boîte de Pandore fermée lors de la révision de 1999 et dans le cadre du cycle de Doha, afin d'éviter de faire échouer les négociations ou d'atteindre un compromis insatisfaisant. Néanmoins, la question de la brevetabilité du matériel biologique n'est pas complètement écartée de l'ordre du jour multilatéral. Cette question est fréquemment soulevée à l'OMPI dans le cadre de la négociation du *Traité sur le droit matériel des brevets*¹⁹⁷.

Dans ce contexte, les traités bilatéraux américains représentent pour les États-Unis l'occasion à la fois de sortir des débats sclérosés de l'OMC et de préparer les négociations du *Traité sur le droit matériel des brevets* à l'OMPI. Ils utilisent cette voie de négociation pour exporter leurs propres règles relatives à la protection des procédés essentiellement biologiques (§ 1), des plantes et les animaux (§ 2) et des variétés végétales (§ 3).

¹⁹⁵ *Communication du Kenya au nom du groupe africain, Examen des dispositions de l'article 27(3)(b).*

¹⁹⁶ OMC, Secrétariat, *Minutes of the Meeting of 27-30 November and 6 December 2000*, OMC Doc. IP/C/M/29, 6 mars 2001, para. 185.

¹⁹⁷ Voir par exemple: OMC, Conseil des ADPIC, Ordre du Jour de la réunion du 4 février 2004, OMC Doc. IP/C/M/42; OMPI, Comité permanent du droit des brevets, *Projet de Traité sur le droit matériel des brevets*.

§ 1. Les procédés biologiques

L'*Accord sur les ADPIC* et quelques traités bilatéraux prévoient une exception statutaire pour les procédés essentiellement biologiques autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Bien que cette exclusion ait visé à l'origine uniquement les méthodes naturelles de croisement et de sélection, elle pourrait éventuellement s'étendre à une vaste gamme de procédés d'obtention de végétaux et d'animaux (A). Sa suppression serait autant une avancée juridique qu'un retour à la politique originelle (B).

A. LES PROCÉDÉS BIOLOGIQUES EXCLUS PAR UNE EXCEPTION STATUTAIRE

L'*Accord sur les ADPIC* n'est pas le premier traité à autoriser l'exclusion des procédés d'obtention de végétaux et d'animaux de la brevetabilité puisqu'elle est également prévue dans la *Convention de Strasbourg sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention* de 1963 et dans la *Convention sur le brevet européen* de 1973. Ces deux traités, tout comme l'*Accord sur les ADPIC*, autorisent l'exclusion des procédés d'obtention de végétaux et d'animaux mais limitent du même souffle cette exclusion aux procédés essentiellement biologiques et aux procédés qui ne sont pas microbiologiques¹⁹⁸.

Cette exclusion visait, à l'origine, «les procédés naturels d'obtention de végétaux et d'animaux, c'est-à-dire les méthodes de croisement, de sélection pour lesquelles l'intervention de l'homme, bien qu'indispensable pour l'obtention du résultat, reste mineure dans le processus global»¹⁹⁹. Les limites de cette exclusion devaient néanmoins permettre l'octroi de brevet pour les «interventions significatives susceptibles d'empêcher le cours naturel des choses vers un résultat déterminé et déterminable»²⁰⁰. Ainsi, dès 1969, la Cour suprême fédérale allemande

¹⁹⁸ *Convention de Strasbourg sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention*, 27 novembre 1963, 1249 R.T.N.U. 369, art. 2(b); *Convention sur le brevet européen*, art. 53.

¹⁹⁹ CLAVIER, p. 116.

²⁰⁰ Marie-Catherine CHEMTOB et Alain GALLOCHAT, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*, p. 70.

reconnut que la présence d'une phase biologique aux côtés de phases techniques ne constitue pas nécessairement un obstacle à la brevetabilité d'un procédé d'obtention de végétaux ou d'animaux²⁰¹. Plus récemment, la directive 98/44/CE confirma qu'un « procédé d'obtention de végétaux ou d'animaux est essentiellement biologique s'il consiste *intégralement* en des phénomènes naturels tels que le croisement ou la sélection »²⁰². C'est sous cette conception de l'exclusion des procédés biologiques que l'*Accord sur les ADPIC* fut négocié.

Rien ne semble cependant interdire aux membres de l'OMC d'adopter une autre interprétation de cette exclusion. Par exemple, un pays pourrait considérer qu'un procédé est essentiellement biologique dès lors qu'une de ses phases est biologique. Il pourrait également considérer que les procédés microbiologiques sont seulement les procédés qui ont pour objet un micro-organisme et non tous les procédés qui utilisent une matière microbiologique ou qui comportent une intervention sur une matière microbiologique. En adoptant une interprétation extensive de la notion de procédé essentiellement biologique et une interprétation restrictive de celle de procédé microbiologique, les membres de l'OMC peuvent significativement limiter la brevetabilité des procédés d'obtention de végétaux et d'animaux.

B. LES PROCÉDÉS BIOLOGIQUES EXCLUS PAR LES RÈGLES GÉNÉRALES

Pour éviter que l'exception sur les procédés d'obtention essentiellement biologiques ne dérive vers l'exclusion de tous les procédés d'obtention, les États-Unis l'ont supprimée de leurs derniers traités bilatéraux. En effet, les traités signés avec l'Australie, le Maroc, et Singapour prévoient une ou deux exceptions, notamment pour l'ordre public et la moralité, mais précisent chaque fois qu'il s'agit des seules exceptions

²⁰¹ CLAVIER, p. 116.

²⁰² Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, art. 2.2.

possibles en utilisant la formule : « Each Party may *only* exclude from patentability... »²⁰³.

La suppression de l'exception pour les procédés essentiellement biologiques ne signifie pas pour autant que ces procédés seront davantage brevetables. En fait, la notion *d'essentiellement biologique*, du moins dans son application européenne, ne constitue pas réellement un filtre supplémentaire par rapport aux autres conditions qu'il est nécessaire de respecter pour obtenir un brevet²⁰⁴. Les demandes refusées parce que leurs objets étaient des procédés essentiellement biologiques auraient sans doute été rejetées pour un autre motif, comme l'absence de nouveauté de l'invention ou d'activité inventive. Ainsi, le droit américain, qui ne prévoit pas d'exception statutaire pour les procédés biologiques, rejette néanmoins la brevetabilité de ces procédés parce qu'ils ne satisferont pas à l'une ou plusieurs conditions de brevetabilité²⁰⁵. La suppression de l'exception pour les procédés essentiellement biologiques dans les traités bilatéraux risque donc d'avoir un effet limité dans le champ d'application des brevets.

La suppression de cette exception permet simplement d'éviter qu'elle soit utilisée pour interdire *de facto* la brevetabilité de tous les procédés d'obtention. Elle est significative parce qu'elle s'appuie sur le modèle américain qui ne prévoit aucune exception pour les procédés essentiellement biologiques, alors que sur le modèle européen définit de façon restrictive l'expression *essentiellement biologique*. Son effet sur l'élargissement du domaine des brevets n'est toutefois pas aussi manifeste que la suppression de l'exception relative aux végétaux et aux animaux.

²⁰³ *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.1.

²⁰⁴ CLAVIER, p. 115.

²⁰⁵ OMC, Conseil des ADPIC, *Réexamen des dispositions de l'article 27:3 b)*, OMC Doc. IP/C/W/273/Rev.1, 18 février 2003, p. 28.

Tableau 29: La protection de certaines inventions biotechnologiques

	Les procédés essentiellement biologiques d'obten- tion de végétaux ou d'animaux	Les végétaux et des animaux	Les variétés végétales
ADPIC	L'exclusion est explicite- ment autorisée	L'exclusion est explicite- ment autorisée	Doivent être protégées par des brevets ou par un système <i>sui generis</i> efficace
Jamaïque	L'exclusion est explicite- ment autorisée	L'exclusion est explicite- ment autorisée	Doivent être protégées par des brevets ou par un système <i>sui generis</i> efficace
Lituanie	L'exclusion est explicite- ment autorisée	Les végétaux et les animaux ne peuvent pas être exclus.	Doit mettre en œuvre les obligations de UPOV 1978 ou 1991. Les variétés végétales et les races animales peuvent être exclues.
Lettonie	N'est pas spécifiée	Les végétaux ne peuvent pas être exclus mais les animaux peuvent être exclus	Doit mettre en œuvre les obligations de UPOV 1978 ou 1991
Trinité-et- Tobago	L'exclusion est explicite- ment autorisée	L'exclusion est explicite- ment autorisée	Doit mettre en œuvre les obligations de UPOV 1978 ou 1991
Cambodge	N'est pas spécifiée	N'est pas spécifiée	Doit mettre en œuvre les obligations de UPOV 1978 ou 1991
Laos	N'est pas spécifiée	N'est pas spécifiée	Doit mettre en œuvre les obligations de UPOV 1978 ou 1991
Nicaragua	N'est pas spécifiée	N'est pas spécifiée	Doit mettre en œuvre les obligations de UPOV 1978 ou 1991

	Les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux	Les végétaux et des animaux	Les variétés végétales
Viêt Nam	L'exclusion est explicitement autorisée	Les végétaux et les animaux ne peuvent pas être exclus.	Doit adhérer à UPOV. Les variétés végétales et les races animales peuvent être exclues.
Jordanie	N'est pas spécifiée	N'est pas spécifiée	Doit mettre en œuvre les obligations de UPOV 1991
Singapour	L'exclusion est probablement interdite	Les végétaux et les animaux ne peuvent pas être exclus	Doit adhérer à UPOV 1991
Chili	N'est pas spécifiée	Doit proposer une législation autorisant la brevetabilité des végétaux dans un délai de quatre ans	Doit adhérer à UPOV 1991
Amérique centrale et Rép dom.	L'exclusion est explicitement autorisée	Doit entreprendre tous les efforts raisonnables pour faire en sorte que la brevetabilité des végétaux soit autorisée	Doit adhérer à UPOV 1991
Australie	L'exclusion statutaire est probablement interdite	Les végétaux et les animaux ne peuvent pas être exclus	Doit adhérer à UPOV 1991
Maroc	L'exclusion statutaire est probablement interdite	Les végétaux et les animaux ne peuvent pas être exclus	Doit adhérer à UPOV 1991
Bahreïn	N'est pas spécifiée	Les végétaux ne peuvent pas être exclus mais les animaux peuvent être exclus	Doit adhérer à UPOV 1991

§ 2. Les végétaux et les animaux

En matière de brevetabilité, le droit américain n'établit pas de distinction fondamentale entre les micro-organismes, les végétaux et les animaux. Tous les règnes du vivant peuvent être, *a priori*, brevetables. Aux yeux de la *Biotechnology Industry Organization*, cette confusion entre les règles du vivant devrait être reproduite à l'étranger: « Future agreements must close the loophole of Article 27(3)(b) of the TRIPs Agreement by requiring Agreement signatories to grant patents on new, useful and non-obvious transgenic plant and animal inventions »²⁰⁶. Dans un premier temps, nous cherchons à savoir dans quelle mesure les traités bilatéraux répondent à cette réclamation de la *Biotechnology Industry Organization* (A). Nous étudions ensuite la signification et la portée d'une levée des frontières entre les règnes du vivant (B).

A. LES AVANCÉES SUR LES RÈGNES DU VIVANT

On peut diviser les traités bilatéraux en trois catégories au regard de leurs dispositions sur la brevetabilité des végétaux et des animaux. Un premier groupe de traités prévoit des obligations équivalentes à celle de l'*Accord sur les ADPIC*. Il s'agit notamment du traité signé avec Trinité-et-Tobago qui reproduit intégralement l'article 27(3)²⁰⁷. On pourrait également y inclure ceux conclus avec le Cambodge, la Jordanie, le Laos et le Nicaragua qui ne font pas mention de l'exclusion des végétaux et des animaux mais qui n'imposent pas non plus spécifiquement leur brevetabilité²⁰⁸.

²⁰⁶ Lettre de Carl B. FELDBAUM, Président de Biotechnology Industry Organization, à Robert B. ZOELICK, US Trade Representative, 29 janvier 2003, p. 3, en ligne: BIO <<http://www.bio.org/ip/action/20030129.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).

²⁰⁷ *MOU États-Unis – Pérou*, art. 1; *MOU États-Unis – Trinidad et Tobago*, art. 6.1(b).

²⁰⁸ Il ne faut toutefois pas conclure que les pays qui ont signé des traités bilatéraux de cette première catégorie excluent les végétaux et les animaux de la brevetabilité. En fait, comme l'a observé la commission britannique sur les droits de propriété intellectuelle, seulement un pays en développement sur quatre prévoit explicitement une telle exclusion dans sa législation. Certains d'entre eux, comme Trinité-et-Tobago, ont même déjà octroyé des brevets pour des végétaux ou des animaux. Commission on Intellectual Property Rights, p. 160. WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 158.

Une deuxième catégorie est constituée de ceux qui prévoient des normes intermédiaires entre l'*Accord sur les ADPIC* et le droit américain. Parmi eux, le traité signé avec les pays d'Amérique centrale encourage sans imposer la brevetabilité des végétaux et demeure silencieux sur la brevetabilité des animaux : « Any Party that does not provide patent protection for plants by the date of entry into force of the Agreement shall undertake all reasonable efforts to make such patent protection available »²⁰⁹. Le traité chilien contient une disposition similaire mais légèrement plus engageante : « Each Party will undertake reasonable efforts, through a transparent and participatory process, to develop and propose legislation within 4 years from the entry into force of this Agreement that makes available patent protection for plants »²¹⁰.

On trouve également dans cette même catégorie, des mécanismes de cliquets qui empêchent tout retour en arrière, non pas pour des engagements qui ont déjà été pris, mais pour ceux qui seront pris dans l'avenir. Par exemple, le traité conclu avec les pays d'Amérique centrale prévoit « Any Party that provides patent protection for plants or animals as of, or after, the date of entry into force of this Agreement shall maintain such protection »²¹¹.

Les traités de la troisième catégorie imposent la brevetabilité des formes de vie supérieure. Ceux conclus avec la Lettonie et avec le Bahreïn imposent la brevetabilité des végétaux mais autorisent l'exclusion des animaux²¹². Les traités conclus avec le Viêt Nam²¹³ et avec la Lituanie²¹⁴, quant à eux, imposent la brevetabilité des végétaux et des animaux mais autorisent l'exclusion des variétés végétales et des races animales²¹⁵. Enfin, les ententes avec le Maroc, avec Singapour et avec

²⁰⁹ CAFTA-DR, art. 15.9.2.

²¹⁰ *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.9.2.

²¹¹ CAFTA-DR, art. 15.9.2.

²¹² *Accord de commerce États-Unis – Lettonie*, art. 6.1 ; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.2.

²¹³ *Accord de commerce États-Unis – Viêt Nam*, art. 7.2.

²¹⁴ *Accord de commerce États-Unis – Lituanie*, art. 7.1.

²¹⁵ De cette façon, les variétés végétales ne peuvent pas être protégées à la fois par un brevet et par un droit d'obtention végétal. Puisque les États-Unis autorisent la double protection, cette disposition des traités vietnamien et lituanien reflète davantage le droit européen que le droit américain. En effet, bien que la *Convention sur le brevet européen* et la directive européenne 98/44/CE excluent la brevetabilité des variétés

l'Australie imposent à la fois la brevetabilité des végétaux et celle des animaux²¹⁶.

Pour l'Australie et le Singapour, il ne s'agissait pas d'une concession importante puisqu'ils étaient déjà, avec les États-Unis, les pays les plus ouverts à la brevetabilité des formes de vie supérieures²¹⁷. Mais ces premiers pas servirent sans doute de leviers pour le traité de libre-échange conclu plus récemment avec le Maroc qui n'acceptait pas la brevetabilité des végétaux et des animaux²¹⁸. Le Maroc est ainsi l'un des premiers pays en développement à s'être engagé au niveau international à accepter la brevetabilité des végétaux et des animaux.

B. LA CONFUSION ENTRE LES RÈGNES DU VIVANT

L'extension de la brevetabilité dans les traités bilatéraux a suivi, avec quelques années de décalage, un parcours similaire à celui qu'a emprunté le droit américain²¹⁹. Dans un cas comme dans l'autre, le droit des brevets a conquis un à un les règnes du vivant, en commençant par celui qui semble le plus éloigné de l'humain, c'est-à-dire le règne des micro-organismes, avant de s'étendre au règne végétal et, enfin, au règne animal²²⁰.

Cette évolution correspond essentiellement à celle des biotechnologies. Mais le pont entre l'évolution juridique et l'évolution technique n'est pas uniquement tributaires des impératifs industriels. D'une

végétales et des races animales, «les inventions portant sur des végétaux ou des animaux sont brevetables si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminée». *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, art. 4.2.

²¹⁶ Cette obligation peut être déduite de l'absence de toute exception concernant les végétaux et les animaux dans la liste restreinte et exclusive des exceptions autorisées à la règle de brevetabilité. *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.

²¹⁷ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 152 et 155.

²¹⁸ *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.2.

²¹⁹ Fabienne ORSI, «La constitution d'un nouveau droit de la propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis : Origine et signification économique d'un dépassement de frontière», *Revue d'économie industrielle*, no 99, 2002, p. 65-85.

²²⁰ Seul l'humain demeure exclu de la brevetabilité. U.S. Patent and Trademark Office, «Notice: Animals —Patentability», *1077 Official Gazette USPTO*, 21 avril 1987.

certaine façon, il n'est pas indispensable d'obtenir un brevet directement sur un animal ou un végétal puisqu'un brevet sur un gène ou une cellule permet, dans une certaine mesure, de contrôler les utilisations de l'animal ou du végétal qui accueille ce gène ou cette cellule. Du point de vue industriel, lorsque les gènes et les cellules sont brevetables, un brevet sur une plante ou un animal confère des avantages commerciaux limités.

L'évolution des biotechnologies a également eu un impact sur l'évolution juridique en offrant une nouvelle représentation de la nature²²¹. Celle-ci n'est plus basée sur la division traditionnelle entre les règnes du vivant mais s'appuie plutôt sur un constat scientifique, celui de l'unité des organismes vivants du point de vue de leurs structures biochimiques. Le développement des biotechnologies, qui permettent la circulation de gènes entre les organismes de règnes différents, mit en évidence l'unité entre les organismes vivants et a ainsi fourni, en plus des arguments économiques, les fondements scientifiques à la brevetabilité de toutes les matières biologiques. La notion de règne étant scientifiquement dépassée, le droit américain puis le droit international l'ont progressivement abandonné.

Cette extension de la brevetabilité consacre, en plus d'une rupture entre les règnes biologiques, une rupture entre les catégories du droit de la propriété intellectuelle. En effet, le droit des brevets, en s'appliquant désormais aux végétaux, entre en concurrence avec les droits d'obtention végétale²²². Jean-Pierre Clavier, qui consacra sa thèse de doctorat à cette question, reconnaît qu'il s'agit de deux droits bien distincts, mais il conclut néanmoins qu'ils ont perdu leur identité respective en entrant en concurrence²²³. Le professeur Jean-Christophe Galloux y voit même une conquête du brevet, tant celui-ci offre des droits plus étendus et

²²¹ Marie-Angèle HERMITTE, « Histoire juridique extravagante: la reproduction végétale », in *L'homme, la nature et le droit*, sous la dir. de Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE, Paris, Christian Bourgois, 1988, p. 54; Christine NOIVILLE, *Ressources génétiques et droit: Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*, Paris, Pedone, 1997, p. 81; Mahmoud MOHAMED SALA, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 114.

²²² Bien que les brevets et les droits d'obtention végétale ne s'appliquent pas nécessairement aux mêmes objets.

²²³ CLAVIER, p. 189.

des exceptions plus limitées que le système des obtentions végétales²²⁴. Toutefois, à la lumière des traités bilatéraux, il semble que l'introduction des végétaux dans le domaine des brevets ne menace pas le système des obtentions végétales. En fait, les traités bilatéraux ne se limitent pas à élargir le domaine juridique des brevets : ils contribuent également à la diffusion géographique du modèle occidental des obtentions végétales.

§ 3. Les variétés végétales

Les membres de l'OMC qui excluent les variétés végétales de la brevetabilité doivent offrir une protection par « un système *sui generis* efficace ». L'expression « système *sui generis* » n'étant pas définie autrement que par l'attribut « efficace », les membres de l'OMC demeurent divisés sur la portée de cette obligation. D'une part, aux yeux de plusieurs pays en développement, l'*Accord sur les ADPIC* autorise l'élaboration d'un droit de propriété intellectuelle spécialement adaptée afin de protéger les intérêts des petits agriculteurs²²⁵. D'autre part, les États-Unis estiment que, pour être efficace, le système de protection doit être équivalent en tout point à celui prévu dans la *Convention UPOV*²²⁶. Pour promouvoir cette interprétation, ils demandent à leurs partenaires, par le biais de leurs traités bilatéraux, d'adhérer à la *Convention UPOV* (A), et préférentiellement à sa version de 1991 (B).

A. DIFFUSER LA CONVENTION UPOV

Depuis que l'*Accord sur les ADPIC* impose aux membres de l'OMC d'offrir une protection *sui generis* sur les variétés végétales, plusieurs systèmes ont été imaginés. Par exemple, Dan Leskien et Michael Flitener proposent aux pays en développement un système qui s'apparente à celui des marques de commerce. La reproduction, l'utilisation et la vente de la variété elle-même seraient libres mais seul le détenteur du droit pourrait utiliser un certificat attestant de l'originalité du maté-

²²⁴ GALLOUX, « L'impérialisme du brevet », p. 123.

²²⁵ OMC, Conseil des ADPIC, *Réexamen des dispositions de l'article 27:3b*: *Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées*, p. 13-14.

²²⁶ *Communication from United States, Review of the provisions of article 27.3(b)*, p. 3.

riel végétal²²⁷. Toutefois, les États-Unis s'opposent à ces systèmes qu'ils jugent inefficaces. Ils préfèrent celui prévu dans la *Convention UPOV* qui offre une protection plus étendue pour les obtenteurs²²⁸.

Par rapport aux brevets, le système UPOV a la particularité d'être spécialement adapté aux variétés végétales. Ainsi, les quatre conditions d'accès, soit la nouveauté, la distinction, l'homogénéité et la stabilité de la variété, sont plus facilement mesurables lorsqu'il s'agit d'innovations sur le vivant. De même, la durée de protection prolongée pour les arbres et les vignes, qui passe de vingt ans à vingt-cinq ans, tient compte de la croissance plus lente de ces variétés. Néanmoins, du point de vue des obtenteurs, le droit des brevets offre certains avantages par rapport aux droits des obtentions végétales. Par exemple, les brevets, contrairement aux certificats d'obtention, confèrent le droit d'autoriser ou non l'utilisation de la variété protégée à des fins expérimentales²²⁹.

Les États-Unis reconnaissent les avantages respectifs des deux systèmes puisque tous deux coexistent en droit américain. Les variétés végétales peuvent être protégées par brevet ou par certificat d'obtention, voire par une combinaison des deux systèmes si elles satisfont aux exigences des deux systèmes. En 2002, le USPTO a délivré 8 094 brevets sur des variétés végétales, principalement des variétés qui se reproduisent de façon végétative, et le Département de l'Agriculture a octroyé 4 037 certifications d'obtention durant la même période, principalement pour des variétés qui se reproduisent de façon sexuée²³⁰.

Par leurs traités bilatéraux, les États-Unis exportent leur modèle juridique. En effet, parallèlement aux dispositions sur la brevetabilité des végétaux, presque tous les traités bilatéraux imposent d'adhérer à

²²⁷ Dan LESKIEN et Michael FLITNER, *Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources: Options for a Sui Generis System*, Rome, International Plant Genetic Resources Institute, 1997, p. 75. Pour d'autres systèmes *sui generis*, voir The Crucible II Group.

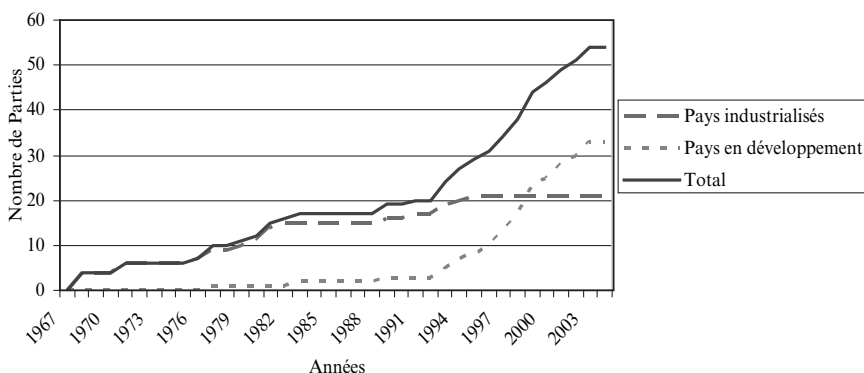
²²⁸ *Communication from United States, Review of the provisions of article 27.3(b)*, p. 3.

²²⁹ *Convention internationale pour la protection des obtentions végétales*, 1991, S. Treaty Doc. No. 104-17 (1995), art. 15 (ci-après : *Convention UPOV 1991*).

²³⁰ Union pour la protection des obtentions végétales, *Statistiques sur la protection des obtentions végétales*, Doc no C/37/7, Genève, UPOV, 23 octobre 2003, en ligne : UPOV <http://www.upov.org/en/documents/c/37/c_37_7.pdf> (date d'accès : 31 mars 2006).

la *Convention UPOV* ou, à tout le moins, de mettre en œuvre ses principales obligations²³¹. En fait, seul le traité conclu avec la Jamaïque en 1994 reproduit textuellement l'article 27.3(b) de l'*Accord sur les ADPIC* et impose simplement que les variétés végétales soient protégées par un système *sui generis* efficace ou par le système des brevets.

Graphique 11. Nombre cumulé de Parties à la *Convention UPOV*



Source : site internet de l'UPOV, *Members of the International Union for the Protection of New Varieties of Plants*, en ligne : UPOV <http://www.upov.org/en/about/members/pdf/pub423.pdf>.

L'obligation d'adhérer à la *Convention UPOV* a contribué à sa diffusion dans les pays en développement. Alors que les membres de cette convention se sont longtemps limités aux pays industrialisés, on observe entre 1991 et 2000 une croissance rapide du nombre de pays en développement qui y adhèrent. Or, cette convention n'est certainement pas le système *sui generis* qui tient le plus compte des besoins des petits agriculteurs des pays en développement. Le système imaginé par Dan Leskien et Michael Flitener, par exemple, serait sans doute préférable

²³¹ MOU États-Unis – Trinidad et Tobago, art. 1.2; Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Nicaragua, art. 1.2; Accord de commerce États-Unis – Laos, art. 13.2; Accord de commerce États-Unis – Viêt Nam, art. 1; Accord de commerce États-Unis – Lettonie, art. 6.1; Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie, art. 4.1; Accord de commerce États-Unis – Cambodge, art. 9.1; Accord de commerce États-Unis – Lituanie, art. 6; CAFTA-DR, art. 15.1.5; Traité de libre-échange États-Unis – Australie, art. 17.1.2; Traité de libre-échange États-Unis – Maroc, art. 15.1.2; Traité de libre-échange États-Unis – Singapour, art. 16.1.2; Traité de libre-échange États-Unis – Chili, art. 17.1.3; Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn, art. 14.1.2.

pour les pays qui utilisent de nouvelles variétés mais qui ne visent pas à développer l'industrie des semenciers.

Parmi les pays en développement qui ont récemment adhéré à la *Convention UPOV*, plusieurs ne l'ont fait qu'après avoir conclu un traité bilatéral qui fait explicitement référence à cette convention. En fait, lorsqu'on élargit le corpus d'analyse aux traités bilatéraux conclus par l'Union européenne, l'Association européenne de libre-échange, la Suisse et le Mexique²³², on observe qu'au moins 14 pays en développement ont joint l'UPOV après avoir signé un traité bilatéral faisant explicitement référence à cette convention. On peut en déduire que plusieurs pays en développement ont adhéré à la *Convention UPOV* pour honorer leurs engagements bilatéraux, et non nécessairement parce qu'ils jugent que cette convention répond à leurs intérêts.

Tableau 30 : Corrélation entre les adhésions à la *Convention UPOV* et la signature préalable d'un traité bilatéral référant à ladite convention

Pays en développement membre de l'UPOV	Date de ratification ou d'adhésion à UPOV	Traité bilatéral qui réfère à la Convention UPOV	Date de signature du traité bilatéral
Bolivie	21 mai 1999	Traité de libre-échange avec le Mexique (art. 16-29)	10 sept.1994
Croatie	1 ^{er} sept. 2001	Accord commercial avec la Suisse (annexe de l'art.13)	12 mars 1999
Équateur	8 août 1997	Accord sur la propriété intellectuelle avec les États-Unis (art. 6)	1993
Estonie	24 sept. 2000	Accord d'association avec les CE (annexe 9)	9 mars 1998
Jordanie	24 oct. 2004	Accord de libre-échange avec les États-Unis (art. 4.1)	24 oct. 2000
Lettonie	30 août 1997	Accord commercial avec les États-Unis (art. 6)	6 juillet 1994

²³² Après s'être engagé à ratifier la *Convention UPOV* dans l'ALÉNA, le Mexique fait maintenant la promotion de cette convention dans ses nombreux traités bilatéraux.

Pays en développement membre de l'UPOV	Date de ratification ou d'adhésion à UPOV	Traité bilatéral qui réfère à la Convention UPOV	Date de signature du traité bilatéral
Lituanie	10 déc. 2003	Accord commercial avec les États-Unis (art. 6)	26 avril 1994
Maroc	13 sept 2006	Accord de libre-échange avec les États-Unis	2 mars 2004
Mexique	9 août 1997	Accord de libre-échange nord-américain (art. 1701)	17 déc. 1992
Nicaragua	6 sept. 2001	Accord sur la propriété intellectuelle avec les États-Unis (art 1)	7 janv. 1998
Singapour	30 juillet 2004	Accord de libre-échange avec les États-Unis (art. 16.1.2)	6 mai 2003
Slovénie	29 juillet 1999	Accord de libre-échange avec l'AELE (art. 2 de l'annexe VII)	13 juin 1995
Trinité-et-Tobago	30 janv.1998	Mémorandum avec les États-Unis (art. 1)	26 sept. 1994
Tunisie	31 août 2003	Accord d'association avec les CE (annexe 7)	30 mars 1998
Ukraine	3 nov. 1995	Accord commercial avec la Suisse (annexe de l'art. 13)	10 juillet 1995

Toutefois, les traités bilatéraux ne peuvent expliquer à eux seuls la croissance rapide du nombre de pays en développement qui sont parties à la *Convention UPOV*. D'autres facteurs ont également joué un rôle important, notamment :

1. l'obligation prévue dans l'*Accord sur les ADPIC* de protéger les variétés végétales²³³ ;
2. la croissance des exportations de fleurs coupées et de plantes horticoles provenant de certains pays en développement²³⁴ ;
3. les négociations d'adhésion à l'OMC²³⁵ ;

²³³ *Accord sur les ADPIC*, art. 27.3(b). Les pays en développement avaient jusqu'en 2000 pour ce conformer à cette obligation.

²³⁴ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 146.

²³⁵ Ratnakar ADHIKARI, « Hydra-headed UPOV », *Kathmandu Post*, 15 août 2003.

4. la remise de la Convention à l'ordre du jour international lors de sa révision en 1991 ;
5. le délai fixé à 1998 pour adhérer à la version antérieure de la Convention.

Les traités bilatéraux ne sont donc pas l'unique facteur expliquant le fait qu'un nombre croissant de pays qui comptent plusieurs petits agriculteurs et qui n'ont pas nécessairement l'ambition de développer leur industrie des semenciers adhèrent néanmoins à la Convention UPOV alors qu'ils pourraient développer un autre système *sui generis*. Mais les traités bilatéraux contribuent à expliquer ce phénomène.

B. PRIVILÉGIER LA VERSION DE 1991

Dans un contexte de concurrence avec le droit des brevets pour la protection des variétés végétales²³⁶, la *Convention UPOV* fut révisée en 1991 et conduisit à un élargissement du domaine de protection et à un renforcement important des droits des obtenteurs par rapport à la version antérieure de 1978²³⁷. Les deux versions de la Convention UPOV se distinguent sur au moins cinq questions. Premièrement, la protection doit dorénavant être étendue à toutes les espèces et ne peut plus être limitée à quelques-unes²³⁸. Deuxièmement, la durée minimale de protection passa de quinze ans à vingt ans pour les variétés végétales et de dix-huit ans à vingt-cinq ans pour les arbres et les vignes²³⁹. Troisièmement, l'exception pour les obtenteurs, laquelle permet d'utiliser une variété protégée pour développer de nouvelles variétés, fut maintenue mais fortement limitée lorsque les nouvelles variétés sont essentiellement dérivées de la première²⁴⁰. Quatrièmement, le privilège des agriculteurs, c'est-à-dire le droit de conserver une partie des récoltes et

²³⁶ Jean-Pierre Clavier avance que cette réforme serait une réaction offensive face à l'émergence du droit des brevets dans le domaine du vivant. CLAVIER, p. 216.

²³⁷ Chaque version, toujours en vigueur pour ses partisans, se ferme à l'adhésion dès que la suivante entre en vigueur. L'entrée en vigueur en 1998 de la version de 1991 ferma ainsi l'accès à la Convention de 1978.

²³⁸ Des périodes transitoires sont néanmoins prévues. Voir la *Convention internationale pour la protection des obtentions végétales*, 23 octobre 1978, 1861 R.T.N.U. 281, art. 4 (ci-après : *Convention UPOV 1978*) ; *Convention UPOV 1991*, art. 3.

²³⁹ *Convention UPOV 1978*, art. 8 ; *Convention UPOV 1991*, art. 19.

²⁴⁰ *Convention UPOV 1978*, art. 5 ; *Convention UPOV 1991*, art. 14 -15.

de les utiliser comme semences l'année suivante, fut limité aux intérêts légitimes de l'obteneur²⁴¹. Cinquièmement, la double protection par un brevet et par un certificat d'obtention végétale, interdite dans la version de 1978, est maintenant autorisée par la version de 1991²⁴². En somme, cette révision répondait davantage aux attentes des firmes agro-alimentaires qu'à celles des petits agriculteurs des pays en développement.

Depuis 1998, année au cours de laquelle la version de 1991 de la *Convention UPOV* entra en vigueur, les États-Unis ont accentué leur appui à cette convention. En effet, la majorité des traités bilatéraux conclus entre 1994 et 1998 n'exigeaient que de mettre en œuvre les obligations prévues dans la version de 1978 ou 1991²⁴³. Le traité conclu avec la Jordanie en 2000 exige la mise en œuvre des obligations prévues dans la version de 1991. Les traités postérieurs imposent tous, non seulement de mettre en œuvre les dispositions de la version de 1991, mais également d'adhérer à cette convention²⁴⁴.

Malgré l'entrée en vigueur de la version 1991, la version 1978 est toujours en vigueur pour ses parties. Les pays qui ont ratifié la version de 1978 mais non celle de 1991 demeurent assujettis à cette première. Or, les États-Unis ont exigé de leurs partenaires commerciaux qui étaient déjà membres de l'UPOV au moment de signer le traité bilatéral, comme le Chili et le Nicaragua, d'abandonner la version de 1978 pour adhérer à celle de 1991. Néanmoins, ils semblent offrir un sursis aux pays qui ont ratifié à la version de 1978 avant la signature de leur traité bilatéral. La gradation prévue dans le traité signé avec les pays d'Amérique centrale est particulièrement révélatrice à cet égard :

«Each Party shall ratify or accede to the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (1991) (UPOV Convention 1991). Nica-

²⁴¹ *Convention UPOV 1991*, art. 15.

²⁴² *Convention UPOV 1978*, art. 2.

²⁴³ *Accord de commerce États-Unis – Cambodge*, art. 9.1; *Accord de commerce États-Unis – Lituanie*, art. 6; *MOU États-Unis – Trinidad et Tobago*, art. 1.2; *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Nicaragua*, art. 1.2; *Accord de commerce États-Unis – Laos*, art. 13.2; *Accord de commerce États-Unis – Lettonie*, art. 6.1.

²⁴⁴ *CAFTA-DR*, art. 15.1.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.1.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.1.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.1.2; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.1.3; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.1.2.

*ragua shall do so by June 1, 2010. Costa Rica shall do so by June 1, 2007. All other Parties shall do so by June 1, 2006»*²⁴⁵.

En d'autres termes, El Salvador, le Guatemala, le Honduras et la République dominicaine, qui ne sont pas membres de l'UPOV, doivent y accéder dans un délai de deux ans. Le Costa Rica, qui a déjà élaboré un projet de loi sur les obtentions végétales mais n'a pas encore adhéré à la *Convention UPOV*, bénéficie d'un délai de trois ans. Le Nicaragua, qui a adhéré à la version de 1978 pour répondre aux exigences d'un précédent traité bilatéral conclu avec les États-Unis, bénéficie quant à lui d'un délai supplémentaire de six ans. Cette gradation illustre bien que les pays qui s'orientent les premiers vers la position américaine bénéficient de plus longues périodes transitoires.

Par ailleurs, ce même traité prévoit une note qui, elle, révèle bien les craintes que les pays en développement entretiennent au sujet de la version 1991 de la *Convention UPOV*:

*« The Parties recognize that the UPOV Convention 1991 contains exceptions to the breeder's right, including for acts done privately and for non-commercial purposes, such as private and non-commercial acts of farmers. Further, the Parties recognize that the UPOV Convention 1991 provides for restrictions to the exercise of a breeder's right for reasons of public interest, provided that the Parties take all measures necessary to ensure that the breeder receives equitable remuneration. The Parties also understand that each Party may avail itself of these exceptions and restrictions. Finally, the Parties understand that there is no conflict between the UPOV Convention 1991 and a Party's ability to protect and conserve its genetic resources »*²⁴⁶.

Aux yeux des petits agriculteurs du Sud, l'exception de la *Convention UPOV* permettant de conserver une partie des récoltes et de les utiliser comme semences l'année suivante constitue un droit séculaire et une reconnaissance de leur rôle dans la protection de la biodiversité. En outre, la conservation d'une partie des semences de la récolte précédente au lieu d'en acheter de nouveau à un semencier leur permet de réduire les coûts de production et de limiter la hausse des prix des semences fraîches²⁴⁷. Mais pour l'industrie agroalimentaire, il s'agit

²⁴⁵ CAFTA-DR, art. 15.1.5.

²⁴⁶ *Ibid.*, note de l'art. 15.1.5.

²⁴⁷ The Crucible II Group, p. 21, 57, 94, 98 et 99.

d'un privilège dangereux qui risque d'encourager les agriculteurs peu scrupuleux à utiliser ces semences améliorées pour démarrer «leurs propres entreprises semencières aux dépens de ceux qui ont effectué le travail inventif»²⁴⁸. Ce débat fortement polarisé entre les agriculteurs et les semenciers se reflète dans la note prévue dans le traité conclu entre les pays d'Amérique centrale et les États-Unis.

Les références à la *Convention UPOV* dans les traités bilatéraux permettent aux États-Unis d'orienter les pays en développement vers un système *sui generis* qui correspond davantage aux intérêts des grands semenciers, comme Monsanto, Du Pont et Syngenta. Lorsqu'on ajoute à cela la levée des exclusions à la brevetabilité des végétaux et des animaux, il semble bien que les traités bilatéraux favorisent l'industrie biotechnologique. Ce constat peut sembler surprenant lorsqu'on sait que plusieurs pays en développement ayant conclu des traités bilatéraux avec les États-Unis ont des capacités biotechnologiques fort limitées. Dans son récent rapport, la *Commission on Intellectual Property Rights* du gouvernement britannique considère que, «à l'heure actuelle, il ne semble guère que la protection par brevet des inventions liées à la biotechnologie serve vraiment les intérêts de la majorité des pays en développement»²⁴⁹. Même des pays qui ont une industrie biotechnologique relativement développée, comme le Canada et la Norvège, n'acceptent toujours pas la brevetabilité des animaux et des végétaux et n'ont toujours pas ratifié la Convention UPOV de 1991²⁵⁰. L'engagement des pays en développement à accepter la brevetabilité des végétaux et des animaux et à adhérer à la *Convention UPOV* dans sa version de 1991 révèle bien le pouvoir de négociation des États-Unis en matière de bilatéralisme

²⁴⁸ LE CREUSET, *Un Brevet pour la vie: La propriété intellectuelle et ses effets sur le commerce, la biodiversité et le monde rural*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 1994, p. 96.

²⁴⁹ Commission on Intellectual Property Rights, p. 66.

²⁵⁰ OCDE, *Pratiques en matière de propriété intellectuelle dans le domaine de la biotechnologie*, Documents de travail de l'OCDE, vol. VII, n° 18, Paris, OCDE, 1999, p. 5.

CONCLUSION

Nous avons précédemment souligné que les traités bilatéraux préservent une certaine marge de manœuvre aux États-Unis pour maintenir leurs spécificités nationales relatives à la brevetabilité. Dans ce chapitre, nous avons constaté que les partenaires des États-Unis ne bénéficient pas de la même flexibilité pour ajuster leur droit des brevets à leurs intérêts et à leurs principes normatifs. Les traités bilatéraux prévoient plusieurs ajouts au modèle de l'*Accord sur les ADPIC*, inspirés du droit américain, qui leur imposent un élargissement du domaine des brevets.

On peut également remarquer que plusieurs nouvelles dispositions promues par les États-Unis en matière de brevetabilité vont à l'encontre des réclamations de ceux qui souhaitent une meilleure articulation entre le régime des brevets et celui de la biodiversité. Alors que des ONG et des pays en développement proposent d'interdire la brevetabilité du matériel biologique pour améliorer la mise en œuvre de la *Convention sur la diversité biologique*, les récents traités bilatéraux imposent la brevetabilité des végétaux et des animaux ainsi que l'adhésion à la *Convention UIPOV* de 1991. De même, alors que certains acteurs contestataires réclament que l'*Accord sur les ADPIC* soit amendé pour imposer la divulgation de l'origine des ressources dans les demandes de brevets, certains traités bilatéraux interdisent d'imposer une divulgation d'information allant au-delà de celle nécessaire pour exécuter l'invention. Les traités bilatéraux permettent ainsi aux États-Unis de faire des gains sur une question spécifique où leur hégémonie est vivement contestée dans les forums multilatéraux.

Il semble donc que les traités bilatéraux permettent bel et bien aux États-Unis de contourner les contestations multilatérales et de poursuivre leur mouvement d'exportation de leur droit. Mais il ne s'agit encore que d'une démonstration partielle. Les dispositions analysées jusqu'ici ne relèvent que d'un premier groupe, soit celles relatives à la brevetabilité. Le deuxième groupe, qui concerne les droits conférés par un brevet, doit également faire l'objet de notre étude.

TITRE II

UNE PROTECTION ACCRUE

Le droit américain des brevets se caractérise non seulement par le domaine de réservation le plus étendu du monde, mais également par le régime de protection le plus généreux. Les titulaires de brevet bénéficient, pour une période relativement longue, de droits étendus que seules quelques exceptions minimales viennent limiter. Du point de vue de l'administration américaine, il est essentiel qu'un brevet confère des droits étendus pour que les entreprises soient incitées à développer de nouvelles inventions, particulièrement dans le domaine de la pharmaceutique. Dans son action internationale, elle cherche non seulement à élargir le champ de la brevetabilité, mais également à accroître les droits conférés par un brevet.

Dans cette entreprise, l'administration américaine fait face à un obstacle majeur. La polémique de l'accès aux médicaments brevetés dans les pays en développement a effectivement orienté les débats multilatéraux dans un sens contraire à la consolidation des droits conférés par un brevet. Comme nous l'avons vu, les pays en développement ont connu un certain succès avec l'adoption de la *Déclaration de Doha sur la santé publique* à l'automne 2001 et l'amendement de l'*Accord sur les ADPIC* en 2005. Les États-Unis ont alors été contraints d'accepter ces ajustements pour intégrer les mouvements de contestation au régime. Ils ont préféré un changement dans le corps du régime plutôt qu'un changement de régime.

Il ne faut toutefois pas déduire que l'adhésion des États-Unis à la *Déclaration de Doha* signifie que le gouvernement américain renonce à l'exportation de son droit relatif à la protection conférée par un brevet. En effet, tous les traités bilatéraux, ceux signés avant comme ceux signés après la *Déclaration de Doha*, renforcent la protection des droits conférés par un brevet et particulièrement dans le domaine pharmaceutique. Ils permettent ainsi de court-circuiter les compromis atteints à l'OMC sur la santé publique et de poursuivre l'exportation du droit américain. Cette tendance s'exerce sur deux catégories de dispositions, soit celles qui prévoient des droits plus étendus (chapitre 1) et celles qui restreignent les limites pouvant être apposées à ces droits (chapitre 2).

CHAPITRE 1

Les droits conférés

Les droits conférés par un brevet sont prévus dans les articles 28 et 33 de l'*Accord sur les ADPIC*. L'article 28 dispose qu'un « brevet confère à son titulaire [le droit] d'empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir les actes ci-après : fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins ce produit ». L'article 33, quant à lui, prévoit que « la durée de la protection offerte ne prendra pas fin avant l'expiration d'une période de vingt ans à compter de la date du dépôt ». La *Déclaration de Doha sur la santé publique* précise que ces normes peuvent être interprétées et mises en œuvre « d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès de tous aux médicaments »¹.

Un nombre croissant de traités bilatéraux américains vont au-delà de ces normes minimales. Plusieurs prévoient de nouveaux droits devant être conférés aux titulaires de brevet et prolongent la durée effective de protection. Cette extension est opérée au moyen d'une double association entre, d'une part, le droit des brevets et, d'autre part, le droit de la protection des renseignements non divulgués (section 1) et les formalités administratives affectant la durée d'un brevet (section 2). Encore une fois, ces modifications par rapport au modèle de l'*Accord sur les ADPIC* sont directement inspirées du droit américain.

SECTION 1

Associer les droits conférés à la protection des renseignements non divulgués

Avant de procéder à la commercialisation d'un nouveau produit pharmaceutique ou agrochimique, les entreprises doivent généralement obtenir une autorisation de mise en marché visant à assurer la sécu-

¹ *Déclaration Doha sur la santé publique*, para 4.

rité et l'efficacité du produit visé. Aux États-Unis, c'est l'Agence américaine des denrées alimentaires et des produits pharmaceutiques (*Food and Drug Administration* ou FDA) qui émet cette autorisation. Pour l'obtenir, les entreprises peuvent être contraintes de réaliser des tests pharmacologiques, toxicologiques ou cliniques. Ces tests sont longs et coûteux, pouvant s'échelonner sur une période de plus de dix ans et nécessiter des investissements de plus de cent millions de dollars². Ces délais et ces frais s'ajoutent, bien entendu, à ceux nécessaires pour développer techniquement l'invention.

Les entreprises contraintes d'effectuer ces tests s'opposent fermement à ce que leurs concurrents puissent s'appuyer sur leurs résultats pour obtenir eux aussi une autorisation de mise en marché pour un même produit. Elles réclament donc que les informations transmises aux autorités publiques soient protégées de façon qu'une entreprise concurrente qui voudrait commercialiser le même produit soit contrainte d'effectuer elle aussi ses propres tests. Plusieurs pays offrent ainsi une forme de protection des informations transmises aux autorités chargées de la mise en marché. Il s'agit généralement d'une protection indépendante du droit des brevets (§ 1). Toutefois, les traités bilatéraux prévoient une synergie entre les deux formes de protection (§ 2).

§ 1. La protection des renseignements non divulgués transmis aux autorités publiques.

Avant d'analyser la synergie entre les brevets et la protection des renseignements non divulgués transmis aux autorités publiques, il nous faut d'abord présenter cette deuxième forme de protection qui a ses propres fondements et logiques internes, indépendants du droit des brevets. *L'Accord sur les ADPIC* impose un seuil minimal de protection qui, de façon générale, laisse une large marge de manœuvre aux membres de l'OMC pour définir cette protection (A). En comparaison,

² Meir PEREZ PUGATCH, « Intellectual Property, Data Exclusivity, Innovation and Market Access », in *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, sous la dir. de Pedro ROFFE, Geoff TANSEY et David VIVAS-EUGUI, Earthscan, 2006, p. 120.

les traités bilatéraux sont beaucoup plus précis et réduisent considérablement cette marge de manœuvre (B).

A. UNE PROTECTION FLEXIBLE DANS L'ACCORD SUR LES ADPIC

L'article 39(3) de l'*Accord sur les ADPIC* impose la protection des renseignements non divulgués transmis aux autorités publiques :

«Lorsqu'ils subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable, les Membres protégeront ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les Membres protégeront ces données contre la divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce »³.

Cet article laisse une large marge de manœuvre aux membres de l'OMC. L'un d'eux pourrait arguer que les obligations prévues ne s'appliquent qu'à une catégorie restreinte de renseignements. Pour ce faire, il pourrait dégager de l'article 39(3) quatre conditions devant être satisfaites pour qu'un renseignement soit protégé⁴ : 1) le renseignement doit être exigé par des autorités nationales et non pas seulement par des autorités étrangères ; 2) il ne doit pas être divulgué, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être aisément accessible aux personnes du métier⁵ ; 3) il doit se rapporter à une entité chimique nouvelle ; 4) et son établissement doit demander un effort considérable. Chacune de ces conditions peut à son tour être interprétée de façon restrictive pour limiter au minimum les renseignements devant être protégés. Par exemple, un membre de

³ *Accord sur les ADPIC*, art. 39.3.

⁴ Voir UNCTAD-ICTSD, «Protection of Undisclosed Information», in *Resource Book on TRIPs and Development*, UNCTAD-ICTSD, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 4, en ligne : IPR Online <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/RB%202.7_forIprsonline.pdf>; Robert WEISSMAN, «Data Protection: Options for Implementation», in *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, sous la dir. de Pedro ROFFE, Geoff TANSEY et David VIVAS-EUGUI, Earthscan, 2006.

⁵ *Accord sur les ADPIC*, art. 39.2(a).

l'OMC pourrait considérer qu'il est nécessaire qu'un investissement financier et technique particulièrement élevé ait été engagé pour qu'un renseignement soit reconnu comme le résultat d'un *effort considérable*.

Outre les conditions nécessaires pour qu'un renseignement soit protégé, le contenu de la protection laisse également place à l'interprétation. L'*Accord sur les ADPIC* prévoit simplement que les renseignements doivent être protégés «contre l'exploitation déloyale dans le commerce». La *Convention de Paris* définit la concurrence déloyale comme «tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale»⁶. Une note de l'*Accord sur les ADPIC* précise que l'expression «contraire aux usages commerciaux honnêtes» s'entendra «des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant»⁷. Par conséquent, certains membres de l'OMC ont intégré dans le droit interne cette obligation de protéger des renseignements contre l'exploitation déloyale sans octroyer des droits exclusifs pour une période déterminée⁸. Ils prétendent que la protection exigée est limitée au droit d'intenter des recours judiciaires lorsque les informations n'ont pas été acquises selon des usages commerciaux honnêtes⁹.

Les États-Unis sont particulièrement insatisfaits de l'article 39(3) dont les imprécisions laissent place à une large marge de manœuvre. Ils auraient préféré que cet article précise que les renseignements transmis aux autorités chargées d'autoriser la commercialisation doivent être protégés pour une période minimale de cinq ans. Ils auraient également préféré que l'on y précise qu'aucun concurrent ne peut étayer une demande d'autorisation de mise en marché pour un produit en se basant sur des renseignements protégés¹⁰. Lors de la négociation de

⁶ *Convention de Paris*, art. 10 bis.

⁷ *Accord sur les ADPIC*, art. 39.2, note 10.

⁸ MUSUNGU et OH, p. 39.

⁹ UNCTAD-ICTSD, «Protection of Undisclosed Information», p. 11-12; R. WEISMAN, «Data Protection».

¹⁰ F.M. ABBOTT, *The Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health*, p. 6.

l'*Accord sur les ADPIC*, la délégation américaine a d'ailleurs proposé, sans succès, un article qui aurait laissé moins de place à l'interprétation.

Depuis la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC*, les États-Unis ont tenté par différents moyens d'imposer le libellé qu'ils auraient préféré à l'actuel article 39(3). Ils ont ainsi utilisé le mécanisme du *Special 301* qui leur a notamment permis de convaincre l'Australie d'adopter une protection similaire à la leur¹¹. Ils ont également eu recours au mécanisme de règlement des différends. En 2000, ils ont déposé une plainte contre l'Argentine à propos de sa mise en œuvre de l'article 39(3)¹². Cependant, après une période de consultation infructueuse, la délégation américaine a retiré sa plainte contre l'Argentine jugeant sans doute que l'*Accord sur les ADPIC* ne constitue pas une base juridique suffisante pour exporter leur propre forme de protection¹³.

L'industrie américaine se fait toujours insistante auprès du gouvernement américain pour préciser l'article 39(3). Dans une lettre adressée en janvier 2003, la *Biotechnology Industry Organization* presse l'USTR d'adopter des règles commerciales internationales qui confèrent une exclusivité de cinq ans aux renseignements transmis aux autorités chargées d'autoriser la mise en marché¹⁴. C'est ainsi que les États-Unis ont finalement eu recours aux traités bilatéraux pour imposer une protection accrue de ces renseignements.

B. UNE PROTECTION ACCRUE DANS LES TRAITÉS BILATÉRAUX

Les récents traités bilatéraux conclus fixent des règles plus strictes pour la protection des renseignements transmis aux autorités publiques. D'une part, ils définissent davantage le type de renseignements qui doivent être protégés. Contrairement à l'*Accord sur les ADPIC* qui

¹¹ UNCTAD-ICTSD, «Protection of Undisclosed Information», p. 13.

¹² *Argentina – Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals, Complaint by the United States*, OMC Doc. WT/DS171/1, 10 mai 1999.

¹³ *Argentina – Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals, Notification of Mutually Agreed Solution*, OMC Doc. WT/DS171/3, 31 mai 2002, p. 6.

¹⁴ Lettre de Carl B. FELDBAUM, Président de Biotechnology Industry Organization, à Robert B. ZOELLICK, US Trade Representative, p. 3.

limite la protection aux renseignements non divulgués, certains traités bilatéraux imposent également la protection de renseignements divulgués. Plus exactement, ils prévoient une étrange fiction juridique selon laquelle les renseignements divulgués par l'autorité chargée d'autoriser la mise en marché doivent néanmoins être protégés comme des renseignements non divulgués: «If any undisclosed information concerning safety and efficacy submitted to [an entity acting on behalf of a Party] for purposes of obtaining marketing approval is disclosed by such entity, the Party is still required to protect such information from unfair commercial use in the manner set forth in the Article»¹⁵. En d'autres termes, les signataires de ces traités bilatéraux ne peuvent se soustraire à leur obligation de protéger les renseignements soumis pour obtenir une autorisation de mise en marché en divulguant eux-mêmes ces renseignements.

D'autre part, les récents traités prévoient que les pays signataires doivent conférer aux titulaires d'une autorisation de mise en marché le droit exclusif de permettre qu'une autre demande de mise en marché s'appuie sur cette première autorisation ou sur les renseignements qui ont permis de l'obtenir¹⁶. Ce droit doit être d'une durée minimale de cinq ans pour les produits pharmaceutiques et de dix pour les produits agrochimiques, à partir de la date d'autorisation de mise en marché. Si un pays permet d'appuyer une demande sur la base d'une autorisation étrangère ou de renseignements transmis à l'étranger pour obtenir une autorisation, des périodes de protection identiques sont applicables. Cette forme de protection correspond sensiblement à celle déjà prévue en droit américain¹⁷.

¹⁵ CAFTA-DR, art. 15.10.1(d); *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.10.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.10.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.9.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.10.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.8.1.

¹⁶ CAFTA-DR, art. 15.10.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.10.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.10.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.9.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.10.1; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.8.1.

¹⁷ 21 U.S.C. § 355(c)(3)(d)(ii).

Cette protection accrue peut avoir des effets économiques comparables à la protection conférée par un brevet¹⁸. En effet, si les producteurs de génériques ne peuvent s'appuyer sur les résultats des tests entrepris par leurs concurrents pour obtenir une autorisation de mise en marché, ils seront *de facto* maintenus à l'écart du marché pendant quelques années, le temps qu'ils effectuent eux-mêmes des tests ou que les résultats de leurs concurrents deviennent accessibles. La protection des renseignements non divulgués peut ainsi devenir une solution de remplacement lorsqu'un produit n'est pas brevetable, ou encore lorsque le brevet est échu. En fait, puisqu'il arrive assez fréquemment que la demande d'autorisation de mise en marché pour un produit pharmaceutique soit déposée alors que le brevet a déjà été octroyé depuis plusieurs années, il n'est pas rare que la protection des renseignements transmis aux autorités publiques se prolonge au-delà de la durée d'un brevet. Aux États-Unis, ce fut notamment le cas de l'Eprix, un médicament pour traiter l'anémie, et de l'Avara, un médicament pour soulager l'arthrite¹⁹.

Les précisions qu'apportent les récents traités bilatéraux représentent des avancées importantes aux yeux des États-Unis. Elles imposèrent des changements législatifs dans plusieurs pays, dont le Maroc, le Chili, le Costa Rica et le Guatemala²⁰. L'exemple du Guatemala illustre bien à quel point le gouvernement américain juge que cette protection est un élément fondamental des traités bilatéraux²¹. En effet, en décembre 2004, le Guatemala a réduit la protection offerte aux renseignements transmis aux autorités de mise en marché afin d'accélérer l'entrée de concurrents dans le marché des produits pharmaceutiques. La loi amendée prévoit que les entreprises peuvent appuyer leur demande d'autorisation de mise en marché à l'aide des résultats transmis par leurs

¹⁸ Carlos M. CORREA, «Protecting Test Data for Pharmaceutical and Agrochemical Products under Free Trade Agreements», in *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, sous la dir. de Pedro ROFFE, Geoff TANSEY et David VIVAS-EUGUI, Earthscan, 2006, p. 91.

¹⁹ Meir PEREZ PUGATCH, «Intellectual Property, Data Exclusivity, Innovation and Market Access», p. 120.

²⁰ THORPE, p. 28.

²¹ «USTR Summons CAFTA-DR Governments For Meeting On Guatemala Law», *Inside US Trade*, 10 janvier 2005; «Clash Continues on US-Central America Trade Deal», *Intellectual Property Watch*, vol. 2, no 1, 2005, p. 1-2.

concurrents sans attendre l'expiration d'un délai. Or, cet amendement à la loi guatémaltèque est entré en vigueur en décembre 2004, quelques mois après que la fin des négociations du traité de libre-échange entre les États-Unis et les pays d'Amérique centrale. L'ambassadeur américain au Guatemala publia une lettre dans les journaux pour dénoncer cette modification qui aurait donné l'impression, selon lui, que ce pays n'était pas résolu à mettre en œuvre les engagements prévus dans le traité de libre-échange. Il indiqua même que le gouvernement américain pourrait décider de ne pas soumettre au Congrès la ratification du traité de libre-échange si le Guatemala ne retirait pas son projet. Sous la pression, le gouvernement guatémaltèque soumit un nouvel amendement en janvier 2005, lequel prévoit la protection des renseignements transmis aux autorités publiques chargées d'autoriser la mise en marché pour une période de cinq ans.

Si les États-Unis tiennent tant à ce que le Guatemala protège les renseignements transmis aux autorités publiques, ce n'est pas parce qu'il représente un marché important pour les entreprises pharmaceutiques américaines, mais plutôt parce qu'ils souhaitent faire du traité de libre-échange conclu avec les pays d'Amérique centrale un modèle pour imposer une protection similaire dans plusieurs autres pays. Par exemple, l'avant-projet de ZLÉA, dans sa version de novembre 2003, contenait une sous-section sur la protection des renseignements non divulgués²². Deux propositions étaient mises en opposition, l'une inspirée de l'*Accord sur les ADPIC* et l'autre similaire à celle des récents traités bilatéraux. Si le chapitre sur la propriété intellectuelle de la ZLÉA n'avait pas été récemment abandonné, le traité de libre-échange conclu avec les pays d'Amérique centrale aurait pu servir de modèle.

§ 2. L'intégration avec le droit des brevets

Bien que les effets économiques entre la protection des renseignements non divulgués et les brevets puissent être comparables, il s'agit de catégories juridiques radicalement différentes. En fait, la logique même des secrets commerciaux ou des informations confidentielles est opposée à celle des brevets, pour laquelle une invention est protégée en

²² *Projet ZLÉA*, chap. XX, sec. B.2(j).

échange de sa divulgation. Un brevet sur une invention n'équivaut en aucun cas à une autorisation de mise en marché. Inversement, une autorisation de mise en marché ne confère aucunement des droits exclusifs sur la fabrication, l'utilisation, la vente ou l'importation du produit.

Les États-Unis souhaitent que les pays étrangers intègrent davantage la protection conférée par un brevet avec la protection des informations non divulguées. Par exemple, dans le rapport du *Special 301* de 2004, l'USTR incite la Malaisie à renforcer la coopération entre l'office malais des brevets et l'autorité chargée d'autoriser la mise en marché des produits pharmaceutiques : « Malaysia needs to protect confidential test data and pharmaceutical products by linking the marketing approval process to the patent registration process »²³. Dans ce contexte, les pays qui ont récemment signé des traités bilatéraux sont présentés comme des modèles pour les autres membres de l'OMC, parce qu'ils se sont engagés à offrir aux titulaires de brevet un droit de notification (A) et un droit d'autorisation (B) qui établissent un pont entre la protection conférée par un brevet et la protection des informations non divulguées.

A. UN DROIT DE NOTIFICATION

Selon les termes des récents traités bilatéraux, un brevet doit conférer à son titulaire deux nouveaux droits associés aux procédures d'autorisation de mise en marché. Le premier est un droit de notification sur les demandes d'autorisation déposées par les concurrents : « Party shall provide that the patent owner shall be informed of the request and the identity of any such other person who requests approval to enter the market during the term of a patent identified as claiming the approved product or its approved use »²⁴.

²³ USTR, *2004 Special 301 Report*, Washington, USTR, 2004, en ligne : USTR <http://www.ustr.gov/Document_Library/Reports_Publications/2004/2004_Special_301/Section_Index.html> (date d'accès : 4 avril 2006).

²⁴ CAFTA-DR, art. 15.10.2(b); similaire dans *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.10.4(b); *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.10.4(b); *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 23(b); *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.8.4(b); *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.10.2(b); *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.9.4.

Ce droit de notification est une particularité de la Loi fédérale sur les produits alimentaires, pharmaceutiques et cosmétiques (*Federal Food, Drug and Cosmetic Act*): « An applicant who makes a certification described in subparagraph (A)(vii)(IV) shall include in the application a statement that the applicant will give the notice required by clause (ii) to each owner of the patent which is the subject of the certification or the representative of such owner designated to receive such notice »²⁵. Par le biais des traités bilatéraux, cette particularité juridique est maintenant exportée vers de nouveaux pays.

Les avantages que confère aux titulaires de brevet ce droit de notification sont appréciables. En étant informé des produits qui risquent d’être mis sur le marché alors que le brevet est toujours valide, le titulaire du brevet peut ainsi être aux aguets et préparer des démarches judiciaires. Le droit de notification permet également au titulaire du brevet de jouir du deuxième droit qui fait le pont entre les droits conférés par un brevet et l’autorisation de mise en marché, soit le droit d’autoriser la délivrance d’une autorisation de mise en marché.

Tableau 31 : La protection des renseignements relatifs à l’autorisation de mise en marché

	La protection doit être d’un minimum de cinq ans	Le titulaire du brevet doit être notifié des demandes d’autorisation	Le titulaire du brevet a le droit d’empêcher qu’une autorisation soit émise
ADPIC			
Jamaïque			
Lituanie			
Lettonie			
Trinité-et-Tobago			
Cambodge			

²⁵ 21 U.S.C. § 355(j)(2)(B).

	La protection doit être d'un minimum de cinq ans	Le titulaire du brevet doit être notifié des demandes d'autorisation	Le titulaire du brevet a le droit d'empêcher qu'une autorisation soit émise
Laos			
Nicaragua			
Viêt Nam			
Jordanie	✓	✓	
Singapour	✓	✓	✓
Chili	✓	✓	✓
Amérique centrale	✓	✓	✓
Australie	✓	✓	✓
Maroc	✓	✓	✓
Bahreïn	✓	✓	✓

B. UN DROIT D'AUTORISATION

En plus de la notification, les récents traités bilatéraux prévoient que le titulaire d'un brevet doit se voir conférer le droit d'empêcher qu'une autorisation de mise en marché soit émise sur un produit qui intègre l'invention protégée :

*« Where a Party permits, as a condition of a approving the marketing of a pharmaceutical product, persons [...] to rely on evidence or information concerning the safety and efficacy of a product that was previously approved, [...] that Party shall implement measures in its marketing approval process to prevent such other persons from marketing a product covered by a patent claiming the product of its approved use during the term of that patent, unless by consent or acquiescence of the patent owners »*²⁶.

²⁶ CAFTA-DR, art. 15.10.2(a); similaire dans le *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.10.4(a); *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.10.4(a); *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.8.4(c); *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.10.2(c); *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.9.4.

Ce libellé laisse place à une certaine marge de manœuvre. Ainsi, en droit américain, si le titulaire du brevet ne répond pas à la notification qui lui est faite en entamant des démarches judiciaires dans un délai de quarante-cinq jours, la FDA peut émettre une autorisation de mise en marché²⁷. Inversement, si le titulaire du brevet entame des démarches judiciaires, la *Food and Drug Administration* retardera l'émission de l'autorisation de mise en marché de trente mois²⁸. Pour que le droit américain soit conforme aux traités bilatéraux, il faut supposer que le choix du titulaire du brevet de ne pas entamer de procédures judiciaires équivaut à un *consent* ou un *acquiescence*. Il faut également présumer qu'un délai de trente mois permet aux procédures judiciaires d'arriver à leur terme et éventuellement de pallier la délivrance de l'autorisation de mise en marché pour empêcher la commercialisation du produit générique durant la durée de protection du brevet.

Selon un rapport récent de la Commission du commerce international, ce système permet des abus des titulaires de brevet²⁹. En effet, des firmes pharmaceutiques peuvent savoir que leur brevet est invalide et empêcher délibérément la mise en marché de produits concurrents jusqu'à ce que les procédures judiciaires de contestation soient terminées. Il serait techniquement et juridiquement difficile de demander à la FDA de confirmer elle-même la validité d'un brevet avant d'émettre une autorisation de mise en marché. Cette tâche outrepasserait clairement les fonctions et les compétences d'un organisme chargé d'autoriser les mises en marché. D'un autre côté, lorsque le contrôle de la validité des brevets s'opère par voie d'un recours judiciaire normal, les titulaires de brevet peuvent en abuser pour retarder la mise en marché de produits concurrents.

Le même problème se pose maintenant dans les pays qui ont récemment signé un traité bilatéral avec les États-Unis. Ainsi, le Parti travailliste de l'Australie a donné son appui au traité de libre-échange à la condition que la loi australienne soit amendée pour prévenir les

²⁷ 21 U.S.C. § 355(j)(5)(B)(iii).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Federal Trade Commission, *Generic Drug Entry Prior to Patent Expiration: An FTC Study*, Washington, Federal Trade Commission, juillet 2002, p. i, en ligne: FTC <<http://www.ftc.gov/os/2002/07/genericdrugstudy.pdf>>. Des modifications ont été apportées à ce mécanisme depuis le dépôt de ce rapport.

abus des titulaires de brevet³⁰. Cette modification retenue prévoit que les titulaires de brevet pharmaceutique doivent, avant de s'engager dans une action en justice pour empêcher la mise en marché d'un produit concurrent, certifier que leur action est initiée de bonne foi, qu'ils ont des chances raisonnables de gagner et qu'ils n'exercent pas des mesures dilatoires. Si cette certification est frauduleuse ou si elle n'est pas respectée, le titulaire du brevet peut être contraint à payer une amende de 10 millions de dollars australiens³¹. Cette précision législative vise à contrebalancer le droit des titulaires de brevet d'empêcher l'émission d'autorisations de mise en marché sur les produits protégés.

Toutefois, il n'est pas certain que cet amendement à la loi australienne soit compatible au traité de libre-échange conclu avec les États-Unis. En effet, celui-ci prévoit que, lors de recours judiciaires, les brevets doivent être présumés valides³². Lorsque le parlement australien a adopté cet amendement, l'USTR a exprimé ses réserves à mots couverts : « We have stated that it is Australia's obligation to implement the FTA [and] at no point have we expressed acceptance of the proposed legislation and/or amendments »³³. Il n'est donc pas exclu que l'USTR recoure éventuellement au mécanisme de règlement des différends pour imposer le retrait de l'amendement australien. Si c'est le cas, les producteurs de médicaments génériques risquent d'être vulnérables aux abus des titulaires de brevet en Australie, comme ils le sont aux États-Unis.

Suite à cette analyse, nous sommes d'avis que les traités bilatéraux sont beaucoup plus précis que l'*Accord sur les ADPIC* en matière de protection des renseignements transmis aux autorités publiques. Le domaine de cette protection est étendu aux renseignements divulgués, la durée minimale de la protection est fixée à cinq ans et des ponts

³⁰ ICTSD, « Australia Passes US FTA with Amendments », *Bridges*, no 7, juillet-août 2004, p. 15, en ligne: ICTSD <<http://www.ictsd.org/monthly/bridges/BRIDGES8-7.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).

³¹ *Ibid.*

³² *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.11.18.

³³ USTR, « Statement from USTR Spokesman Richard Mills Regarding Australian implementing legislation and amendments related to the FTA », Communiqué de presse, 8 décembre 2004, en ligne: USTR <http://www.ustr.gov/Document_Library/Spokesperson_Statements/Statement_from_USTR_Spokesman_Richard_Mills_Regarding_Australian_implementing_legislation_amendments_related_to_the_FTA.html> (date d'accès: 3 avril 2006).

doivent être établis avec le droit des brevets. Ces précisions représentent-elles des obligations supplémentaires ou sont-elles simplement des éclaircissements aux obligations déjà prévues dans l'*Accord sur les ADPIC*? L'organisation *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America* plaide en faveur de la deuxième interprétation :

« *The United States should make it clear that the clarifications found in the FTAs on data exclusivity represent the U.S. interpretation of how the obligations contained in TRIPs Article 39.3 should be implemented and that it will allocate the necessary resource to ensure that the non-FTA countries act accordingly* »³⁴.

On peut toutefois douter qu'un tribunal d'arbitrage partagera cette opinion s'il examine l'histoire des négociations de l'*Accord sur les ADPIC*. Tel que souligné précédemment, les États-Unis tentèrent de faire adopter des obligations plus contraignantes, mais la proposition américaine fut rejetée. Par ailleurs, l'association entre le droit des brevets et la protection des renseignements transmis aux autorités publiques est bel et bien une innovation des traités bilatéraux.

Puisque les organismes chargés d'autoriser la mise en marché doivent devenir les gardiens des droits conférés par un brevet, les procédures nécessaires pour émettre une autorisation de mise en marché risquent d'être complexifiées et les délais prolongés. Or, les traités bilatéraux pallient cet effet secondaire. Ils exigent, comme la prochaine section entend le démontrer, que les délais nécessaires à l'émission d'une autorisation de mise en marché soient compensés par une prolongation de la durée du brevet.

SECTION 2

Associer la durée de protection aux formalités administratives

La *Convention de Paris* laisse aux États le soin de déterminer la durée de protection conférée par un brevet. Jusqu'à la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC*, plusieurs pays considéraient qu'une période de quinze ou de dix-sept ans représente un juste équilibre entre les inci-

³⁴ PhRMA, 2004 *Special 301 Submission*, appendice B, p. B-2.

tatifs à l'innovation et la libre concurrence. L'Inde prévoyait même que les inventions de procédés pharmaceutiques et agricoles devaient être protégées pour une période de cinq ans³⁵.

L'*Accord sur les ADPIC* fixe la durée minimale de protection à vingt ans à partir de la date de dépôt. Bien entendu, cette règle ne vaut que pour les pays membres de l'OMC, et plus particulièrement encore pour ceux qui ne bénéficient plus des périodes transitoires autorisées. Ceux qui figurent à la liste des pays les moins avancés ou ceux qui ne sont toujours pas membres de l'OMC demeurent libres de suivre la norme en vigueur dans la majorité des pays en développement avant la conclusion de l'*Accord sur ADPIC* et de n'offrir qu'une protection de douze à dix-sept ans. Si des pays comme le Laos, le Viêt Nam et le Cambodge prévoient une durée de protection de vingt ans, c'est principalement en raison de leur traité bilatéral avec les États-Unis³⁶.

Plus encore, la durée de protection prévue dans l'*Accord sur les ADPIC* n'est que nominale et non effective. Comme le rappelle l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet*:

« Le texte de l'article 33 n'étaye pas la notion d'une durée "effective" de protection par opposition à une durée "nominale" de protection. Au contraire, l'obligation énoncée à l'article 33 est simple et impérative : fournir, en tant que droit spécifique, une durée de protection ne prenant pas fin avant l'expiration d'une période de 20 ans à compter de la date du dépôt »³⁷.

Puisque l'*Accord sur les ADPIC* ne fixe que des normes minimales, rien n'interdit à un pays membre de l'OMC d'assurer aux titulaires de brevet une durée de protection effective lorsqu'elle est supérieure à vingt ans à compter de la date de dépôt, les membres de l'OMC demeurant libres de prolonger la durée de protection. Or, les États-Unis tiennent à ce que les autres pays assurent aux titulaires de brevet une certaine période de protection effective, comme le fait le droit américain. Ainsi,

³⁵ Inde, *Patent Act of 1970*, sec. 53.1.

³⁶ Laos, Decree on Patents, Petty Patents, and Industrial Designs, 17 janvier 2002, art. 17; Cambodge, *Law on the Protection of Patents, Utility Model Certificates, and Industrial Designs* (traduction officielle) 12 octobre 2001, art. 45. Viêt Nam, *Intellectual Property Law*, 29 novembre 2005, art. 93(2).

³⁷ Groupe spécial, *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet*, para. 95.

plusieurs traités bilatéraux imposent des compensations en raison des délais encourus pour dans la délivrance du brevet (§ 1) ou pour celle de l'autorisation de mise en marché (§ 2).

§ 1. Compenser la durée des procédures de l'office des brevets

L'*Accord sur les ADPIC* prévoit que les procédures de l'office des brevets doivent représenter «un délai raisonnable de manière à éviter un raccourcissement injustifié de la période de protection»³⁸. Cette disposition ne précise pas ce qu'est un *délai raisonnable* ni qu'elles devraient être les compensations pour les délais *déraisonnables*.

Aux États-Unis, les *raccourcissements injustifiés* sont compensés en prolongeant la durée des brevets. Cette norme fut introduite dans le droit américain pour contrebalancer l'engagement du pays à calculer la durée de protection à partir de la date de dépôt plutôt qu'à partir de la date de délivrance (A). Ils exportent maintenant la prolongation de la durée des brevets vers des pays qui ont toujours calculé cette durée à partir de la date de dépôt (B).

A. DU JAPON VERS LES ÉTATS-UNIS

En 1995, les États-Unis sont passés d'une durée de protection de dix-sept ans à partir de la date de délivrance à une protection de vingt ans à partir de la date de dépôt³⁹. Cette modification du droit américain visait notamment à rendre la législation américaine conforme à l'*Accord sur les ADPIC* et à un traité bilatéral conclu en 1994 avec le Japon, plus précis sur la question de la durée de protection :

« *The United States Patent and Trademark Office (USPTO) will introduce legislation to amend US patent law to change the term of patents from 17 years from the date of grant of a patent for an invention to 20 years from the date of filing of the first complete application* »⁴⁰.

³⁸ *Accord sur les ADPIC*, art. 62.2.

³⁹ Selon le *Uruguay Round Agreements Act*, la durée des brevets dont la demande fut déposée avant le 8 juin 1995 est de 17 ans à partir de la date de délivrance ou de 20 ans à partir de la date de dépôt, la durée la plus longue prévalant. Voir *Uruguay Round Agreements Act*, Pub. L. 103-465, 108 Stat. 4809 (1994).

⁴⁰ *MOU États-Unis – Japon*, para. 1.

Parce que cet amendement à la loi américaine répond à des engagements internationaux, certains craignaient qu'il ne reflète pas les intérêts américains⁴¹. Leur principale crainte était que la durée de protection effective soit réduite si les procédures administratives nécessaires à la délivrance d'un brevet se prolongent au-delà de trois ans. Dès lors, aussitôt que cette norme fut adoptée, un amendement fut proposé pour revenir à la règle de dix-sept ans à partir de la date de délivrance.

Par ailleurs, la fixation de la durée de protection depuis la date de dépôt permet de limiter la pratique des *brevets sous-marins*. Cette pratique consiste à déposer une demande de brevet volontairement incomplète pour une invention dont les conditions de commercialisation ne sont pas encore optimales, d'utiliser ensuite divers mécanismes administratifs prévus en droit américain, comme la possibilité de transmettre des rapports justificateurs aux examinateurs et de modifier les revendications, de façon à prolonger les procédures d'examen et retarder sa publication, d'attendre que les conditions commerciales soit optimale, et de compléter enfin la demande pour permettre l'octroi du brevet et profiter des droits exclusifs. Le déposant peut ainsi bénéficier d'un droit de priorité dès la date du dépôt sans que ses concurrents en soient informés et sans que la durée de protection soit amputée par les procédures administratives. En revanche, lorsque le compte à rebours est enclenché à partir de la date de dépôt, la pratique des *brevets sous-marins* est découragée puisque les déposants réduisent eux-mêmes la durée de leurs droits exclusifs s'ils prolongent délibérément les procédures administratives.

Un compromis fut atteint en 1999 avec la Loi sur la garantie de la durée de protection des brevets (*Patent Term Guarantee Act*). Selon cette nouvelle législation, la durée de protection conférée par un brevet pourra être prolongée si le USPTO prend plus de trois ans pour délivrer le brevet, à condition que le déposant n'abuse pas des procédures administratives pour retarder lui-même la délivrance du brevet⁴². Cette formule permet judicieusement de garantir une durée effective de dix-sept ans à partir de la date de délivrance tout en limitant la pratique des

⁴¹ Toshiko TAKENAKA, « Impact of 1999 Patent Reforms: A Comparative Law Perspective », *CASRIP Newsletter*, hiver 2000, p. 4.

⁴² U.S.C. § 154.

brevets sous-marins. Néanmoins, bien qu'elle soit toute désignée pour le contexte américain, elle est probablement moins appropriée pour les pays qui jugent que la durée de protection optimale pour leur économie est de douze ou quinze ans.

B. DES ÉTATS-UNIS VERS L'ÉTRANGER

Quelques années après la conclusion du traité bilatéral avec le Japon, et à peine quelques mois après que la Loi sur la garantie de la durée de protection des brevets fut entrée en vigueur, les États-Unis ont reproduit cette norme dans leurs traités bilatéraux. En effet, les traités conclus avec l'Australie, le Chili, le Maroc, Singapour, le Bahreïn et les pays d'Amérique centrale prévoient tous cette disposition : « Each Party, at the request of the Patent owner, shall adjust the term of a patent to compensate for unreasonable delays that occur in granting the patent »⁴³. Ainsi, le fruit d'un compromis national, qui s'explique par la volonté de préserver l'essence d'une législation antérieure, est maintenant exporté vers des pays qui calculaient déjà la durée de protection à partir de la date de dépôt.

Tableau 32 : Le prolongement de la durée de protection

	Les parties doivent compenser les délais de délivrance des brevets en prolongeant leur durée effective	Les parties doivent compenser les délais de délivrance des autorisations de mise en marché en prolongeant leur durée effective
ADPIC	N'est pas précisée	N'est pas précisée
Jamaïque	N'est pas précisée	Encouragée
Lituanie	N'est pas précisée	Explicitement autorisée
Lettonie	N'est pas précisée	Explicitement autorisée

⁴³ *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.8; *CAFTA-DR*, art. 15.9.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.7; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.9.6; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.7; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.6.

	Les parties doivent compenser les délais de délivrance des brevets en prolongeant leur durée effective	Les parties doivent compenser les délais de délivrance des autorisations de mise en marché en prolongeant leur durée effective
Trinité-et-Tobago	N'est pas précisée	Explicitement autorisée
Cambodge	N'est pas précisée	Explicitement autorisée
Laos	N'est pas précisée	Explicitement autorisée
Nicaragua	N'est pas précisée	Explicitement autorisée
Viêt Nam	N'est pas précisée	Explicitement autorisée
Jordanie	N'est pas précisée	Obligatoire
Singapour	Obligatoire (délais déraisonnables = 4 ans après dépôt ou 2 ans après demande d'examen)	Obligatoire
Chili	Obligatoire (délais déraisonnables = 5 ans après dépôt ou 3 ans après demande d'examen)	Obligatoire
Amérique centrale	Obligatoire (délais déraisonnables = 5 ans après dépôt ou 3 ans après demande d'examen)	Obligatoire
Australie	Obligatoire (délais déraisonnables = 4 ans après dépôt ou 2 ans après demande d'examen)	Obligatoire
Maroc	Obligatoire (délais déraisonnables = 4 ans après dépôt ou 2 ans après demande d'examen)	Obligatoire
Bahreïn	Obligatoire (délais déraisonnables = 4 ans après dépôt ou 2 ans après demande d'examen)	Obligatoire

Aux yeux de l'industrie américaine, les délais déraisonnables des offices de brevets seraient plus fréquents à l'étranger : « In some countries, political interference by the health ministry has held up patent grants for pharmaceutical products. In other countries, administrative delays and backlogs are the primary reason for delays in granting

patents»⁴⁴. Dès lors, pour éviter toute confusion, les États-Unis ont défini avec précision la notion de *unreasonable delays* en fixant des délais maximums : « An unreasonable delay shall at least include a delay in the issuance of a patent of more than four years from the date of filing of the application in the Party, or two years after a request for examination of the application has been made, whichever is later »⁴⁵. Pour une raison inexplicitée, cette définition d'un délai déraisonnable est assouplie dans les traités signés avec le Chili et avec les pays d'Amérique centrale. Ces deux traités prévoient qu'un délai déraisonnable doit être au minimum de cinq ans à partir de la date de dépôt et à trois ans à partir de la demande d'examen⁴⁶.

En outre, les traités bilatéraux précisent que les délais qui résultent des procédures enclenchées par le déposant ne doivent pas être comptés dans la mesure des délais déraisonnables : « For the purposes of this paragraph, any delays that occur in the issuance of a patent due to periods attributable to actions of the patent applicant need not be included in the determination of such delay »⁴⁷. On pourrait déduire de cette disposition que tous les délais attribuables à des mesures prises par des tiers autres que le déposant doivent être inclus dans le calcul des délais déraisonnables.

Les traités conclus avec Singapour et avec le Bahreïn contiennent une disposition supplémentaire. Ils prévoient que la durée de protection

⁴⁴ Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters (IFAC-3), *The U.S.-Singapore Free Trade Agreement – Intellectual Property Provisions*, p. 10.

⁴⁵ *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.8; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.7; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.7; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.6.

⁴⁶ *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.9.6; *CAFTA-DR*, art. 15.9.5.

⁴⁷ *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.6; *CAFTA-DR*, art. 15.9.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.7; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.9.6; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.7. Le traité australien ajoute, en plus des *actions of the patent applicant*, les *actions of any opposing third party* (voir *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.8). Le traité conclu avec Singapour précise que les délais durant lesquels le déposant répond à des exigences administratives ne doivent pas être inclus dans le calcul des délais déraisonnables (*Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, note à l'art. 16.7.7). Cette disposition reflète sensiblement le droit américain qui fixe un délai de trois mois aux déposants pour répondre aux exigences administratives. Voir U.S.C. § 154(b)(2)(c)(ii).

peut être prolongée pour compenser un délai déraisonnable dans un examen conduit dans un autre pays⁴⁸. Dans le cas de Singapour, cette particularité s'explique parce que ce pays a un système de délivrance des brevets qui n'est indépendant que depuis 1995⁴⁹. Les demandes déposées avant cette date étaient examinées par l'Office des brevets britannique et les brevets délivrés demeurent valides à Singapour pour une durée de vingt ans à partir de la date de dépôt au Royaume-Uni. Dans le cas du Bahreïn, certains brevets en vigueur ont été examinés par l'Office du Conseil de coopération des pays du Golfe. Avec la mise en œuvre de ce traité de libre-échange, Singapour et le Bahreïn devront maintenant compenser les délais déraisonnables que l'Office des brevets britannique et l'Office de coopération des pays du Golfe ont fait subir aux déposants d'un brevet.

§ 2. Compenser la durée des procédures d'autorisation de mise en marché

Pour les inventions pharmaceutiques et agrochimiques, la durée de protection effective n'est pas seulement amputée par les procédures de l'office des brevets. Les procédures visant à assurer la sécurité et l'efficacité de ces produits peuvent également retarder leur mise en marché. Au total, la durée de production effective peut être réduite à moins d'une dizaine d'années⁵⁰.

Pour minimiser cet effet, le droit américain prévoit que les délais attribuables aux procédures de la FDA peuvent être compensés par une prolongation de la durée des brevets. Par le biais des traités bilatéraux, cette même mesure est maintenant exportée à l'étranger (A), bien qu'elle ne le soit pas dans son intégralité (B).

⁴⁸ *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.8; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.7.

⁴⁹ KANG et STONE, p. 723.

⁵⁰ Jean-Christophe GALLOUX, «The Articulation of Patent and Public Health Systems», *Revue internationale de droit économique*, éd. spéciale, 2001, p. 150.

A. L'EXPORTATION DE LA FORMULE *HATCH-WAXMAN*

Aux États-Unis, où les procédures d'autorisation de mise en marché de la FDA sont très strictes, les délais peuvent être particulièrement longs⁵¹. Par conséquent, le Congrès adopta dès 1984 la Loi sur le prix des produits pharmaceutiques et la compensation de la durée des brevets (*Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act*) qui intègre une formule connue sur le nom de *Hatch-Waxman*. Cette formule consiste à permettre aux titulaires de brevet de demander une prolongation de la durée de protection des brevets pour pallier les délais attribuables à la FDA⁵². Selon les termes de cette loi, la durée d'un brevet peut être prolongée jusqu'à un maximum de cinq ans si la durée effective du brevet n'excède pas quatorze ans.

Cette initiative du Congrès américain fut progressivement diffusée à l'étranger. Un des premiers pays à offrir aux titulaires de brevet une compensation pour les délais d'autorisation de mise en marché fut la Corée en 1987, au terme d'une négociation bilatérale avec les États-Unis menée sous la pression du *Special 301*⁵³. Puis, d'autres pays adoptèrent cette norme sans qu'il y ait nécessairement de pression exercée par les États-Unis; ce fut le cas du Japon en 1988 puis de la France en 1990.

Depuis l'*Accord sur les ADPIC*, les États-Unis sont revenus à une stratégie bilatérale pour diffuser la compensation des délais d'autorisation de mise en marché par l'extension de la durée des brevets. Le premier traité bilatéral du corpus analysé, soit celui conclu avec la Jamaïque, encourage cette compensation sans l'imposer: «Each Party is encouraged to extend the term of patent protection, in appropriate case, to compensate for delays caused by regulatory approval processes»⁵⁴. Puis, une série de traités bilatéraux l'autorisent explicitement: «A Party may extend the term of patent protection, in appropriate cases, to compensate for delays caused by regulatory approval processes»⁵⁵. Les plus récents imposent aux pays signataires d'offrir cette compensa-

⁵¹ GRUBB, p. 146.

⁵² 35 U.S.C. § 156

⁵³ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 117.

⁵⁴ *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Jamaïque*, art. 9.4.

⁵⁵ *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Nicaragua*, art. 7.11; *Accord de commerce États-Unis – Cambodge*, art. 18.4; *Accord de commerce États-Unis – Viêt Nam*, art. 7.10; *MOU États-Unis – Trinidad et Tobago*, art. 6.9; *Accord de commerce*

tion: « With respect to any pharmaceutical product that is subject to a patent, each Party shall make available an extension of the patent term to compensate the patent owner for unreasonable curtailment of the patent term as a result of the marketing approval process »⁵⁶.

Enfin, le dernier traité de notre corpus, celui signé avec le Bahreïn, franchit un pas supplémentaire. Ce pays, comme plusieurs autres, permet qu'une autorisation de mise en marché s'appuie sur la preuve qu'une telle autorisation a été obtenue dans un autre pays, généralement la FDA des États-Unis. Or, le traité de libre-échange impose au Bahreïn de compenser les délais subis dans cet autre pays⁵⁷. En d'autres termes, si les procédures d'autorisation du FDA sont retardées, les titulaires de brevets sont compensés non seulement aux États-Unis, mais aussi au Bahreïn.

L'expression « unreasonable curtailment » n'est toutefois pas définie dans les traités bilatéraux. L'emploi d'une expression différente de « unreasonable delay », faisant référence aux délais des procédures de l'office des brevets, laisse entendre que les négociateurs voulaient établir une distinction entre les deux types de délais. En d'autres termes, rien n'indique qu'il faille considérer qu'un « unreasonable curtailment » serait un délai de plus de quatre ans, période qui est généralement retenue à la qualification du « unreasonable delay ». En employant l'expression « unreasonable curtailment », les États-Unis voulaient peut-être référer à une période correspondant à la moitié de la durée des tests cliniques exigés additionnée à la totalité de la durée des procédures d'approbation par l'autorité gouvernementale, comme le fait le droit américain⁵⁸. Puisque les traités bilatéraux ne précisent pas l'expression « unreasonable curtailment », on peut seulement affirmer qu'elle désigne probablement une période différente de celle d'un « unreasonable delay ». Néanmoins, malgré cette incertitude, l'Australie, le Bahreïn, le Chili, la

États-Unis – Lituanie, art. 7.4; *Accord de commerce États-Unis – Laos*, art. 18.10; *Accord de commerce États-Unis – Lettonie*, art. 6.4.

⁵⁶ *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.10.3; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.8.4(a); *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.8(b); *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 4.23; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.10.2(a); *CAFTA-DR*, art. 15.9.6(b); *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*.

⁵⁷ *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.6(b)(ii).

⁵⁸ 35 U.S.C. § 156(c).

Jordanie, le Maroc, Singapour et les pays d'Amérique centrale devront compenser les délais résultant des procédures nécessaires à l'autorisation de mise en marché par une prolongation de la durée des brevets.

B. UNE EXPORTATION PARTIELLE DE LA FORMULE *HATCH-WAXMAN*

Si les traités bilatéraux exportent la compensation pour les délais d'autorisation de mise en marché, aucun n'exporte la formule *Hatch-Waxman* en entier. Cette loi visait un équilibre entre la protection de la durée des brevets et l'accès aux médicaments génériques lorsque les brevets arrivent à échéance. Ainsi, en contrepartie de la prolongation de la durée des brevets, la formule *Hatch-Waxman* simplifie les procédures de la FDA pour les produits génériques. Tous les produits peuvent désormais obtenir une autorisation de mise en marché en ne démontrant que la bioéquivalence avec des produits dont l'autorisation a déjà été émise⁵⁹. En outre, la formule *Hatch-Waxman* permet de fabriquer des inventions brevetées sans l'autorisation du titulaire du brevet en vue de l'obtention d'une autorisation de mise en marché⁶⁰. Aucun traité bilatéral n'impose cette contrepartie à l'extension de la durée de protection ; il s'agit pourtant d'un élément essentiel pour comprendre l'équilibre visé par la formule *Hatch-Waxman*.

Cette exportation partielle et sélective du droit américain démontre bien que les traités bilatéraux n'exportent pas un ensemble cohérent de normes juridiques mais seulement les éléments les plus favorables aux titulaires de brevet. Or, les pays en développement qui ont signé un traité bilatéral ont particulièrement besoin de s'assurer d'un meilleur accès aux médicaments génériques. La prolongation de la durée de protection des brevets pour compenser les délais de l'office des brevets et ceux de l'autorité chargée d'autoriser les mises en marché ne répond peut-être pas à leurs intérêts. Du moins, c'est l'opinion de Henry A. Waxman, le représentant qui a donné son nom à la formule *Hatch-Waxman*, puis-

⁵⁹ Ces procédures simplifiées étaient auparavant limitées aux produits bioéquivalents avec des produits mis en marché avant 1961. 21 U.S.C. § 355(j).

⁶⁰ 35 U.S.C. § 271(e)(1). Jusqu'alors, les fabricants de produits génériques ne pouvaient profiter de l'exception pour les utilisations expérimentales pour réaliser des expériences et des tests afin d'obtenir une autorisation de mise en marché. *Roche Products Inc. c. Bolar Pharmaceuticals Co.*, 733 F.2d 858, 221 USPQ 937 (Fed. Cir. 1984).

qu'il s'oppose à l'exportation de cette mesure dans les pays en développement ⁶¹.

CONCLUSION

En comparaison avec l'*Accord sur les ADPIC*, les traités bilatéraux offrent de nouveaux droits aux titulaires de brevets. Ceux-ci doivent maintenant être informés des demandes d'autorisation de mise en marché déposées par des tiers sur leur invention et ils peuvent refuser que cette autorisation leur soit accordée. En outre, la durée de protection de leur brevet doit être prolongée pour compenser les délais déraisonnables de l'office des brevets et de l'organisme chargé d'autoriser la mise en marché. Ces mesures sont directement inspirées du droit américain.

Nul doute que l'extension de ces droits et la prolongation de cette durée confèrent un net avantage commercial aux titulaires de brevets. Parmi eux, l'industrie pharmaceutique en est certainement la première bénéficiaire puisqu'elle est la plus sujette aux procédures d'autorisation de mise en marché. Elle bénéficie donc tout particulièrement de l'association créée entre le droit des brevets et la protection des renseignements transmis aux autorités publiques et de la prolongation de la durée de protection des brevets pour compenser les délais dans l'émission des autorisations de mise en marché.

En exportant ces normes favorables à l'industrie pharmaceutique dans les pays en développement, on peut se demander si les traités bilatéraux ne constituent pas une révision du fragile compromis atteint à Doha entre la protection des inventions et l'accès aux produits pharmaceutiques. Certes, ni l'*Accord sur les ADPIC* ni la *Déclaration de Doha* n'interdisent aux membres de l'OMC de prendre des engagements

⁶¹ Henry Waxman, Allocution, Committee on Ways and Means, *Subcommittee on Trade, Hearing on Implementation of U.S. Bilateral Free Trade Agreements with Chile and Singapore*, 10 juin 2003, en ligne: Ways and Means <<http://waysandmeans.house.gov/hearings.asp?formmode=view&id=1107>> (date d'accès: 30 mars 2006); Henry Waxman, Allocution, « The US-Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement », 27 juillet 2005.

plus contraignants par le biais de traités bilatéraux⁶². Contrairement à ce qu'affirment certaines ONG, la *Déclaration de Doha* ne fixe pas un plafond contre le rehaussement des normes de propriété intellectuelle⁶³, les membres de l'OMC demeurant libres de fixer des règles qui vont au-delà du seuil minimal de l'*Accord sur les ADPIC*.

En revanche, si les traités bilatéraux ne sont pas contraires à la lettre de la *Déclaration de Doha*, ils le seraient à son esprit⁶⁴. L'objectif de cette déclaration était d'assurer aux pays en développement qu'ils puissent interpréter minimalement les engagements de l'*Accord sur les ADPIC* pour favoriser l'accès aux médicaments⁶⁵. En prévoyant des dispositions qui vont au-delà de ce traité multilatéral, les traités bilatéraux permettent aux États-Unis de contourner les débats de l'OMC, d'offrir à l'industrie pharmaceutique une compensation pour les concessions faites dans la *Déclaration de Doha* et de poursuivre le mouvement d'exportation de leur droit. Cette hypothèse se confirme encore davantage par l'analyse au prochain chapitre des dispositions des traités bilatéraux relatives aux limites aux droits conférés.

⁶² Sur cette question, voir James Thuo GATHII, « The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPs and Public Health Under the Vienna Convention on the Law of Treaties », *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15, no 9, 2002, p. 292-317.

⁶³ Voir par exemple Médecins sans frontières, *Testimony on IP Provisions in CAFTA-DR & Consequences for Access to Essential Medicines*, avril 2005, p. 1, en ligne : MSF <http://www.doctorswithoutborders.org/publications/speeches/2005/testimony_guatemala_4-2005.cfm> (date d'accès : 2 avril 2006).

⁶⁴ Cette hypothèse est également défendue par Margo A. BAGLEY, « Legal Movements in Intellectual Property: TRIPs, Unilateral Action, Bilateral Agreements, and HIV/Aids », *Amory International Law Review*, vol. 17, été 2003 ; F.M. ABBOTT, *The Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health*.

⁶⁵ Jean-Frédéric MORIN, « Tripping up TRIPs debate : IP and Health », *International Journal of Intellectual Property Management*, vol. 1, no 1/2, [à paraître en 2006].

CHAPITRE 2

Les limites aux droits conférés

Si de nouveaux droits sont conférés et que la durée de protection effective est prolongée, les signataires des traités bilatéraux peuvent-ils néanmoins limiter ces droits et cette durée ? L'*Accord sur les ADPIC* autorise effectivement les membres de l'OMC à limiter les droits conférés par un brevet si certaines conditions générales sont respectées. Cette marge de manœuvre a d'ailleurs été garantie par la *Déclaration de Doha sur la santé publique*. Il s'agissait alors d'une des principales victoires du mouvement contre-hégémonique.

Toutefois, les traités bilatéraux américains ignorent la *Déclaration de Doha* et restreignent les limitations aux droits conférés à des circonstances particulières ou à des motifs spécifiques. Ces restrictions additionnelles reflètent essentiellement le droit américain. Elles sont observables autant par les exceptions aux droits conférés (section 1) que par la cessation des droits (section 2). Les pays signataires des traités disposent ainsi d'une marge de manœuvre limitée face aux titulaires de brevets.

SECTION 1

Les exceptions aux droits conférés

L'*Accord sur les ADPIC* contient deux articles prévoyant des exceptions aux droits conférés, soit l'article 30 sur les exceptions générales et l'article 31 sur les licences obligatoires. Chacun de ces articles détermine des conditions que les membres de l'OMC doivent respecter lorsqu'ils prévoient des exceptions aux droits conférés, peu importe les motifs invoqués. Les traités bilatéraux restreignent les recours possibles à ces articles en fixant des circonstances particulières sous lesquelles les membres peuvent ou ne peuvent pas recourir aux exceptions générales (§ 1) et aux licences obligatoires (§ 2).

§ 1. Les exceptions générales

Un brevet confère des droits exclusifs à la fois sur la fabrication et sur la vente d'une invention. Par contre, l'article 30 de l'*Accord sur les ADPIC* autorise plusieurs exceptions aux droits conférés par un brevet. S'inspirant de l'article 9(2) de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*⁶⁶, il ne prévoit pas une liste d'exceptions prédéterminées mais fixe plutôt les conditions générales de leur admissibilité par une formule connue sous le nom du *triple test*:

« Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers. »

L'article 30 n'exclut *a priori* aucune exception particulière, pour autant qu'elle respecte les trois conditions mentionnées. Parmi les pays signataires d'un traité bilatéral avec les États-Unis, plusieurs, comme le Salvador, l'utilisent pour permettre l'utilisation d'une invention par un tiers sans l'autorisation du titulaire du brevet à des fins de recherches non commerciales⁶⁷. Singapour l'utilise également pour autoriser l'utilisation d'une invention à bord d'un navire temporairement sur le territoire national⁶⁸. Le Cambodge ajoute à ces deux exceptions celle qui permet à un tiers d'utiliser l'invention brevetée s'il le faisait déjà de bonne foi avant le dépôt de la demande de brevet⁶⁹.

Toutefois, les récents traités bilatéraux américains restreignent les possibilités de recourir à l'article 30. Premièrement, ils interdisent les exceptions aux droits conférés aux fins d'entreposage (A). Deuxièmement, il est possible, selon certaines interprétations, qu'ils prohibent les exceptions aux droits conférés aux fins d'exportation (B). Troisième-

⁶⁶ *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 24 juillet 1971, 1161 R.T.N.U. 3, art. 9.2.

⁶⁷ El Salvador, *Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual*, art. 116(b).

⁶⁸ Singapour, *Patents Act* (Cap. 221 Revised), 25 novembre 1994 (1995), No. 21 (No. 40), art. 66.2(f).

⁶⁹ Cambodge, *Law on the Protection of Patents, Utility Model Certificates, and Industrial Designs* (traduction officielle) 12 octobre 2001, art. 44(iv).

ment, ils sont en contradiction avec une exception américaine autorisant l'utilisation d'une invention brevetée à des fins de recherche (C).

A. L'EXCEPTION POUR L'ENTREPOSAGE

Normalement, les compétiteurs du titulaire du brevet doivent attendre que celui-ci soit échu avant de fabriquer l'invention. Or, les délais nécessaires à la fabrication d'un nombre suffisant de produits pour qu'ils puissent être distribués et commercialisés peuvent *de facto* prolonger au-delà de vingt ans la durée du droit exclusif sur la vente d'une invention. Afin d'accélérer l'entrée de concurrents sur le marché, le Canada, comme d'autres pays, prévoyait jusqu'à récemment une exception autorisant la fabrication d'un produit protégé à condition que ce produit soit entreposé jusqu'à l'échéance du brevet. Le jour où le brevet était échu, une quantité importante de produits concurrents, déjà fabriqués et distribués, pouvait être mise sur le marché.

Les entreprises pharmaceutiques américaines s'opposaient vivement à cette exception canadienne pour l'entreposage des produits protégés par un brevet⁷⁰. Toutefois, elles ont été incapables de convaincre l'USTR de déposer une plainte à l'OMC à propos de cette mesure. Duncan Matthews explique l'inaction de l'USTR par la sensibilité politique de la question des médicaments génériques sur la scène nationale américaine⁷¹. Bien que la loi américaine n'autorise pas l'entreposage de produits génériques durant la période de protection, elle autorise la fabrication d'un médicament sans le consentement du titulaire du brevet pour obtenir une autorisation de mise en marché⁷². L'USTR craignait sans doute qu'en attaquant le Canada à propos de son exception pour l'entreposage, il mette indirectement en danger sa propre exception pour l'obtention d'une autorisation de mise en marché.

Les entreprises américaines, à travers leurs filiales membres de l'*European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations*, se sont alors tournées vers la Commission européenne. Celle-ci, contrairement au USTR, accepta de contester la loi canadienne devant l'Or-

⁷⁰ USTR, 2001 *Special 301 Report*.

⁷¹ MATTHEWS, p. 101.

⁷² 35 U.S.C. § 271(e)(1). Cette exception est souvent surnommée Bolar du nom de l'affaire *Roche Products Inc. c. Bolar Pharmaceuticals Co.*

gane de règlement des différends de l'OMC⁷³. De plus, la plainte des Communautés européennes et de leurs États membres cibra non seulement l'exception aux droits exclusifs de fabrication pour des fins d'entreposage mais également l'exception pour obtenir une autorisation de mise en marché. L'USTR intervint donc comme tierce partie et argua que, selon lui, l'article 30 de l'*Accord sur les ADPIC* autorise une exception permettant la fabrication d'un produit protégé pour obtenir une autorisation de mise en marché mais n'autorise pas une exception pour l'entreposage de ces produits⁷⁴.

Le Groupe spécial reconnut l'interprétation américaine et donna partiellement raison aux Communautés européennes. Il conclut qu'une exception pour obtenir une autorisation de mise en marché répond aux conditions de l'article 30 alors qu'une exception pour l'entreposage consiste en une «réduction substantielle des droits exclusifs» qui ne peut être considérée «comme une *exception limitée* au sens de l'article 30 de l'*Accord*»⁷⁵. Pour les États-Unis, cette décision avait le double avantage de reconnaître indirectement la conformité de l'exception américaine et de condamner l'exception canadienne qui irritait les entreprises américaines.

Fort de cette victoire, l'USTR intégra la décision du Groupe spécial dans ses sept derniers traités de libre-échange :

*«If a Party permits a third person to use the subject matter of a subsisting patent solely to support an application for marketing approval of a pharmaceutical product, that Party shall provide that any product produced under such authority shall not be made, used or sold in the territory of that Party other than for purposes related to generating information to meet requirements for approval to market the product once the patent expires... »*⁷⁶.

⁷³ MATTHEWS, p. 101.

⁷⁴ Groupe spécial, *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, para. 5.34.

⁷⁵ *Ibid.*, para. 7.36. Le Canada modifia sa loi en conséquence par le projet C-9 connu sous le nom d'*Engagement de Jean Chrétien envers l'Afrique*.

⁷⁶ *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.6; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.5; *CAFTA-DR*, art. 15.9.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.9.4; *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 4.19.

Deux constats se dégagent de cette disposition. D'abord, elle autorise les Parties à prévoir une exception au droit exclusif de fabrication pour permettre aux tiers d'obtenir une autorisation de mise en marché. Ensuite, elle interdit que cette exception permette aux tiers qui en bénéficient de l'utiliser pour fabriquer et entreposer des produits destinés à la vente lorsque le brevet sera échu. En d'autres termes, les récents traités de libre-échange autorisent l'exception américaine mais interdisent l'exception canadienne⁷⁷.

Bien qu'elle reprenne en substance les conclusions de la décision *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, cette disposition restreint la marge de manœuvre des parties à un traité bilatéral. En effet, une décision d'un Groupe spécial ne vaut que pour la partie défenderesse au différend, en l'occurrence le Canada, et ne constitue pas un précédent opposable aux autres membres de l'OMC. Si un groupe spécial ou l'Organe d'appel est appelé de nouveau à examiner la compatibilité de l'exception pour l'entreposage avec l'*Accord sur les ADPIC*, les arbitres pourraient très bien tenir compte de la *Déclaration de Doha sur la santé publique* pour tirer une interprétation différente l'article 30⁷⁸.

De plus, une décision adoptée dans le cadre de l'OMC n'est aucunement contraignante pour un groupe d'arbitrage *ad hoc* institué en vertu d'un traité bilatéral. Il est vrai qu'il serait étonnant qu'un tel groupe d'arbitrage s'éloigne sensiblement des précédents de l'OMC mais rien ne permet de l'affirmer avec certitude. Par conséquent, l'interdiction formelle d'autoriser un tiers à entreposer un produit protégé constitue une première restriction des traités bilatéraux par rapport à l'article 30 de l'*Accord sur les ADPIC*.

⁷⁷ En fait, cette disposition des traités bilatéraux ne correspond pas exactement à l'exception américaine. Elle prévoit que l'autorisation de mise en marché demandée sous cette exception ne peut être octroyée que lorsque le brevet est échu. Or, en droit américain, la révocation ou une licence obligatoire peuvent également permettre la délivrance de l'autorisation de mise en marché. Sur cette question complexe, voir F.M. ABBOTT, *The Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health*, p. 4.

⁷⁸ L'organe d'appel a déjà reconnu le principe de l'interprétation évolutive des accords de l'OMC. Organe d'appel, *United States, Import prohibition on Certain Shrimp and Dhrimp Product*, para. 130.

Tableau 33 : Les exceptions générales aux droits conférés

	Autorisation de fabriquer des produits brevetés pour obtenir une autorisation de mise en marché	Interdiction de fabriquer et d’entreposer des produits brevetés en vue de les vendre à l’échéance du brevet
ADPIC	Reconnue par un Groupe spécial en 2000 en s’appuyant sur l’article 30	Reconnue par un Groupe spécial en 2000 en s’appuyant sur l’article 30
Jamaïque	Disposition identique à art. 30	Disposition identique à art. 30
Lituanie	Disposition similaire à art. 30	Disposition similaire à art. 30
Lettonie	Disposition similaire à art. 30	Disposition similaire à art. 30
Trinité-et-Tobago	Disposition similaire à art. 30	Disposition similaire à art. 30
Cambodge	Disposition similaire à art. 30	Disposition similaire à art. 30
Laos	Disposition similaire à art. 30	Disposition similaire à art. 30
Nicaragua	Disposition similaire à art. 30	Disposition similaire à art. 30
Viêt Nam	Disposition similaire à art. 30	Disposition similaire à art. 30
Jordanie	Explicitement prévue	Explicitement prévue
Singapour	Explicitement prévue	Explicitement prévue
Chili	Explicitement prévue	Explicitement prévue
Amérique centrale	Explicitement prévue	Explicitement prévue
Australie	Explicitement prévue	Explicitement prévue
Maroc	Explicitement prévue	Explicitement prévue
Bahreïn	Explicitement prévue	Explicitement prévue

B. L’EXCEPTION POUR L’EXPORTATION

Un des principaux débats des dernières années relatifs aux droits conférés par un brevet porte sur les moyens qui permettraient d’améliorer l’accès aux produits pharmaceutiques dans les pays qui n’ont pas de capacités industrielles suffisantes pour recourir eux-mêmes aux

licences obligatoires. Ces pays sont contraints d'importer des produits pharmaceutiques fabriqués sous des licences obligatoires octroyées par des gouvernements étrangers. Toutefois, ils peuvent éprouver de la difficulté à trouver un fournisseur puisque l'*Accord sur les ADPIC* prévoit que les licences obligatoires doivent être « autorisées principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur du Membre qui a autorisé cette utilisation »⁷⁹. La *Déclaration de Doha sur la santé publique* donna « pour instruction au Conseil des ADPIC de trouver une solution rapide à ce problème »⁸⁰.

Parmi les solutions envisagées, un groupe de pays en développement proposa d'utiliser l'article 30. Plus précisément, la Bolivie, le Brésil, Cuba, la Chine, l'Équateur, l'Inde, l'Indonésie, le Pakistan, le Pérou, la République dominicaine, le Sri Lanka, la Thaïlande et le Venezuela proposèrent aux autres membres de l'OMC d'adopter une déclaration interprétative qui reconnaîtrait « le droit d'autoriser des tiers à fabriquer, vendre et exporter des produits brevetés liés à la santé publique sans le consentement du détenteur du brevet pour répondre à des besoins de santé publique dans un autre pays »⁸¹. Dans l'état actuel, il est difficile de prétendre avec assurance que l'article 30 autorise une telle exception aux droits conférés par un brevet⁸². Néanmoins, une déclaration de tous les membres de l'OMC aurait pu faire autorité sur l'interprétation de l'article 30.

Les États-Unis s'opposèrent fermement à une telle interprétation. Pour eux, autoriser la fabrication de produits destinés à l'exportation constitue à la fois une atteinte injustifiée à l'exploitation normale du brevet et un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet⁸³. En revanche, ils proposèrent d'instaurer un moratoire sur les différends pouvant être soulevés lorsque les licences obligatoires sont autorisées principalement pour l'exportation⁸⁴. En privilégiant ainsi

⁷⁹ *Accord sur les ADPIC*, art. 31(f).

⁸⁰ *Déclaration de Doha sur la santé publique*, para. 6.

⁸¹ *Communication de la mission permanente du Brésil, Paragraphe 6 de la déclaration ministérielle de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, OMC Doc. IP/C/W/355, 24 juin 2002, p. 2.

⁸² GERVAIS, *The TRIPs Agreement*, p. 242.

⁸³ *Communication from the United States, Paragraphe 6 of the Doha declaration on the TRIPs Agreement and Public Health*, OMC Doc. IP/C/W/358, 9 juillet 2002, p. 6.

⁸⁴ *Ibid.*

un assouplissement d'une condition imposée pour autoriser une licence obligatoire, les États-Unis voulaient s'assurer que les autres conditions nécessaires à l'autorisation d'une licence obligatoire soient respectées, notamment celle de notifier le titulaire du brevet et celle de lui offrir une rémunération adéquate.

La décision finalement adoptée par le Conseil général le 30 août 2003 est un compromis entre la proposition des États-Unis et celle des pays en développement. Elle prévoit des conditions particulières qui permettent à un membre de l'OMC de déroger à l'obligation qu'une licence obligatoire soit principalement autorisée pour l'approvisionnement du marché intérieur⁸⁵. Puisque la décision du Conseil général n'apporte pas d'éclairage nouveau sur l'interprétation de l'article 30, il est toujours incertain si un pays peut l'utiliser pour autoriser la fabrication et l'exportation d'un produit breveté sans l'autorisation du titulaire du brevet afin d'alimenter le marché d'un pays qui n'a pas de capacité industrielle suffisante.

Toutefois, les récents traités de libre-échange américains prévoient une disposition qui, selon l'interprétation qu'on lui prête, pourrait prohiber l'emploi de l'exception prévue à l'article 30 pour autoriser et la fabrication et l'exportation du produit breveté: «If the Party permits exportation, the product shall be exported outside the territory of that Party for proposes of meeting marketing approval requirements of that Party»⁸⁶. Un mémorandum d'accord conclu avec la Jordanie franchit un pas supplémentaire en imposant que l'exportateur certifie préalablement à l'office de brevets qu'il n'exporte qu'une quantité suffisante pour satisfaire aux exigences requises pour l'obtention d'une autorisation de

⁸⁵ OMC, Conseil général, *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, *Décision du Conseil général du 30 août 2003*, OMC Doc. WT/L/540 (2003). Contrairement à la proposition américaine, cette proposition doit conduire à un amendement de l'Accord sur les ADPIC. Le Canada fut l'un des premiers pays à modifier sa législation pour permettre l'expression ce genre de licences obligatoires.

⁸⁶ *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.6; *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.5; *CAFTA-DR*, art. 15.9.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.9.4; *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 4.19.

mise en marché⁸⁷. Une lettre annexée au traité australien précise même que lorsque la durée de protection est prolongée pour compenser les délais des procédures nécessaires à l'octroi d'une autorisation de mise en marché, les Parties ne peuvent pas davantage permettre la fabrication et l'exportation de produits protégés pour des motifs autres que l'obtention d'une autorisation de mise en marché⁸⁸.

Quatre membres du Congrès, parmi ceux qui maîtrisent le mieux le droit international des brevets, craignent que cette disposition des traités bilatéraux interdise aux signataires d'autoriser la production et l'exportation de produits génériques pour des motifs autres que celui d'obtenir une autorisation de mise en marché⁸⁹. Ils ont récemment écrit au USTR pour lui rappeler que l'Autorité en matière de promotion commerciale, signée par le Congrès à l'été 2002, lui impose de respecter les termes de la Déclaration de Doha et que cette Déclaration protège une interprétation flexible des exceptions prévues dans l'*Accord sur les ADPIC*.

John Veroneau du bureau de l'USTR a répondu que la restriction relative aux exportations est limitée aux produits initialement fabriqués pour obtenir une autorisation de mise en marché⁹⁰. Les États-Unis voudraient éviter que des concurrents génériques produisent des inventions sous le couvert des procédures d'autorisation de mise en marché pour alimenter, dans les faits, des marchés étrangers. Selon lui, les pays signataires des traités bilatéraux peuvent toujours autoriser la production et l'exportation de produits génériques par le biais de licences obligatoires, comme le prévoit la décision adoptée par le Conseil général le 30 août 2003. Dans sa réponse, John Veroneau ne précise toutefois pas

⁸⁷ *MOU États-Unis – Jordanie*, para. 2.

⁸⁸ *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, lettre jointe de Mark Vaile, Ministre du Commerce de l'Australie, à Robert B. ZOELLICK, USTR, 18 mai 2004, en ligne: USTR <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Final_Text/asset_upload_file948_3913.pdf> (date d'accès: 3 avril 2006).

⁸⁹ Lettre de Charles B. Rangel, Sander M. Levin, Jim McDermott et Henry Waxman à Robert B. ZOELLICK, 15 juillet 2004, p. 5, en ligne: Consumer Project on Technology <<http://www.cptech.org/ip/health/c/morocco/house07152004.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).

⁹⁰ Lettre de John K. Veroneau, à Sander M. Levin, 19 juillet 2004, p. 5, en ligne: Consumer Project on Technology <<http://www.cptech.org/ip/health/c/morocco/ustr-to-levin07192004.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).

s'ils peuvent utiliser l'exception de l'article 30 pour produire et exporter des médicaments génériques pour alimenter des pays qui ont des capacités industrielles insuffisantes.

S'il n'est pas certain que l'*Accord sur les ADPIC* lui-même permette l'exportation de médicaments génériques sous l'article 30, les traités bilatéraux ne font qu'ajouter à cette incertitude. Il est fort probable qu'ils interdisent la production et l'exportation de médicaments en vue d'obtenir une autorisation de mise en marché dans des pays tiers⁹¹. Il faut toutefois reconnaître avec John Veroneau que cette restriction ne semble concerner que les produits qui ont été fabriqués pour obtenir une autorisation de mise en marché sur le marché national. Ce constat découle du fait qu'elle est jointe au même paragraphe, parfois même à la même phrase, qui interdit qu'un produit fabriqué pour obtenir une autorisation de mise en marché soit ensuite entreposé ou vendu sur le territoire national. Inversement, elle est prévue dans un paragraphe distinct de celui qui reprend l'article 30. En raison de cette structure des traités bilatéraux, il semble que la restriction placée sur les exportations de produits génériques ne soit pas applicable à ceux qui ont été produits dans l'objectif d'alimenter les marchés des pays qui ont des capacités de production insuffisante. Cette conclusion demeure toutefois incertaine.

C. L'EXCEPTION POUR LA RECHERCHE

S'il n'est pas certain que l'article 30 autorise la production et l'exportation de médicaments génériques pour alimenter les marchés des pays qui ont des capacités de production insuffisantes, il est incontestable qu'il autorise des exceptions aux droits conférés aux fins de recherche. Dans son rapport sur l'*Affaire Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, le Groupe spécial reconnaît qu'une «des exceptions relevant de l'article 30 les plus largement utilisées dans les législations nationales [est] l'exception en vertu de laquelle l'utilisation du produit breveté à des fins d'expérimentation scientifique [...] n'est pas une contrefaçon»⁹².

⁹¹ MUSUNGU et OH, p. 66.

⁹² Groupe spécial, *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, para. 7.69.

Plusieurs pays, dont Trinité-et-Tobago, la République dominicaine, le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras, El Salvador, le Chili, Singapour, la Jordanie et le Maroc, prévoient effectivement une forme d'exception pour la recherche scientifique⁹³. Puisque les traités bilatéraux n'abordent pas directement cette exception, il semble que tous ces pays peuvent conserver cette exception dans leur droit national.

La loi américaine, quant à elle, ne prévoit pas d'exception pour la recherche. Une exception de *common law* peut être invoquée, mais elle est extrêmement restrictive⁹⁴. Elle est limitée aux activités scientifiques qui n'ont strictement aucune implication commerciale. Dans la décision *Madey c. Duke University*, la Cour d'appel du circuit fédéral affirma même qu'elle est limitée exclusivement aux activités destinées à l'amusement, à la satisfaction de la curiosité futile ou à la poursuite de quêtes philosophiques⁹⁵. Elle conclut que puisque la recherche universitaire participe à des services d'éducation, elle ne peut être dite futile ou strictement philosophique. Les universités américaines ne peuvent donc utiliser des inventions brevetées à des fins de recherche sans le consentement du titulaire du brevet.

Par contre, l'exception autorisant la fabrication d'une invention brevetée pour des activités raisonnablement liées à l'obtention d'une autorisation de mise en marché peut être utilisée pour autoriser une vaste gamme d'activités de recherche⁹⁶. Dans une décision récente, la Cour suprême confirma que cette exception n'est pas limitée aux activités destinées à prouver la bioéquivalence d'un produit, mais qu'elle autorise également des activités de recherche qui peuvent conduire à de nouvelles inventions⁹⁷. Au désespoir de certaines firmes pharmaceutiques, les États-Unis auraient donc l'équivalent d'une véritable exception

⁹³ THORPE, p. 28-50.

⁹⁴ Elle n'est pas prévue dans la loi américaine mais découle d'une décision rendue en 1813. Center for Intellectual Property Rights – Health Law Institute, *The Research or Experimental Use Exception: A Comparative Analysis*, Montréal, CIPP, University McGill, août 2004, p. 8, en ligne: CIPP <<http://www.cipp.mcgill.ca/data/publications/00000007.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).

⁹⁵ *Madey c. Duke University*, 307 F.3d 1351 (Fed. Cir. 2002).

⁹⁶ 35 U.S.C. § 271(e).

⁹⁷ *Merck c. Integra Lifesciences*, 125 S. Ct 2372 (2005), no 03-1237. Voir également Center for Intellectual Property Rights – Health Law Institute, p. 9.

de recherche, qui n'est pas limitée aux activités futiles ou strictement philosophiques⁹⁸.

Or, il est possible que les récents traités bilatéraux soient incompatibles avec cette interprétation de l'exception pour l'obtention d'une autorisation de mise en marché⁹⁹. Ils précisent explicitement que des produits fabriqués sous une telle exception ne doivent pas être fabriqués, utilisés ou vendus pour des raisons autres que l'obtention d'une mise en marché. En comparaison, la loi américaine est plus permissive puisqu'elle autorise toutes les activités raisonnablement liées à l'obtention d'une autorisation de mise en marché. En outre, cette disposition ne pourrait pas être couverte par l'exception générale de l'article 30 puisque, selon les principes d'interprétation du droit, une règle spécifique prédomine sur la règle générale qu'elle qualifie. Les traités bilatéraux interdiraient ainsi aux États-Unis d'interpréter leur exception pour obtenir une autorisation de mise en marché comme l'équivalent d'une exception pour la recherche.

Curieusement, les autres pays signataires des traités bilatéraux sont peu affectés par cette question. La majorité d'entre eux prévoient spécifiquement une exception pour la recherche qui est, dès lors, autorisée par l'article 30 et par ses équivalents repris dans les traités bilatéraux. On peut en déduire que cette restriction sur les exceptions aux droits conférés, prévues dans tous les récents traités bilatéraux, vise davantage à orienter le droit des États-Unis que celui de leurs partenaires. Ce serait un indice révélateur de la dynamique entre, d'une part, l'orientation favorisée par l'Administration qui négocie les traités, plus favorable aux grandes firmes pharmaceutiques et biotechnologiques et, d'autre part, celle qui est reconnue par les tribunaux américains, autorisant davantage d'activités sans l'autorisation du titulaire du brevet.

⁹⁸ Elle est toutefois limitée aux domaines technologiques dont les produits nécessitent une autorisation de mise en marché.

⁹⁹ Frederick M. ABBOTT, *Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of US Federal Law*, Genève, ICTSD-UNCTAD, 2006, p. 13, en ligne: IPRs Online <<http://www.iprsonline.org/resources/docs/Frederick%20abbott%2015.pdf>> (date d'accès: 3 avril 2006).

§ 2. Les licences obligatoires

Une licence obligatoire est «une autorisation donnée par une autorité nationale à une personne, sans le consentement du détenteur du titre ou contre sa volonté, pour l'exploitation d'un objet protégé par un brevet»¹⁰⁰. Il s'agit d'un recours extrême qui est, somme toute, rarement utilisé¹⁰¹. Néanmoins, la crainte qu'inspirent les licences obligatoires incite les titulaires de brevet à concéder des licences volontaires à des conditions acceptables¹⁰². Elles ne sont pas une panacée mais une police d'assurance pour prévenir les abus du système des brevets¹⁰³. Or, comme l'indiquent les traités bilatéraux, les États-Unis souhaitent restreindre au minimum les motifs pouvant justifier les recours aux licences obligatoires (A). La position américaine s'est toutefois récemment assouplie envers les pays en développement (B).

A. UNE POLITIQUE DE RESTRICTION

Depuis plusieurs décennies, les licences obligatoires sont l'objet de vives discussions dans le régime international des brevets. Lors de la révision de la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* au début des années 1980, la majorité des pays développés voulaient limiter les recours aux licences obligatoires alors que les pays en développement souhaitaient préserver leur marge de manœuvre¹⁰⁴. Devant ces positions inconciliables, les membres de l'OMPI ne purent parvenir à une entente et la révision fut abandonnée. Cette convention autorise donc toujours les pays à «prendre des mesures législatives prévoyant la concession de licences obligatoires, pour prévenir les abus

¹⁰⁰ CORREA, *Droits de propriété intellectuelle et Licences Obligatoires*, p. 3.

¹⁰¹ Commission on Intellectual Property Rights, p. 42.

¹⁰² CORREA, *Droits de propriété intellectuelle et Licences Obligatoires*, p. 22.

¹⁰³ Commission on Intellectual Property Rights, p. 42.

¹⁰⁴ Jerome H. REICHMAN, *Non-voluntary Licensing of Patented Inventions – Historical Perspective, Legal Framework under TRIPs and an Overview of the Practice in Canada and the USA*, UNCTAD-ICTSD Project on IPR and Sustainable Development, Issue Paper No. 5, Genève, ICTSD et UNCTAD, juin 2003, p. 12, en ligne: ICTSD <http://www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/iprs/CS_reichman_hasenzahl.pdf> (date d'accès: 30 mars 2006).

qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet, par exemple faute d'exploitation »¹⁰⁵.

Cet échec à l'OMPI convainquit les États-Unis de réorienter les débats vers l'OMC. Bien entendu, lors des négociations de l'*Accord sur les ADPIC*, les mêmes lignes d'affrontement ressurgirent. Les États-Unis proposèrent de limiter leur recours à deux seuls motifs, soit pour remédier à des pratiques anticoncurrentielles ou pour intervenir lors d'une urgence nationale¹⁰⁶. Plusieurs autres pays, incluant des pays développés, considéraient qu'un État devrait être libre d'imposer une licence obligatoire lorsque l'approvisionnement du produit breveté est insuffisant, que le titulaire n'exploite pas son invention ou qu'une licence est nécessaire pour permettre l'exploitation d'un second brevet¹⁰⁷. La loi cambodgienne prévoit, à l'instar de plusieurs autres pays en développement, que le gouvernement peut octroyer une licence obligatoire dès lors que l'intérêt public le requiert, particulièrement pour des raisons de sécurité nationale, d'alimentation, de santé public, de développement ou pour tout autre secteur vital de l'économie nationale¹⁰⁸.

Alors que la question n'était pas encore tranchée, il fut convenu que les licences obligatoires et les utilisations par les pouvoirs publics seraient abordées dans un seul et même article portant sur les « utilisations sans autorisation du détenteur du droit ». Cette décision eut l'effet d'affaiblir la position américaine¹⁰⁹. En effet, le droit américain est plus permissif à propos des utilisations par les pouvoirs publics que pour les licences obligatoires octroyées à des tiers privés¹¹⁰. Pour préserver la liberté des pouvoirs publics d'utiliser des inventions brevetées en toutes

¹⁰⁵ *Convention de Paris*, art. 5.

¹⁰⁶ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 320.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 318.

¹⁰⁸ CAMBODGE. Law on the Protection of Patents, Utility Model Certificates, and Industrial Designs (traduction officielle) 12 octobre 2001, art. 47(i).

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 320.

¹¹⁰ 28 U.S.C. § 1498. James Love suggère même aux pays en développement de s'inspirer en partie de cette législation américaine, « Access to Medicine and Compliance with the WTO TRIPs Accord: Models for State Practice in Developing Countries », in *Global Intellectual Property Rights Knowledge, Access and Development*, sous la dir. de Peter DRAHOS et Ruth MAYNE, Palgrave, Macmillan, 2002, p. 75 et 82.

circonstances, ils acceptèrent de ne pas limiter les licences obligatoires à des motifs ou des circonstances spécifiques¹¹¹.

La version finale de l'article 31 sur les « utilisations sans autorisation du détenteur du droit » prescrit des conditions générales, telles que le droit du titulaire de recevoir une rémunération adéquate et l'obligation de prévoir un mécanisme de révision judiciaire. Ces conditions sont nombreuses et restrictives. Néanmoins, l'*Accord sur les ADPIC* ne fixe aucune contrainte sur les motifs qui peuvent légitimer l'emploi d'une licence obligatoire¹¹². La *Déclaration de Doha sur la santé publique* reconnut explicitement cette marge de manœuvre : « Chaque Membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées »¹¹³.

Pour les États-Unis, l'absence de restriction quant aux motifs pouvant justifier l'emploi de licence obligatoire constitue une lacune importante. En 1999, lors d'une conférence tenue à Genève, Lois Boland, représentante du USPTO, souligna que son gouvernement continuerait de promouvoir sa vision des licences obligatoires :

*« The fact that [the US government] view is not reflected in the TRIPs agreement, in the multilateral context, is fully acknowledged. In our bilateral discussions, we continue to regard the TRIPs agreement as an agreement that establishes minimum standards for protection and, in certain situations, we may, and often do, ask for commitments that go beyond those found in the TRIPs agreement »*¹¹⁴.

En effet, plusieurs traités bilatéraux conclus après 1994 reprennent cette approche défendue lors du cycle de l'Uruguay et limitent les motifs qui permettent de recourir aux licences obligatoires. Les traités signés avec la Jamaïque, le Cambodge, le Laos, le Nicaragua, Trinité-et-

¹¹¹ Sauf dans le cas de la technologie de semi-conducteur. Voir *Accord sur les ADPIC*, art. 31(c).

¹¹² Quelques circonstances particulières sont mentionnées, comme les situations d'urgence nationale, les pratiques anticoncurrentielles, les utilisations publiques à fins non commerciales et l'exploitation d'un second brevet. F.M. ABBOTT, « The TRIPs-Legality », p. 321.

¹¹³ *Déclaration de Doha sur la santé publique*, para 5(b).

¹¹⁴ Consumer Project on Technology, « Time-line of Disputes over Compulsory Licensing and Parallel Importation in South Africa », 5 août 1999, en ligne CP Tech : <<http://www.cptech.org/ip/health/sa/sa-timeline.txt>> (date d'accès : 3 avril 2006).

Tobago et le Viêt Nam interdisent l'octroi de licences obligatoires pour permettre l'exploitation d'un second brevet, sauf pour remédier à des pratiques anticoncurrentielles¹¹⁵. Le traité signé avec la Jordanie franchit un pas supplémentaire en spécifiant une liste restreinte de circonstances sous lesquelles les États peuvent recourir aux licences obligatoires :

*« Neither Party shall permit the use of the subject matter of a patent without the authorization of the right holder except in the following circumstances: (a) to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive; (b) in case of public non-commercial use or in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency, provided that such use is limited to use by government entities or legal entities acting under the authority of a government; or (c) on the ground of failure to meet working requirement, provided that importation shall constitute working »*¹¹⁶.

Les traités conclus avec Singapour et avec l'Australie vont encore plus loin¹¹⁷. Ils précisent notamment qu'un État qui octroie une licence obligatoire pour remédier à une pratique anticoncurrentielle ne doit pas considérer, dans l'appréciation de cette pratique, qu'un brevet confère nécessairement à son titulaire une position dominante sur le marché. Dans le cas d'une urgence nationale, ils ajoutent qu'une licence obligatoire n'impose pas au titulaire du brevet de transférer aux licenciés les informations confidentielles ou les savoirs techniques liés à l'invention qui peuvent être exigés pour obtenir une autorisation de mise en marché¹¹⁸. En outre, les traités conclus avec Singapour et avec l'Australie interdisent l'octroi de licences obligatoires au motif que l'invention n'est pas exploitée.

¹¹⁵ *Accord de commerce États-Unis – Viêt Nam*, art. 7.8; *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Nicaragua*, art. 7.9; *MOU États-Unis – Trinidad et Tobago*, art. 6.7; *Accord de commerce États-Unis – Cambodge*, art. 18.6; *Accord de commerce États-Unis – Laos*, art. 18.10; *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Jamaïque*, art. 9.51. L'art. 31.1 de l'*Accord sur les ADPIC* autorise l'octroi de licences obligatoires pour permettre l'exploitation d'un second brevet.

¹¹⁶ *Traité de libre-échange États-Unis – Jordanie*, art. 4.20.

¹¹⁷ *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.6; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 19.9.7.

¹¹⁸ Or, ces informations ou savoirs techniques sont parfois essentiels pour utiliser une invention brevetée. Voir Peter DRAHOS, *Expanding Intellectual Property's Empire: The Role of FTAs*, novembre 2003, p. 10, en ligne: http://www.grain.org/rights_files/drahos-fta-2003-en.pdf (date d'accès: 3 avril 2006).

Ces restrictions apportées par les traités bilatéraux correspondent essentiellement au droit américain. Par exemple, contrairement à d'autres pays, les États-Unis n'imposent pas que le titulaire d'un brevet exploite commercialement son invention ou approvisionne suffisamment le marché¹¹⁹. Depuis longtemps, ils tentent sans succès de convaincre les membres de l'OMPI et de l'OMC de supprimer cette obligation de leur droit national¹²⁰. Ils n'y sont parvenus que par le biais du bilatéralisme. Dès lors, l'Australie devrait supprimer de sa loi sur les brevets la possibilité d'octroyer des licences obligatoires lorsque le titulaire du brevet ne peut expliquer de façon satisfaisante pourquoi il n'a pas exploité son invention¹²¹.

Par ailleurs, les traités bilatéraux autorisent la majorité des motifs prévus en droit américain pour justifier le recours aux licences obligatoires. Premièrement, les tribunaux américains utilisent fréquemment les licences obligatoires pour remédier à des pratiques anti-concurrentielles, notamment lors de fusions et acquisitions¹²². Il n'est donc pas étonnant que les traités bilatéraux préservent une certaine flexibilité dans ce domaine. Deuxièmement, les États-Unis recourent parfois aux licences obligatoires pour des utilisations non commerciales par des autorités gouvernementales ou des tiers mandatés par le gouvernement¹²³. Encore une fois, ce type de recours est autorisé par tous les traités bilatéraux. Troisièmement, l'*Atomic Energy Act* prévoit qu'une invention qui revêt une importance primordiale pour la production ou l'utilisation de matières nucléaires peut être soumise à une licence obligatoire¹²⁴. Ce motif n'est pas expressément prévu dans les traités bilatéraux mais peut être justifié en recourant aux exceptions générales qui

¹¹⁹ Voir *Hartford-Empire Co. c. United States*, 324 U.S. 570 (1945).

¹²⁰ CORREA, *Droits de propriété intellectuelle et Licences Obligatoires*, p. 3, 11 et 12.

¹²¹ Australie, *Patents Act 1990*, art. 133.2(b).

¹²² REICHMAN, *Non-voluntary Licensing of Patented Inventions*, p. 4-5 et 21; Makan Delrahim, *Forcing Firms to Share the Sandbox: Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights and Antitrust*, Washington, US Department of Justice, 10 mai 2004, en ligne: US Department of Justice <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/203627.pdf>> (date d'accès: 30 mars 2006).

¹²³ 28 U.S.C. § 1498.

¹²⁴ 42 U.S.C. § 2183.

autorisent les États à prendre toutes les mesures qu'ils estiment nécessaires à la protection des intérêts essentiels à leur sécurité¹²⁵.

Toutefois, le droit américain prévoit une mesure qui semble incompatible avec les traités bilatéraux. En effet, le *Clean Air Act* dispose que le gouvernement américain peut octroyer une licence obligatoire sur une invention jugée nécessaire pour permettre à une personne de se conformer aux normes sur les émissions de polluants atmosphériques¹²⁶. Quelques traités bilatéraux conclus avant l'*Accord sur les ADPIC* autorisent explicitement l'octroi de licences obligatoires pour se conformer aux normes de pollution atmosphérique mais cette disposition a été supprimée dans les traités postérieurs à l'*Accord sur les ADPIC*¹²⁷. Les traités conclus avec l'Australie, la Jordanie et Singapour interdisent même toutes les licences obligatoires qui sont octroyées pour un motif autre que ceux qui sont spécifiquement autorisés. Or, une licence obligatoire octroyée pour permettre à une personne de se conformer avec des normes de pollution atmosphérique peut difficilement être considérée comme un moyen pour remédier à des pratiques anticoncurrentielles, une utilisation publique à des fins non commerciales ou une mesure prise en situation d'urgence nationale. Une licence obligatoire octroyée sous cette disposition du *Clean Air Act* serait probablement incompatible avec les restrictions prévues dans les traités conclus avec ces trois pays. Bien que cette mesure n'ait jamais été utilisée par le gouvernement américain, il nous faut constater que les traités bilatéraux sont non seulement restrictifs pour ses partenaires, mais qu'ils le sont également pour lui-même.

B. UNE POLITIQUE DIFFÉRENCIÉE

Depuis quelques années, la politique américaine relative aux licences obligatoires semble évoluer, sans avoir changé radicalement de trajectoire. Deux facteurs ont créé le contexte juridique et politique de cette évolution. D'abord, comme nous l'avons mentionné précédemment,

¹²⁵ C'est d'ailleurs ce qu'ils ont fait en répondant à question du Japon. Voir OMC, Conseil des ADPIC, *Examen des législations relatives aux brevets, aux schémas de configuration de circuits intégrés*.

¹²⁶ 42 U.S.C. § 7608.

¹²⁷ *Accord de commerce États-Unis – Roumanie*, annexe I.

plusieurs ONG ont mené une vive campagne contre les entreprises pharmaceutiques et le gouvernement américain, lorsqu'ils ont annoncé leur intention de contester les lois sud-africaine et brésilienne facilitant le recours aux licences obligatoires. Ensuite, la menace d'attaques terroristes à l'anthrax à l'automne 2001 a rappelé avec force à la population américaine l'importance des licences obligatoires lors de situation d'urgence nationale¹²⁸. La question des licences obligatoires est ainsi devenue un des symboles de l'opposition au régime international des brevets.

Les États-Unis ont accepté certains ajustements au régime des brevets pour contrer ses pressions contre-hégémoniques. Ils ont retiré leur plainte contre le Brésil, levé les sanctions commerciales imposées à l'Afrique du Sud, et reconnu, à la Conférence de Doha de l'automne 2002, que chaque membre de l'OMC a la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées. Ces ajustements se reflètent également dans les traités bilatéraux puisque, contrairement aux traités conclus avec des pays en développement entre 1994 et 2002, ceux conclus avec le Chili, les pays d'Amérique centrale, le Bahreïn et le Maroc ne prévoient aucune disposition spécifique sur les licences obligatoires. Le Costa-Rica et le Maroc, par exemple, peuvent maintenir leur législation qui leur permet d'octroyer des licences obligatoires lorsque l'invention n'est pas exploitée industriellement¹²⁹.

Cependant, la nouvelle flexibilité de certains traités bilatéraux semble limitée aux pays qui ont des faibles revenus. En effet, les traités conclus avec Singapour en 2003 et l'Australie en 2004 contiennent des restrictions sévères sur l'utilisation des licences obligatoires. Or, la *Déclaration de Doha* reconnaît la liberté de déterminer les motifs pour lesquels les licences obligatoires sont accordées à l'ensemble des membres de l'OMC, et non pas seulement aux pays en développement.

¹²⁸ Bien qu'une entente ait finalement été conclue avec le titulaire du brevet, le gouvernement américain a néanmoins publiquement envisagé de recourir aux licences obligatoires. Commission on Intellectual Property Rights, p. 42

¹²⁹ Costa Rica, *Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad*, Loi N° 6867, 25 avril 1983, Gaceta No. 114, 16 juin 1983, art. 28; Maroc, *Dahir n° 1-00-91 du 9 Kaada 1420 (15 février 2000) portant promulgation de la loi no 17-97 relative à la protection de la propriété industrielle*, art. 60.

En fait, les pays développés sont ceux qui recourent le plus activement aux licences obligatoires¹³⁰.

Cette distinction entre les pays en développement et les pays à revenu plus élevé se manifeste également dans les échanges de lettres annexées aux traités bilatéraux. En effet, les traités conclus avec le Maroc, le Bahreïn et les pays d'Amérique centrale sont suivis de lettres relatives à la question de l'accès aux médicaments, qui ont une valeur interprétative des obligations formelles. Les ministres signataires y reconnaissent la décision du Conseil général de l'OMC du 30 août 2003 qui permet d'accorder une licence obligatoire pour l'exportation de médicaments génériques vers des pays qui ont des capacités industrielles insuffisantes pour octroyer des licences obligatoires de fabrication. Ils ajoutent que, si l'*Accord sur les ADPIC* est amendé pour intégrer cette décision, ils devront entrer en consultation en vue de modifier également leur traité bilatéral.

Toutefois, le traité conclu avec l'Australie ne contient pas une telle annexe. La décision du 30 août 2003 vise pourtant les pays comme l'Australie qui ont des capacités industrielles suffisantes pour produire des médicaments génériques et les exporter vers les pays en développement. Si le gouvernement australien veut autoriser des licences obligatoires pour l'approvisionnement des pays en développement, il devra négocier avec les États-Unis une dérogation au traité bilatéral. Il n'est pas exclu que ces derniers acceptent une telle dérogation puisqu'ils ont déjà autorisé le Canada à déroger à l'ALENA pour mettre en œuvre la décision du 30 août 2003¹³¹. Mais cette dérogation n'est pas prévue *a priori*, comme dans les traités conclus avec le Maroc et les pays d'Amérique centrale.

En outre, l'effectivité des licences obligatoires est menacée par une autre disposition des traités bilatéraux. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les traités bilatéraux fixent des règles plus strictes que l'*Accord sur les ADPIC* à propos de la protection des renseignements transmis aux autorités chargées d'autoriser la mise en marché. Ainsi,

¹³⁰ Commission on Intellectual Property Rights, p. 42.

¹³¹ Lettre de Robert B. ZOELLICK à James S. PETERSON, Ministre du commerce international du Canada, 16 juillet 2004, en ligne : Réseau juridique Canadien VIH/Sida <<http://www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/cts/patent-amend/canadatrips-mou.pdf>> (date d'accès : 30 mars 2006).

ils interdisent qu'une demande d'autorisation puisse s'appuyer sur les données qui ont étayé une autorisation délivrée moins de cinq ans auparavant¹³². Si un gouvernement accorde une licence obligatoire à un fabricant de médicaments génériques, il est possible que celui-ci ne puisse pas obtenir rapidement une autorisation de mise en marché, puisque les renseignements transmis par le titulaire du brevet à l'autorité chargée d'autoriser la mise en marché seraient toujours protégés.

S'inquiétant de cette éventualité, certains membres du Congrès ont écrit au USTR pour demander si un pays signataire d'un traité bilatéral peut considérer qu'une licence obligatoire impose au titulaire du brevet de transférer les informations nécessaires pour obtenir une autorisation de mise en marché¹³³. Dans sa réponse, John Veroneau, du bureau de l'USTR, assure qu'un pays qui a signé un traité bilatéral qui ne traite pas de la question des licences obligatoires pourrait imposer le transfert des informations nécessaires pour obtenir une autorisation de mise en marché si cette mesure est nécessaire pour protéger la santé publique¹³⁴. Par contre, il omet de préciser que les traités conclus avec l'Australie et avec Singapour interdisent spécifiquement qu'une licence obligatoire puisse imposer le transfert d'informations confidentielles pour obtenir une autorisation de mise en marché¹³⁵. Même si l'Australie et Singapour prévoient, comme le font les États-Unis¹³⁶, une procédure d'examen accélérée pour les demandes d'autorisation de mise en marché qui concernent des produits pharmaceutiques essentiels, la protection des informations transmises à l'autorité de mise en marché peut ralentir significativement la mise en marché de produits génériques.

¹³² *CAFTA-DR*, art. 15.10.1(a); CORREA, «Protecting Test Data», p. 120.

¹³³ Lettre de Charles B. RANGEL, Sander M. LEVIN, Jim McDERMOTT et Henry WAXMAN à Robert B. ZOELLICK, p. 4.

¹³⁴ Lettre de John K. VERONEAU, à Sander M. LEVIN, p. 5. L'interprétation de M. Veroneau ne fait toutefois pas autorité sur le traité et n'engage pas le gouvernement américain.

¹³⁵ *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.6; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 19.9.7.

¹³⁶ 21 U.S.C. § 356.

Tableau 34 : Les licences obligatoires

	Motifs permettant à un État d'octroyer une licence obligatoire
ADPIC	L'article 31 prévoit plusieurs conditions mais aucune restriction sur les motifs
Jamaïque	Interdit l'octroi de licences obligatoires pour permettre l'exploitation d'un second brevet
Lituanie	Similaire à l'article 31 de l' <i>Accord sur les ADPIC</i>
Lettonie	Identique à l'article 31 de l' <i>Accord sur les ADPIC</i>
Trinité-et-Tobago	Interdit l'octroi de licences obligatoires pour permettre l'exploitation d'un second brevet
Cambodge	Interdit l'octroi de licences obligatoires pour permettre l'exploitation d'un second brevet
Laos	Interdit l'octroi de licences obligatoires pour permettre l'exploitation d'un second brevet
Nicaragua	Interdit l'octroi de licences obligatoires pour permettre l'exploitation d'un second brevet
Viêt Nam	Interdit l'octroi de licences obligatoires pour permettre l'exploitation d'un second brevet
Jordanie	Les motifs autorisés sont : 1) remédier à une pratique anticoncurrentielle, 2) intervenir lors d'une urgence nationale ; 3) les utilisations publiques à des fins non commerciales, 4) remédier à un défaut d'exploitation incluant l'importation
Singapour	Les motifs autorisés sont : 1) remédier à une pratique anticoncurrentielle, 2) intervenir lors d'une urgence nationale ; 3) les utilisations publiques à des fins non commerciales
Chili	Réfère de façon générale à l' <i>Accord sur les ADPIC</i>
Amérique centrale et Rép. dominicaine	Réfère à l' <i>Accord sur les ADPIC</i> et à la décision du Conseil général de l'OMC du 30 août 2003
Australie	Les motifs autorisés sont : 1) remédier à une pratique anticoncurrentielle, 2) intervenir lors d'une urgence nationale 3) les utilisations publiques à des fins non commerciales
Maroc	Réfère à l' <i>Accord sur les ADPIC</i> et à la décision du Conseil général de l'OMC du 30 août 2003
Bahreïn	Réfère à l' <i>Accord sur les ADPIC</i> et à la décision du Conseil général de l'OMC du 30 août 2003

Il n'y a pas lieu de conclure que les États-Unis ont intégré les principes de la *Déclaration de Doha sur la santé publique* dans leurs relations bilatérales. En fait, les dispositions des traités bilatéraux relatives aux exceptions aux droits conférés, que ce soit les exceptions générales ou les licences obligatoires, restreignent sensiblement les possibilités de produire, de vendre et d'exporter des médicaments génériques.

SECTION 2

La cessation des droits

Les droits conférés par un brevet ne sont pas uniquement limités par des exceptions. Des règles générales prévoient également la cessation des droits, que ce soit celle des droits associés à un bien en particulier résultant de la vente de celui-ci, c'est-à-dire l'épuisement (§ 1), ou la cessation des droits associés à un brevet, résultant d'une procédure de révocation (§ 2) ou d'opposition (§ 3).

§ 1. L'épuisement

Les droits conférés par un brevet sont épuisés une fois que le produit protégé a été vendu une première fois¹³⁷. Plusieurs pays, dont la majorité des pays développés et quelques pays en développement comme le Maroc et Trinité-et-Tobago, considèrent que la portée géographique de l'épuisement doit correspondre à celle des brevets. Par conséquent, seules les ventes sur le territoire national épuisent les droits. Cette doctrine de l'épuisement national, en interdisant aux tiers d'importer des produits achetés à l'étranger sans l'autorisation du titulaire du brevet, permet à ce dernier de discriminer ses prix en fonction des marchés.

D'autres pays considèrent qu'une fois que le titulaire du brevet a vendu un produit dans n'importe quel pays, obtenant ainsi un retour sur son investissement, il ne peut contrôler une deuxième fois la vente de ce produit en interdisant son importation. Dès lors, des importa-

¹³⁷ Aux États-Unis, il s'agit de la *first sale doctrine*. Margareth Barrett « The United State's doctrine of Exhaustion: Parallel Imports of Patented Goods », *Northern Kentucky University Law Review*, vol. 27, 2000, p. 911-985.

tions parallèles de produits achetés à l'étranger peuvent concurrencer des produits protégés par un brevet. Plusieurs considèrent que cette concurrence accrue favorise davantage la réduction des prix que la discrimination des marchés, favorisée par la doctrine de l'épuisement national¹³⁸. Le Cambodge, le Nicaragua, le Honduras, le Guatemala, El Salvador, la République dominicaine, le Costa Rica et le Viêt Nam adhèrent à cette doctrine de l'épuisement international¹³⁹.

Dans ce contexte, la question de l'épuisement fut vivement débattue lors de la négociation de l'*Accord sur les ADPIC*. Les États-Unis, notamment, voulaient imposer la doctrine de l'épuisement national alors que plusieurs pays en développement tenaient à autoriser les importations parallèles¹⁴⁰. Daniel Gervais, attaché alors au Secrétariat du GATT, révèle avec humour qu'il s'agissait, pour les négociateurs, d'un enjeu *Mövenpick*: « This refers to a restaurant in Geneva that provided very very fattening sandwiches, and when something was very difficult, it was addressed only after people had stuffed themselves with these sandwiches »¹⁴¹ !

Le résultat de ces négociations ardues est pour le moins ambigu: « Aux fins du règlement des différends [...] aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle »¹⁴². On ne peut affirmer que l'*Accord sur les ADPIC* autorise la doctrine de l'épuisement international, mais, à tout le moins, il ne permet pas à un membre de l'OMC d'initier un différend sur cette question¹⁴³. Pour les États-Unis, la négociation des traités bilatéraux représente une nouvelle occasion de revenir

¹³⁸ Le professeur Correa et la commission britannique recommandent aux pays en développement l'épuisement international. Voir CORREA, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries*, p. 235 et Commission on Intellectual Property Rights, p. 41. Mais nuancé par WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 301.

¹³⁹ MUSUNGU et OH, p. 94-116.

¹⁴⁰ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 295.

¹⁴¹ « Panel Discussion on TRIPs », *International Intellectual Property Law & Policy*, vol. 6, Yonkers, Londres, Juris Publishing, Sweet & Maxell, 2001, p. 45-10.

¹⁴² *Accord sur les ADPIC*, art. 6.

¹⁴³ WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO*, p. 295; F.M. ABBOTT, « The TRIPs-Legality », p. 328.

sur cette disposition ambiguë et d'imposer leur position en faveur de l'épuisement national.

Depuis la négociation de l'*Accord sur les ADPIC*, les débats relatifs à l'épuisement ont évolué. Ainsi, les dispositions sur l'épuisement des traités bilatéraux doivent être lues et appréciées à la fois à la lumière du contexte juridique et politique américain (A) et à celui de la *Déclaration de Doha sur la santé publique* (B).

A. DEVANCER LE CONGRÈS

L'USTR, guidé par la volonté de protéger les brevets américains à l'étranger, a toujours privilégié l'épuisement national, tant lors des négociations de l'*Accord sur les ADPIC* que lors des récentes négociations bilatérales¹⁴⁴. Néanmoins, le droit américain lui-même n'est pas aussi limpide que cette politique. En fait, ni la Cour suprême, ni le Congrès n'ont encore tranché cette question.

D'une part, la jurisprudence semble être encore ambivalente sur la question de l'épuisement¹⁴⁵. Dans une affaire récente, *Jazz Camera Photo c. International Trade Commission*, la Cour d'appel du circuit fédéral statua en faveur de l'épuisement national : « United States patent rights are not exhausted by products of foreign provenance. To invoke the protection of the first sale doctrine, the authorized first sale must have occurred under the United States patent »¹⁴⁶. Toutefois, plusieurs décisions antérieures ont statué en faveur de l'épuisement international lorsque le titulaire du brevet n'a pas expressément limité le droit de revente de l'acheteur¹⁴⁷. Par exemple, dans l'affaire *Curtiss Aeroplane c. United Aircraft*, la cour d'appel a conclu que le titulaire d'un brevet américain sur une pièce d'avion ne pouvait empêcher un tiers d'importer et de revendre aux États-Unis cette pièce, achetée au gouverne-

¹⁴⁴ Frederick M. ABBOTT, *The TRIPs Agreement, Access to Medicines and the WTO Ministerial Conference*, Genève, Quaker United Nations Office, septembre 2001, p. 18, en ligne : QUNO <<http://www.geneva.quno.info/pdf/OP7%20Abbott1.pdf>> (date d'accès : 23 mars 2006).

¹⁴⁵ F.M. ABBOTT, *Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of US Federal Law*.

¹⁴⁶ *Jazz Camera Photo c. International Trade Commission*, 264 F.3d 1094 (Fed. Cir. 2001), p. 1105.

¹⁴⁷ BARRETT.

ment britannique, alors que le titulaire du brevet avait précédemment autorisé le gouvernement britannique à fabriquer cette pièce¹⁴⁸. Il subsiste donc une certaine incertitude juridique que la Cour suprême n'a pas encore eu l'occasion de clarifier.

D'autre part, la question de l'épuisement des droits est devenue un enjeu politique brûlant d'actualité à Washington. Les prix des médicaments brevetés vendus aux États-Unis sont particulièrement élevés, en moyenne 75 % plus élevés que ceux vendus au Canada¹⁴⁹. Puisqu'une fraction importante de la population américaine vieillissante n'a pas d'assurance couvrant les médicaments, il s'agit d'une question fréquemment débattue. Plusieurs Américains se procurent illégalement leurs médicaments à l'étranger, notamment par l'intermédiaire de sites Internet. Dans ce contexte, des sénateurs et des représentants se sont récemment prononcés en faveur de l'épuisement international. Le Sénat étudie un projet de loi qui insérerait cette disposition dans la loi américaine: «It shall not be an act of infringement to use, offer to sell, or sell within the United States or to import into the United States any patented invention [...] that was first sold abroad by or under authority of the owner or licensee of such patent»¹⁵⁰. Selon ces intervenants, l'autorisation des importations parallèles de médicaments aux États-Unis permettrait d'économiser 38 milliards de dollars annuellement.

Alors que la Cour suprême n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'épuisement et que le Congrès envisage d'autoriser l'épuisement international, l'Administration Bush, quant à elle, s'oppose à cette mesure. Pour elle, il serait préférable que les autres pays adoptent

¹⁴⁸ *Curtiss Aeroplane c. United Aircraft*, 266 F.71 (2nd. Cir. 1920).

¹⁴⁹ Cette différence de prix s'explique en partie par la réglementation du Conseil d'examen des prix des médicaments brevetés. Voir Wayne Critchley, «Prix des médicaments au Canada et aux États-Unis: une question complexe?», Présentation Powerpoint, Conférence annuelle National Academy of Social Influence, Washington, 27 janvier 2005, en ligne: Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, <<http://www.pmprb-cepmb.gc.ca/CMFiles/NASISConferenceJan2705-French15KDY-242005-1716.ppt>> (date d'accès: 2 avril 2006).

¹⁵⁰ *Pharmaceutical Market Access and Drug Safety Act of 2004*, S. 2328, p. 63, en ligne: US Senate <<http://dorgan.senate.gov/newsroom/extras/042104DrugReimportBill.pdf>> (date d'accès: 30 mars 2006). La chambre des représentants a même adopté un projet de loi similaire à l'été 2003. Voir *Pharmaceutical Market Access Act of 2003*, 25 juillet 2003, H.R. 2427.

des mesures moins contraignantes sur le prix des médicaments brevetés pour que les entreprises pharmaceutiques puissent rentabiliser leurs investissements sans être contraintes d'imposer un fardeau financier disproportionné aux consommateurs américains¹⁵¹. Ainsi, l'USTR a devancé le Congrès par son traité conclu avec Singapour :

*« Each Party shall provide a cause of action to prevent or redress the procurement of a patented pharmaceutical product, without the authorization of the patent owner, by a party who knows or has reason to know that such product is or has been distributed in breach of a contract between the right holder and a licensee, regardless of whether such breach occurs in or outside its territory. Each Party shall provide that in such a cause of action, notice shall constitute constructive knowledge »*¹⁵².

Les traités conclus avec le Maroc et avec l'Australie, signés quelques jours après le dépôt de ce projet de loi autorisant les importations parallèles, reprennent l'essentiel de cette disposition :

*« Each Party shall provide that the exclusive right of the patent owner to prevent importation of a patented product, or a product that results from patented process, without the consent of the patent owner shall not be limited by the sale or distribution of that product outside its territory, at least where the patentee has place restrictions on importation by contract or other means »*¹⁵³.

Si les titulaires de brevets ne prévoient pas de dispositions particulières sur la revente dans leur contrat de licence, les importations parallèles demeurent possibles¹⁵⁴. Cette approche correspond en fait

¹⁵¹ « Drug trade », Éditorial, *Washington Post*, 13 janvier 2005, p. A20.

¹⁵² *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.2.

¹⁵³ *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.4; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.4.

¹⁵⁴ Pour restreindre au maximum cette éventualité, les États-Unis ont procédé à un échange de lettres avec Singapour : « To the extent that Singapore permits parallel importation of patented pharmaceutical products without the authorization of the manufacturer, Singapore will have legislation or regulations in place to ensure compliance with product identity, safety, quality, integrity, manufacturing practices, and other relevant requirements related to health and safety. The government shall have adequate provisions for enforcing such requirements ». Voir *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, lettres jointes de Robert B. ZOELICK, USTR, à George Yeo, Ministre du commerce et de l'industrie de Singapour, 6 mai 2003, para. 6, en ligne : USTR <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file222_4063.pdf> (date d'accès : 3 avril 2006).

au courant dominant de la jurisprudence américaine selon laquelle les importations parallèles sont autorisées lorsqu'aucun contrat ne restreint les droits de revente de l'acheteur¹⁵⁵. Mais en permettant aux titulaires de brevet d'interdire les importations parallèles, ils prohibent *de facto* la doctrine de l'épuisement international automatique, telle qu'elle est en vigueur dans plusieurs pays et telle que l'envisagent plusieurs membres du Congrès américain.

Le fait que les traités bilatéraux prennent les devants sur une question encore vivement débattue aux États-Unis n'a pas échappé aux membres du Congrès. Parmi eux, le représentant David Dreier dénonce le fait que l'administration américaine ait devancé le Congrès :

*« We need to set our national policy on the critical issues first, before trying to engage in setting international standards [...] If our trade negotiators with Australia are moving the drug policy debate in one direction or the other, the tail will be wagging the dog on some of the most important policy decision we face »*¹⁵⁶.

Parce qu'ils ont l'impression que l'Administration utilise les traités bilatéraux pour restreindre le Congrès, un groupe de représentants a proposé à la Chambre d'adopter une déclaration manifestant leur opposition à l'interdiction de la doctrine de l'épuisement international dans les traités bilatéraux et enjoignant le Président à renégocier ses traités de libre-échange avant de les soumettre à la ratification¹⁵⁷.

À la fin de 2005, le Congrès manifesta son opposition de façon encore plus concrète en adoptant une loi qui interdit à l'Administration d'utiliser les fonds alloués pour négocier des dispositions interdisant la doctrine de l'épuisement international :

¹⁵⁵ Carlos M. CORREA, « Pro-competitive Measures under TRIPs to Promote Technology Diffusion in Developing Countries », in *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development*, sous la dir. de Peter DRAHOS et Ruth MAYNE, Londres et New York, Oxfam, Palgrave, 2002, p. 40.

¹⁵⁶ David DREIER, « The drug policy debate », *Washington Times*, 5 novembre 2003.

¹⁵⁷ *Opposing the inclusion in future free trade agreements of provisions that would have the effect of restricting, undermining, or discouraging the enactment or implementation of legislation authorizing the importation of prescription drugs, and for other purposes*, H. Res. 758, 108e Congrès, 2e sess. 8 septembre 2004, en ligne : Thomas, the Library of Congress <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:H.+Res.+758>> (date d'accès : 3 avril 2006).

«None of the funds made available in this Act may be used to include in any new bilateral or multilateral trade agreement the text of (1) paragraph 3 of article 16.7 of the United States-Singapore Free Trade Agreement; (2) paragraph 5 of article 17.9 of the United States-Australia Free Trade Agreement; (3) paragraph 4 of article 15.9 of the United States-Morocco Free Trade Agreement»¹⁵⁸.

En fait, les Représentants américains n'ont pas à craindre que les traités bilatéraux modifient le droit américain. Puisque les lois de mise en œuvre des traités bilatéraux prévoient qu'une disposition qui serait contraire au droit américain n'est pas mise en œuvre et n'a pas force de loi dans le pays¹⁵⁹. Par contre, ils peuvent légitimement craindre que la ratification d'un traité bilatéral empêche les tribunaux d'adopter des décisions plus favorables à la doctrine de l'épuisement international. Il s'agirait également d'un obstacle sur le plan de la politique nationale et du droit international pour imposer l'épuisement international par une modification législative.

À l'été 2004, alors que les traités avec le Maroc et l'Australie étaient examinés par le Congrès, l'USTR tenta de rassurer les Représentants et les Sénateurs américains en publiant un document intitulé «Questions and Answers About Pharmaceuticals» où il adopta une curieuse position. D'abord, il avoue naïvement que les traités bilatéraux ne visent qu'à exporter les règles américaines: «[FTA] simply reflects longstanding U.S. law in this area»¹⁶⁰. Puis, il minimise les conséquences d'une éventuelle loi incompatible avec les engagements internationaux des

¹⁵⁸ *Science, State, Justice, Commerce and Related Agencies Appropriations Act of 2006*, Pub. L. No. 109-108, art. 631, 119 Stat. 2290, H.R. 2862. Voir John Thomas, *Intellectual Property and the Free Trade Agreements: Innovation Policy Issues*, Washington, CRS Report for Congress, RL33205, 21 décembre 2005, p. 18-19.

¹⁵⁹ Voir par exemple *United States-Australia Free Trade Agreement Implementation Act*, Pub. L. 108-286, § 102 (a), 118 Stat. 919 (2004). Dans une affaire récente concernant les droits d'auteur, le gouvernement américain a plaidé devant la Cour Suprême des États-Unis que la Cour devait interpréter la loi américaine de façon à éviter une violation aux engagements internationaux des États-Unis. Plusieurs spécialistes s'inquiétèrent que l'exécutif puisse ainsi s'immiscer dans le domaine du législatif par le biais détourné des relations internationales. La Cour Suprême a rejeté cet argument du gouvernement américain. Voir *Quality King Distributors c. L'Anza Research International*, 523 U.S. 135 (1998).

¹⁶⁰ USTR, «US-Australia Free-Trade Agreement: Questions and Answers about Pharmaceuticals», *USTR Fact Sheet*, 7 août 2004, en ligne: USTR <<http://www.ustr.gov/>

États-Unis: «Even if a dispute settlement panel found the U.S. acted inconsistently with the FTA, it could not require Congress to amend the law»¹⁶¹. En d'autres termes, il affirme clairement que le pays peut ignorer les décisions d'arbitrage. Alors que les États-Unis tentent par tous les moyens d'inciter les pays en développement à honorer leurs engagements internationaux relatifs aux droits des brevets, cette position, bien que juridiquement exacte, est pour le moins surprenante sur le plan politique.

B. REVENIR SUR UN COMPROMIS INTERNATIONAL

Si la question de l'épuisement semble encore confuse aux États-Unis, elle serait de plus en plus claire à l'OMC. En effet, la *Déclaration de Doha sur la santé publique* a évacué les derniers doutes qui persistaient sur la liberté des membres de l'OMC de prévoir l'épuisement international des droits: «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 Membre la liberté d'établir son propre régime en ce qui concerne cet épuisement sans contestation»¹⁶².

Plusieurs pays en développement ont pris acte de cette marge de manœuvre et font le pari qu'en adoptant la doctrine de l'épuisement international, la concurrence suscitée par les importations parallèles entraînera les prix à la baisse. Le Nicaragua, par exemple, prévoit explicitement l'épuisement international dans sa loi sur les brevets:

«*La patente no concede el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por la patente después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular de la patente o por otra persona con consentimiento del titular o económicamente vinculada a él*»¹⁶³.

Document_Library/Fact_Sheets/2004/US-Australia_Free_Trade_Agreement_--_Questions_Answers_About_Pharmaceuticals.html> (date d'accès: 3 avril 2006).

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Déclaration de Doha sur la santé publique*, para. 5(d).

¹⁶³ Nicaragua, *Ley de la Propiedad Industrial*, No. 354, 19 septembre 2000, art. 47. Traduction libre: «Le brevet ne confère pas le droit d'interdire à un tiers d'accomplir des actes de commerce portant sur un produit protégé par le brevet, dès lors que ce produit a été mis sur le marché dans n'importe quel pays par le titulaire du brevet, par

Mais la doctrine de l'épuisement international est loin de plaire aux titulaires de brevets. L'association *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America* considère que la pratique des importations parallèles conduit à des pertes importantes de profits, menaçant même les investissements en R&D :

« *Importation also could involve high product-liability insurance costs and it would be a threat to the innovation of the world's most innovative pharmaceutical and biotechnology research industry [...]. We should not be importing the government-mandated price controls of other countries that have hurt the ability of their pharmaceutical companies to create new medicines* »¹⁶⁴.

Sensible à cette argumentation, l'USTR multiplie les moyens pour faire basculer les pays qui ont opté pour l'épuisement international vers un régime d'épuisement national. Par exemple, lorsqu'un groupe d'entreprises pharmaceutiques contesta une loi sud-africaine sur les importations parallèles, l'USTR exerça d'intenses pressions diplomatiques pour appuyer sa position. Il plaça notamment l'Afrique du Sud sur la liste de surveillance des pays qui ne respectent pas leurs obligations en matière de propriété intellectuelle et suspendit les tarifs préférentiels pour certains produits sud-africains¹⁶⁵.

L'USTR utilisa une méthode similaire pour inciter l'Argentine à abandonner l'épuisement international. Il déposa d'abord une demande de consultation à l'OMC puis menaça de placer l'Argentine sur la liste de surveillance du *Special 301* et de suspendre des tarifs préférentiels¹⁶⁶. Après quelques mois de négociations, l'Argentine a convenu, dans une communication adressée à l'OMC que : « le titulaire d'une licence volontaire en Argentine, qui est autorisé par le titulaire du brevet argentin à importer le produit breveté, peut en faire l'importation s'il prouve que le produit a été mis sur le marché dans un pays étranger par le titulaire

une autre personne avec son consentement ou par une personne économiquement liée à lui. »

¹⁶⁴ PhRMA, « Press Release », 17 juin 2004, en ligne : PhRMA <<http://www.phrma.org/mediaroom/press/releases/17.06.2004.1029.cfm>> (date d'accès : 10 août 2004).

¹⁶⁵ US Department of State, *US Government Efforts to Renegotiate the Repeal Termination or Withdrawal of Article 15(C) of the South American Medicines and Related Substances Act of 1965*.

¹⁶⁶ CZUB.

du brevet argentin »¹⁶⁷. Certains observateurs ont souligné la détermination des États-Unis à imposer l'épuisement national en analysant cet engagement de l'Argentine qui va dans un sens contraire à la doctrine de l'épuisement international : « [This] should be a signal to countries that TRIPs is not the ending point to patent protection – it is only the beginning »¹⁶⁸.

Pour l'instant, tous les traités qui interdisent la doctrine de l'épuisement international ont été conclus avec des pays qui privilégient déjà la doctrine de l'épuisement national. Inversement, le traité signé avec les pays d'Amérique centrale, qui autorisent les importations parallèles, ne contient aucune disposition sur l'épuisement des droits. Néanmoins, les traités signés avec l'Australie, le Maroc et Singapour servent de loquets pour empêcher un changement de cap. Notons, à ce sujet, l'observation du professeur Peter Drahos : « If Australia wished to change [its position on parallel importation] it would find itself in a trade dispute with the US »¹⁶⁹. Or, la *Déclaration de Doha sur la santé publique* visait précisément à préserver la liberté d'interprétation et de mise en œuvre de l'*Accord sur les ADPIC*.

§ 2. La révocation

À l'instar de la question de l'épuisement, celle de la révocation est elle aussi particulièrement controversée. Il subsiste, en droit international, une certaine confusion entre la révocation et la déchéance. De façon générale, cette dernière est attribuable au manquement d'une condition imposée au titulaire d'un brevet, comme le paiement de certains frais. La révocation, quant à elle, serait l'annulation du brevet pour tous les autres motifs, comme l'insuffisance de l'octroi d'une licence obligatoire pour atteindre un objectif d'intérêt public¹⁷⁰. Lors de la négociation de l'*Accord sur les ADPIC*, ces motifs justifiant une

¹⁶⁷ *Argentina – Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals, Notification of Mutually Agreed Solution*, p. 3.

¹⁶⁸ CZUB, p. 208

¹⁶⁹ DRAHOS, FAUNCE, Goddard et HENRY, p. 12-13.

¹⁷⁰ Cette distinction s'appuie sur un échange de lettre avec les États-Unis et la République dominicaine : « Article 15.9.4 limits the conditions under which a Party may revoke a patent but does not confine the circumstances, such as non-payment of maintenance fees, that may result in the expiration of a patent in a Party ».

révocation firent l'objet de nombreux débats qui se conclurent en queue de poisson¹⁷¹. La version finale n'en fait aucune mention explicite. Tout au plus, l'article 32 se limite aux questions de procédures judiciaires : « Pour toute décision concernant la révocation ou la déchéance d'un brevet, une possibilité de révision judiciaire sera offerte »¹⁷².

Pour les États-Unis, les traités bilatéraux représentent l'occasion de revenir sur les débats qui ont précédé l'*Accord sur les ADPIC*. Les premiers d'entre eux prévoient de sévères restrictions aux motifs de révocation (A) et ceux conclus plus récemment sont plus nuancés (B).

A. DES RESTRICTIONS AUX MOTIFS DE RÉVOCATION

L'adoption de l'*Accord sur les ADPIC* et de son article 32 n'a pas clos les débats au Conseil des ADPIC au sujet des motifs pouvant justifier une révocation, bien au contraire. Certains pays font une lecture permissive et généreuse de cet article. Ceux-ci s'appuient notamment sur les principes généraux de l'*Accord sur les ADPIC* qui préservent une certaine flexibilité d'interprétation et d'application¹⁷³. Selon la délégation indienne, par exemple, les membres de l'OMC ont le droit de décider librement des motifs de révocation¹⁷⁴. Sous cette perspective, un membre de l'OMC pourrait révoquer un brevet sur la base de l'intérêt général ou de toute autre considération. Par exemple, la décision 486 de la Communauté andine prévoit qu'un brevet peut être révoqué si le titulaire s'est inspiré de connaissances traditionnelles sans avoir fourni à l'office des brevets une preuve du consentement préalable des communautés dépositaires de ces connaissances¹⁷⁵.

¹⁷¹ GERVAIS, *The TRIPs Agreement*, p. 254.

¹⁷² *Accord sur les ADPIC*, art. 32. Comme le remarque Daniel GERVAIS, ce libellé est curieux : « Read literally, the provision could lead to the absurd result that no decision could ever be final (not even by, say, a supreme court). The intent here is clearly to ensure that any decision to revoke or forfeit may be revived in a judicial process. Once the decision has reached that level, normal rules would apply [...] ». Voir GERVAIS, *The TRIPs Agreement*, p. 254.

¹⁷³ *Accord sur les ADPIC*, art. 7-8.

¹⁷⁴ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion* (tenue au Centre William Rappard le 18 septembre 1996), OMC Doc. IP/C/M/9, 30 octobre 1996, p. 11.

¹⁷⁵ Communauté andine, *Regimen comun sobre propiedad industrial*, Décision 486, 14 septembre 2000, en ligne : Comunidad andina <http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07> (date d'accès : 2 avril 2006).

D'autres pays font plutôt une interprétation restrictive de l'article 32. Dans une communication intitulée *Remarks on revocation of patents and the TRIPs Agreement*, les États-Unis avancent que l'article 32 ne doit pas être lu comme une autorisation générale pour tous les motifs de révocation¹⁷⁶. Selon eux, une lecture conjointe des articles 27, 29 et 33 indique que «la seule base sur laquelle un Membre de l'OMC peut révoquer un brevet est d'invoquer les raisons sur lesquelles il aurait été justifié qu'il se fonde pour refuser la délivrance initiale d'un brevet lors de la demande»¹⁷⁷. À la réunion du Conseil des ADPIC suivant le dépôt de cette communication, la Suisse, la Norvège, le Canada, la Communauté européenne, la Nouvelle-Zélande et l'Australie ont manifesté leur soutien à cette interprétation¹⁷⁸.

Ce débat au Conseil des ADPIC se reflète également à l'OMPI. Le *Traité sur droit des brevets* conclu en 2000 prévoit que les pays signataires ne peuvent révoquer un brevet au motif que le titulaire n'aurait pas satisfait à certaines conditions de formes dans la demande de brevet¹⁷⁹. Ce traité laisse toutefois en suspens la question des autres motifs pouvant justifier une révocation. Dans le cadre des négociations du *Traité sur le droit matériel des brevets*, deux propositions de paragraphe relatif aux motifs de révocation sont débattues. La première fait écho à la position de l'Inde défendue à l'OMC: «A Contracting Party may also require compliance with the applicable law on public health, nutrition, ethics in scientific research, environment, access to genetic resources, protection of traditional knowledge and other areas of public interest in sectors of vital importance for their social, economic and technological development»¹⁸⁰. La seconde proposition reflète la position américaine: «No Contracting Party may require compliance with any requirement with respect to the grounds for invalidation or revo-

¹⁷⁶ OMC, Conseil des ADPIC, *Remarks on revocation of patents and the TRIPs Agreement*, OMC Doc. IP/C/W/32, 6 août 1996.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion* (tenue au Centre William Rappard le 18 septembre 1996), p. 11.

¹⁷⁹ *Traité sur le droit des brevets*, art. 10.1.

¹⁸⁰ OMPI, Comité permanent du droit des brevets, *Projet de Traité sur le droit matériel des brevets*, art. 14.2.

cation of the patented claim or patent additional to or different from [grounds for refusal of a claimed invention] »¹⁸¹.

Alors que les débats sur l'interprétation de l'*Accord sur les ADPIC* et la formulation du *Traité sur le droit matériel des brevets* ont toujours lieu à l'OMC et à l'OMPI, les États-Unis diffusent leur position par le biais de traités bilatéraux. Le premier traité, celui conclu avec la Jamaïque, restreint les motifs de révocation : « A Party may revoke a patent only when grounds exist that would have justified a refusal to grant the patent or the grant of a compulsory license has not remedied the lack of exploitation of the patent »¹⁸². Les sept traités qui suivirent sont encore plus restrictifs. Ils limitent tous les motifs de révocation aux seuls motifs qui auraient justifié le refus de délivrer un brevet : « Each Party shall provide that a patent may be revoked only on grounds that would have justified a refusal to grant the patent »¹⁸³.

Cette restriction des motifs de révocation permet d'assurer une plus grande prévisibilité aux titulaires américains de brevet dans les pays signataires. Elle permet également, dans le cadre des négociations du *Traité sur le droit matériel des brevets*, de consolider les appuis à la position américaine.

B. UNE OUVERTURE À DE NOUVEAUX MOTIFS

À partir de l'an 2000, les États-Unis ont visiblement redéfini leur position relative à la révocation pour s'ouvrir à d'autres motifs que ceux qui auraient justifié le refus de délivrer un brevet. D'abord, le traité de libre-échange conclu avec la Jordanie ne prévoit aucune disposition sur

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Jamaïque*, art. 9.4.

¹⁸³ *MOU États-Unis – Trinidad et Tobago*, art. 6.5 ; similaire dans l'*Accord de commerce États-Unis – Lettonie*, art. 6.2(c) ; *Accord de commerce États-Unis – Laos*, art. 18.6 ; *Accord de commerce États-Unis – Lituanie*, art. 7.2(e) ; *Accord de commerce États-Unis – Cambodge*, art. 18.2(c) ; *Traité sur la propriété intellectuelle États-Unis – Nicaragua*, art. 7.7 ; *Accord de commerce États-Unis – Viêt Nam*, art. 7.6. Les traités négociés juste après la conclusion de l'*Accord sur les ADPIC* prévoient une nuance aux restrictions sur les motifs de révocation : « Each Party may allow for the lapse of a patent where the fees required to maintain the patent in force are not paid prescribed time periods ». *Accord de commerce États-Unis – Lettonie*, art. 6.2(d) ; *Accord de commerce États-Unis – Lituanie*, art. 7.2(e) ; *Accord de commerce États-Unis – Cambodge*, art. 18.2(e).

la révocation. La Jordanie est donc libre de déterminer elle-même les motifs de révocation à condition, comme l'exige l'*Accord sur les ADPIC*, que le titulaire de brevet ait accès à un mécanisme de révision judiciaire.

Puis, le traité de libre-échange avec Singapour et tous ceux qui l'ont suivi prévoient une version assouplie de la disposition sur la révocation qui se trouvait dans les traités bilatéraux antérieurs. Les motifs pouvant justifier une révocation sont restreints mais ne sont pas strictement limités à ceux qui auraient justifié le refus de délivrer un brevet :

*«Each Party shall provide that a patent may be revoked only on grounds that would have justified a refusal to grant the patent. A Party may also provide that fraud, misrepresentation, or inequitable conduct may be the basis for revoking a patent or holding a patent unenforceable»*¹⁸⁴.

Malgré l'emploi du terme *only* dans la première phrase, le terme *also* de la deuxième phrase indiquerait bien qu'il s'agit de motifs additionnels. En d'autres termes, un brevet dont la demande remplit toutes les conditions de brevetabilité peut néanmoins être révoqué s'il est démontré que le titulaire a une conduite frauduleuse, trompeuse ou inéquitable.

Cet ajout aux traités bilatéraux correspond au droit américain. En effet, dans une demande en justice pour contrefaçon, la partie défenderesse peut invoquer la doctrine «des mains sales» qui veut que le titulaire d'un brevet qui cherche à faire respecter ses droits a l'obligation de se présenter au tribunal «les mains propres», sans quoi ses droits ne peuvent être opposés à des tiers¹⁸⁵. Comme le souligne Philip Grubb, cette doctrine ouvre la voie à de nombreux motifs justifiant une fin de non-recevoir : «The defendant may allege that the plaintiff has unclean hands because of patent misuse, fraud on the Patent Office, undue delay in bringing suit, and any other reason which the fertile brain of his attorney can come up with»¹⁸⁶. Il faut toutefois noter que cette stratégie

¹⁸⁴ *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.5; *CAFTA-DR*, art. 15.9.4; *Traité de libre-échange États-Unis – Australie*, art. 17.9.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.4; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.4; *Traité de libre-échange États-Unis – Chili*, art. 17.9.5, note 24.

¹⁸⁵ *Morton Salt Co. c. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 388 (1942).

¹⁸⁶ GRUBB, p. 170.

ne conduit qu'à l'inopposabilité, mais pas à la révocation du brevet. Si le titulaire corrige sa conduite frauduleuse, trompeuse ou inéquitable, il pourrait alors saisir un tribunal pour imposer le respect de ses droits. Pour cette raison, les États-Unis prévoient dans leurs traités bilatéraux que la sanction d'une conduite frauduleuse, trompeuse ou inéquitable puisse être soit la révocation, soit l'inopposabilité.

Tableau 35 : La cession des droits

	Interdiction d'adopter la doctrine de l'épuisement international	La révocation n'est permise que pour des motifs qui auraient justifié le refus de la délivrance du brevet	Un tiers ne peut initier des procédures d'opposition avant que le brevet ait été délivré
ADPIC			
Jamaïque			
Lituanie		√	
Lettonie		√	
Trinité-et-Tobago		√	
Cambodge		√	
Laos		√	
Nicaragua		√	
Viêt Nam		√	
Jordanie			
Singapour	√		√
Chili			
Amérique centrale			
Australie	√		
Maroc	√		√
Bahreïn			√

Paradoxalement, les traités bilatéraux qui autorisent leurs signataires à mettre en œuvre la doctrine des mains sales affaiblissent la position des États-Unis au Conseil des ADPIC. Alors que la délégation américaine affirmait en 1996 que les seuls motifs pour lesquels un membre de l'OMC peut révoquer un brevet sont les mêmes que ceux qui auraient justifié le refus de sa délivrance, les récents traités américains et le droit américain lui-même sont moins restrictifs. Quelques analystes remarquent ce paradoxe et recommandent aux pays en développement de s'inspirer de la doctrine américaine des mains propres pour révoquer des brevets sur la base de l'intérêt général. Par exemple, la Commission britannique sur la propriété intellectuelle propose d'utiliser la doctrine des mains sales pour rendre inopposables les brevets sur des inventions qui utilisent des ressources génétiques obtenues de façon illicite¹⁸⁷. Le *Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property* est sans doute parvenu à la même conclusion puisqu'il recommande au gouvernement américain de prendre garde à la mise en œuvre des articles des traités bilatéraux qui portent sur la révocation: «ITAC-15 urges the U.S. Government to work with [foreign governments] in the implementation of this provision to ensure that it is consistent with "best practices" in key countries, including with U.S. practice»¹⁸⁸. L'exportation des règles de droit américain dans les traités bilatéraux pourrait inspirer des initiatives auxquelles s'oppose fermement la délégation américaine à l'OMC.

¹⁸⁷ Nuno PIRES DE CARVALHO, «Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Application without Infringing the TRIPs Agreement: the Problem and the Solution», *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 2, 2000, p. 39, en ligne: Washington University <<http://www.wulaw.wustl.edu/Journal/2/p371carvalho.pdf>> (date d'accès: 4 avril 2006); Commission on Intellectual Property Rights, p. 85.

¹⁸⁸ Industry Trade Advisory Committee on Intellectual Property Rights (ITAC-15), *The US-Barhain Free Trade Agreement (FTA) – The Intellectual Property Provisions*, rapport préparé par ITAC-15, 14 juillet 2004, p. 14, en ligne: USTR <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Bahrain_FTA/Reports/asset_upload_file822_5528.pdf> (date d'accès: 2 avril 2006).

§ 3. Les procédures d'opposition

Plusieurs pays en développement permettent à un tiers d'initier une procédure d'opposition entre la publication et la délivrance du brevet¹⁸⁹. Le tiers qui s'oppose à la délivrance d'un brevet peut, par exemple, présenter une antériorité que l'examineur n'aura pas prise en compte dans l'examen de la demande. La procédure d'opposition est *inter partes*, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une « procédure contradictoire où déposant et opposant font valoir leurs arguments devant un panel d'examineurs »¹⁹⁰. Au terme de cette procédure, la délivrance prévue peut être confirmée, annulée ou suspendue. Toutefois, les traités bilatéraux interdisent que les procédures d'opposition aient lieu après la délivrance du brevet (A). Sous cette perspective, les procédures américaines et européennes sont convergentes (B).

A. UNE CONTRAINTE POUR LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT

L'*Accord sur les ADPIC* n'interdit pas les procédures d'opposition. Au contraire, il les autorise implicitement en précisant les principes qui doivent les régir : « Les procédures de révocation administrative et les procédures *inter partes* telles que l'opposition, la révocation et l'annulation, seront régies par les principes généraux énoncés aux paragraphes 2 et 3 de l'article 41 »¹⁹¹. Les États-Unis, par contre, s'opposent fermement à ces procédures d'opposition puisqu'elles peuvent retarder l'émission du brevet. Dans un rapport remis au USTR, l'association *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America* explique en quoi la procédure d'opposition prévue en Israël affecte les déposants :

¹⁸⁹ Par exemple, Communauté andine, *Regimen comun sobre propiedad industrial*. Les procédures d'opposition doivent être distinguées des procédures administratives de révocation. Dans certains cas, les procédures d'opposition ont lieu avant que le brevet soit émis. Puisque le déposant n'a pas encore de droits exclusifs sur son invention, il ne peut y avoir de révocation.

¹⁹⁰ Francis GRIGNON, « Les systèmes de brevets : une ouverture inégale », chap. in *L'utilisation des brevets par les entreprises françaises*, Rapport d'information n° 377, 2000, en ligne : Sénat français <<http://www.senat.fr/rap/r00-377/r00-37712.html#toc139>> (date d'accès : 2 avril 2006).

¹⁹¹ *Accord sur les ADPIC*, art. 62.4.

« [The validity of a patent] may be delayed for as long as three to five years until final decisions are made in opposition proceedings. The damages incurred by the patentee during the period of the opposition proceedings are significant, not only because of the extensive legal costs involved in fighting sometimes frivolous opposition filings but also because the patentee is faced with a decision of whether to launch the product without the ability to stop the appearance on the Israeli market of generic copies that is provided by patent protection or forego the commercial benefits of having an innovative product on the Israeli market »¹⁹².

Les États-Unis utilisent leurs traités bilatéraux pour limiter les effets négatifs des procédures d'opposition. Les traités conclus avec Singapour, le Maroc et le Bahreïn interdisent les procédures d'opposition avant la délivrance du brevet : « Where a Party provides proceedings that permit a third party to oppose the grant of a patent, a Party shall not make such proceedings available before the grant of the patent »¹⁹³.

Cette restriction est compatible avec le droit américain à condition que l'expression « proceedings that permit a third party to oppose the grant of a patent » soit définie de façon restrictive. En effet, le droit américain prévoit deux types de procédures qui peuvent survenir avant la délivrance du brevet. La première permet à des tiers de transmettre aux examinateurs des observations sur les demandes de brevet qui sont en examen¹⁹⁴. Cependant, contrairement aux procédures d'opposition en vigueur dans plusieurs pays, les procédures d'observation aux États-Unis sont *ex partes*, c'est-à-dire que les tiers n'ont pas la possibilité de répondre aux arguments des déposants. La seconde procédure prévue en droit américain permet à des tiers d'initier des procédures d'interférence pour déterminer une priorité entre des demandes concurrentes¹⁹⁵. Contrairement aux procédures d'opposition ouvertes à tous, les interférences ne peuvent être initiées que par des tiers qui ont déposé des demandes de brevet en conflit avec les demandes visées. En raison de ces distinctions entre, d'une part, les procédures d'opposition, et d'autre part, les procédures d'observation et d'interférence,

¹⁹² PhRMA, 2004 *Special 301 Submission*, p. 72.

¹⁹³ *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.5; *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.4; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.4

¹⁹⁴ 37 C.F.R. § 1.291(a) (1997).

¹⁹⁵ 35 U.S.C. § 135.

l'interdiction des procédures d'opposition avant la délivrance du brevet prévue dans les traités bilatéraux ne semble pas incompatible au droit américain.

Cette disposition des traités bilatéraux n'impose pas non plus de modifications législatives à Singapour, au Maroc et au Bahreïn. Aucun de ces pays ne prévoyait des procédures d'opposition avant la délivrance du brevet lors de la conclusion de leur traité. Toutefois, leur interdiction constitue une norme plancher que ces pays n'ont plus la liberté d'outrepasser et une norme modèle pour des traités ultérieurs. Les traités conclus avec le Maroc et avec Bahreïn ont été signés au moment même où les États-Unis amorçaient des négociations avec la Colombie, le Pérou, l'Équateur et la Bolivie qui, eux, prévoient des procédures d'opposition avant la délivrance du brevet¹⁹⁶. Le précédent résultant des traités conclus avec Singapour, le Maroc et le Bahreïn constitueront un atout pour les États-Unis dans leurs négociations avec les pays andins.

B. UNE CONVERGENCE AVEC LES PAYS EUROPÉENS

Traditionnellement, en droit comparé des brevets, les procédures de révision américaines étaient mises en contraste avec les procédures d'opposition européenne¹⁹⁷. Alors que les secondes sont *inter partes*, les premières sont *ex parte*, c'est-à-dire qu'un tiers qui demande un réexamen d'une demande de brevet ne peut présenter ses arguments dans le cadre d'une procédure contradictoire avec le titulaire. La procédure se déroule principalement entre le titulaire du brevet et l'examineur du USPTO. L'absence d'un recours en opposition *inter partes* est parfois présentée comme une caractéristique fondamentale du système américain.

À la lecture des traités bilatéraux, il semble que la préoccupation première des États-Unis pour le régime international des brevets ne vise pas la substitution du recours d'opposition par celui de révision.

¹⁹⁶ Par exemple, la décision 486 des pays andins prévoit que: Dentro del plazo de sesenta días siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés, podrá presentar por una sola vez, oposición fundamentada que pueda desvirtuar la patentabilidad de la invención. A solicitud de parte, la oficina nacional competente otorgará, por una sola vez, un plazo adicional de sesenta días para sustentar la oposición. Comunidad andina, *Regimen comun sobre propiedad industrial*, art. 42.

¹⁹⁷ Francis GRIGNON, « Les systèmes de brevets : une ouverture inégale ».

Les traités bilatéraux reconnaissent implicitement que les procédures d'opposition sont autorisées à condition qu'elles aient lieu après la délivrance du brevet.

En fait, les traités bilatéraux américains proposent aux pays signataires qui prévoient des procédures d'opposition de suivre le modèle européen. Dans la première moitié du XX^e siècle, plusieurs pays européens prévoyaient un recours avant la délivrance du brevet. Mais, au cours des dernières décennies, les délais et les coûts que généraient ces procédures, ainsi que l'adoption du modèle de la *Convention sur le brevet européen*, les convainquirent de déplacer l'opposition dans les mois qui suivent la délivrance¹⁹⁸. L'expression «procédure d'opposition» est demeurée bien que, techniquement, il ne s'agisse pas d'une opposition à la délivrance, celle-ci ayant déjà eu lieu lorsque l'opposition est initiée. Cette incohérence terminologique est incorporée dans les traités bilatéraux américains au point que, rappelons-le, la proposition subordonnée semble contradictoire avec la proposition principale: «Where a Party provides proceedings that permit a third party to oppose the grant of a patent, a Party shall not make such proceedings available before the grant of the patent»¹⁹⁹.

Si les traités bilatéraux autorisent le modèle européen au lieu d'imposer le modèle américain, c'est notamment parce que les deux modèles convergent. D'une part, les pays européens ont abandonné les procédures d'opposition avant la délivrance du brevet. D'autre part, aux États-Unis, la Loi de 1999 sur la protection des inventeurs américains (*American Inventors Protection Act*) introduit une procédure *inter partes* qui, contrairement à l'ancienne procédure de réexamen, permet à des tiers de commenter la réponse du titulaire²⁰⁰. Bien qu'elles soient encore bien différentes, les procédures de révision américaines et celles d'opposition européennes sont de moins en moins dissemblables. Dans une

¹⁹⁸ GRUBB, p. 94; Mark D. JANIS, «Rethinking Reexamination: Toward a Viable Administrative Revocation System for U.S. Patent Law», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 11, automne 1997, p. 101.

¹⁹⁹ *Traité de libre-échange États-Unis – Maroc*, art. 15.9.5(c); *Traité de libre-échange États-Unis – Singapour*, art. 16.7.4; *Traité de libre-échange États-Unis – Bahreïn*, art. 14.8.4.

²⁰⁰ 35 U.S.C. § 311-318. En outre, depuis un amendement du 2 novembre 2002, un tiers peut conduire une décision de réexamen du USPTO en appel devant la Cour d'appel du circuit fédéral. Voir 35 U.S.C. § 315.

éventuelle négociation multilatérale, la formule retenue dans les traités bilatéraux américains serait sans doute acceptable pour les États-Unis comme pour les pays européens. Cette disposition des traités bilatéraux pourrait ainsi amorcer un consensus multilatéral.

Toutefois, l'interdiction de prévoir des procédures d'opposition avant la délivrance du brevet n'est pas une norme souhaitée par tous les pays en développement où les offices de brevets ont des ressources plus limitées et les examens sont parfois moins rigoureux. Dans ce contexte, la procédure d'opposition avant la délivrance peut appuyer le travail des examinateurs. Mais les traités bilatéraux indiquent que les États-Unis ne sont pas favorables au maintien de ces procédures dans les pays en développement. L'opposition traditionnelle entre les procédures européennes et américaines se déplace sur un axe nord-sud, opposant maintenant les procédures *pré-délivrance* aux procédures *post-délivrance*. Si cette question est un jour débattue dans un forum multilatéral, il y a de fortes chances pour que les États-Unis, l'Union européenne et le Japon fassent front commun contre les procédures d'opposition avant la délivrance du brevet.

En somme, toutes les modifications que les traités bilatéraux apportent au modèle de l'*Accord sur les ADPIC* à propos de la cession des droits confèrent des avantages certains aux titulaires de brevets. D'abord, l'interdiction de la doctrine de l'épuisement international leur assure un meilleur contrôle sur les importations parallèles. Ensuite, les limites aux motifs de révocation leur offrent une plus grande prévisibilité dans la jouissance de leurs droits. Enfin, l'interdiction des procédures d'opposition avant la délivrance du brevet leur permet d'exercer plus rapidement leurs droits. Toutes ces modifications orientent le régime international des brevets vers les intérêts américains.

CONCLUSION

Malgré ce qu'auraient souhaité les États-Unis lors du cycle de l'Uruguay, l'*Accord sur les ADPIC* autorise plusieurs limites aux droits conférés par un brevet. Les membres de l'OMC peuvent prévoir toute une gamme d'exceptions aux droits conférés par un brevet, pour autant que ces exceptions ne causent pas de préjudice injustifié aux intérêts

légitimes du titulaire du brevet. De même, ils peuvent prévoir une procédure d'opposition aux demandes de brevet qui sont examinées, à condition de prévoir également un mécanisme de révision judiciaire. En somme, l'*Accord sur les ADPIC* fixe des principes généraux qui doivent être respectés mais laisse les États libres de déterminer les circonstances qui motivent les limites aux droits conférés.

Les États-Unis ont profité de leurs négociations bilatérales pour mettre de l'avant une approche différente. En effet, les traités bilatéraux ajoutent des conditions relatives aux motifs et aux circonstances spécifiques qui justifient les limites aux droits conférés. Ainsi, l'exception générale de l'article 30 ne peut pas être utilisée pour l'entreposage ; les licences obligatoires ne peuvent pas être octroyées au motif que l'invention n'est pas exploitée ; un brevet ne peut pas être révoqué pour protéger l'intérêt général ; et les procédures d'opposition ne peuvent pas être entreprises avant la délivrance du brevet. Les traités bilatéraux sont beaucoup plus restrictifs que l'*Accord sur les ADPIC* et toutes ces restrictions reflètent le droit américain.

Par ce biais, les États-Unis imposent donc à leurs partenaires leur propre conception d'un équilibre entre les droits conférés aux titulaires de brevets et les différentes limites qui peuvent y être fixées. Cette exportation de droit est contraire à l'esprit de la *Déclaration de Doha sur la santé publique* qui vise précisément à protéger la marge de manœuvre des membres de l'OMC. Du moins, c'est l'avis de plusieurs ONG, comme Oxfam, Essential Action et Médecins sans frontières, qui s'opposent aux traités de libre-échange américains : « [Free trade agreements have] extremely restrictive intellectual property provisions that could put an end to competition from generic medicine producers and to countries' ability to make use of existing safeguards against patent abuse »²⁰¹. C'est également l'opinion d'une douzaine de membres du

²⁰¹ Médecins sans frontières, *Access to Medicines at Risk Across the Globe, What to Watch Out For in Free Trade Agreements with the United States*, MSF Campaign for Access to Essential Medicines, Briefing Note, MSF, mai 2004, en ligne : MSF <<http://www.accessmed-msf.org/documents/ftabriefingenglish.pdf>> (date d'accès : 31 mars 2006).

Robert WEISSMAN de Essential Action considère même que « [CAFTA-DR] will cost lives ». Voir « Dying for Drugs: How CAFTA-DR will Undermine Access to Essential Medicines », *Multinational Monitor*, avril 2004, en ligne : CP Tech <<http://www>.

Congrès qui ont écrit au président Bush pour manifester leur opposition à ces dispositions des traités de libre-échange: « We believe that provisions in these agreements or under consideration for inclusion violate the requirement in Section 2101 (b)(4)(C) of the Trade Promotion Authority Act of 2002 to uphold the 2001 WTO Declaration on Public Health »²⁰². Enfin, c'est aussi l'opinion que le président français Jacques Chirac a exprimée dans une lettre lue par le ministre Xavier Darcos à la Conférence internationale sur le sida de 2004: « Mettons en œuvre l'accord sur les génériques, afin de consolider les baisses de prix. Obliger certains pays à renoncer à ces dispositions, à la faveur de négociations commerciales bilatérales, relèverait d'un chantage immoral »²⁰³.

Dans sa condamnation de l'immoralité américaine, Jacques Chirac semble oublier que la Commission européenne a elle aussi, nous l'avons vu, signé plusieurs traités bilatéraux sur la propriété intellectuelle avec des pays en développement. Il faut toutefois reconnaître que les traités américains, qui ont tous été négociés sous une pression coercitive, renforcent particulièrement les droits conférés par un brevet et limitent les exceptions autorisées bien davantage que ne le font les traités européens. Alors que les États-Unis font face à des mouvements contestataires qui bloquent toutes avancées possibles sur le front multilatéral, le passage au niveau bilatéral leur permet de poursuivre leur mouvement d'exportation de droits.

cpotech.org/ip/health/trade/CAFTA-DR/weissman032004.doc> (date d'accès: 23 mars 2006); Oxfam, *US bullying on drug patents*.

²⁰² Lettre de douze Membres du Congrès au Président BUSH sur la propriété intellectuelle, 30 septembre 2004, en ligne: CP Tech <<http://www.cpotech.org/ip/health/trade/CAFTA-DR/congress09302004.html>> (date d'accès: 2 avril 2006).

²⁰³ Ministère des Affaires étrangères de France, France diplomatie, *Déclarations officielles de politique étrangère*. L'USTR Robert Zoellick a répondu au président français dans une entrevue accordée au *Financial Times*: « I guess my response to France would be that I wish they would quit trying to undermine the rest of the world economy with agricultural exports and to divert attention with issues like this ». Geoff DYER, Guy DE JONQUIÈRES et Robert GRAHAM « US and France clash over cheap Aids drugs », *Financial Times*, 13 juillet 2004.

Conclusion générale

Le droit voyage et migre d'un ordre juridique à un autre. Certaines dispositions du Code d'Hammourabi, en vigueur à Babylone il y a plus de 3500 ans, ont textuellement été reprises par plusieurs civilisations éloignées¹. Pour les fonctionnalistes, c'est l'efficacité d'une règle de droit à atteindre un objectif social donné qui constitue la première explication de son attrait et de son importation². Cette explication doit être rejetée dans le cadre de notre analyse puisque, tout comme les mêmes semences ne donnent pas les mêmes récoltes en tous terrains, un même droit des brevets ne peut avoir des effets économiques similaires dans les pays exportateurs nets de technologie que dans ceux qui n'ont aucune infrastructure de recherche et développement. L'exportation du droit des États-Unis vers le droit international, et ultimement vers les pays en développement, s'opère au bénéfice du premier et au détriment des derniers.

En raison de cette asymétrie d'intérêts, les réalistes considèrent plutôt que ce sont des rapports de force qui sont les principaux vecteurs de son exportation. On pourrait effectivement présumer que l'harmonisation internationale du droit matériel des brevets découle davantage de cette deuxième explication. Les ressources matérielles permettent, par la coercition, d'orienter les intérêts des interlocuteurs à l'endroit de certaines règles. Les États-Unis ont, par exemple, utilisé leur marché intérieur pour susciter l'adhésion des pays qui souhaitent obtenir un meilleur accès au marché américain. Mais c'est également de cette façon que les pays en développement ont utilisé leur avantage numérique pour bloquer les négociations multilatérales et contraindre les États-Unis à accepter la *Déclaration de Doha sur la santé publique*. La distribution des ressources est par conséquent insuffisante en elle-même pour prédire l'orientation des règles.

¹ WATSON, p. 22-23.

² Louis VOGEL, « Unifier le droit: le rêve impossible? », *Unifier le droit: le rêve impossible?*, sous la dir. de Louis VOGEL, Paris, LGDJ, 2001, p. 8; Sala, p. 105.

En fait, pour comprendre le phénomène d'exportation de droit, il semble indispensable de reconnaître que les rapports de force ne s'opèrent pas dans un vacuum institutionnel. Les normes sociales et juridiques en place conditionnent la nature et l'intensité de ces rapports de forces. Par exemple, les associations stratégiques, qui permettent de transférer une indépendance relative dans un champ pour l'exercice de la coercition dans un autre champ, doivent s'appuyer sur des associations cognitives qui paraissent légitimes. La lutte pour le rehaussement de la protection, tout comme celle pour l'assouplissement des règles, s'est ainsi opérée en partie dans le domaine des idées. Or, la légitimité d'une idée est appuyée par sa reconnaissance comme norme fondamentale, notamment à travers sa consécration dans un traité multilatéral³. Une fois l'*Accord sur les ADPIC* adopté, ses fondements normatifs ne furent plus véritablement contestés. Seuls des ajustements furent réclamés, et ces ajustements s'appuyaient eux-mêmes sur d'autres traités multilatéraux, dont la *Convention sur la diversité biologique* et le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Pour être acceptées, les règles exportées doivent, dans une certaine mesure, s'inscrire dans une filiation institutionnelle. Il faut donc chercher et analyser l'évolution du régime plutôt que l'apparition hors contexte de nouvelles normes.

La théorie de l'évolution dynamique des régimes hégémoniques propose un cadre analytique pour mieux comprendre ce phénomène d'exportation de droit entre des États qui ne partagent pas, *a priori*, d'intérêts communs. L'hégémonie n'est pas ici définie comme l'imposition unilatérale des préférences du plus fort sur le plus faible. Il s'agit plutôt d'une articulation particulière entre les idées dominantes, les ressources matérielles et les règles institutionnalisées qui présuppose le consentement des acteurs. L'*hegemon* est celui qui utilise sa puissance de coercition et de socialisation pour faire évoluer les règles communes vers celles qu'il privilégie, notamment par le jeu d'associations normatives. Parce que les nouvelles règles sont sujettes à la contestation sur le plan de la légitimité, la stabilité de l'*hegemon* demeure fragile et il doit progresser avec prudence. Si les contestations menacent de révolutionner les normes fondamentales du régime, l'*hegemon* doit, d'un côté, accepter des ajustements aux règles pour internaliser les forces

³ KLEIN, p. 363.

contestatrices, et de l'autre, compenser ces ajustements pour maintenir son hégémonie. L'*hegemon* doit donc continuellement faire évoluer le régime pour éviter qu'il ne s'effondre devant les forces contre-hégémoniques. Il ne doit pas dominer ses interlocuteurs mais plutôt maîtriser cette dynamique cyclique entre les règles, les ressources matérielles et les idées.

L'histoire du régime international des brevets semble indiquer qu'il progressa effectivement par des ajustements et des compensations successives⁴. Chaque ajustement aux règles existantes fut compensé par de nouvelles règles via un nouveau processus de décision. Les États plus puissants procédèrent à des changements successifs de forum, de la CNUCED à l'OMPI, puis de l'OMPI au GATT⁵. Si on ajoute à ces changements d'organisation les changements entre les niveaux de négociations, on s'aperçoit que, depuis le XIX^e siècle, le bilatéralisme fut utilisé pour compenser des ajustements au niveau multilatéral, que ce soit pour mieux contourner les contestations formulées dans les organisations internationales, ou pour mieux préparer le terrain pour un projet de traité multilatéral⁶.

Comment les traités bilatéraux américains conclus entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 décembre 2004 s'inscrivent-ils dans cette dynamique évolutive? Nous avons émis l'hypothèse que le bilatéralisme américain 1) contourne les forces contre-hégémoniques qui sont croissantes au niveau multilatéral, 2) renoue avec des rapports de puissance hégémonique 3) et poursuit le mouvement d'exportation du droit américain au-delà de ce que prévoit l'*Accord sur les ADPIC*. Nous avons démontré cette hypothèse en suivant, rappelons-le, la méthode proposée par Pierre Klein :

« The most efficient and "scientific" method of assessing the impact of US predominance on the international law-making process through convention means (i.e. treaties) probably lies in an examination of the various stages of the

⁴ MAY et SELL.

⁵ BRAITHWAITE et DRAHOS, *Global Business Regulation*, p. 566.

⁶ GERVAIS, « The Internationalization of Intellectual Property », p. 934; YU, « Currents and Crosscurrents », p. 14; ENDESHAW, « A Critical Assessment », p. 301-302.

negotiations process and the outcome of these negotiations in relation to the most significant treaties adopted in the last ten years or so »⁷.

Ce traité fondamental qui nous sert de point de comparaison est l'*Accord sur les ADPIC*. C'est l'accord qui, nous l'avons établi, consacra l'hégémonie américaine dans le régime international des brevets. Dans les années 1980, les États-Unis firent la promotion d'une association entre le commerce international et le droit des brevets qui fut légitimée par un discours sur la propriété et la loyauté et opérationnalisée par le recours à la coercition. Cette association fut finalement consacrée par l'adoption d'un accord au nom évocateur d'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*. La hausse internationale des niveaux de protection, à l'image du droit américain, y est implicitement présentée comme le modèle à suivre, voire comme l'optimum universel.

Or, nous avons constaté que, l'hégémonie américaine sur le régime des brevets était fragilisée par un contexte politique changeant. Elle était particulièrement sujette à la contestation parce que les stratégies employées durant la négociation de l'*Accord sur les ADPIC* étaient davantage basées sur la coercition que sur la socialisation. Dès lors, la norme hégémonique associant le commerce international au droit des brevets fut contestée par une norme contre-hégémonique associant le droit des brevets aux problèmes de développement. Si la première émergea de la crise du déficit commercial américain, la seconde s'appuya sur une double crise, celle de la biopiraterie et celle de l'épidémie du sida. Ces crises favorisèrent une réinterprétation des valeurs sous-jacentes à l'hégémonie américaine. Du respect de la propriété d'autrui sur ses inventions technologiques, on passa à celui de la propriété des communautés autochtones et locales sur leurs ressources génétiques et leurs connaissances traditionnelles. De même, du principe de loyauté imposant des règles commerciales communes, on passa à la loyauté qui incite à différencier les règles pour prendre en compte les problèmes économiques et sociaux particuliers des pays en développement. À partir de ces réinterprétations des principes de propriété et de loyauté, une méta-coalition d'ONG, de pays en développement et d'organisations internationales réorienta les débats sur le droit des brevets vers

⁷ KLEIN, p. 364.

les problèmes de développement. Placé dans une position défensive, le gouvernement américain fut contraint d'accepter certains ajustements au régime pour contrer les forces contre-hégémoniques et préserver ses normes fondamentales. C'est ce qui explique qu'ils aient consenti à l'adoption de la *Déclaration de Doha sur la santé publique* et à l'amendement de décembre 2005 alors qu'ils s'y étaient jusqu'alors opposés.

Les traités bilatéraux permettent aux États-Unis de resituer les débats sur le droit des brevets dans un contexte commercial. Le bilatéralisme n'était pas une nouvelle voie de négociation et son emploi ne constituait pas, au départ, une réaction découlant d'une stratégie clairement arrêtée. Néanmoins, la structure particulière du bilatéralisme eut pour effet d'isoler les interlocuteurs des États-Unis de leur coalition développementaliste et de les placer dans une position de dépendance commerciale. Les États-Unis profitèrent de cette structure asymétrique pour renouer avec leurs stratégies coercitives. Ils offrirent effectivement à tous leurs interlocuteurs des compensations en termes de bénéfices commerciaux et d'investissement. Dans une mesure moindre que l'histoire de la négociation de l'*Accord sur les ADPIC* le laissait envisager, les États-Unis utilisèrent également, dans certaines occasions, la menace de sanctions commerciales. Parallèlement à cette coercition, ils employèrent des stratégies de socialisation pour convaincre leurs partenaires du bien-fondé des règles proposées. Cette socialisation fut menée directement, par le biais de l'aide technique américaine, et indirectement, par le biais de différentes firmes et ONG comme l'*International Intellectual Property Institute*. Grâce à cette combinaison de coercition et de socialisation, les États-Unis signèrent entre 1994 et 2004 une quinzaine de traités bilatéraux prévoyant des règles sur le droit matériel des brevets.

Ces traités bilatéraux américains favorisent une triple extension du régime international des brevets. Une extension géographique, d'abord, puisqu'ils intègrent au régime des pays qui, comme le Cambodge, le Laos, la Lituanie, la Lettonie, et le Viêt Nam, n'étaient jusqu'alors pas membres de l'OMC. De plus, ils contribuèrent à la diffusion dans les pays en développement des traités administrés par l'OMPI, comme le *Traité sur le droit des brevets*, le *Traité de Budapest*, le *Traité de coopération en matière de brevets* et la *Convention UPOV*.

Les traités bilatéraux américains représentent ensuite une extension temporelle puisqu'ils imposent une mise en œuvre complète des

obligations prévues dans l'*Accord sur les ADPIC* à des pays en développement qui bénéficient de périodes transitoires. Le Laos, la Lettonie, le Cambodge et le Nicaragua durent même accorder une protection à des inventions qui ne répondaient plus à la condition de la nouveauté depuis dix-sept ans.

Enfin, et surtout, les traités bilatéraux fixent les termes d'une extension juridique inspirée du droit américain. Au modèle de l'*Accord sur les ADPIC*, ils ont progressivement ajouté des obligations assurant l'élargissement du domaine de protection et l'accroissement des droits conférés par un brevet. La plupart des nouvelles dispositions incorporées dans les traités bilatéraux sont directement inspirées du droit américain. Par exemple, la définition de l'utilité et le droit des titulaires des brevets d'être avisés des demandes d'autorisation de mise en marché sont des spécificités du droit américain intégralement reproduites dans les traités bilatéraux. Comme le remarque fièrement le gouvernement américain : « US FTAs contain the highest level of intellectual property protection of any agreement in the world »⁸. Les États-Unis ne sont pas les seuls à être engagés dans la voie bilatérale, mais ce sont clairement leurs traités qui constituent maintenant la nouvelle frontière du régime international des brevets.

Par ailleurs, il n'est pas anodin de remarquer que les développements juridiques prévus dans les traités bilatéraux vont précisément à contresens des réclamations exprimées sur la scène multilatérale par les forces contre-hégémoniques. Alors que plusieurs ONG et pays en développement réclament une meilleure intégration entre l'*Accord sur les ADPIC* et la *Convention sur la diversité biologique*, certains traités bilatéraux imposent la brevetabilité des végétaux et des animaux et interdisent d'imposer la divulgation de l'origine des ressources génétiques. Plus encore, plusieurs ajoutent des restrictions à l'entrée de médicaments génériques dans les pays en développement. Ils prohibent notamment la doctrine de l'épuisement international, limitent le recours aux licences obligatoires et prolongent la durée effective des brevets pharmaceutiques. Cette concordance entre les normes contestées au niveau multilatéral, qui sont les principales responsables du blocage du processus de négociation, et les normes avancées au niveau bilatéral, qui consti-

⁸ USTR, *Strategy Targeting Organized Piracy (Stop!)*, p. 3.

tuent les principales avancées juridiques, permet d'établir une relation directe entre notre étude des processus de négociation et notre étude des règles juridiques.

Il semble donc que l'hypothèse de départ soit, dans l'ensemble, confirmée. Le bilatéralisme américain contourne les forces contre-hégémoniques croissantes au niveau multilatéral, renoue avec des rapports de forces hégémoniques et poursuit le mouvement d'exportation du droit américain au-delà de ce que prévoit l'*Accord sur les ADPIC*. Plus spécifiquement, notre analyse démontre que, dans un contexte politique changeant, le basculement vertical d'un forum de négociation à un autre, peut renforcer plutôt qu'affaiblir la dépendance au sentier, c'est-à-dire, dans le cas présent, le mouvement continue d'exportation du droit américain. Autrement dit, le changement d'institutions, au sens organisationnel, peut contribuer au maintien d'institutions, au sens normatif. Les concepts de changement de forum et de dépendance au sentier ne sont donc pas nécessairement antinomiques comme on pourrait le croire⁹. Ce constat théorique permet d'intégrer une dynamique évolutive dans l'étude des institutions, trop souvent analysées de façon statique¹⁰. Les rapports de puissance s'inscrivent toujours dans un cadre institutionnel mais ce cadre n'est jamais suffisamment déterminé pour qu'il soit insensible aux changements de rapports de puissance. Si l'*hegemon* perd progressivement le contrôle sur la dynamique fragile entre les intérêts, les idées et les règles au niveau multilatéral, il peut alors se tourner vers une dynamique similaire, au niveau bilatéral, pour faire progresser le régime et éviter son renversement. Ce changement n'équivaut en rien à un bris d'équilibre ou à la création d'un

⁹ Rappelons que, pour Paul Haslam, « forum shopping (and alternative legalization projects) and path dependency [...] are, to a large extent, in opposition. Forum shopping is ultimately about using state power to realize certain ends in the fora where it can be maximized. Path dependency assumes greater continuity with the existing structure of rules and institutions, by definition, it does not amount to a challenge to the way an existing institution reflects the issue-specific balance of power ». HASLAM, p. 6.

¹⁰ Il fut par exemple proposé que le processus de création de régimes se divise en différentes phases, allant d'une phase d'incertitude où quelques traités bilatéraux sont conclus jusqu'à une phase hégémonique caractérisée par le multilatéralisme. Notre étude rejette cette évolution linéaire et montre que l'incertitude et le bilatéralisme peuvent coexister avec l'hégémonie. NADELMANN, p. 485-486.

nouveau régime¹¹. Bien que l'une serve de traction à l'autre, la roue bilatérale et la roue multilatérale tournent simultanément et participent au même mouvement d'exportation de droit.

Sur le plan empirique, il appert également à la lumière de notre analyse que l'étude du droit international des brevets ne devrait pas être uniquement confinée aux seuls traités multilatéraux auxquels elle est trop souvent réduite. Une trame constituée de traités bilatéraux se tisse progressivement au-dessus de l'*Accord sur les ADPIC*, diffusant un droit beaucoup plus favorable aux titulaires de brevets. Sans ce nouveau regard, plusieurs obligations internationales des États échappent à l'analyste, qui ne peut dès lors comprendre le comportement des certains d'entre eux. Le nouvel éclairage que nous proposons pourrait ainsi contribuer à expliquer l'intrigant constat dégagé par plusieurs auteurs à l'effet que les pays un développement ne profitent pas de toute la flexibilité qu'autorise l'*Accord sur les ADPIC*¹².

Il faut toutefois apporter deux nuances majeures à notre hypothèse générale. La première d'entre elles est que les traités bilatéraux ne reflètent pas toujours le droit américain. Au moins trois dispositions contenues dans certains traités bilatéraux semblent incompatibles au droit américain. La première fixe un plafond à la condition de divulgation de l'invention, interdisant de ce fait l'exigence américaine de divulguer la meilleure façon de mettre en œuvre une invention. La deuxième impose que les produits fabriqués sous l'exception pour l'obtention d'une autorisation de mise en marché ne soient pas fabriqués en fonction d'un autre objectif, ce qui semble beaucoup plus restreint que l'exception prévue en droit américain. La troisième disposition fixe une liste exhaustive de motifs pouvant justifier l'emploi de licences obligatoires à laquelle ne figure pas l'application des normes sur les émissions de polluants atmosphériques. À ces trois dispositions, on pourrait également ajouter celle qui interdit la doctrine de l'épuisement international. Bien qu'elle soit compatible avec le droit américain actuel, elle est contraire à un projet de loi examiné par le Congrès et appuyé par plusieurs de ses membres.

Ce constat inattendu sur l'incompatibilité apparente entre certaines dispositions des traités bilatéraux et le droit américain n'infirme pas

¹¹ THELEN, p. 384.

¹² MUSUNGU et OH.

l'hypothèse retenue, mais la nuance. Aucune de ces dispositions ne constitue une concession offerte à un partenaire des États-Unis. Elles résultent plutôt d'une divergence entre d'une part, le droit souhaité par l'administration qui négocie les traités et, d'autre part, le droit américain tel qu'il est adopté par le Congrès et reconnu par les tribunaux¹³. L'administration américaine, qui consulte régulièrement les firmes transnationales par le biais des comités consultatifs et de leurs suggestions relatives aux rapports *Special 301*, semble vouloir orienter le droit international vers un modèle encore plus généreux pour les inventeurs que son propre droit national. En effet, chacune des dispositions potentiellement conflictuelles avec le droit américain favorise les titulaires de brevets en allégeant les procédures de demande ou en renforçant les droits conférés, au détriment de politiques publiques comme la diffusion des technologies, l'accès aux médicaments, le développement de la recherche et l'amélioration de la qualité de l'air¹⁴. Cette orientation en faveur des titulaires de droit, qui était déjà un fondement idéologique à la base de l'*Accord sur les ADPIC* et autour duquel s'articulait la communauté d'idées entre les firmes transnationales et le gouvernement américain, est ainsi poursuivie par le truchement des traités bilatéraux.

La deuxième nuance qui doit être apportée à notre hypothèse générale concerne la portée spatio-temporelle de l'exportation de droit par le bilatéralisme et sa capacité réelle à compenser la résistance au niveau multilatéral. L'*Accord sur les ADPIC* constituait une avancée majeure et devint la référence centrale du régime parce qu'il rejoignit d'un seul coup un grand nombre de pays. Or, en une décennie, les États-Unis n'ont signé qu'une quinzaine de traités bilatéraux, dont certains avec des pays qui, comme Trinité-et-Tobago et le Laos, ne sont pas réputés pour leur influence au sein du régime international des brevets. Si le bilatéralisme permet de poursuivre un mouvement d'exportation, il faut bien reconnaître que ce mouvement progresse lentement.

D'un autre côté, il ne faut pas sous-estimer la valeur d'une quinzaine de traités bilatéraux. Chacun d'eux a probablement une valeur

¹³ HARRIS.

¹⁴ Comme le remarque le professeur Bernard Remiche, « du droit d'exploiter industriellement (qui est également une obligation) [...], on en est arrivé à un droit qui est essentiellement d'importer et de commercialiser le produit protégé par le brevet sans crainte d'obligation réelle en contrepartie ». REMICHE, p. 205.

stratégique plus importante que le bénéfice immédiat que représente la hausse du niveau de protection dans un pays particulier¹⁵. Nous l'avons vu, les pays signataires peuvent servir de modèles exemplaires, de relais vers des pays tiers ou d'alliés stratégiques dans le cadre de négociations régionales ou multilatérales ultérieures. Les États-Unis espèrent ainsi que les dispositions inédites qu'ils ont expérimentées au niveau bilatéral, comme celles relatives au délai de grâce, seront reprises dans le projet de Traité sur le droit matériel des brevets de l'OMPI. En outre, chacun de ces traités fixe un nouveau plancher, qui ne cesse de s'élever et de se rapprocher du modèle américain. Sous cette perspective, la tendance indiquée par quelques traités est suffisante pour nous permettre d'envisager le contenu de ceux qui suivront. Le gouvernement américain a d'ailleurs récemment intensifié son programme de négociations bilatérales puisqu'il négocie actuellement des traités de libre-échange avec l'Afrique du Sud, le Pérou, le Panama, la Colombie, l'Équateur, la Bolivie, Oman et la Corée et il serait sur le point d'entamer des négociations avec la Nouvelle-Zélande, la Malaisie, les Émirats arabes unis et la Thaïlande¹⁶. Si on ajoute à cela les traités négociés par la Communauté européenne, l'Association européenne de libre-échange et la Suisse, il se pourrait bien que, dans quelques années, un vent bilatéral ait soufflé sur la majorité des pays qui participent au régime international des brevets.

Cette analyse du bilatéralisme dans le maintien de l'hégémonie américaine peut contribuer à éclairer d'autres régimes internationaux. Celui de la protection des investissements, notamment, présente plusieurs similarités avec celui des brevets. Dans les deux cas, les intérêts de pays développés et en développement sont asymétriques, les États-Unis cherchent à exporter leur droit national et les règles retenues au niveau bilatéral vont au-delà de celles prévues au niveau multilatéral. L'étude du cas du régime des brevets laisse présager, si l'analogie est vérifiée, que les traités bilatéraux sur l'investissement permettent de poursuivre un mouvement d'exportation du droit américain vers les pays

¹⁵ Carlos M. CORREA, «Bilateralism in Intellectual Property: Defeating the WTO System for Access to Medicines», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 36, n° 1, 2004, p. 81

¹⁶ MORIN, «Le droit international des brevets», p. 46-47. Pour une mise à jour, consulter le site Internet Bilaterals.org, en ligne : <www.bilaterals.org>.

en développement alors que les négociations multilatérales qui permettraient d'atteindre le même résultat sont bloquées¹⁷. Il ne faudrait donc pas nier l'existence d'un régime international achevé sur l'investissement sur la base qu'il n'existe pas de traité multilatéral, comme le font notamment Gérard Kébabdjian et Paul Haslam, puisqu'un ensemble de traités bilatéraux peuvent être liés par des principes et des normes institutionnelles identiques et évoluer de façon relativement organique¹⁸.

Toutefois, le cas des brevets et celui de l'investissement se distinguent par un facteur clé. Alors que le bilatéralisme est encore largement méconnu dans le régime des brevets, il a attiré l'attention de plusieurs acteurs dans le régime de l'investissement. La médiatisation de quelques différends entre investissements et États et le nombre élevé de traités bilatéraux sur l'investissement ont contribué à les faire connaître auprès des ONG, des firmes transnationales, des organisations internationales, des chercheurs universitaires, des différents niveaux de gouvernement et de l'opinion publique. Certains de ces acteurs ont contesté les règles établies par les traités bilatéraux sur l'investissement. En réaction, les États-Unis ont freiné le rythme de leur conclusion à la fin des années 1990 et en ont révisé le modèle. Le nouveau modèle, utilisé depuis 2003, reprend les normes fondamentales du précédent, mais prévoit des ajustements qui répondent aux mouvements de contestation¹⁹.

Peut-on penser que les règles bilatérales sur le droit des brevets feront elles aussi l'objet d'une contestation qui incitera le gouvernement américain à ajuster son modèle? On pourrait le croire. Comme lors de la négociation de l'*Accord sur les ADPIC*, les États-Unis ont davantage utilisé la coercition que la socialisation dans leurs négociations bilatérales. Or, pour qu'une hégémonie ne soit pas menacée par la contestation, elle doit s'appuyer sur des principes normatifs partagés²⁰. Si les partenaires des États-Unis ne sont pas eux-mêmes convaincus, à

¹⁷ Christian DEBLOCK, *Nouveau régionalisme ou régionalisme à l'américaine?*; MORIN et GAGNÉ, «Lateralism Paradox».

¹⁸ HASLAM, 1; KÉBABDJIAN, p. 139; Sur l'évolution organique du régime international de l'investissement, voir MORIN et GAGNÉ, «Explaining the Lateralism Paradox».

¹⁹ MORIN et GAGNÉ, «The Evolving American Policy on Investment Protection», *Journal of International Economic Law*, 2006, vol. 9, p. 357-382.

²⁰ GILL, *Power and Resistance*, p. 127.

tort ou à raison, de la pertinence et de la justesse des normes prévues dans les traités bilatéraux, ils risquent de les rejeter. Bien que l'attention des ONG et des pays en développement soit encore concentrée sur les débats multilatéraux, la principale menace à la prise en compte des problèmes de développement dans le régime international des brevets réside probablement, nous l'avons démontré, au niveau bilatéral.

En fait, la stratégie bilatérale américaine dans le régime international des brevets commence déjà à être contestée. Dans les derniers mois de préparation de cet ouvrage, des ONG comme GRAIN et Médecins sans frontières de même que des organisations internationales, dont la Banque mondiale, l'Organisation mondiale de la Santé et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU ont constaté que les dispositions sur le droit des brevets prévues dans les traités bilatéraux américains peuvent handicaper le développement économique, social et environnemental des pays en développement²¹. Plusieurs d'entre eux recommandent aux pays en développement de consolider leurs coalitions pour mieux résister aux pressions bilatérales et, s'ils acceptent d'en ratifier, de mener avec attention des études d'impacts sur les effets économiques et sociaux d'une hausse du niveau de protection des brevets. Même aux États-Unis, des ONG et des membres du Congrès font pression sur le gouvernement américain pour qu'il abandonne sa stratégie bilatérale en matière de brevets²². Depuis 2004, l'idée d'imposer un moratoire sur les traités bilatéraux de propriété intellectuelle circule à Washington et à Genève²³. Bien que cette idée ait peu de chance de se concrétiser,

²¹ GRAIN et SANFEC, *TRIPs-Plus Through the Back Door*; VIVAS-EUGUI, *Regional and bilateral agreements*; Pedro ROFFE, *Bilateral agreements and a TRIPs-plus world: The Chile-USA Free Trade Agreement*, Ottawa, Quaker International Affairs Programme, 2004, en ligne: QUNO <[http://geneva.quno.info/pdf/Chile\(US\)final.pdf](http://geneva.quno.info/pdf/Chile(US)final.pdf)> (date d'accès: 23 mars 2006); FINK et Reichmenmiller; MAYNE, *Regionalism, Bilateralism, and TRIP Plus Agreements*; OMS, *Globalization, TRIPs, and Access to Pharmaceuticals*; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels: Maroc*, ONU doc. E/C.12/MAR/CO/3 19 mai 2006, para 60.

²² Lettre de Charles B. RANGEL, Sander M. LEVIN, Jim McDERMOTT et Henry WAXMAN à Robert B. ZOELLICK, p. 5.

²³ Frederick M. ABBOTT, « The Cycle of Action and Reaction: Developments and Trends in Intellectual Property and Health », in *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, sous la dir. de Pedro ROFFE, Geoff TANSEY et David VIVAS-EUGUI, Earthscan, 2006, p. 34; ACT-Up Paris *et al.*, « NGO Statement of need

elle témoigne de l'émergence d'un nouveau mouvement de contestation, cette fois orienté sur le front bilatéral du régime.

À court terme, cette contestation peut miner le processus de ratification, la mise en œuvre ou l'application des traités bilatéraux. La perception de la légitimité d'une règle internationale est reconnue comme étant un des principaux déterminants de son respect²⁴. Lorsque les États-Unis ont utilisé une stratégie purement coercitive envers Taiwan, l'Équateur, la Chine et l'Argentine pour qu'ils modifient leur droit des brevets, de forts mouvements nationalistes ont décrié cette pression étrangère²⁵. Dans certains cas, ces mouvements ont réussi à bloquer l'adoption d'une nouvelle loi sur les brevets. Dans d'autres cas, les lois finalement adoptées furent ignorées par les autorités douanières, administratives, policières et judiciaires. Une greffe juridique n'est pas une opération aisée, et la coercition ne fait qu'accroître les risques de rejet²⁶.

Par conséquent, même si cet ouvrage démontre un phénomène d'exportation de droit, il reste encore à prouver que ce droit fut effectivement importé²⁷. Seuls les derniers bastions du positivisme juridique considèrent encore qu'une exportation de droit équivaut à son importation²⁸. Un droit étranger à son environnement économique, culturel et social risque de connaître ce que Bertrand Badie appelle une «importation

for WTO moratorium of regional and bilateral trade agreements undermining access to health», 17 décembre 2005, en ligne: Bilaterals <http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=3289> (date d'accès: 23 mars 2006).

²⁴ Thomas FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 26. Sur l'application des idées de Thomas Franck à l'*Accord sur les ADPIC*, voir Daya Shanker, «Legitimacy and the TRIPs Agreement», *Journal of World Intellectual Property*, vol. 6, no 1, 2003, p. 155-189.

²⁵ ALFORD, «How Theory Does – And Does Not – Matter», p. 20; MERTHA et PAHRE, p. 695-729; YU, «From Pirates to Partners»; Andy Y. SUN, «From Pirate King to Jungle King: Transformation of Taiwan's Intellectual Property Protection», *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 67, automne 1998; CZUB; BENTOLILA; M. SMITH; DING; KNAPP.

²⁶ Pour cette raison, l'expression *legal transplant*, consacrée dans la littérature anglophone, semble plus appropriée que l'expression française *exportation de droit*.

²⁷ Mireille DELMAS-MARTY parle d'intégration ascendante et descendante. *Critique de l'intégration normative: L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 14

²⁸ ALFORD, «How Theory Does – And Does Not – Matter», p. 20.

dysfonctionnelle»²⁹. La diversité culturelle, et en particulier celle des sous-cultures juridiques, entrepreneuriales et scientifiques, constitue un des remparts les plus certains contre l'importation de droit³⁰. De plus, il importe de distinguer entre l'importation d'un droit et l'importation d'une règle. Une règle importée s'amalgamera probablement au système juridique qui l'intègre et son interprétation sera tributaire de ce système³¹. Puisque l'interprétation est une composante essentielle du droit, il faudrait, pour importer avec succès du droit, non seulement importer des règles, mais également l'ensemble d'un système juridique. Un tel transfert ne peut vraisemblablement pas être opéré dans un régime hégémonique, mais seulement dans un régime impérial.

Alors que la perspective d'un droit impérial est généralement présentée comme un cauchemar, plusieurs comparatistes rêvent ouvertement d'un droit international étendu³². En matière de brevet, on pourrait effectivement imaginer et appeler de nos vœux des arrangements de collaboration entre des pays qui ne partagent pas un même niveau de développement économique. Il faudrait, comme le souligne Mireille Delmas-Marty, «apprendre à conjuguer économie et droits de l'homme pour inventer un droit commun réellement pluraliste»³³. Pour atteindre cet objectif, les arrangements de collaboration en matière de brevet devraient garantir à la fois un incitatif à l'innovation et un accès aux technologies, en discriminant les obligations selon les niveaux de développement économique des pays et selon les domaines technologiques des inventions. Mais dans le contexte actuel, il serait étonnant que les États-Unis acceptent de renoncer à la norme de la réciprocité, un

²⁹ BADIE, p. 197. Voir également Jean MALAURIE, «Droit et logique coloniale», in *La réception des systèmes juridiques: Implantation et destin*, sous la dir. de Michel DOUCET et Jacques VANDERLINDEN, Bruxelles, Bruylant, 1994.

³⁰ Les États-Unis, qui en sont conscients, favorisent de plus en plus l'exportation de leur droit par des voies moins formelles, comme l'aide technique au développement. Christopher MAY, «Capacity Building, Intellectual Property and the (Re)production of Intellectual Property Rights», *Third World Quarterly*, vol. 25, n° 5, 2004, p. 821-837.

³¹ LEGRAND, «What "Legal Transplants"», p. 19.

³² Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, p. 11; VOGEL, p. 7.

³³ DELMAS-MARTY, *Trois défis*, p. 10. Encore faut-il savoir de quels droits de l'homme on parle: Du droit de l'inventeur sur son invention ou du droit à l'accès aux médicaments?

principe fondamental du régime. Les seuls arrangements envisageables entre des pays qui ne partagent pas un même niveau de développement économique sont des arrangements de persuasion ou encore, sur les procédures de dépôt et d'examen, des arrangements de coordination. Il ne s'agit certainement pas là du droit international étendu et pluraliste dont rêvent les comparatistes.

Si de véritables arrangements de collaboration sont difficilement envisageables pour l'instant, personne ne peut prédire comment le régime international des brevets évoluera (ou *révoluera*) dans la prochaine décennie. Les traités bilatéraux seront peut-être contestés à la suite d'une nouvelle crise conduisant à une nouvelle association stratégique et cognitive. Ce pourrait être, par exemple, une crise démographique, liée au vieillissement de la population dans les pays occidentaux. Les prochains acteurs influents du régime pourraient bien être les regroupements de retraités américains et européens qui réclameront un meilleur accès aux médicaments. Déjà, des firmes comme *General Motors*, qui ont appuyé la négociation de l'*Accord sur les ADPIC* dans les années 1990, commencent à questionner l'orientation du droit des brevets en constatant la hausse marquée des frais médicaux qu'elles doivent assumer pour leurs employés³⁴. Des propositions radicales, qui révolutionneraient le régime, suscitent un nombre croissant d'adhésions, notamment l'idée de remplacer les brevets pharmaceutiques par des prix à l'innovation, une proposition que défendent des centaines d'universitaires, incluant quelques récipiendaires de prix Nobel, et qui fait l'objet d'un projet de loi étudié par le Congrès américain³⁵. De telles propositions sont d'autant plus menaçantes pour la continuité du régime hégémonique qu'elles proviennent des pays développés. Certes, il n'y a là que spéculation. La seule prédiction de la théorie de l'évolution dynamique des régimes hégémoniques est que le statisme est une position insoutenable. Comme l'univers depuis le *Big Bang*³⁶, le régime poursuivra son évolution ou se repliera sur lui-même!

³⁴ Susan SELL, « Legal Movement in Trade & Intellectual Property », *Emory International Law Review*, vol.17, 2003, p. 600.

³⁵ Voir <http://www.cptech.org/ip/health/hr417/>

³⁶ VIVANT, 2004.

Appendice A

Extrait du traité sur la propriété intellectuelle entre les États-Unis et la Jamaïque

(Les traités signés avec la Lituanie, l'Estonie et Trinité-et-Tobago sont similaires)

ARTICLE NINE PATENTS

1. Patentable Subject Matter.

Subject to subparagraphs a and b, each Party shall make patents available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that such inventions are new, result from an inventive step and are capable of industrial application. For purposes of this Article, a Party may deem the terms «inventive step» and «capable of industrial application» to be synonymous with the terms «non-obvious» and «useful,» respectively. Patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the field of technology and whether products are imported or locally produced.

a. A Party may exclude from patentability inventions if preventing in its territory the commercial exploitation of the inventions is necessary to protect ordre public or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to nature or the environment, provided that the exclusion is not based solely on the ground that the Party prohibits commercial exploitation in its territory of the subject matter of the patent.

b. A Party may also exclude from patentability:

i. diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals;

ii. plants and animals other than microorganisms; and

iii. essentially biological processes for the production of plants or animals, other than non-biological and microbiological processes for such production.

Notwithstanding subparagraph b, each Party shall provide for the protection of plant varieties through patents, an effective scheme of sui generis protection, or both.

2. Rights Conferred.

a. A patent shall confer the right to prevent others not having the patent owner's consent from making, using, or selling the subject matter of the patent. In the case of a patented process, the patent confers the right to prevent others not having consent from using that process and from using, selling, or importing the product obtained directly by that process.

b. Where the subject matter of a patent is a process for obtaining a product, each Party shall provide that the burden of establishing that an alleged infringing product was not made by the process shall be on the alleged infringer in one or both of the following situations:

i. the product is new; or

ii. a substantial likelihood exists that the product was made by the process and the patent owner has been unable through reasonable efforts to determine the process actually used. In the gathering and evaluation of evidence to the contrary, the legitimate interests of the defendant in protecting his trade secrets shall be taken into account.

c. A Party may revoke a patent only when:

a. grounds exist that would have justified a refusal to grant the patent; or

b. the grant of a compulsory license has not remedied the lack of exploitation of the patent.

3. Parties may provide limited exceptions to the exclusive rights conferred by a patent, provided that such exceptions do not unreasonably conflict with A normal exploitation of the patent and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, taking account of the legitimate interest of third parties.

4. The term of protection available shall not end before the expiration of 20 years from the date of filing or 17 years from the date of grant of the patent. Each Party is encouraged to extend the term of patent protection, in appropriate cases, to compensate for delays caused by regulatory approval processes.

5. Use Without The Authorization of the Right Holder

Where the law of a Party allows for use of the subject matter of a patent, other than that use allowed under paragraph 3, without the authorization of the right holder, including use by the government or other persons authorized by the government, the Party shall respect the following provisions:

a. authorization of such use shall be considered on its individual merits;

b. such use may only be permitted if, prior to such use, the proposed user has made efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and such efforts have not been successful within a reasonable period of time. The requirement to make such efforts may be waived by a Party in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use. In situations of national emergency or other circumstances of extreme urgency, the right holder shall, nevertheless, be notified as-soon as reasonably practicable. In the case of public non-commercial use, where the government or contractor, without making a patent search, knows or has demonstrable grounds to know that a valid patent is or will be used by or for the government, the right holder shall be informed promptly;

c. the scope and duration of such use shall be limited to the purpose for which it was authorized;

d. such use shall be non-exclusive;

e. such use shall be non-assignable, except with that part of the enterprise or goodwill that enjoys such use;

f. any such use shall be authorized predominantly for the supply of the Party's domestic market;

g. authorization for such use shall be liable, subject to adequate protection of the legitimate interests of the persons so authorized, to be terminated if and when the circumstances that led to it cease to exist and are unlikely to recur. The competent authority shall have the authority to review, on motivated request, the continued existence of these circumstances;

h. the right holder shall be paid adequate remuneration in the circumstances of each case, taking into account the economic value of the authorization;

i. the legal validity of any decision relating to the authorization shall be subject to judicial or other independent review by a distinct higher authority;

j. any decision relating to the remuneration provided in respect of such use shall be subject to judicial or other independent review by a distinct higher authority;

k. the Party shall not be obliged to apply the conditions set out in subparagraphs (b) and (f) where such use is permitted to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anticompetitive. The need to correct anticompetitive practices may be taken into account in determining the amount of remuneration in such cases. Competent authorities shall have the authority to refuse termination of authorization if and when the conditions that led to such authorization are likely to recur; and

l. the Party shall not authorize the use of the subject matter of a patent to permit the exploitation of another patent except as a remedy for an adjudicated violation of domestic laws regarding anticompetitive practices.

Appendice B

Extrait du traité sur la propriété intellectuelle entre les États-Unis et le Laos

**(Les traités signés avec le Viêt Nam, le Cambodge et le Nicaragua
sont similaires)**

ARTICLE 18 PATENTS

1. Each Party shall make patents available for any invention, whether a product or a process, in all fields of technology, provided that such invention is new, resulted from an inventive step and is capable of industrial application. For purposes of this Article, a Party may deem the terms «inventive step» and «capable of industrial application» to be synonymous with the terms «non-obvious» and «useful», respectively.

2. If a Party has not made available patent protection for a product subject to a regulatory review period prior to its commercial marketing or use commensurate with paragraph 1 as of seventeen years prior to the date of this Agreement, that Party shall provide to the inventor of any such product or its assignee the means to obtain product patent protection or equivalent protection for such product for the unexpired term of the patent for such product granted in the other Party, as long as the product has not been marketed at the time of this Agreement in the Party providing protection under this paragraph and the person seeking such protection makes a timely request. The transitional protection must, at least, give the patent owner or his assignee the right to exclude others from making, using or selling the invention during the remaining term of the patent granted by the other Party.

3. Each Party shall provide that:

(a) where the subject matter of a patent is a product, the patent shall confer on the patent owner the right to prevent other persons from making, using, selling, offering for sale or importing the subject matter of the patent, without the patent owner's consent; and

(b) where the subject matter of a patent is a process, the patent shall confer on the patent owner the right to prevent other persons from using that process and from using, selling, offering for sale or importing at least the product obtained directly by that process, without the patent owner's consent.

4. A Party may provide limited exceptions to the exclusive rights conferred by a patent, provided that such exceptions do not conflict with a normal exploitation of the patent and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner.

5. Patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the field of technology or whether products are imported or locally produced.

6. A Party may revoke a patent only when grounds exist that would have justified a refusal to grant the patent.

7. Each Party shall permit patent owners to assign and transfer by succession their patents, and to conclude licensing contracts.

8. A Party may decline to allow use without the authorization of the right holder of a patent. However, where the law of a Party allows for use of the subject matter of a patent, other than use allowed under paragraph 4, without the authorization of the right holder, including use by the government or other persons authorized by the government, the Party shall respect the following provisions:

(a) authorization of such use shall be considered on its individual merits;

(b) such use may be permitted only if, prior to such use, the proposed user has made efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and such efforts have not been successful within a reasonable period of time. The requirement to make such efforts may be waived by a Party in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use. In situations of national emergency or other circumstances of extreme urgency, the right holder shall, nevertheless, be notified as soon as reasonably practicable. In the case of public non-commercial use, where the government or contractor, without making a patent search, knows or has demonstrable grounds to know that a

valid patent is or will be used by or for the government, the right holder shall be informed promptly;

(c) the scope and duration of such use shall be limited to the purpose for which it was authorized, and in the case of semiconductor technology shall only be for public noncommercial use or to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive.

(d) such use shall be non-exclusive;

(e) such use shall be non-assignable, except with that part of the enterprise or goodwill that enjoys such use;

(f) any such use shall be authorized predominantly for the supply of the Party's domestic market;

(g) authorization for such use shall be liable, subject to adequate protection of the legitimate interests of the persons so authorized, to be terminated if and when the circumstances that led to it cease to exist and are unlikely to recur. The competent authority shall have the authority to review, on petition of an interested party, the continued existence of these circumstances;

(h) the right holder shall be paid adequate remuneration in the circumstances of each case, taking into account the economic value of the authorization;

(i) the legal validity of any decision relating to the authorization shall be subject to judicial or other independent review by a distinct higher authority;

(j) any decision relating to the remuneration provided in respect of such use shall be subject judicial or other independent review by a distinct higher authority;

(k) the Party shall not be obliged to apply the conditions set out in subparagraphs (b) and (f) where such use is permitted to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive. The need to correct anticompetitive practices may be taken into account in determining the amount of remuneration in such cases. Competent authorities shall have the authority to refuse termination of authorization if and when the conditions that led to such authorization are likely to recur; and the Party shall not authorize the use of the subject matter of a patent to permi

the exploitation of another patent except as a remedy for an adjudicated violation of domestic laws regarding anticompetitive practices.

9. Where the subject matter of a patent is a process for obtaining a product, each Party shall, in any infringement proceeding, place on the defendant the burden of establishing that the allegedly infringing product was made by a process other than the patented process in one or more of the following situations:

(a) the product obtained by the patented process is new; or

(b) a substantial likelihood exists that the allegedly infringing product was made by the process and the patent owner has been unable through reasonable efforts to determine the process actually used. In the gathering and evaluation of evidence, the legitimate interests of the defendant in protecting its trade secrets shall be taken into account.

10. Each Party shall provide a term of protection for patents that shall not end before the expiration of a period of twenty years counted from the date of filing. A Party may extent the term of patent protection, in appropriate cases, to compensate for delays caused by regulatory approval processes.

Appendice C

Extrait du traité de libre-échange entre les États-Unis et la Jordanie

ARTICLE 4: INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

17. Subject to paragraph 18, patents shall be available for any invention, whether product or process, in all fields of technology, provided that it is new, involves an inventive step and is capable of industrial application.

18. Each Party may exclude from patentability:

(a) inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect *ordre public* or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law;

(b) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals.

19. If a Party permits the use by a third party of a subsisting patent to support an application for marketing approval of a product, the Party shall provide that any product produced under this authority shall not be made, used or sold in the territory of the Party other than for purposes related to meeting requirements for marketing approval, and if export is permitted, the product shall only be exported outside the territory of the Party for purposes of meeting requirements for marketing approval in the Party or in another country that permits the use by a third party of a subsisting patent to support an application for marketing approval of a product.

20. Neither Party shall permit the use of the subject matter of a patent without the authorization of the right holder except in the following circumstances:

(a) to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive;

(b) in cases of public non-commercial use or in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency, provided that

such use is limited to use by government entities or legal entities acting under the authority of a government; or

(c) on the ground of failure to meet working requirements, provided that importation shall constitute working.

Where the law of a Party allows for such use pursuant to sub-paragraphs (a), (b) or (c), the Party shall respect the provisions of Article 31 of *TRIPs* and Article 5A(4) of the *Paris Convention*.

21. With regard to filing a patent application, when it is not possible to provide a sufficient written description of the invention to enable others skilled in the art to carry out the invention, each Party shall require a deposit with an “international depository authority,” as defined in the *Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure* (1980).

Appendice D

Extrait du traité de libre-échange entre les États-Unis et le Bahreïn

(Les traités signés avec le Maroc, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine, l'Australie, le Chili et Singapour sont similaires)

ARTICLE 14.8: PATENTS

1. Each Party may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect *ordre public* or morality, including to protect human, animal, or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by law. Each Party may also exclude from patentability animals and diagnostic, therapeutic, and surgical procedures for the treatment of humans or animals.

2. Each Party shall make patents available for plant inventions. In addition, the Parties confirm that patents shall be available for any new uses or methods of using a known product, including products to be used for particular medical conditions, subject to the exclusions provided in Article 14.8.1 and the conditions of patentability.

3. Each Party may provide limited exceptions to the exclusive rights conferred by a patent, provided that such exceptions do not unreasonably conflict with a normal exploitation of the patent and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, taking account of the legitimate interests of third parties.

4. Each Party shall provide that a patent may be revoked only on grounds that would have justified a refusal to grant the patent. A Party may also provide that fraud, misrepresentation, or inequitable conduct may be the basis for revoking or holding a patent unenforceable. Where a Party provides proceedings that permit a third party to oppose the grant of a patent, a Party shall not make such proceedings available prior to the grant of the patent.

5. Consistent with paragraph 3, if a Party permits a third person to use the subject matter of a subsisting patent solely to support an application for marketing approval of a pharmaceutical product, that Party shall provide that any product produced under such authority shall not be made, used, or sold in the territory of that Party other than to meet requirements for approval to market the product once the patent expires, and if the Party permits exportation, the product shall only be exported outside the territory of that Party for purposes of meeting marketing approval requirements of that Party.

6. (a) Each Party, at the request of the patent owner, shall adjust the term of a patent to compensate for unreasonable delays that occur in granting the patent. For the purposes of this paragraph, an unreasonable delay shall at least include a delay in the issuance of the patent of more than four years from the date of filing of the application in the Party, or two years after a request for examination of the application has been made, whichever is later, provided that periods attributable to actions of the patent applicant need not be included in the determination of such delays.

(b) With respect to any pharmaceutical product that is covered by a patent:

(i) each Party shall make available an extension of the patent term to compensate the patent owner for unreasonable curtailment of the effective patent term as a result of the marketing approval process related to the first commercial use of the product in that Party; and

(ii) where a Party approves the marketing of a new pharmaceutical product on the basis of information concerning the safety or efficacy of a same or a similar product in another territory, such as evidence of prior marketing approval, the Party shall make available an extension of the patent term to compensate the patent owner for unreasonable curtailment of the effective patent term in the Party as a result of the marketing approval process in the other territory and in the Party.

For purposes of this paragraph, *effective patent term* means the period from the date of approval of the product until the original expiration date of the patent.

7. When a Party provides for the grant of a patent on the basis of a patent granted in another territory, that Party, at the request of the

patent owner, shall extend the term of a patent granted under such procedure by a period equal to the period of the extension, if any, provided in respect of the patent granted by such other territory.

8. Each Party shall disregard information contained in public disclosures used to determine if an invention is novel or has an inventive step¹ if the public disclosure was (a) made or authorized by, or derived from, the patent applicant and (b) occurs within 12 months prior to the date of filing of the application in the Party.

9. Each Party shall provide patent applicants with at least one opportunity to make amendments, corrections, and observations.

10. Each Party shall provide that a disclosure of a claimed invention is sufficiently clear and complete if it provides information that allows the invention to be made and used by a person skilled in the art, without undue experimentation, as of the filing date.

11. Each Party shall provide that a claimed invention is sufficiently supported by its disclosure if the disclosure reasonably conveys to a person skilled in the art that the applicant was in possession of the claimed invention as of the filing date.

¹ For purposes of this Article, the term “inventive step” will be treated as synonymous with the term “non-obvious”.

Appendice E

Les obligations des traités bilatéraux étaient-elles déjà prévues en droit national ?

Tableau 36 : Quelques obligations des traités bilatéraux ²

	La brevetabilité des végétaux	Le délai de grâce de douze mois	La ratification de la convention UPOV	La prolongation de la durée pour compenser les délais de l'office des brevets	L'interdiction de licences obligatoires pour remédier à un défaut d'exploitation
États-Unis (1994-2004)	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Jamaïque, 1994	Non	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.
Lituanie, 1994	Non	N.A.	Non	N.A.	N.A.
Lettonie, 1994	Non	N.A.	Non	N.A.	N.A.
Trinité-et-Tobago, 1994	N.A.	N.A.	Non	N.A.	N.A.
Cambodge, 1996	N.A.	N.A.	Non	N.A.	N.A.
Laos, 1997	N.A.	N.A.	Non	N.A.	N.A.
Nicaragua, 1998	N.A.	N.A.	Non	N.A.	N.A.

² Pour des tableaux synthétiques plus complets, voir http://www.wipo.int/ipstats/en/resources/patent_systems.html et http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study_papers/sp7_thorpe_study.pdf

Appendice E : Les obligations des traités bilatéraux étaient-elles déjà prévues en droit national ?

	La breveta- bilité des végétaux	Le délai de grâce de douze mois	La ratifica- tion de la convention UPOV	La prolong- ation de la durée pour compenser les délais de l'office des brevets	L'inter- diction de licences obliga- toires pour remédier à un défaut d'exploita- tion
Viêt Nam, 2000	Non	N.A.	Non	N.A.	N.A.
Jordanie, 2000	N.A.	N.A.	Non	N.A.	N.A.
Singapour, 2003	Oui	N.A.	Non	Non	Non
Chili, 2003	Non	Non	Oui	Non	N.A.
Am. centrale et R-D., 2003	Non, sauf Guatemala	Non, sauf El Salvador	Non	Non	N.A.
Australie, 2004	Oui	Oui	Oui	Non	Non
Maroc, 2004	Non	Non	Non	Non	N.A.
Bahreïn, 2004	Non	Non	Non	Non	N.A.

N.A. : L'obligation n'était pas prévue dans le traité bilatéral

Bibliographie sélective

LOIS, RÈGLEMENTS, CODES ET AUTRES INSTRUMENTS NATIONAUX

- AUSTRALIE. *Patents Act*. No. 83. 30 octobre 1990. (codifié tel que modifié en 1991 et 1994).
- BRÉSIL. *loi n° 9279 du 14 mai 1996 régissant les droits et obligations dans le domaine de la propriété industrielle*. Diário Oficial. 15 mai 1996.
- CAMBODGE. *Law on the Protection of Patents, Utility Model Certificates, and Industrial Designs* (traduction non-officielle) 12 octobre 2001. En ligne: Ministry of Commerce http://www.moc.gov.kh/laws_regulation/draft_laws-comment/Draft_LawsUpdate/Draft%20Patent,%20Utility%20Models,%20IDs%20Law.pdf (date d'accès: 2 août 2006)
- CHILI. *Ley n° 19.039 Establece Normas Aplicables a los Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial*. Diario Oficial. No. 33.877. 25 janvier 1991.
- COSTA RICA. *Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad*. Loi N° 6867. 25 avril 1983. Gaceta No. 114. 16 juin 1983.
- . *Ley de biodiversidad*. Loi n° 7788. 30 avril 1998.
- EL SALVADOR. *Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual*, Decreto No. 604, Diario Oficial 150 vol. 320, 16 août 1993.
- ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE. *Biotechnology Patent Protection Act*. 30 janvier 1992. S. 654. RS, 102-260. En ligne: Thomas, Library of Congress <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c102:1:/temp/~c102IE3SRx::>> (date d'accès: 2 avril 2006).
- . *Caribbean Basin Economic Recovery Act*, Pub. L. No. 98-67, 97 Stat. 384 (1983) (codifié à 19 U.S.C. § 2701).
 - . *Constitution Fédérale des États-Unis*. 17 septembre 1787.
 - . *Executive Order No 13, 155*, 65 Fed. Reg. 30,521 (2000).
 - . *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*, Pub. L. No. 100-148, 102 Stat. 1107.
 - . *Opposing the inclusion in future free trade agreements of provisions that would have the effect of restricting, undermining, or discouraging the enactment or implementation of legislation authorizing the importation of prescription drugs, and for other purposes*. H. Res. 758. 108^e Congrès, 2^e sess. 8 septembre 2004. En ligne: Thomas, the Library of Congress <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:H.+Res.+758:>> (date d'accès: 3 avril 2006).
 - . *Science, State, Justice, Commerce and Related Agencies Appropriations Act of 2006*. Pub. L. No. 109-108, art. 631, 119 Stat. 2290, H.R 2862.

- . *Trade Act of 1974*. Pub. L. No. 93-618, § 341(a), 88 Stat. 1978, 2053 (1975) (codifié tel que modifié à 5, 19, 29 et 31 U.S.C.).
- . *Trade Act of 2002*. Pub. L. No. 107-210, 116 Stat. 933.
- . *Trade Expansion Act of 1962*. Pub. L. No. 87-794, § 252, 76 Stat. 872, p. 879-80 (abrogé par U.S.C. § 301, 88 Stat. 1978).
- . *United States-Australia Free Trade Agreement Implementation Act*. Pub. L. 108-286, § 102 (a), 118 Stat. 919 (2004).
- . *United States Code*.
- . *United States-Morocco Free Trade Agreement Implementation Act*. Pub. L. 108-302, § 102(a), 118 Stat. 1103 (2004).
- . *Uruguay Round Agreements Act*. Pub. L. 103-465, 108 Stat. 4809 (1994).
- GUATEMALA, *Decreto N° 57-2000 – Ley de Propiedad Industrial*, Gaz. off. 27 octobre 2000.
- HONDURAS, *Decreto Ley N° 12-99-E, Ley de Propiedad Industrial*, 30 décembre 1999.
- INDE. *Patents Act of 1970*, Gaz. off., n° 43 de 1970.
- JORDANIE. *Patents of Invention Law n° 32 of 1999*, Gaz. off. n° 4389 de 1999 (traduction non officielle) En ligne: Collection de lois accessibles en ligne de l'OMPI <http://www.wipo.int/clea/>. (date d'accès: 3 avril 2006).
- LAOS. *Decree on Patents, Petty Patents, and Industrial Designs*, 17 janvier 2002. (traduction non officielle). En ligne: EC-ASEAN Intellectual Property Rights Co-operation Programme http://www.ecaproject.org/fileadmin/ecapII/pdf/en/information/laos/Lao_Patent_Petty_Patent___I_D_Decree.pdf (date d'accès: 3 avril 2006)
- LETTONIE. *Patent Law of 30 March 1995* (traduction non officielle) En ligne: Collection de lois accessibles en ligne de l'OMPI <http://www.wipo.int/clea/>. (date d'accès: 3 avril 2006).
- LITUANIE. *Patent Law No. I-372*, 18 janvier 1994 (traduction non officielle) En ligne: Collection de lois accessibles en ligne de l'OMPI <http://www.wipo.int/clea/>. (date d'accès: 3 avril 2006).
- MAROC. *Dahir n° 1-00-91 du 9 Kaada 1420 (15 février 2000) portant promulgation de la loi n° 17-97 relative à la protection de la propriété industrielle*.
- NICARAGUA. *Ley N° 354 de Patentes de Invención, Modelos de Utilidad y Diseños Industriales*. 19 septembre 2000, gaz. off. no. 179 & 180.
- RÉPUBLIQUE DOMINICAINE. *Ley N° 20-00 sobre Propiedad Industrial del 18 de abril de 2000*, gaz. off. No. 1004 de 2000.
- SINGAPOUR. *Patents Act* (Cap. 221 Revised). 25 novembre 1994 (1995). No. 21 (No. 40).
- TRINITÉ-ET-TOBAGO. *Patents Act no. 21 of 1996*.
- VIÊT NAM. *Intellectual Property Law*, 29 novembre 2005 (traduction non officielle). En ligne: EC-ASEAN Intellectual Property Rights Co-operation Programme http://www.ecap-project.org/fileadmin/ecapII/pdf/en/information/vietnam/ip_law2005.pdf (date d'accès: 3 avril 2006)

TRAITÉS, DÉCLARATIONS, DÉCISIONS ET AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

- Accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques.* Décision VI/24 de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique No. Doc. UNEP/CB/COP/6/20. 19 avril 2002.
- Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la République fédérale de Yougoslavie.* 21 novembre 2001. Non catalogué.
- Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la République kirghize.* 10 mai 1997. R.O. 2001 2545.
- Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la République de Moldova.* 30 novembre 1995. R.O. 1997 1670.
- Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la Fédération de Russie.* 12 mai 1994. R.O. 1995 3974.
- Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la Géorgie.* 11 mars 1999. R.O. 2005 2683.
- Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et le Gouvernement de la République d'Arménie.* 19 novembre 1998. R.O. 2001 51.
- Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et l'Ukraine.* 20 juillet 1995. R.O. 1997 1682.
- Accord de commerce et de coopération économique entre la Confédération suisse et la République de Croatie.* 12 mars 1999. R.O. 2002 2810.
- Accord de commerce et de coopération économique entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement macédonien.* 8 janvier 1996. R.O. 1997 2110.
- Accord de commerce et de coopération économique entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Albanie.* 31 octobre 1995. R.O. 1996 2539.
- Accord de commerce et de coopération économique entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Azerbaïdjan,* 30 octobre 2000, R.O. 2003 1259.
- Accord de complémentarité économique, Pérou – MERCOSUR No. 58.* 25 août 2003. Non catalogué.
- Accord de libre-échange entre Singapour et l'Australie (ALESA).* 17 février 2003. 2257 R.T.N.U. 104.
- Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili.* 25 octobre 2001. R.T. Can. 2001 n° 33.
- Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Costa Rica.* 23 avril 2001. Non catalogué.
- Accord de libre-échange entre les États de l'Association européenne de libre-échange et la République tunisienne.* 17 décembre 2004. Non catalogué.
- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des*

- États-Unis et le gouvernement du Mexique.* 17 décembre 1992. R.T. Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289.
- Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis mexicains, d'autre part.* 8 décembre 1997. 2165 R.T.N.U. 142.
- Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part.* 14 juin 1994. 2064 R.T.N.U. 181.
- Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Moldova, d'autre part.* 28 novembre 1994. 2042 R.T.N.U. 282.
- Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part.* Journal Officiel n° L. 084. 20 mars 2004. p. 0003-0012.
- Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République de Croatie, d'autre part.* Journal Officiel no L. 026. 28 janvier 2005. p. 0003.
- Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République socialiste du Viêt Nam sur la protection de la propriété intellectuelle et la coopération dans ce domaine.* 7 juillet 1999. Non catalogué.
- Accord établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part.* Journal Officiel n° L. 352. 30 décembre 2002. p. 0001.
- Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République de Bulgarie, d'autre part.* 29 mars 1993. Journal Officiel n° L. 358, 31 décembre 1994, p. 0205-0222.
- Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République d'Estonie, d'autre part.* 12 juin 1995. 2019 R.T.N.U. 241.
- Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République de Lettonie, d'autre part.* 12 juin 1995. 2018 R.T.N.U. 58.
- Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République de Lituanie, d'autre part.* 12 juin 1995. 2018 R.T.N.U. 353.
- Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, agissant dans le cadre de l'Union européenne, d'une part, et la République de Slovénie, d'autre part.* 10 juin 1996. 2059 R.T.N.U. 158.
- Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.* 30 octobre 1947. 55 R.T.N.U. 187, R.T. Can. 1947 n° 27.
- Accord sur l'agriculture.* avril 1994. Non catalogué. En ligne: OMC <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag.pdf> (date d'accès: 2 avril 2006).

- Accord sur le commerce, le développement et la coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, d'autre part.* Journal Officiel n° L. 311. 4 décembre 1999. p. 0003-0415.
- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.* 15 avril 1994. 1869 R.T.N.U. 299 (annexe 1.C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3).
- Accord sur les textiles et les vêtements.* 1^{er} janvier 2005. Non catalogué. En ligne : OMC <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/16-tex_e.htm> (date d'accès : 2 avril 2006).
- Agreement between Japan and Singapore for a New Age Economic Partnership (JSEPA).* 13 janvier 2002. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and Lebanon.* 24 juin 2004. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and Singapore.* 26 juin 2002. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and the Hashemite Kingdom of Jordan.* 21 juin 2001. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and the Kingdom of Morocco.* 19 juin 1997. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and the PLO for the benefit of the Palestinian Authority.* 30 novembre 1998. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and the Republic of Croatia.* 21 juin 2001. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and the Republic of Estonia.* 7 décembre 1995. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and the Republic of Latvia.* 7 décembre 1995. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and the Republic of Macedonia.* 19 juin 2000. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and the Republic of Slovenia.* 13 juin 1995. Non catalogué.
- Agreement between the EFTA States and the United Mexican States.* 27 novembre 2000. Non catalogué.
- Agreement between the United States of America and the Kingdom of Cambodia on Trade Relations and Intellectual Property Rights Protection.* 4 octobre 1996. Non catalogué.
- Agreement between the United States of America and the Lao People's Democratic Republic on Trade Relations.* 13 août 1997. Non catalogué.
- Agreement between the United States of America and the Republic of Lithuania on Trade Relations and Intellectual Property Rights.* 26 avril 1994. Non catalogué.
- Agreement Concerning the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights between the Government of the United States of America and the Government of Jamaica.* 17 mars 1994. Non catalogué.

- Agreement on Intellectual Property Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Hungary.* 24 septembre 1993. T.I.A.S. 12138.
- Agreement on Partnership and Cooperation establishing a partnership between the European Communities and their Member States, on the one part, and the Russian Federation, on the other part.* Journal Officiel n° L. 327. 28 novembre 1997. p. 0001-0002.
- Agreement on the Establishment of a Free Trade Area,* États-Unis et Royaume de Jordanie. 24 octobre 2000. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations and Intellectual Property Rights between the United States of America and the Republic of Latvia.* 6 juillet 1994. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations between the Government of the United States and Czechoslovakia.* 12 avril 1990. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and the Republic of Albania.* 14 mai 1992. T.I.A.S. 12454.
- Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and the Republic of Armenia.* 2 avril 1992. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and the Republic of Azerbaijan.* 12 avril 1993. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and Belarus.* 16 février 1993. T.I.A.S. 12488.
- Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and Bulgaria.* 22 avril 1991. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations Between the Government of the United States of America and the Government of the Mongolian People's Republic.* 23 janvier 1991. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations Between the Government of the United States of America and the Government of Romania.* 3 avril 1992. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations Between the Government of the United States of America and the Republic of Turkmenistan.* 23 mars 1993. T.I.A.S. 12491.
- Agreement on Trade Relations between the Government of the United States of America and the Republic of Uzbekistan.* 5 novembre 1993. T.I.A.S. 12515.
- Agreement on Trade Relations Between the Socialist Republic of Viet-Nam and the United States of America.* 13 juillet 2000. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations Between the United States and the Russian Federation.* 17 juin 1992. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations between the United States of America and the Republic of Kazakhstan.* 19 mai 1992. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Georgia.* 1^{er} mars 1993. T.I.A.S. 12489.
- Agreement on Trade Relations between the United States of America and the Republic of Kyrgyzstan.* 8 mai 1992. Non catalogué.
- Agreement on Trade Relations between The United States of America and the Republic of Moldova.* 1^{er} juin 1992. Non catalogué.

- Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Tajikistan*. 24 novembre 1993. Non catalogué.
- Article 8 j) et dispositions connexes*. Décision VI/10 de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique. Doc. UNEP/CB/COP/6/20. 19 avril 2002
- ASEAN Framework Agreement on Intellectual Property Cooperation*. 15 décembre 1995. 35 I.L.M. 1, 072.
- Australia-Thailand Free Trade Agreement*. 5 juillet 2004. 2005 A.T.S. 2.
- Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*. 24 juillet 1971. 1161 R.T.N.U. 3.
- Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*. 20 mars 1883. 828 R.T.N.U. 305.
- Convention sur la délivrance de brevets européens*. 5 octobre 1973. 1305 R.T.N.U. 307.
- Convention sur la diversité biologique*. 5 juin 1992. 31 I.L.M. 818.
- Convention de Strasbourg sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention*. 27 novembre 1963. 1249 R.T.N.U. 369.
- Convention de Vienne sur le droit des traités*. 23 mai 1969. 1155 R.T.N.U. 353.
- Convention internationale pour la protection des obtentions végétales*. 23 octobre 1978. 1861 R.T.N.U. 281.
- Convention internationale pour la protection des obtentions végétales*. 1991, S. Treaty Doc. No. 104-17 (1995).
- Cooperation Agreement between the European Community and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka on partnership and development*. *Journal Officiel* n° L. 085. 19 avril 1995. p. 0033-0042.
- Cooperation agreement between the European Community and the People's Republic of Bangladesh on partnership and development*. *Journal Officiel* n° C. 143. 21 mai 1999.
- Decision No. 1/95 of the EC-Turkey Association Council of 22 December 1995 on implementing the final phase of the Customs Union*. 96/142/EC. *Journal Officiel* n° L. 035. 13 février 1996.
- Déclaration universelle des droits de l'homme*. 1948. Rés. AG 217(III). Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13. Doc. NU A/810.
- Declaration Punta Del Este*. Conférence Ministérielle du GATT. 20 septembre 1986.
- Déclaration Ministérielle de San José*. Sommet des Amériques. Quatrième Réunion des Ministres du Commerce. 19 mars 1998.
- Déclaration ministérielle de Hong Kong*, Conférence Ministérielle de Honk Kong. OMC Doc. WT/MIN(05)/DEC. 18 décembre 2005.
- Declaration on the TRIPs Agreements and Public Health*. Conférence Ministérielle de Doha. OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/2. 20 novembre 2001.
- Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, *Journal Officiel* L. 213, 30 juillet 1998, p. 0013-002.

- Engagement international sur les ressources phytogénétiques.* 23 novembre 1983. Rés. 6/83, Conférence de la FAO, 22^e sess. (tenue à Rome du 5 au 23 novembre 1983).
- Euro-mediterranean Agreement establishing an Association between the European communities and their Member States, of the one part, and the Arab Republic of Egypt, of the other part.* *Journal Officiel* n° L. 304. 30 septembre 2004. p. 0039.
- Euro-Mediterranean Agreement Establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Hashemite Kingdom of Jordan, of the other part.* 24 novembre 1997. 2185 R.T.N.U. 64.
- Euro-Mediterranean Agreement Establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Kingdom of Morocco, of the other part.* 26 février 1996. 2126 R.T.N.U. 386.
- Euro-Mediterranean Agreement establishing an Association between the European Community and its Members States, of the one part, and the Republic of Lebanon, of the other part.* 17 juin 2002. Non catalogué.
- Euro-Mediterranean Agreement establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Tunisia, of the other part.* 17 juillet 1995. *Journal Officiel* n° L. 97. 30 mars 1998. p. 0001.
- Euro-Mediterranean Agreement establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the State of Israel, of the other part.* 20 novembre 1995. *Journal Officiel* n° L. 147. 21 juin 2000. p. 0003.
- Euro-Mediterranean Association Agreement between the European Community and its Members States, of the one part, and the People's Democratic Republic of Algeria, of the other part.* 22 avril 2002. *Journal Officiel* n° L. 292. 8 novembre 2005. p. 0010.
- Euro-Mediterranean Interim Association Agreement on trade and cooperation between the European Community, of the one part, and the Palestine Liberation Organization (PLO) for the benefit of the Palestinian Authority of the West Bank and the Gaza Strip, of the other part.* *Journal Officiel* n° L. 187. 16 juillet 1997. p. 003-0135.
- Framework Agreement for Trade and Cooperation between the European Community and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part.* *Journal Officiel* n° L. 090. 30 mars 2001. p.0003-0045.
- Free Trade Agreement between the EFTA States and the Republic of Chile.* 6 juin 2003. Non catalogué.
- Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the Republic of Chile.* 15 février 2003. Non catalogué.
- India-Singapore Comprehensive Economic Agreement (CECA).* 29 juin 2005. Non catalogué.
- Intellectual Property Rights Agreement between the United States and Nicaragua.* 7 janvier 1998. Non catalogué.

- Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.* 15 avril 1994. 1869 R.T.N.U. 401 (annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3).
- Memorandum of Understanding Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United States of America on the Protection of Intellectual Property.* 17 janvier 1992. T.I.A.S. 12036.
- Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Paraguay on Intellectual Property Rights.* 17 novembre 1998. Non catalogué.
- Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of Trinidad and Tobago Concerning Protection of Intellectual Property Rights.* 26 septembre 1994. Non catalogué.
- Memorandum of Understanding between the Government of the United States and the People's Republic of China on the Protection of Intellectual Property.* 1995. Non catalogué.
- Memorandum of Understanding between the Government of the United States and the Republic of Croatia Concerning Protection of Intellectual Property Rights.* 26 mai 1998. KAV 5271.
- Memorandum of Understanding between the United States of America and the Republic of Peru.* 23 mai 1997. Non catalogué.
- Memorandum of Understanding on Intellectual Property Rights between the United States of America and the Republic of Paraguay.* 30 mars 2004. KAV 6438.
- Mutual Understanding on Intellectual Property Rights between the Japanese Patent Office and the U.S. Patent and Trademark Office.* 20 janvier 1994. Non catalogué.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,* 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, 6 I.L.M. 360.
- Partnership and cooperation agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Kazakhstan.* *Journal Officiel* n° L. 196. 28 juillet 1999. p. 0003-0045.
- Patent Regulation of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf.* Abu Dhabi. 21-22 septembre 1992.
- People's Republic of China Implementation of the 1995 Intellectual Property Rights Agreement.* 17 juin 1996. Non catalogué.
- Prorogation de la période de transition au titre de l'article 66.1 pour les pays les moins avancés membres,* Décision du Conseil des ADPIC doc IP/C/40, 30 novembre 2005.
- Regimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.* Décision 391 de la Communauté andine. 2 juillet 1996.
- Regimen comun sobre propiedad industrial.* Décision 486 de la Communauté andine. 14 septembre 2000
- Règlement d'exécution du Traité de coopération en matière de brevets.* OMPI. Doc. No. 2-009. février 2003.

Relations entre la Convention et la Commission du développement durable, les conventions intéressant la diversité biologique et d'autres accords, institutions et mécanismes internationaux pertinents. Décision IV/15 de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique No. Doc. UNEP/CBD/COP/4/27. 15 mai 1998.

Revised Treaty of Chaguaramas establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy. 5 juillet 2001. Non catalogué.

Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets. 28 avril 1977. 1861 R.T.N.U. 361.

Traité de coopération en matière de brevets. 19 juin 1970. 1160 R.T.N.U. 231.

Traité de libre-échange entre la République de Singapour et les États-Unis mexicains. 13 novembre 2000. Non catalogué.

Traité de libre-échange entre la République de Singapour et la Corée. 28 novembre 2004. Non catalogué.

Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. 3 novembre 2001. Non catalogué.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de México y el Gobierno de Bolivia. 10 septembre 1994. Non catalogué.

Treaty Between the United States of America and the Republic of Poland Concerning Business and Economic Relations. 21 mars 1990. Non catalogué.

United States – Australia Free Trade Agreement. 18 mai 2004. 2005 A.T.S. 1.

United States – Bahrain Free Trade Agreement. 27 mai 2004. Non catalogué.

United States – Central America and Dominican Republic Free Trade Agreement. 28 mai 2004. Non catalogué.

United States – Morocco Free Trade Agreement. 15 juin 2004. Non catalogué.

United States-Chile free trade agreement. 6 juin 2003. Non catalogué.

United States-Singapore free trade agreement. 6 mai 2003. Non catalogué.

Zone de libre-échange des Amériques – Avant-Projet d'Accord. FTAA.TNC/w/133/Rev3. 21 novembre 2003.

JURISPRUDENCES NATIONALES

Cuno Eng. Corp. c. The Automatic Devices Corp. 314 U.S. 84, 51 USPQ 272 (1941).

Curtiss Aeroplane c. United Aircraft. 266 F.71 (2nd. Cir. 1920).

Dawson Chem. Co. v. Rohm & Haas Co. 448 U.S. 176 (1980).

Diamond, commissioner of Patents and Trademarks c. Chakrabarty, 447 U.S. 303, 206 USPQ 193 (1980).

Polaroid Corp c. Eastman Kodak, 16 USPQ2d 1481 (D. Mass. 1990).

Gayler c. Wilder. 51 U.S. (10 How.) 477 (1850).

Hartford-Empire Co. c. United States. 324 U.S. 570 (1945).

Harries c. Air King Prod. Co., 183 F.2d 158, 162 (2nd Cir. 1950).

In re Hilmer. 359 F.2d 859, 149 USPQ 480 (CCPA 1966).

In re Nomiya. 148 USPQ 607 (CCPA 1975).

- In re Ochiai*. 37 USPQ2d 1127 (Fed. Cir. 1995).
In re Wands. 858 F.2d 731 (1988).
Jazz Camera Photo c. International Trade Commission. 264 F.3d 1094, (Fed. Cir. 2001).
Lubrizol Genetics Inc. déc. n° T. 320/87 (1998), *Journal Officiel* de l'OEB 3/1990, p. 71-80 (Chambre de recours de l'OEB).
Lowell c. Lewis. 15 F. Cas. 1018 (Cir. Ct. D. Mass, 1817).
Madey c. Duke University. 307 F.3d 1351 (Fed. Cir. 2002).
Merck c. Integra Lifesciences. 125 S. Ct. 2372 (2005), n° 03-1237.
Morton Salt Co. c. G.S. Suppiger. Co. 314 U.S. 388 (1942).
Quality King Distributors c. Lanza Research International. 523 U.S. 135 (1998).
Regents of the University of California c. Eli Lilly & Co. 119 F.3d 1559, 43 USPQ2d 1398 (Fed. Cir. 1997).
Roche Products Inc. c. Bolar Pharmaceuticals Co. 733 F.2d 858, 221 USPQ 937 (Fed. Cir. 1984).

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

- Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú, alegando incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 16 de la Decisión 344 de la Comisión; así como de la Resolución 406 de la Secretaría General* (2000), Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Décision 89-AI-2000.
- Canada – Durée de protection conférée par un brevet* (2000), OMC Doc. WT/DS170/R (Rapport du Groupe spécial) 5 mai.
- Canada – Protection conférée par un brevet pour un produit pharmaceutique* (2000), OMC Doc. WT/DS114/R (Rapport du Groupe spécial).
- Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua c.États-Unis)*. [1986] C.I.J. 1.
- États-Unis – Article 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur* (1999), OMC Doc. WT/DS152/R (Rapport du Groupe spécial).
- États-Unis – Norme concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (1996), OMC Doc. WT/DS2/AB/R (rapport de l'Organe d'appel).
- European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).
- Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (1997), OMC Doc. WT/DS50/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).
- United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (1998), OMC Doc. WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).
- United States-Trade Measures Affecting Nicaragua* (1986) (non adopté). GATT Doc. L/6053. 13 octobre.

PUBLICATIONS GOUVERNEMENTALES ET INTERNATIONALES

- BANQUE MONDIALE. 2001. *Global Economic Prospects and the Developing Countries*. Washington: Banque mondiale. 195 p.
- . 2002. *Global Economic Prospects and the Developing Countries*. Washington: Banque mondiale. 281 p.
- . 2004. *Global Economic Prospects 2005: Trade, Regionalism and Development*. Washington: Banque mondiale. 182 p.
- CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES POUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT. 1975. *Le rôle du système des brevets dans le transfert des techniques aux pays en voie de développement*. Doc. No. TD/AC.11/19/Rev.1. New York: Nations Unies. 73 p.
- COMMISSION EUROPÉENNE. 2004. Directorate General for Trade. *Strategy for the Enforcement of Intellectual Property Rights in Third Countries*. Bruxelles: Commission européenne. 22 p. En ligne: CEC <http://trade-info.cec.eu.int/doclib/docs/2004/july/tradoc_117828.pdf> (date d'accès: 30 mars 2006).
- FEDERAL TRADE COMMISSION. 2002. *Generic Drug Entry Prior to Patent Expiration: An FTC Study*. Washington: Federal Trade Commission. 129 p. En ligne: FTC <<http://www.ftc.gov/os/2002/07/genericdrugstudy.pdf>> (date d'accès: 4 avril 2006).
- GATT. 1988. *Mid-term Meeting, Report on the results adopted by the Trade Negotiations Committee at its mid-term review held in Montreal on 5-9 December 1988 and in Geneva on 5-8 April 1989*. GATT Doc. MTN.TNC/11.
- . 1989. *Synoptic Tables Setting Out Existing International Standards and Proposed Standards and Principles*. GATT Doc. MTN.GNG/NG11/W/32/Rev.1. 29 septembre.
- . 1990. *Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. GATT Doc. MTN.TNC/W/35/Rev.1. 3 décembre.
- INDUSTRY TRADE ADVISORY COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (ITAC-15). 2004. *The US-Barhain Free Trade Agreement (FTA) – The Intellectual Property Provisions*. 22 p. En ligne: USTR <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Bahrain_FTA/Reports/asset_upload_file822_5528.pdf> (date d'accès: 2 avril 2006).
- INDUSTRY FUNCTIONAL ADVISORY COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS FOR TRADE POLICY MATTERS (IFAC-3). 2003. *The U.S.-Singapore Free Trade Agreement – Intellectual Property Provisions*. 21 p. En ligne: <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Reports/asset_upload_file273_3234.pdf> (date d'accès: 3 avril 2006).
- . 2004. *The US-Central American Free Trade Agreement (FTA) – The Intellectual Property Provisions*. 26 p. En ligne: USTR <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA-DR/CAFTA-DR_Reports/asset_upload_file571_5945.pdf> (date d'accès: 3 avril 2006).
- INTERNATIONAL TRADE COMMISSION. 1988. *Foreign Protection of Intellectual Property Rights and Its Effect on US Industry and Trade - - Report to the*

- US Trade Representative. Investigation No. 332-245. Publication No. 2065. Washington: International Trade Commission. 49 p.
- NATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW ENFORCEMENT COORDINATION COUNCIL. 2003 *NIPLECC 2003 Annual Report*. en ligne: USTR <<http://www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/niplecc2003/niplecc2003.pdf>> (date d'accès: 31 mars 2006).
- SOUS-COMMISSION DE LA PROMOTION ET DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME. 2000. *Droits de propriété intellectuelle et droits de l'homme*. Rés. Sous-Commission des droits de l'homme 2000/7. Doc. Off. NU. E/CN.4/sub.2/Res/2000/7.
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES. 1999. *Pratiques en matière de propriété intellectuelle dans le domaine de la biotechnologie*. Doc. de travail de l'OCDE vol. VII, n° 18. Paris: OCDE.
- . 2002. *Relations entre les Accords commerciaux régionaux et le système commercial multilatéral: Droits de propriété intellectuelle*, Doc. No. TD/TC/WP(2002)28/FINAL. 23 juillet. Paris: OCDE. 20 p.
 - . 2003. *Tableau de bord de la science, de la technologie et de l'industrie 2003*. Paris: OCDE. En ligne: OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/40/20/17132010.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).
- ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE. 1996. *Compte rendu de la réunion* (tenue au Centre William Rappard le 18 septembre 1996). OMC Doc. IP/C/M/9. 30 octobre.
- . 1996. *Remarks on revocation of patents and the TRIPs Agreement*. OMC Doc. IP/C/W/32. 6 août.
 - . 1996. *Statement by the Honourable K.G. Kgoroba, Minister of Commerce and Industry*. OMC Doc. WT/MIN(96)/ST/76. 11 décembre.
 - . 1998. *Examen des législations relatives aux brevets, aux schémas de configuration de circuits intégrés, à la protection des renseignements non divulgués et au contrôle des pratiques anti-concurrentielles dans les licences obligatoires*. OMC Doc. IP/Q3/USA/1. 1^{er} mai.
 - . 1998. *Statement made by the Hon. J.J. Kamohto, E.G.H., M.P, Minister of Trade*. OMC Doc. WT/MIN(98)/ST/43. 18 mai.
 - . 1999. *Argentina – Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals, Complaint by the United States*. OMC Doc. WT/DS171/1. 10 mai.
 - . 1999. *Communication de la Bolivie, de la Colombie, de l'Équateur, du Nicaragua et du Pérou, Proposition concernant la protection des droits de propriété intellectuelle relatifs aux connaissances traditionnelles des communautés locales et autochtones*. OMC Doc. WT/GC/W/362. 12 octobre.
 - . 1999. *Communication from Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua and Peru, Proposal on Protection of the Intellectual Property Rights Relating to the Traditional Knowledge of Local and Indigenous Communities, Review of the Provisions of Article 27.3(b)*. OMC Doc. IP/C/W/165. 3 novembre.

- . 1999. *Communication des pays de l'ALEEC et de la Lettonie, Prolongation de la période de cinq ans prévue à l'article 64.2 de l'Accord sur les ADPIC*. OMC Doc. WT/GC/W/275. 27 juillet.
- . 1999. *Communication des Communautés européennes, Préparation de la conférence ministérielle de 1999, Approche des CE en ce qui concerne les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce dans, le nouveau cycle de négociations*. OMC Doc. WT/GC/W/193. 2 juin.
- . 1999. *Communication de l'Inde, Examen des dispositions de l'article 27(3)(b)*. OMC Doc. IP/C/W/195. 12 juillet 2000.
- . 1999. *Communication de l'Inde, Préparation de la Conférence ministérielle de 1999, Transfert de technologie*. OMC Doc. WT/GC/W/352. 11 octobre.
- . 1999. *Communication of Japan, Proposal on Trade-Related Aspects of Intellectual Property*. OMC Doc. WT/GC/W/242. 6 juillet.
- . 1999. *Communication du Kenya au nom du Groupe africain, Préparation de la conférence ministérielle de 1999 Accord sur les ADPIC*. OMC Doc. WT/GC/W/302. 6 août.
- . 1999. *Communication du Kenya au nom du Groupe africain, Examen des dispositions de l'article 27(3)(b)*. OMC Doc. IP/C/W/163, 8 novembre 1999.
- . 1999. *Communication from United States, Review of the Provisions of Article 27.3(b)*. OMC Doc. IP/C/W/162. 29 octobre.
- . 1999. *Communication du Venezuela, Propositions concernant l'Accord sur les ADPIC présentées au titre du paragraphe 9 a) ii) de la Déclaration ministérielle de Genève*. OMC Doc. WT/GC/W/282. 6 août.
- . 1999. *Communication du Venezuela, Propositions concernant l'Accord sur les ADPIC; Communication de Cuba, de l'Égypte, d'El Salvador, du Honduras, de l'Inde, de l'Indonésie, de la Malaisie, du Nigeria, de l'Ouganda, du Pakistan, de la République dominicaine et du Sri Lanka, Préparation de la conférence ministérielle de 1999, Questions de mise en œuvre à examiner à Seattle ou avant*. OMC Doc. WT/GC/W/354. 11 octobre.
- . 1999. *Déclaration de M. Abdul Razak Dawood, Ministre du commerce, de l'industrie et de la production*. OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/9. 30 novembre.
- . 1999. *Déclaration de M. Alami Tazi, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat*. OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/29. 1^{er} décembre.
- . 1999. *Déclaration de M. Khalifa Ababacar Sall Ministre du commerce et de l'artisanat*. OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/61. 1^{er} décembre.
- . 1999. *Déclaration de M. Rajkeswur Purryag, Premier Ministre adjoint et Ministre des affaires étrangères et du commerce international*. OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/102. 2 décembre.
- . 1999. *Déclaration de M. Reginaldo Panting, Secrétaire d'État à l'industrie et au commerce*. OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/40. 1^{er} décembre.
- . 1999. *Déclaration de S.E. M. Maïgari Bello Bouba, Ministre d'État chargé du développement industriel et commercial*. OMC Doc. WT/MIN(99)/ST/88, 2 décembre.

- . 2000. *Communication des États-Unis, Portée et modalités pour les plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC*. OMC Doc. IP/C/W/194. 17 juillet.
- . 2000. *Communication de Maurice au nom du Groupe africain, examen des dispositions de l'article 27.3(b)*. OMC Doc. IP/C/W/206, 20 septembre.
- . 2000. *Communication from the United States, Review of the provisions of article 27.3(b)*. OMC Doc. IP/C/W/209. 3 octobre.
- . 2000. *Rapport du groupe de travail sur l'accession de la Lituanie*. OMC Doc. WT/ACC/LTU/52. 7 novembre.
- . 2000. *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930 and Amendments Thereto – Request to Join Consultations – Communication from Canada*. OMC Doc. WT/DS186/2. 1^{er} février.
- . 2000. *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930 and Amendments Thereto – Request to Join Consultations – Communication from Japan*. OMC Doc. WT/DS186/3. 1^{er} février.
- . 2000. *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930 and Amendments Thereto – Request for Consultations by the European Communities and their Member States*. OMC Doc. WT/DS186/1. 18 janvier.
- . 2001. *Brazil – Measures Affecting Patent Protection – Notification of Mutually Agreed Solution*. OMC Doc. WT/DS199/4. 19 juillet.
- . 2001. *Brazil – Measures Affecting Patent Protection – Request for the Establishment of a Panel by the United States*. OMC Doc. WT/DS199/3, 9 janvier.
- . 2001. *Communication from Australia: Review of Article 27.3(b)*. OMC Doc. IP/C/W/310. 2 octobre.
- . 2001. *Communication from the United States*. OMC Doc. IP/C/W/257. 13 juin.
- . 2001. *Draft Ministerial Declaration concerning TRIPs Agreement and public health, Proposition du Bangladesh, de la Barbade, de la Bolivie, du Brésil, de Cuba, de l'Équateur, du Groupe africain, de Haïti, du Honduras, de l'Inde, de l'Indonésie, de la Jamaïque, du Pakistan, du Paraguay, du Pérou, des Philippines, de la République dominicaine, de Sri Lanka, de la Thaïlande et du Venezuela*. OMC Doc. IP/C/W/312, 4 octobre.
- . 2001. *Draft ministerial declaration, proposal from a group of developed countries, Contribution from Australia, Canada, Japan, Switzerland and the United States*. OMC Doc. IP/C/W/313. 4 octobre.
- . 2001. *Conférence Ministérielle de Doha, Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre*. OMC Doc. WT/MIN(01)/17. 20 novembre.
- . 2001. *Minutes of the Meeting of 27-30 November and 6 December 2000*. OMC Doc. IP/C/M/29. 6 mars.
- . 2001. *Rapport du groupe de travail sur l'accession du Viêt Nam*. OMC Doc. WT/ACC/VNM/17. 13 décembre.
- . 2001. *Submission by the African Group, Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Pakistan, Paraguay,*

- Philippines, Peru, Sri Lanka, Thailand and Venezuela, TRIPs and Public Health.* OMC Doc. IP/C/W/296. 29 juin.
- . 2002. *Argentina – Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals, Notification of Mutually Agreed Solution.* OMC Doc. WT/DS171/3. 31 mai.
 - . 2002. *Communication des États-Unis, Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels.* OMC Doc. IP/C/W/356. 24 juin 2002.
 - . 2002. *Communication des Communautés européennes et de leurs États membres, Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels.* OMC Doc. IP/C/W/383. 17 octobre 2002.
 - . 2002. *Communication de la mission permanente du Brésil, Paragraphe 6 de la déclaration ministérielle de Doah sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique.* OMC Doc. IP/C/W/355. 24 juin.
 - . 2002. *Communication from the United States, Paragraphe 6 of the Doha declaration on the TRIPs Agreement and Public Health.* OMC Doc. IP/C/W/358. 9 juillet.
 - . 2002. *Réexamen des dispositions de l'article 27.3(b): Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées.* OMC Doc. IP/C/W/369. 8 août.
 - . 2002. *Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels. Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées.* OMC Doc. IP/C/W/368. 8 août.
 - . 2003. *Communication de la Suisse: L'article 27.3(b) La relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels.* OMC Doc. IP/C/W/400/Rev1. 18 juin.
 - . 2003. *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, Décision du Conseil général du 30 août 2003.* OMC Doc. WT/L/540. 1^{er} septembre.
 - . 2003. *Rapport du groupe de travail sur l'accession du Cambodge.* OMC Doc. WT/ACC/KHM/21. 15 août.
 - . 2003. *Réexamen des dispositions de l'article 27:3 b).* OMC Doc. IP/C/W/273/Rev.1. 18 février.
 - . 2004. *Joint Communication from the African Group, Taking Forward the Review of the Article 27.3(b) of the TRIPs Agreement.* OMC Doc. IP/C/W/404. 26 juin.
 - . 2004. *Ordre du Jour de la réunion du 4 février 2004.* OMC Doc. IP/C/M/4.
 - . 2004. *Plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation.* OMC Doc. IP/C/W/349/Rev.1. 24 novembre.
 - . 2004. *Submission from Brazil, Cuba, Ecuador, India, Peru, Thailand and Venezuela, The Relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity.* OMC Doc. IP/C/W/420. 26 février.

- . 2004. *Submission from Brazil, India, Pakistan, Peru, Thailand and Venezuela, Elements of the Obligation to Disclose the Source and Country of Origin of Biological Resources and/or Traditional Knowledge Used in an Invention*. OMC Doc. IP/C/W/429. 21 septembre.
 - . 2005. *Déclaration ministérielle de Hong Kong*. 6^e Conférence ministérielle de l'OMC. OMC Doc. WT/MIN(05)/DEC. 18 décembre.
 - . 2005. *Note technique sur le processus d'accession*. OMC Doc. WT/ACC/10/Rev.3. 28 novembre.
 - . 2005. *Proposal by the Kingdom of Bahrain on the Importance of Intellectual Property in Social and Economic Development and National Development Programs*. OMC Doc. IIM/2/2. 4 juin.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE. 2000. *Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. Doc. n° WO/GA/26/6. 26^e sess. 25 août.
- . 2001. *Plan d'action pour le développement du système international des brevets, Mémoire du Directeur général*. Doc. no. A/36/14, 6 août.
 - . 2003. *Projet de Traité sur le droit matériel des brevets*. Doc. No. SCP/10/2. 30 septembre.
 - . 2004. *Draft Provisions on the Protection of Traditional Knowledge (TK), and Draft Provisions on the Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore (TCEs)*. WIPO/GRTKF/IC/7/3. 20 août.
 - . 2004. *Information on Certain Recent Developments in Relation to the Draft Substantive Patent Law Treaty (SPLT)*. Doc. n° SCP/10/8. 10^e sess, 17 mars.
 - . 2004. *Proposition de l'Argentine et du Brésil en vue de l'établissement d'un plan d'action de l'OMPI pour le développement*. Doc. no. WO/GA/31/11. 24 août.
 - . 2004. *Proposition de l'Argentine et du Brésil en vue de l'établissement d'un plan d'action de l'OMPI pour le développement*. Doc. no. WO/GA/31/11Add. 4 octobre.
 - . 2004. *Proposition des États-Unis d'Amérique et du Japon en vue de l'établissement d'un nouveau programme de travail pour le comité permanent du droit des brevets*. Doc. no. WO/GA/31/10. 27 août.
 - . 2004. *Rapport adopté par l'Assemblée générale*. Doc. no. WO/GA/31/15, 31^e sess., 5 octobre.
 - . 2005. *Proposition d'établissement d'un plan d'action de l'OMPI pour le développement: élaboration de questions soulevées dans le document WO/GA/31/11*. Doc. n° IIM/1/4. 6 avril.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ. 1996. *Stratégie pharmaceutique révisée*. Doc. no WHA49.14. 25 mai.
- . 1999. *Globalization and Access to Drugs: Perspectives on the WTO/TRIPS Agreement*. Health, Economics and Drugs DAP Series No. 7. Doc. no. WHO/DAP/98.9. Genève: OMS. En ligne: OMS <http://whqlibdoc.who.int/hq/1998/WHO_DAP_98.9_Revised.pdf> (date d'accès: 31 mars 2006).
 - . 2003. *Droits de propriété intellectuelle, innovation et santé publique*. Doc. no. WHA56.27. Genève: OMS.

- . 2005. *Globalization, TRIPs, and Access to Pharmaceuticals*. Doc. no. WHO/EDM/2001. Genève: OMS. 2 mars. En ligne: OMS <<http://www.who.int/3by5/amds/en/regulations1.pdf>> (date d'accès: 31 mars 2006).
- UNION POUR LA PROTECTION DES OBTENTIONS VÉGÉTALES. 2003. *Statistiques sur la protection des obtentions végétales*. Doc n° C/37/7. 23 octobre. Genève: UPOV. En ligne: UPOV <http://www.upov.org/en/documents/c/37/c_37_7.pdf> (date d'accès: 31 mars 2006).
- UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. 1999. *US Government Efforts to Renegotiate the Repeal Termination or Withdrawal of Article 15(C) of the South American Medicines and Related Substances Act of 1965*. US Department of State Report. Washington DC: US Department of State. 5 février. En ligne: CP TECH <<http://www.cptech.org/ip/health/sa/stdept-feb51999.html>> (date d'accès: 4 avril 2006).
- UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO). 2004. *International Trade: Intensifying Free Trade Negotiating Agenda Calls for Better Allocation of Staff and Resources*. GAO-04-223. janvier. 58 p.
- UNITED STATES PATENTS AND TRADEMARK OFFICE. 1987. «Notice: Animals — Patentability». 1077 *Official Gazette USPTO*, 21 avril.
- . 2001. «Guidelines for Examination of Patent Application Under 35 U.S.C. § 112 — “Written Description” Requirement». *Federal Register*, vol. 66. no. 4, 5 janvier. En ligne: USPTO <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/notices/writdesguide.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).
- . 2003. *Manual of Patent Examining Procedure*. 8^e éd. Rév. 1. Washington: USPTO.
- UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. 1989. «Fact Sheet». *BNA's Patent, Trademark & Copyrights Journal*, vol. 38, 1^{er} juin.
- . 1994. *1994 Special 301 Report*. Washington: USTR.
- . 1995. *1995 Special 301 Report*. Washington: USTR.
- . 1996. *1996 Special 301 Report*. Washington: USTR.
- . 1997. *1997 Special 301 Report*. Washington: USTR.
- . 1998. *1998 Special 301 Report*. Washington: USTR.
- . 1999. *1999 Special 301 Report*. Washington: USTR.
- . 2000. *2000 Special 301 Report*. Washington: USTR.
- . 2001. *2001 Special 301 Report*. Washington: USTR.
- . 2002. *2002 Special 301 Report*. Washington: USTR.
- . 2003. *2003 Special 301 Report*. Washington: USTR.
- . 2004. «U.S.-Bahrain FTA: Fact Sheet on Access to Medicines». *USTR Fact Sheet*. 14 septembre. En ligne: USTR: <http://www.ustr.gov/Document_Library/Fact_Sheets/2004/US-Bahrain_FTA_Fact_Sheet_on_Access_to_Medicines.html> (date d'accès: 5 avril 2006).
- . 2004. «US-Australia Free-Trade Agreement: Questions and Aswers about Pharmaceuticals». *USTR Fact Sheet*. 7 août. En ligne: USTR <http://www.ustr.gov/Document_Library/Fact_Sheets/2004/US-Australia_Free_Trade_

Agreement_--_Questions_Answers_About_Pharmaceuticals.html> (date d'accès: 3 avril 2006).

- . 2005. *2005 Special 301 Report*. Washington: USTR. En ligne: USTR <http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2005/2005_Special_301/asset_upload_file195_7636.pdf> (date d'accès: 24 mars 2006).
- . 2006 *Trade Policy Agenda*. Washington: USTR. En ligne: USTR <http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2006/2006_Trade_Policy_Agenda/asset_upload_file478_9069.pdf> (date d'accès: 2 avril 2006).

MONOGRAPHIES, OUVRAGES COLLECTIFS, ARTICLES ET THÈSES.

- ABBOTT, Frederick M. 1989. «Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property in the GATT Multilateral Framework». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 22, n° 4, p. 712-720.
- . 2001. *The TRIPs Agreement, Access to Medicines and the WTO Ministerial Conference*. Genève: Quaker United Nations Office. 42 p. En ligne: QUNO <<http://www.geneva.quno.info/pdf/OP7%20Abbott1.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).
 - . 2000, «TRIPs in Seattle: The Not-So-Surprising Failure and the Future of the TRIPs Agenda». *Berkeley Journal of International Law*, vol. 18, p. 165-175.
 - . 2002. «The TRIPs-Legality of Measures Taken to Address Public Health Crisis: Responding to USTR-State-Industry Position that Undermine the WTO». In *The Political Economy of International Law: Essay in Honor of Robert E. Hudec*, sous la dir. de Daniel Kennedy et James D. Southwick, p. 311-347. Cambridge: Cambridge University Press.
 - . 2004. *The Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health and the Contradictory Trend in Bilateral and Regional Free Trade Agreements*. Occasional Paper 14. Genève: Quaker United Nations Office. 12 p. En ligne: QUNO <<http://geneva.quno.info/pdf/OP14Abbottfinal.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).
 - . 2005. «Toward a New Era of Objective assessment in the Field of TRIPs and Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism». *Journal of International Economic Law*, vol. 8, n° 1, p. 77-100.
 - . 2005. «The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health». *American Journal of International Law*, vol. 99, p. 317-358.
 - . 2006. *Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of US Federal Law*. Genève: ICTSD-UNCTAD. 36 p. En ligne: IPRs Online <<http://www.iprsonline.org/resources/docs/Frederick%20abbott%2015.pdf>> (date d'accès: 3 avril 2006).
 - . 2006. «The Cycle of Action and Reaction: Developments and Trends in Intellectual Property and Health». In *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, sous la dir. de Pedro ROFFE, Geoff TANSEY et David VIVAS-EUGUI, p. 27-40. Londres: Earthscan.

- ABBOTT, Frederick M., Thomas COTTIER et Francis GURRY. 1999. «Bilateral Arrangements». Chap. in *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials: Part One*, p. 481-483. La Haye, Londres et Boston: Kluwer Law International.
- ABBOTT, Kenneth W. 1989. «Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers». *Yale Journal of international Law*, vol. 14, p. 335.
- ADCOCK, Mike et Margaret LLEWELYN. 2000. *Micro-organisms, Definitions, and Options under TRIPs*. Genève: Quaker United Nations Office. 20 p. En ligne: QUNO <<http://www.geneva.quno.info/pdf/OP2%20Adcock-Llewelyn%20PDF.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).
- ADELMAN, Martin J. 2001. «The United States' So-Called "Grace Period"». *CASRIP Symposium Publication Series*, no. 6, juillet, p. 257-259.
- ADELMAN, Martin J. et al. 2003. *Cases and Materials on Patent Law*. St Paul: Thomson West. 1127 p.
- AGOSTINI, Éric. 1988. *Droit comparé*. Paris: Presses Universitaires de France, 339 p.
- ALBIN Cecilia. 1999. «Justice, Fairness, and negotiation: Theory and Reality». In *International Negotiation: Actors, Structure/Process and Values*, sous la dir. de Peter BERTON, Hiroshi KIMURA et I William ZARTMAN, p. 157-390. Houndmills: Macmillan.
- ALFORD, William P. 1994. «How Theory Does – And Does Not – Matter: American Approaches to Intellectual Property Law in East Asia». *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 13, p. 8-24.
- . 1995. *To Steal a Book is an Elegant Offence: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*. Stanford: Stanford University Press. 234 p.
- ALLISON, John R et LIANLIAN Lin. 1999. «The Evolution of Chinese Attitudes Toward Property Rights in Invention and Discovery». *Journal of International Economic Law*, vol. 20, p. 735-791.
- ANONYME. 2003. «Tackling Global Software Piracy Under TRIPs: Insights from International Relations Theory». *Harvard Law Review*, vol. 116, p. 1139.
- AOKI, Keith. 1998. «Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave): New World Order in International Intellectual Property Protection». *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 6 (automne), p. 11-58.
- AOKI, Keith. 1994. «Authors, Inventors and Trademark Owners: Private Intellectual Property and the Public Domain». *Columbia VLA Journal of the Law and Arts*, vol. 18, p. 191.
- . 1996. «(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship». *Stanford Law Review*, vol. 48.
- ARBOUR, Jean Maurice. 2002. *Droit international Public*. 4^e éd. Cowansville: Yvon Blais. 840 p.

- ARONSON, Jonathan D. et al. 1998. *Protecting International Intellectual Property: A Report for the Pacific Council on International Policy*. Los Angeles: Pacific Council on International Policy. 26 p.
- BADIE, Bertrand. 1992. *L'État importé: Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*. Paris: Fayard. 334 p.
- BAGLEY, Margo A. 2003. «Legal Movements in Intellectual Property: TRIPs, Unilateral Action, Bilateral Agreements, and HIV/Aids». *Amory International Law Review*, vol. 17 (été), p. 781-798.
- BAKER Dean et Mark WEISBROT. 2004. *Fool's Gold: Projections of the US Import Market*. Washington: Center for Economic and Policy Research. 8 p. En ligne: CEPR <http://www.cepr.net/publications/trade_2004_01_08.pdf> (date d'accès: 23 mars 2006).
- BALDWIN, Richard E. 1997. «The Causes of Regionalism». *World Economy*, vol. 20, n° 7, p. 865-887.
- BALE, Harvey. 1988. «A computer and electronics industry perspective». In *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*, sous la dir. de Charles E., and Mark A. Bloomfield, p. 121-126. Lanham: University Press of America.
- BARNETT, Michael et Raymond DUVALL. 2005. «Power in International Politics». *International Organization*, vol. 59, p. 39-75.
- BARRÉ, Martine. 2000. «L'OMPI et la mondialisation du droit de la propriété intellectuelle». In *La mondialisation du droit*, sous la dir. de Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJAN, p. 277-295. Paris: Litec.
- BARRETT, Margareth. 2000. «The United State's doctrine of Exhaustion: Parallel Imports of Patented Goods». *Northern Kentucky University Law Review*, vol. 27, p. 911-985.
- BAUCUS, Max. 1989. «A New Trade Strategy: The Case for Bilateral Agreements». *Cornell International Law Journal*, vol. 22, p. 1-24.
- BAUMGARTNER, Frank et Bryan JONES. 1991. «Agenda Dynamics and Policy Subsystems». *Journal of Politics*, vol. 53, n° 4, p. 1045-1074.
- BAYARD, Thomas O et Kimberly Ann ELLIOT. 1994. *Reciprocity and Retaliation in US Trade Policy*. Washington: Institute for International Economics. 503 p.
- BELAICHE, Raphaël. 2000. *Le nouveau droit des relations commerciales multilatérales: L'OMC et l'immatériel*, Thèse de doctorat. Montpellier: Université Montpellier 1. 1029 p.
- BELLO, Judith H. 1997. «Some Practical Observations About WTO Settlement of Intellectual Property Disputes». *Virginia Journal of International Law*, vol. 37 (hiver), p. 357-367.
- BELLO, Judith H. et Alan F. HOLMER. 1992. «The Heart of the 1988 Trade Act: A legislative History of the Amendments to Section 301». *Stanford Journal of International Law*, vol. 25, p. 1-44.
- BELTRAN, Alain, Sophie CHAUXEAU et Gabriel GALVEZ-BEHAR. 2001. *Des brevets et des marques: Une histoire de la propriété industrielle*. Paris: Fayard. 308 p.

- BENABOU, Valérie-Laure et Vincent VARET. 1998. *La codification de la propriété intellectuelle*. Paris: La Documentation française. 213 p.
- BENTOLILA, Hernan. 2003. «Lessons from the United States Trade Policies to Convert a Pirate: The Case of Pharmaceutical Patents in Argentina». *Yale Journal of Law and Technology*, vol. 5, p. 57-102.
- BERGSTEN, Fred. 1997. *Open Regionalism*. Working Paper, n° 97-3. Washington: Institute for International Economics. En ligne: IIE <<http://www.iie.com/publications/wp/wp.cfm?ResearchID=152>> (date d'accès: 23 mars 2006).
- BERKOWITZ, Daniel, Katharina PISTOR et Jean-François RICHARD. 2003. «The Transplant Effect». *American Journal of Comparative Law*, vol. 51 (hiver), p. 163-203.
- BHAGWATI, Jagdish. 1988. *Protectionism*. Cambridge: MIT Press, 1988. 163 p.
- . 1989. «United States Trade Policy at the Crossroads». *The World Economy*, vol. 12, p. 439-479.
- . 1993. «Regionalism and Multilateralism: an Overview». In *New Dimensions in Regional Integration*, sous la dir. de Jaime DE MELO et Arvind PANAGARIYA, p. 22-51. Cambridge: Cambridge University Press.
- BILZI, Carol J. 1989. «Toward an Intellectual Property Agreement in the GATT: View from the Private Sector». *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, p. 343-351.
- BLOCHE, Gregg. 2002. «WTO deference to National Health Policy: Toward an Interpretative Principle». *Journal of International Economic Law*, vol. 5, n° 4, p. 825-848.
- BOAS, Morten et Desmond McNEILL. 2004. «Power and Ideas in Multilateral Institutions: Towards an Interpretative Framework». In *Global Institutions and Development*, sous la dir. de Mortehn Boas, p. 3-12. Londres, New York: Routledge.
- BOISVERT, Valérie. 2000. *Biodiversité et théorie économique des droits de propriété: une mise en perspective des négociations entourant la Convention sur la diversité biologique*, Thèse de doctorat en sciences économiques. Université de Versailles-Saint Quentin en Yvelines. 529 p.
- BOND Patrick. 1999. «Globalisation, Pharmaceutical Pricing And South African Health Policy». *International Journal of Health Sciences*, vol. 29, n° 4, p. 765-792.
- BOORSTIN, Daniel. 1991. *Histoire des Américains*. Paris: Robert Laffont. 1603 p.
- BOURDIEU, Pierre. 1987. «The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field». *Hastings Law Journal*, vol. 38, p. 805-853.
- BOYLE, James. 1997. «A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?», *Duke Law Journal*, vol. 47, octobre, p. 87-116.
- BRAITHWAITE, John et Peter DRAHOS. 2000. *Global Business Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press. 704 p.
- BREEN SMITH, Mary. 2002. «An End to Gene Patents? The Human Genome Project Versus the United States Patent and Trademark Office's 1999 Utility Guidelines». *Colorado Law Review*, vol. 73, p. 747-785.

- BRETON-LE GOFF, Gaëlle. 2001. *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*. Coll. Mondialisation et droit international. Bruxelles, Montréal: Bruylant, Yvon Blais. 263 p.
- BRUGUIÈRES, Jean-Michel. 2004. « Propriété intellectuelle et ordre public ». In *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, sous la dir. de Michel Vivant, p. 85-98. Paris: Dalloz.
- BURCH, Kurt. 1995. « Intellectual Property Rights and the Culture of Global Liberalism ». *Science communication*, vol. 17, n° 2, p. 214-232.
- BURKERT, Herbert. 1991. « Nouveaux objets ou nouveau droit: Une tentative de synthèse ». In *Nouvelles technologies et propriété*, sous la dir. de Ejan MACKAAY, p. 209-212. Montréal, Paris: Thémis, Litec.
- CALLAN, Benedicte. 1998. « The Potential for Transatlantic Cooperation on Intellectual Property in Asia ». In *Partners or Competitors? The Prospects of US-European Coopération on Asia Trade*, sous la dir. de Richard Steinberg, Los Angeles: BRIE.
- CAPORASO, James A. 1992. « International relations theory and multilateralism: the search for foundations ». *International Organization*, vol. 46, n° 3, p. 599-632.
- CARBONNIER, Jean. 1995. *Essais sur les lois*. Paris: Répertoire du notariat Defrénois. 336 p.
- . 2000. *Flexible droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: LGDJ.
- CARPENTIER, Marie et René CÔTÉ. 2005. « La Déclaration de Doha sur la santé publique: la bonne prescription? Une perspective historique sur le débat concernant la protection par brevet des médicaments ». *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, n° 3, p. 717-748.
- CARRON, Blaise. 1997. « *Bad Trips* pour l'OMPI, ça se GATT du côté de la propriété intellectuelle ». Mémoire de DES, IUED, 1997. 92 p.
- CATTANEO, Olivier. 1998. *Le règlement des différends en matière de propriété intellectuelle au sein de l'OMC et de l'OMPI*. Mémoire de maîtrise. Genève: Université de Genève. 88 p.
- CENTER FOR INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS – HEALTH LAW INSTITUTE. 2004. *The Research or Experimental Use Exception: A Comparative Analysis*. Montréal: CIPP, Université McGill. 52 p. En ligne: CIPP <<http://www.cipp.mcgill.ca/data/publications/00000007.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).
- CHANDLER, Melinda. 1993. « The Biodiversity Convention Selected Issues of Interest to the International Lawyer ». *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 4, p. 141-175.
- CHANG-WHA, Seung. 1999. « Taming Unilateralism under the Multilateral Trading System: Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on US Section 301-310 of the Trade Act of 1974 ». *Law and Policy in International Business*, vol. 14, n° 31, p. 1151-1226.

- CHEEK Marney. 2001. « The Limits of Informal Regulatory Cooperation in International Affairs: A Review of the Global Intellectual Property Regime ». *George Washington International Law Review*, vol. 33, p. 277-323.
- CHEMTOB, Marie-Catherine et Alain GALLOCHAT. 2004. *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*. Paris: TEC & DOC. 230 p.
- CLARK, Terry, L. 1989. « The Future of Patent-Based Investigations Under Section 337 After the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 ». *American University Law Review*, vol. 38, p. 1154.
- CLAVIER, Jean-Pierre. 1998. *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*. Paris: L'Harmattan. 386 p.
- CLEVELAND, David et Stephen MURRAY. 1997. « The World's Crop Genetic Resources and the Rights of Indigenous Farmers ». *Current Anthropology*, vol. 38, n° 4, p 477-515.
- COHEN, Stephen. 1996. *Fundamentals of US Foreign Trade Policy: Economics, Politics, Laws, and Issues*. Boulder: Westview Press. 311 p.
- COMBE, Emmanuel et Étienne PFISTER. 2001. « Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle ». *Économie internationale*, vol. 85, p. 63-81.
- COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. 2002. *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy: Report of the Commission on Intellectual Property Rights*. Londres: Commission on Intellectual Property Rights. 178 p.
- COOMBE, Rosemary J. 1993. « Cultural and Intellectual Property: Occupying the Colonial Imagination ». *Political and Legal Anthropology Review*, vol. 16, p. 8-15.
- . 1996. « Authorial Cartographies: Mapping Proprietary Borders in a Less-Than-Brave New World ». *Stanford Law Review*, vol. 48, p. 1357-1366.
- CORIAT, Benjamin. 1999. « Du « Super 301 » aux TRIPs: La « vocation impériale » du nouveau droit américain de la propriété intellectuelle ». *Revue d'économie industrielle*, vol. 99, p. 179-189.
- CORREA, Carlos M. 1995. « Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment ». *International Journal of Technology Management*, vol. 10, n° 2/3, p. 173-199.
- . 1998. *Implementing the TRIPs Agreement: General Context and Implications for Developing Countries*. Penang: Third World Network. 31 p.
- . 2000. *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPs Agreement and Policy Options*. Londres, New York et Penang: Zed Books et Third World Network. 254 p.
- . 2002. *Droits de propriété intellectuelle et Licences Obligatoires: Options pour les Pays en Développement*. T.R.A.D.E Document de Travail 5. Genève: Centre Sud. 35 p. En ligne: Centre Sud <<http://www.southcentre.org/publications/complicence/french/wp5french.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006).
- . 2002. « Pro-competitive Measures under TRIPs to Promote Technology Diffusion in Developing Countries ». In *Global Intellectual Property Rights:*

- Knowledge, Access and Development*, sous la dir. de Peter DRAHOS et Ruth MAYNE, p. 40-57. Londres, New York: Oxfam, Palgrave.
- . 2004. «Bilateralism in Intellectual Property: Defeating the WTO System for Access to Medicines». *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 36, n° 1, p. 79-95.
 - . 2006. «Protecting Test Data for Pharmaceutical and Agrochemical Products under Free Trade Agreements». In *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, sous la dir. de Pedro ROFFE, Geoff TANSEY et David VIVAS-EUGUI, p. 81-96. Londres: Earthscan.
- CORREA, Carlos M. et Sisule F MUSUNGU. 2002. *The WIPO Patent Agenda: The Risks for Developing Countries*. Genève: Centre Sud. 30 p.
- COSNARD, Michel. 2000. «Les créations normatives des États, point de vue publiciste» in *La mondialisation du droit*, sous la dir. d'Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJAN, p. 149-171. Paris: Litec.
- CÔTÉ, René. 1994. «L'avènement d'un village planétaire: L'Internationalisation normative et le droit de l'informatique». In *Entre droit et technique: Enjeux normatifs et sociaux*, sous la dir. de René Côté et Guy Rocher, p. 407-425. Montréal: Thémis.
- COTTERRELL, Roger. 2001. «Is There a Logic of Legal Transplant». In *Adapting Legal Cultures*, sous la dir. de David NELKEN et Johannes FEEST, p. 71-92. Oxford et Portland: Hart.
- COX, Robert. 1996. *Approaches to World Order*. Cambridge: Cambridge University Press. 552 p.
- COX, Robert. 1986. «Social Forces, States and World Orders». In *Neorealism and its Critics*, sous la dir. de Robert Keohane, p. 204-254. New York: Columbia University Press.
- COX, Robert. 1987. *Production, Power and World Order: Social Forces in the Making of History*. New York: Columbia University Press, 500 p.
- CRAWFORD, Jo-Ann et Roberto V. FIORENTINO. 2005. *The Changing Landscape of Regional Trade Agreements*. Discussion Paper n° 8. Genève: OMC. 39 p. En ligne: OMC <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/discussion_papers8_e.pdf> (date d'accès: 23 mars 2006).
- CRUCIBLE II GROUP. 2000. *Seeding Solutions. Volume 1: Policy options for genetic resources: People, Plants, and Patents revisited*. Canada, Italie, Suisse: International Development Research Center, International Plant Genetic Resources Institute, Dag Hammarskjöld Foundation. 121 p.
- CUTLER, Claire. 2003. *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press. 306 p.
- CZUB, Kimberly. 2001. «Argentina's Emerging Standard of Intellectual Property Protection: A case study of the Underlying Conflicts Between Developing Countries, TRIPs Standard, and the United States». *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33 (printemps), p. 191-231.

- DE KONING, Martine. 1997. « Why the Coercion-Based GATT Approach Is Not the Only Answer to International Piracy in the Asia Pacific Region ». *European Intellectual Property Review*, vol. 19, p. 59-77.
- DEBLOCK, Christian. 2003. *Régionalisme, multilatéralisme et nouvel ordre international: La ZLEA comme modèle institutionnel*. Montréal: Cahiers de recherche CEIM. 35 p.
- . 2004. *Le Libre-échange et les accords de commerce dans la politique commerciale des États-Unis*. Montréal: Cahiers de recherche CEIM. 59 p. En ligne: GRIC <http://www.er.uqam.ca/nobel/ceim/gricpdf/Cahiercont_0403_polcom-US.pdf> (date d'accès: 4 avril 2006).
- . 2005. *Nouveau régionalisme ou régionalisme à l'américaine? Le cas de l'investissement*. Montréal: Cahier de recherche CEIM. 32 p. En ligne: GRIC <<http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/RegSerfatiGRIC.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006).
- . 2005. *Régionalisme économique et mondialisation: Que nous apprennent les théories?*. Montréal: Cahiers de recherche CEIM. 17 p. En ligne: GRIC <<http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/RegionalismeEcodialisa.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006).
- DELMAS-MARTY, Mireille. 1998. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Seuil. 200 p.
- DELMAS-MARTY, Mireille (sous la dir.) 2004. *Critique de l'intégration normative: L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*. Paris: Presses universitaires de France. 330 p.
- DEMIRAY, David D. 1994. « Intellectual Property and the External Power of the European Community: The New Extension ». *Michigan Journal of International Law*, vol. 16 (automne), p. 187-236.
- DESTLER, I. Mac. 2005. *American Trade Politics*. Washington, New York: Institute for International Economics, Twentieth Century Fund. 373 p.
- DEZALAY, Yves et Bryant GARTH. 2001. « The Import and Export of Law and Legal Institutions: International Strategies in National Palace Wars ». In *Adapting Legal Cultures*, sous la dir. de David NELKEN et Johannes FEEST, p. 241-255. Oxford et Portland: Hart.
- DIALOGUE TRANSATLANTIQUE DES CONSOMMATEURS. 2005. *Resolution on Digital Rights Management*. Doc. No. IP-01-05, avril. Londres: TACD. En ligne: TACD <<http://www.tacd.org/cgi-bin/db.cgi?page=view&config=admin/docs.cfg&id=275>> (date d'accès: 31 mars 2006).
- DING, Chengfei. 2001. « The protection for New Plant Varieties of American Businesses in China after China Enters the WTO ». *Drake Journal of Agricultural Law*, vol. 6 (automne), p. 333-350.
- DOBYNS, Kenneth W. 1999. *A History of the Early Patent Offices: The Patent Office Pony*. Fredricksburg: Sergeant Kirkland's. 249 p.
- DOHANE, Michael. 1994. « TRIPs and International Intellectual Property Protection in an Age of Advancing Technology ». *The American University Journal of International Law & Policy*, vol. 9, p. 465-498.

- DOWNES, David. 1995. « The Convention on Biological Diversity and the GATT ». In *The Use of Trade Measures in Select Multilateral Environmental Agreements*, sous la dir. de Robert Housman, p. 197-251. Nairobi: UNEP.
- DRAHOS, Peter. 1995, « Information Feudalism in the Information Society ». *The information Society*, vol. 11, p. 209-222.
- . 1996. *Philosophy of intellectual Property*. Aldershot: Dartmouth., 257 p.
- . 2001. « BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property ». *Journal of World Intellectual Property*, vol. 4, p. 791-808.
- . 2002. *Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting*. Londres: The Royal Society: Commission on Intellectual Property Rights.
- . 2002. «Negotiating Intellectual Property Rights: Between Coercion and Dialogue». In *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development*, sous la dir. de Peter DRAHOS et Ruth MAYNE, p. 161-182. Londres, New York: Oxfam, Palgrave.
- . 2005. «Death of a Patent System – Introduction». In *Death of Patents*, p. 1-10. Londres: Lawtest Publishing et Queen Mary Intellectual Property Research Institute.
- DRAHOS, Peter et John BRAITHWAITE. 2003. *Information Feudalism*. New York: New Press. 253 p.
- DRAHOS, Peter, Thomas FAUNCE, Martyn GODDARD et David HENRY, *The FTA and the PBS – A submission to the Senate Select Committee on the US-Australia Free Trade Agreement*. Submission to the Senate Select Committee on the US-Australia Free Trade Agreement. 44 p. En ligne: <http://www.aftinet.org.au/campaigns/US_FTA/henrydrahossenatesub2.pdf> (date d'accès: 23 mars 2006).
- DUTFIELD, Graham. 2000. *Intellectual Property Rights, and the Life Science Industries*. Aldershot: Ashgate.
- . 2001. «TRIPs-Related Aspects of Traditional Knowledge». *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 33 (printemps), p. 233-275.
- DUTFIELD, Graham et Uma SUTHERSANEN. 2004. *Harmonization or Differentiation in Intellectual Property Protection? The Lessons of History*. Genève: Quaker United Nations Office. 15 p.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. 2000. «Mondialisation et régionalisation». In *La mondialisation du droit*, sous la dir. d'Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJAN, p. 435-453. Paris: Litec.
- ECKES, Alfred. 2004. «US Trade History». In *US Trade Policy: History, Theory and the WTO*, sous la dir. de William LOVETT, Alfred ECKES et Richard BRINKMAN, p. 37-92. New York: Sharpe.
- EINHORN, Talia. 1999. «The impact of the WTO Agreement on TRIPs (Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) on EC Law: A Challenge to Regionalism». In *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, sous la dir. de P. MENGOZZI, p. 535-573. Milano: Giuffrè.

- EL-SAID, Mohammed. 2005. « The Road from TRIPs-Minus, to TRIPs, to TRIPs-Plus: Implication of IPRs for the Arab World ». *Journal of World Intellectual Property*, vol. 8, n° 1, p. 53-65.
- EL-SAID, Hamed et Mohammed EL-SAID. 2005. « TRIPs, Bilateralism, Multilateralism & Implications for Developing Countries: Jordan's Drug Sector ». *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 2, n° 1, p. 59-78.
- EMMERT, Frank. 1990. « Intellectual Property in the Uruguay Round: Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries ». *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, p. 1317-1399.
- ENDESHAW, Assafa. 1996. « A Critical Assessment of the US-China Conflict on Intellectual Property ». *Albany Law Journal of Science & Technology*, vol. 6, p. 295-338.
- . 2002. « The Paradox of Intellectual Property Lawmaking in the New Millennium: Universal Templates as Terms of Surrender for Non-Industrial Nations: Piracy as an Offshoot ». *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 10, n° 1 (printemps), p. 47-76.
- EVANS, Gail E. 1995. « Intellectual Property as a Trade Issue: The Making of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights ». *World Competition Law & Economics Review*, vol. 18, n° 3, p. 137-180.
- . 2001. « Preliminary Excursion into TRIPs and Non-Violation Complaints ». In *International Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de Hugh C. HANSEN, p. 50.1-50.3. Yonkers, Londres: Juris Publishing, Sweet & Maxell.
- FAN, Jennifer. 1999. « The Dilemma of China's Intellectual Property Piracy ». *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 4, p. 207-236.
- FEINBERG, Richard. 2003. « The Political Economy of United States' Free Trade Arrangements ». *The World Economy*, vol. 26, n° 7, p. 1019-1040.
- FINK, Carsten. 2000. *How Stronger Patent Protection in India Might Affect the Behaviour of Transnational Pharmaceutical Industries*. World Bank Policy Research Paper No. 2352. Washington: Banque mondiale. 46 p. En ligne: Banque mondiale <[http://wbln0018.worldbank.org/research/workpapers.nsf/0/5d9b67dfa0777405852568e80065f3c4/\\$FILE/wps2352.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/research/workpapers.nsf/0/5d9b67dfa0777405852568e80065f3c4/$FILE/wps2352.pdf)> (date d'accès: 22 mars 2006).
- FINK, Carsten et Patrick REICHENMILLER. 2005. *Tightening TRIPs: The Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements*. Washington: Banque mondiale. 11 p.
- FINLAYSON, Jock A. et Mark ZACHER. 1985. « The GATT and the Regulation of Trade Barriers: Regime Dynamics and Functions », in *International Regime*, sous la dir. de Stephen KRASNER, p. 273-314. Ithaca: Cornell University Press.
- FINNEMORE, Martha et Kathryn Sikkink. 1998. « International Norm Dynamics and Political Change ». *International Organization*, vol. 52, n° 4, p. 887-917.
- FINSTON, Susan K. 2005. « An American Bioindustry Alliance Perspective on CBD/TRIPs Issues in the Doha Round ». *Global Economy Journal*, vol. 5, n° 4,

- En ligne: Bepress <<http://www.bepress.com/gej/vol5/iss4/24/>> (date d'accès: 23 mars 2006).
- FRANCK, Thomas. 1990. *The Power of Legitimacy among Nations*. Oxford: Oxford University Press. 303 p.
- FRANKEL, Jeffrey A. 1997. *Regional Trading Blocs: In the World Economic System*. Washington: Institute for international Economics. 364 p.
- FRYDMAN, Benoît. 2000. « Les nouveaux rapports entre droit et économie: trois hypothèses concurrentes ». In *Le droit dans la mondialisation: Une perspective critique*, sous la dir. de Monique CHEMILLIER-GENDREAU et Yann MOULIER-BOUTANG, p. 57-76. Paris: Presses Universitaires de France.
- FRYE, David. 1996. « Vietnam's Contemporary Battle with the United States: Vying for Most Favored Nation Trading Status ». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, octobre, p. 777-815.
- GAISFORD, James D. et R. Stephen RICHARDSON. 2000. « The TRIPs Disagreement: Should GATT Traditions Have Been Abandoned? ». *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, vol. 1, n° 2, p. 137-170.
- GAGNÉ, Gilbert, René CÔTÉ et Christian DEBLOCK. 2004. *Les récents accords de libre-échange conclus par les États-Unis: Une menace à la diversité culturelle*. Rapport soumis à l'Agence intergouvernementale de la Francophonie. Montréal: Institut d'études internationales de Montréal. 72 p.
- GAGNON, Marc-André. 2002. *TRIPs and Pharmaceuticals: Inquiry into the Foundations of the International Political Economy of Intellectual Property Rights*. Montréal: Groupe de recherche sur l'intégration continentale. 23 p. En ligne: GRIC <<http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Pharmaceuticals.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006).
- . 2007. *The Nature of Capital in the Knowledge-Based Economy: The Case of the Global Pharmaceutical Industry*. Thèse de doctorat, York University. A paraître.
- GALLOUX, Jean-Christophe. 1991. « L'impérialisme du brevet ». In *Nouvelles technologies et propriété*, sous la dir. de Ejan MACKAAY, p. 111-138. Montréal, Paris: Thémis, Litec.
- . 1997. « Le droit des brevets en fin de XX^e siècle: Éclatement ou recomposition ». Chap. in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*. Paris: Litec. p. 207-224.
- . 2001. « The Articulation of Patent and Public Health Systems ». *Revue internationale de droit économique*. éd. spéciale,
- GANNA, Ruth L. 1995. « Has Creativity Died in the Third World? Some Implications of the internationalization of Intellectual Property ». *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 24 (automne), p. 109-144.
- GARDNER, James. 1980. *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison: University of Wisconsin Press. 401 p.
- GATHII, James Thuo. 2002. « The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPs and Public Health Under the Vienna Convention on the Law of Treaties ». *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15, n° 2, p. 292-317.

- . 2003. « The Structural Power of Strong Pharmaceutical Patent Protection in US Foreign Policy ». *The Journal of Gender, Race & Justice*, vol. 7, p. 267-313.
- GAZIBO, Mamadou et Jane JENSON. 2004. *La Politique comparée: Fondements, enjeux et approches théoriques*. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal. 324 p.
- GEHRING, Thomas. 1995. *Integrating Integration Theory: Neofunctionalism and International Regimes*. EUI Working Paper. Florence: European University Institute. 31 p.
- GELLER, Paul Edward. 1994. « Legal Transplant in International Copyright: Some Problems of Method ». *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 13 (automne), p. 199-230.
- GENETIC RESOURCES ACTION INTERNATIONAL. 2002. « WIPO Moves Toward a World Patent System: A Revolution in the Making? ». *Bridges*, vol. 6, no. 6, septembre.
- GERHART, Peter M. 2000. « Reflections: Beyond Compliance Theory – TRIPs as a Substantive Issue ». *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 32, p. 357-384.
- . 2004. « The Triangulation of International Intellectual Property Law: Cooperation, Power and Normative Welfare ». *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 38, n° 1, p. 1-20.
- GERVAIS, Daniel J. 2002. « The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges from the Very Old and the Very New ». *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 12 (printemps), p. 929-990.
- . 2003. *The TRIPs Agreement: Drafting History and Analysis*. Londres: Sweet & Maxwell. 444 p.
- GILL, Stephen. 2003. *Power and Resistance in The New World Order*. New York: Palgrave Macmillan. 238 p.
- GILL, Stephen et David LAW. 1988. *The Global Political Economy: Perspectives, Problems, and Policies*. New York, Harvester: Wheatsheaf, 394 p.
- GILPIN, Robert. 1987. *The political economy of international relations*. Princeton: Princeton University Press. 449 p.
- GIUNTA, Tara Kalagher et SHANG, Lily H. 1993. « Ownership of Information in a Global Economy ». *George Washington Journal of International Law & Economy*, vol. 27, p. 327-358.
- GIUST, John E. 1997. « Non-compliance with TRIPs by Developed and Developing Countries: Is TRIPs Working? ». *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 8, p. 69-96.
- GLEIZE, Bérangère et Stéphanie LACOUR. 2004. « Une illustration singulière: La seconde application thérapeutique ». In *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, sous la dir. de Michel VIVANT, p. 251-267. Paris: Dalloz.
- GOLD, Richard, Wen Adams, David Castle et al. 2004. « The Unexamined Assumptions of Intellectual Property: Adopting an Evaluative Approach to Patenting Biotechnological Innovation ». *Public Affairs Quarterly*, vol. 18, p. 299-336.

- GOLDSTEIN, Judith. 1988. « Ideas, Institutions, and American Trade Policy ». *International Organization*, vol. 42, n° 1, p. 179-217.
- GORLIN, Jacques. 1998. « Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights under TRIPs ». In *International Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de Hugh C. HANSEN, p. 53.1-53.7. Yonkers, Londres: Juris Publishing, Sweet & Maxell.
- GOTTLIEB, Gidon. 1985. « Global Bargaining: The Legal and Diplomatic Framework ». In *International Law: a Contemporary Perspective*, sous la dir. de Richard FALK, Friedrich KRATOCHWILL et Saul H. MENDLOVITZ, p. 210-232. Boulder: Westview Press.
- GRAIN. 1998. « TRIPs versus CBD: Conflicts Between the WTO Regime of Intellectual Property Rights and Sustainable Biodiversity Management ». *Global Trade and Biodiversity in Conflict*, n° 1. En ligne: GRAIN <www.grain.org/publications/issue1-en-p.htm> (date d'accès: 10 octobre 2001).
- . 2001. *TRIPs-Plus Through the Back Door: How Bilateral Treaties Impose Much Stronger Rules for IPR on Life than the WTO*, GRAIN Briefings, juillet. 13 p. En ligne: GRAIN <<http://www.grain.org/docs/trips-plus-en.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006);
- GREENAWAY, David et Chris MILNER. 2001. « Multilateral Trade Reform, Regionalism and Developing Countries ». In *Regionalism and Globalization: Theory and Practice*, sous la dir. de Sajal Lahiri, p. 144-168. Londres, New York: Routledge.
- GRIGNON, Francis. « Les systèmes de brevets: une ouverture inégale ». Chap. in *L'utilisation des brevets par les entreprises françaises*. Rapport d'information n° 377. En ligne: Sénat français <<http://www.senat.fr/rap/r00-377/r00-37712.html#toc139>> (date d'accès: 2 avril 2006).
- GRIMMETT, Jeanne J. 2004. *Why Certain Trade Agreements Are Approved as Congressional-Executive Agreements Rather Than as Treaties*. Washington, Congressional Research Service. En ligne: <<http://fpc.state.gov/documents/organization/9553.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).
- GRUBB, Philip, W. 1999. *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy*. Oxford: Oxford University Press. 448 p.
- GRUBER, Lloyd. 2001. « Power Politics and the Free Trade Bandwagon ». *Comparative Political Studies*, vol. 34, n° 7, p. 703-741.
- GUZMAN, Andrew T. 1998. « Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties ». *Virginia Journal of International Law*, vol. 15, n° 28, p. 639-688.
- HAAS, Ernst B. 1980. « Why Collaborate? Issue-Linkage and International Regimes ». *World Politics*, vol. 32, n° 3, p. 357-405.
- . 1985. « Words can Hurt You; or, Who Said What to Whom about Regimes ». In *International Regimes*, sous la dir. de Stephen KRASNER, p. 23-59. Ithaca: Cornell University Press.

- . 1996. «Epistemic Communities and International Policy Coordination». Chap. in *Knowledge, Power, and International Policy Coordination*, p. 1-35. Columbia: University of South Carolina.
- HABEEB, Mark. 1988. *Power and Tactics in International Negotiations: How Weak Nations Bargains with Strong Nations*. Baltimore: Johns Hopkins University. 168 p.
- HAGGARD, Stephan. 1988. «The Institutional Foundations of Hegemony: Explaining the Reciprocal Trade Agreements Act of 1934». *International Organization*, vol. 42, n° 1, p. 91-119.
- HAGGARD, Stephan et Beth SIMMONS. 1987. «Theories of International Regimes». *International Organization*, vol. 41, n° 3, p. 491-517.
- HALBERT, Debora J. 2005. *Resisting Intellectual Property*. Londres: Routledge. 168 p.
- HALL, Peter et Rosemary TAYLOR. 1996. «Political Science and the Three New Institutionalisms». *Political Studies*, vol. 44, n° 5, p. 936-957.
- HALL, Rodney Bruce. 1997. «Moral Authority as a Power Resource». *International Organization*, vol. 51, p. 591-622.
- HAMILTON, Chris. 2002. *Long Strange TRIPs: Intellectual Property, the World Trade Organization and the Developing World*. Mémoire de maîtrise. Halifax: Université Dalhousie. 87 p.
- HAMILTON, Marci A. 1996. «The TRIPs Agreement: Imperialistic, Outdated, and Overprotective». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, p. 613-634.
- HANSEN, Hugh C. 1996. «International Copyright: An Unorthodox Analysis». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, p. 579-593.
- HARRIS, Donald. 2004. «TRIPs' Rebound: An Historical Analysis on How the TRIPs Agreement Can Richochet Back Against the United States». *Journal of International Law & Business*, vol. 25, p. 99-164.
- HASENCLEVER, Andreas, Peter MAYER et Volker RITTBERGER. 2000. «Is Distributive Justice a Necessary Condition for a High Level of Regime Robustness?». *Tübingen Working Papers*, n° 46. 28 p.
- HASENCLEVER, Andreas, Peter MAYER et Volker RITTBERGER. 1997. *Theories of International Regimes*. Cambridge Studies in International Relations n° 55. Cambridge: Cambridge University Press. 248 p.
- HAUFLER, Virginia. 1993. «Crossing the Boundary between Public and Private: International Regimes and Non-State Actors». In *Regime Theory and International Relations*, sous la dir. de Volker RITTBERGER, p. 94-111. Oxford: Clarendon.
- HELPER, Laurence R. 2004. «Mediating Interactions in an Expanding International Intellectual Property Regime». *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 36, n° 1, p. 123-137.
- . 2004. «Regime shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking». *Yale Journal of International Law*, vol 29, p. 1-83.

- HERMITTE, Marie-Angèle. 1988. «Les concepts mous de la propriété industrielle: Passage du modèle de la propriété foncière au modèle du marché». In *L'homme, la nature et le droit*, sous la dir. de Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE, p. 85-98. Paris: Christian Bourgois.
- . 1988. «Histoire juridique extravagante: la reproduction végétale». In *L'homme, la nature et le droit*, sous la dir. de Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE, p. 40-84. Paris: Christian Bourgois.
- HERON, Tony. 2004. *The New Political Economy of United States-Caribbean Relations: The Apparel Industry and the Politics of NAFTA Parity*. Aldershot: Ashgate. 166 p.
- HETTINGER, Edwin C. 1989. «Justifying intellectual Property». *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, n° 1 (hiver), p. 31-52.
- HIRA, Andy et Theodore COHN. 2003. «Toward a Theory of Global Regime Governance». *International Journal of Political Economy*, vol. 22, n° 4, p. 4-27.
- HOEN, Ellen't. 2002. «Public Health and International Law: TRIPs, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way From Seattle to Doha». *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (printemps), p. 27-46.
- HUAY, Neo Gim. 2004. «Advocates for the Economics of Freer Trade». In *The United States Singapore Free Trade Agreement Highlights and Insights*, sous la dir. de Tommy Koh et Chang Li Lin, p. 177-190. Singapour: Institute of Policy Studies.
- HUFBAUER, Garry C. et Barbara KOTSCHWAR. 1998. *The Future of Regional Trading Arrangements in the Western Hemisphere*. Washington: Institute for international Economics. En ligne: IIE <<http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=318>> (date d'accès: 23 mars 2006).
- HUFTY, Mark. 2001. «La gouvernance internationale de la biodiversité». *Études internationales*, vol. 32, n° 1.
- HURRELL, Andrew. 1996. «International Society and the Study of Regimes: A Reflective Approach», in *International Rules: Approaches from International Law and International Relations*, sous la dir. de Robert J BECK, Anthony Clark AREND et Robert VANDER LUGT, p. 206-226. New York: Oxford University Press.
- ICTSD. 2002. «Developing Countries Wary of Additional Commitments in WIPO». *Bridges Trade BioRes*, vol. 2, n° 15, octobre. En ligne: ICTSD <<http://www.ictsd.org/biores/02-10-10/story1.htm>> (date d'accès: 2 avril 2006).
- . 2004. «Australia Passes US FTA with Amendments». *Bridges*, n° 7, juillet – août, p. 15.
- IKENBERRY, G. John. 1988. «Conclusion: An Historical Approach to American Foreign Economic Policy». *International Organization*, vol. 42, n° 1, p. 219-243.
- IKENBERRY, G. John et KUPCHAN, Charles A. 1990. «Socialization and Hegemonic Power». *International Organization*, vol. 44, n° 3 (été), p. 283-315.
- . 1990. «The Legitimation of Hegemonic Power». In *World Leadership and Hegemony*, sous la dir. de David P. Rapkin, p. 49-69. Boulder: Rienner.

- IRWIN, Douglas A. 1993. «Multilateral and bilateral Trade Policies in the World Trading System: An historical Perspective». In *New Dimensions in Regional Integration*, sous la dir. de Jaime DE MELO et Arvind PANAGARIYA, p. 90-118. Cambridge: Cambridge University Press.
- IVES, Paula Murphy. 2003. «Negotiating Global Change: Progressive Multilateralism in Trade and Telecommunications Talks». *International Negotiations*, vol. 8, p. 43-78.
- JANIS, Mark D. 1997. «Rethinking Reexamination: Toward a Viable Administrative Revocation System for U.S. Patent Law». *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 11 (automne), p. 1-122.
- JONNON, Christer. 1993. «Cognitive Factors in Explaining Regime Dynamics». In *Regime Theory and International Relations*, sous la dir. de Volker Rittberger, p. 201-222. Oxford: Clarendon.
- KAGAN, Robert. 2002. «Power and Weakness: Why the United States and Europe see the World Differently». *Policy Review*, n° 113, juin, p. 3-28.
- KALAN, K. 2000. «Property Rights, Individual Rights, and the Viability of Patent Law Systems». *Colorado Law Review*, vol. 71, p. 1439-1477.
- KANG, Peter H. et Clark S. STONE. 2003. «IP, Trade, and US/Singapore Relations: Significant Intellectual Property Provision of the 2003 US-Singapore Free Trade Agreement». *Journal of World Intellectual Property*, vol. 5, n° 5, p. 721-731.
- KÉBABDJIAN, Gérard. 1999. *Les théories de l'économie politique internationale*. Paris: Seuil. 308 p.
- KELEMEN, R. Daniel et Eric C. SIBBITT. 2004. «The Globalization of American Law». *International Organization*, vol. 58, p. 103-136.
- KEOHANE, Robert. 1984. *After Hegemony. Cooperation and Discord in the World Political Economy*. Princeton: Princeton University Press. 290 p.
- . 1985. «The Demand for International Regime». In *International Regimes*, sous la dir. de Stephen KRASNER, p. 141-171. Ithaca: Cornell University Press.
- . 1997. «International Relations and International Law: Two Optics». *Harvard International Law Journal*, vol. 38, p. 487-502.
- KEOHANE, Robert et Joseph NYE. 1989. *Power and Interdependence*. New York: Harper Collins. 315 p.
- KERR, William A. 2003. «The Efficacy of TRIPs: Incentives, Capacity and Threats». *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, vol 4, n° 1, p. 1-14.
- KINDLEBERGER, Charles. 1981. «Dominance and Leadership in the International Economy». *International Studies Quarterly*, vol. 25, n° 2, p. 242-254.
- KLEIN, Pierre. 2003. «The Effects of US Predominance on the Elaboration of Treaty Regimes and on the Evolution of the Law of Treaties». In *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, sous la dir. de Michael BYERS et Georg NOLTE, p. 363-391. Cambridge: Cambridge University Press.
- KNAPP, Inti Linkletter. 2000. «The Software Piracy Battle in Latin America: Should the United States Pursue its Aggressive Bilateral trade Policy Despite

- the Multilateral TRIPs Enforcement Framework?». *Journal of International Economic Law*, vol. 21 (printemps), p. 173-219.
- KRASNER, Stephen D. 1985. «Regimes and the Limits of Realism: Regimes as Autonomous Variables». Chap. in *International Regime*, p. 355-368. Ithaca: Cornell University Press.
- . 1985. «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables». Chap. in *International Regime*, p. 1-21. Ithaca: Cornell University Press.
- KRUGMAN, Paul. 1993. «Regionalism versus Multilateralism: Analytical Notes». In *New Dimensions in Regional Integration*, sous la dir. de Jaime DE MELO and Arvind PANAGARIYA, p. 58-79. Cambridge: Cambridge University Press.
- KWA, Aileen. 2003. *Power Politics in the WTO*. 2nd éd. Rév. Bangkok: Focus on the Global South. 60 p. En ligne: Focus on the Global South <<http://www.focusweb.org/publications/Books/power-politics-in-the-WTO.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).
- KWAKWA, Edward. 2003. «The International Community, International Law, and the United States: Three in One, Two Against One, or One and the Same». In *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, sous la dir. de Michael BYERS et Georg NOLTE, p. 363-391. Cambridge: Cambridge University Press.
- LAI, Edwin L.-C. et Larry D. QUI. 2003. «The North's Intellectual Property Rights Standard for the South?». *Journal of International Economics*, vol. 59, p. 183-209.
- LAÏDI, Zaki. 1991. «De l'hégémonie à la «prédation»? Hypothèses sur la transformation de la puissance américaine». *Le Cahier du CERI*, n° 1, 35 p.
- LAKE, David. 1993. «Leadership, Hegemony, and the International Economy: Naked Emperor or Tattered Monarch with Potential?». *International Studies Quarterly*, vol. 37, p. 459-489.
- LALL, Sanjaya. 2003. *Indicators of the Relative Importance of IPRs in Developing Countries*. Geneve: ICTSD-UNCTAD. 43 p. En ligne: ICTSD <http://www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/iprs/CS_lall.pdf> (date d'accès: 4 avril 2006).
- LAMY, Pascal. 2004. «Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Ten Years Later». *Journal of World Trade*, vol. 38, n° 6, p. 923-934.
- LANDAU, Alice. 1996. *Conflits et coopération dans les relations économiques internationales: Le cas de l'Uruguay Round*. Bruxelles: Bruylant. 210 p.
- LANDES, William M. et Richard A. POSNER. 2004. *The Political Economy of Intellectual Property Law*. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. 37 p.
- LANGE, David. 2003. «Reimagining the Public Domain». *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, n° 1-2, 2003 p. 463-483.
- LAUREN, Paul Gordon. 1979. «Theories of Bargaining with Threats of Force: Deterrence and Coercive Diplomacy». Chap. in *Diplomacy: New Approaches in History, Theory, and Policy*, p. 183-203. New York: Free Press.

- LEAHY, Patrick. 1988. « US Congressional Approches to Reconciling Intellectual Property Rights ». In *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*, sous la dir. de Charles Walker et Mark Bloomfield, p. 77-98. Lanham: University Press of America.
- LECREUSET. 1994. *Un Brevet pour la vie: La propriété intellectuelle et ses effets sur le commerce, la biodiversité et le monde rural*. Ottawa: CRDI.
- LEE, Sabing. 1997. « Protecting the Private Inventor under the Peacetime Provisions of the Invention Secrecy Act ». *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 12, n° 2, p 345-399.
- LEEBRON, David W. 2002. « The Boundaries of the WTO: Linkages ». *American Journal of International Law*, vol. 96, p. 5-27.
- LEGRAND, Pierre. 1999. *Le droit comparé*. Paris: Presses Universitaires de France. 122 p.
- . 2001. « What « Legal Transplants » ». In *Adapting Legal Cultures*, sous la dir. de David NELKEN et Johannes FEEST, p. 55-70. Oxford et Portland: Hart.
- LESKIEN, Dan et Michael FLITNER. 1997. *Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources: Options for a Sui Generis System*. Rome: International Plant Genetic Resources Institute.
- LESSTI, Mart et Tom PENGELLY. 2002. *Institutional Issues for Developing Countries in Intellectual Property Policymaking, Administration & Enforcement*. Londres: Commission on Intellectual Property Rights. 55 p. En ligne: IPR Commission <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study_papers/sp9_pengelly_study.pdf> (date d'accès: 23 mars 2006).
- LEVY, Charles S. 2000. « Implementing TRIPs: A Test of Political Will: Part II ». *Law and Policy in International Business*, vol. 31, p. 789-795.
- LINDQUIST, Leigh Ann. 1999. « Champagne or Chapagne? An Examination of US Failure to Comply with the Geographical Provisions of the TRIPs Agreement ». *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 27, p. 309-344.
- LIPHART, Arend. 1971. « Comparative Politics and the Comparative Method ». *The American Political Science Review*, vol. 65, p. 682-693.
- LIPPERT, Owen. 1998. « One Trip to the Dentist is Enough: Reasons to Strengthen Intellectual Property rights though the Free Trade Area of the Americas ». *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 9 (automne), p. 241-300.
- LOUAFI, Sélim et Jean-Frédéric MORIN. 2004. *Gouvernance internationale de la biodiversité: Comment intégrer les utilisateurs de ressources génétiques*. Paris: Institut du développement durable et des relations internationales. En ligne: IDDRI <http://www.iddri.org/iddri/telecharge/syntheses/sy04_abs.pdf> (date d'accès: 22 mars 2006).
- LOURIE, Linda. 1998. « The US Position on Developing Trade Agreements Concerning Intellectual Property ». In *Global Genetic Resources: Access and Property Rights*, sous la dir. de Steve Eberhart et al., p. 77-83. Madison: Crop Science Society of America.

- LOVE, James. 2002. « Access to Medicine and Compliance with the WTO TRIPs Accord: Models for State Practice in Developing Countries ». In *Global Intellectual Property Rights Knowledge, Access and Development*, sous la dir. de Peter DRAHOS et Ruth MAYNE, p. 74-89. Palgrave: Macmillan.
- LOVETT, William A. 1999. « Rebalancing US Trade ». In *US Trade Policy: History, Theory and the WTO*, sous la dir. de William Lovett, Alfred Eckes and Richard Brinkman, p. 130-180. New York: Sharpe.
- LUKES, Steven. 1974. *Power: A Radical View*. Londres: MacMillan. 64 p.
- MACE, Gordon, Jacques PAQUET, Louis BÉLANGER et Hugo LOISEAU. 2003. « Asymétrie de puissance et négociations économiques internationales: la zone de libre-échange des Amériques et les puissances moyennes ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 36, n° 1, mars, p. 129-158.
- MACHLUP, Fritz. 1958. *An Economic Review of the Patent System: Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary*. Washington, United States Senate. 89 p.
- MACHLUP, Fritz et Edith PENROSE. 1950. « The Patent Controversy in the Nineteenth Century ». *Journal of Economic History*, vol. X, p. 1-29.
- MAJOROS, Ferenc. 1971. *Les arrangements bilatéraux en matière de droit d'auteur*. Paris: Pedone. 130 p.
- MALAURIE, Jean. 1994. « Droit et logique coloniale ». In *La réception des systèmes juridiques: Implantation et destin*, sous la dir. de Michel DOUCET et Jacques VANDERLINDEN, p. 449-457. Bruxelles: Bruylant.
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. 2003. *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*. Bruxelles: Bruylant. 535 p.
- MARTIN, Lisa. 1992. « Interests, Power and Multilateralism ». *International Organization*, vol. 46, p. 765-792.
- MASKUS, Keith E. 1990. « Intellectual Property Rights ». In *Completing the Uruguay Round*, sous la dir. de J. Schott, p. 165. Washington: Institute for International Economics, 1990.
- . 1990. « Normative Concerns in the International Protection of Intellectual Property Rights ». *World Economy*, vol. 13, p. 87-409.
- . 1994. « Intellectual Property Rights and the Uruguay Round ». In *International Economics and International Economic Policy*, sous la dir. de Philip KING, p. 69-84. New York: McGraw-Hill.
- . 1997. « Implications of Regional and Multilateral Agreements for Intellectual Property Rights ». *World Economy*, vol. 20, n° 4, p. 681-694.
- . 1998. « The International Regulation of Intellectual Property ». *Weltwirtschaftliches Archiv*, vol 134, n° 2, p. 186-206.
- . 2000. *Intellectual Property Rights in the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics. 266 p.
- MATHIASON, Nick. 2003. « Big Pharma puts block on cheap drug imports ». *MSF Article*, 3 août. En ligne: MSF <http://www.msf.org/msfinternational/invoke.cfm?objectid=F8535904-9D78-4606-903EF50638CD4BAB&component=toolkit.article&method=full_html> (date d'accès: 31 mars 2006).

- MATTHEWS, Duncan. 2000. *A Global Political Economy of Intellectual Property Rights: The New Enclosures ?*. Londres: Routledge. 200 p.
- . 2002. *Globalising Intellectual Property Rights: The TRIPs Agreement*, Londres et New York: Routledge. 202 p.
- MAY, Christopher. 2002. *The Information Society: A Sceptical View*. Malden: Policy Press. 189 p.
- . 2004. «Capacity Building, Intellectual Property and the (Re)production of Intellectual Property Rights». *Third World Quarterly*, vol. 25, n° 5, p. 821-837.
- MAY, Christopher et Susan SELL. 2006. *Intellectual Property Rights: A Critical History*. Boulder et Londres: Lynne Rienner. 253 p.
- MAYNE, Ruth. 2002. «The Global Campaign on Patents and Access to Medicines: An Oxfam Perspective». In *Global Intellectual Property Tights Knowledge, Access and Development*, sous la dir. de Peter DRAHOS et Ruth MAYNE, p. 244-258. Palgrave: Macmillan.
- . 2004. *Regionalism, Bilateralism, and TRIP Plus Agreements: The Threat to Developing Countries*. New York: PNUD. 31 p.
- MCCALMAN, Philip. 2001. «Reaping What You Sow: An Emprirical Analysis of International Patent Harmonisation». *Journal of International Economics*, vol. 55, n° 1, p. 161-186.
- MCDougall, Myres S. et Harold D. LASSWELL. 1996. «The New Haven School. The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order». In *International Rules: Approaches from International Law and International Relations*, sous la dir. de Robert J. Beck, Anthony Clark Arend et Robert D. Vander Lugt, p. 113-143. New York: Oxford University Press.
- MCGRATH, Michelle. 1996. «The Patent Provisions in TRIPs: Protecting Reasonable Remuneration for Services Rendered – or the Latest Development in Western Colonialism?». *European Intellectual Property Review*, n° 7, p. 398-403.
- MEARSHEIMER, John. 1995. «The False Promise of International Institutions». *International Security*, vol. 19, n° 3, p. 5-49.
- MÉNARD, Claude. 2004. «The Economics of Hybrid Organizations». *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 160, n° 3, p. 345-376.
- MERTHA, Andrew et Robert PAHRE. 2005. «Patently Misleading: Partial Implementation and Bargaining Leverage in Sino-American Negotiations on Intellectual Property Rights». *International Organization*, vol. 59, p. 695-729.
- MILLER, Jonathan. 2003. «A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process». *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, p. 839-885.
- MOHAMED SALAH, Mahmoud. 2002. *Les contradictions du droit mondialisé*. Coll. Droit, Éthique, Société. Paris: Presses Universitaires de France, 250 p.
- MORAVCSIK, Andrew. 1993. «Integrating International and Domestic Theories of International Bargaining». In *International Bargaining and Domestic Poli-*

- tics: Double-Edge Diplomacy*, sous la dir. de Peter EVANS, Harold JACOBSON et Robert PUTNAM, p. 3-36. Berkeley: University of California Press.
- MORERA, Esteve. 1990. *Gramsci's Historicism: A Realist Interpretation*. Londres: Routledge, 171 p.
- MORIN, Jean-Frédéric. 2003. «Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la biodiversité». *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol 34, n° 1, p. 308-343.
- . 2003. *La Convention sur la diversité biologique: partage des avantages et respect de la propriété intellectuelle*. Montréal: Observatoire sur la génétique. En ligne: IRMC <http://www.ircm.qc.ca/bioethique/obsngenetique/cadrages/cadr2003/c_no14_03/c_no14_03_03.html> (date d'accès: 22 mars 2006).
- . 2003. «Le droit international des brevets: entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain». *Études internationales*, vol. 34, n° 3, p. 537-562.
- . 2004. «Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets: la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle». *Droit et société*, vol. 58, p. 633-655.
- . 2005. «La divulgation de l'origine des ressources génétiques: Une contribution du droit des brevets au développement durable». *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol 17, n° 1, p. 31-47.
- . «Tripping up TRIPs debate: IP and Health». *International Journal of Intellectual Property Management*, vol. 1, n° 1. [à paraître en 2006].
- MORIN, Jean-Frédéric et Gilbert GAGNÉ. 2006. «The Evolving American Policy on Investment Protection: Origins, Scope, and Prospects». *Journal of International Economic Law*, vol. 9, p. 357-382.
- . «Explaining the Lateralism Paradox in the Investment Regime». *International Journal of Political Economy*. A paraître en 2007.
- MORFORD, Richard A. 1989. «Intellectual Property Protection: A United States Priority». *Georgia Journal of International and comparative Law*, vol. 19, p. 336-341.
- MULLIGAN, Shane. «For Whose Benefit? Limits to Sharing in the Bioprospecting Regime». *Environmental Politics*, vol. 8, n° 4 (hiver), p. 35-65.
- MUSUNGU, Sisule F. et Graham DUTFIELD. 2003. *Multilateral Agreements and a TRIPs-Plus World: The World Intellectual Property Organisation (WIPO)*. Genève: Quaker United Nations Office. 36 p. En ligne: IPRs Online: <http://www.iprsonline.org/ictsd/docs/WIPO_Musungu_Dutfield.pdf> (date d'accès: 22 mars 2006).
- MUSUNGU, Sisule F., Susan VILLANUEVA et Roxana BLASETTI. 2004. *Utilizing TRIPs Flexibilities for Public Health Protection Through South-South Regional Frameworks*. Genève: Centre Sud. 109 p. En ligne: Centre Sud <<http://www.southcentre.org/publications/flexibilities/flexibilities.pdf>> (date d'accès: 20 mai 2005).
- MUSUNGU, Sisule F. et OH, CECILIA. 2005. *The Use of Flexibilities in TRIPs by Developing Countries: Can They Promote Access to Medicines?* Genève:

- Centre Sud. 129 p. En ligne: Centre Sud <<http://www.southcentre.org/publications/flexibilities/FlexibilitiesStudy.pdf>> (date d'accès: 20 mai 2006).
- MUTTI, John et Bernand YEUNG. 1996. «Section 337 and the Protection of Intellectual Property in the United States: The Complainants and the Impact». *The Review of Economics and Statistics*, vol. 78, n° 3, p. 510-520.
- NARLIKAR, Amrita. 2003. *International Trade and Developing countries: Bargaining Coalitions in the GATT & WTO*. Londres et New York: Routledge. 238 p.
- NASHERI, Hedi. 2004. *Addressing Global Scope of Intellectual Property Law*. Washington: National Institute of Justice, US Department of Justice. 98 p. En ligne: NCJRS <<http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/208384.pdf>> (date d'accès 22 mars 2006).
- NADELMANN, Ethan. 1990. «Global Prohibition Regime: The Evolution of Norms in International Society». *International Organization*, vol. 44, n° 4, p. 479-526.
- NETANEL, Neil. 1997. «The Next Round: The Impact of the WIPO Copyright Treaty on Trips Dispute Settlement». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 37, p. 441-497.
- . 2002. «Panel Discussion on Traditional Knowledge». In *International Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de Hugh C.. HANSEN, p. 78-82. Yonkers, New York: Londres, Juris Publishing, Sweet & Maxwell.
- NOIVILLE, Christine. 1997. *Ressources génétiques et droit: Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*. Paris: Pedone. 481 p.
- NYE, Joseph. 1992. *Le leadership américain: Quand les règles du jeu changent*. Nancy: Presses Universitaires de Nancy. 266 p.
- . 2002. *The Paradox of American Power: Why the World's Only superpower Can't Go it Alone*. Oxford, New York: Oxford University Press. 222 p.
- NIJAR, Gurdial Singh. 1996. In *Defense of Local Community Knowledge and Biodiversity: A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime*. Penang: Third World Network. 68 p.
- O'BRIEN, Robert, Anne Marie GOETZ, Jan Aart SCHOLTE et Marc WILLIAMS. 2000. *Contesting Global Governance: Multilateral Economic Institutions and Global Social Movement*. Cambridge: Cambridge University Press. 278 p.
- ODDI, Samuel. 1996. «TRIPs – Natural Rights and a Polite Form of Economic Imperialism». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, p. 415-470.
- ODELL, John. 2000. *Negotiating the World Economy*. Ithaca and Londres: Cornell University Press. 251 p.
- ODELL, John et Susan K. SELL. 2006. «The WTO Coalition on Intellectual Property and Public Health». In *Negotiating Trade: Developing Countries in the WTO and NAFTA*, sous la dir. de John Odell, p. 1. New York: Cambridge University Press.
- OKEDIJI, Ruth. 2004. «Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection». *University of Ottawa Law and Technology Journal*, n° 125, p. 125-147.

- . 2005. « Rules of Power in an Age of Law: Process Opportunism and TRIPs Dispute Settlement ». In *Handbook of International Trade*, vol. II: *Economic and Legal Analysis of Trade Policy and Institution*, sous la dir. de E. Kwan CHOI et James C. HARTIGAN, p. 42-72. Londres: Blackwell Publishing.
- OLIVA, Maria Julia. 2003. « Intellectual Property in the FTAA: Little Opportunity and Much Risk ». *American University International Law Review*, vol. 19, p. 45-67.
- OLSON, Mancur. 1978. *Logique de l'action collective*. Paris: Presses Universitaires de France, 199 p.
- ORSI, Fabienne. 2002. « La constitution d'un nouveau droit de la propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis: Origine et signification économique d'un dépassement de frontière ». *Revue d'économie industrielle*, n° 99, p. 65-85.
- OSTERGARD, Robert L. 2003. *The Development Dilemma: The Political Economy of Intellectual Property Rights in the International System*. New York: LFB Scholarly Pub. 189 p.
- OXFAM. 2002. *US Bullying on Drug Patents: One Year After Doha*. Briefing Paper n° 33. Oxford: Oxfam. En ligne: Oxfam <http://www.oxfam.org.uk/what_we_do/issues/health/downloads/bp33_bullying.pdf> (date d'accès: 23 mars 2006).
- PALMER, Scott J. 2001. « An Identity Crisis: Regime Legitimacy and the Politics of Intellectual Property Rights in China ». *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 8, p. 449-477.
- PALMETER, David. 1984. « The U.S. International Trade Commission at Common Law: Unfair Competition, Trademark and Section 337 of the Tariff Act ». *Journal of World Trade Law*, vol. 18, p. 444-480.
- PAUWELYN, Joost. 2002. *The Nature of WTO Obligations*. New York: Jean Monnet Center. 46 p. En ligne: Jean Monnet Center <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/020101.rtf>> (date d'accès: 1^{er} septembre 2006).
- PENGELLY, Tom. 2005. *Technical Assistance for the Formulation and Implementation of Intellectual Property Policy in Developing Countries and Transition Economies*. Genève: ICTSD. 46 p.
- PEREZ-PUGATCH, Mier. 2004. *The International Political Economy of Intellectual Property Rights*. Cheltenham: Edward Elgar, 277 p.
- . 2005. « The International Regulation of IPRs in a TRIPs and TRIPs-Plus World ». *Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, p. 231-265.
- PFETSCH, Frank et Alice LANDAU. 2000. « Symmetry and Asymmetry in International Negotiations ». *International Negotiation*, vol. 5, p. 21-42.
- PHARMACEUTICAL RESEARCH AND MANUFACTURERS OF AMERICA (PhRMA). 2003. *Global Partnerships: Humanitarian Programs of the Pharmaceutical Industry in Developing Nations*. Washington: PhRMA. 24 p. En ligne: PhRMA <<http://world.phrma.org/global.partnership.2003.pdf>> (date d'accès: 31 mars 2006).

- . 2005. «*Special 301*” Submission. Washington: PhRMA. 256 p. En ligne: PhRMA <http://international.phrma.org/international/PhRMA_2005_Special_301.pdf> (date d'accès: 2 avril 2006).
- PIRES DE CARVALHO, Nuno. 2000. «Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Application without Infringing the TRIPs Agreement: the Problem and the Solution». *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 2, p. 371-401. En ligne: Washington University <<http://www.wulaw.wustl.edu/Journal/2/p371carvalho.pdf>> (date d'accès: 4 avril 2006).
- PLANTEY, Alain. 2002. *La Négociation internationale au XXI^e siècle*. Paris: CNRS Éditions. 123 p.
- PRETORIUS, Willem. 2002. «TRIPs and Developing Countries: How Level is the Playing Field». In *Global Intellectual Property Tights Knowledge, Access and Development*, sous la dir. de Peter DRAHOS et Ruth MAYNE, p. 183-197. Palgrave: Macmillan.
- PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT. 1999. *Human Development Report 1999*. New York: PNUD et Oxford University Press.
- . 2003. *Human Development Report 2003, Millennium Development Goals: A compact among nations to end human poverty*. New York: PNUD et Oxford University Press. 384 p.
- . 2004. *Human Development Report 2004, Cultural Liberty in Today's Diverse World*. New York: PNUD et Oxford University Press. 299 p.
- . 2005. *Human Development Report 2005, International cooperation at a crossroads: Aid, trade and security in an unequal world*. New York: PNUD et Oxford University Press. 388 p.
- PRICE, David. 2004. «The US-Bahrain Free Trade Agreement and Intellectual Property Protection». *Journal of World Intellectual Property*, vol. 7, p. 829-850.
- PRIMO BRAGA, Carlos et A Carsten FINK. 1997. «The Economic Justification for the Grant of Intellectual Property Rights: Patterns of Convergence and Conflict». In *Public Policy and Global Technological Integration*, sous la dir. de Frederick M. ABBOTT et David J GERBER, p. 266-284. La Haye et Boston: Kluwer. The Hague and Boston: Kluwer.
- . 1998. «Reforming Intellectual Property Rights Regimes: Challenges for Developing Countries». *Journal of International Economic Law*, vol. 1, n° 4, p. 537-554.
- PUCHALA, Donald J. et Raymond F. HOPKINS. 1985. «International Regimes: Lessons from Inductive Analysis». In *International Regimes*, sous la dir. de Stephen KRASNER, p. 61-91. Ithaca: Cornell University Press.
- PUGATCH, Meir Perez. 2006. «Intellectual Property, Data Exclusivity, Innovation and Market Access». In *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, sous la dir. de Pedro ROFFE, Geoff TANSEY et David VIVAS-EUGUI, p. 97-132. Londres: Earthscan.

- PUTNAM, Robert D. 1993. «Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games». In *International Bargaining and Domestic Politics: Double-Edge Diplomacy*, sous la dir. de Peter EVANS, Harold JACOBSON et Robert PUTNAM, p. 431-465. Berkeley: University of California Press.
- RAMANNA, Anitha. 2005. «Shifts in India's Policy on Intellectual Property: The Role of Ideas, Coercion and Changing Interests». In *Death of Patents*, sous la dir. de Peter DRAHOS, p. 150-174. Londres: Lawtest Publishing et Queen Mary Intellectual Property Research Institute.
- REAGAN, Ronald. 1990. «US Trade Policy». In *Ronald W. Reagan: Chronology, documents, bibliographical aids*, sous la dir. de Sloan Irving, p. 215. Dobbs Ferry: Oceana.
- REICHMAN, Jerome H. 1997. «Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPs Agreement». *Virginia Journal of International Law*, vol. 37 (hiver), p. 335-356.
- . 2000. «The TRIPs Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?». *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 32, n° 3, p. 441-470.
- . 2003. *Non-voluntary Licensing of Patented Inventions – Historical Perspective, Legal Framework under TRIPs and an Overview of the Practice in Canada and the USA*. UNCTAD-ICTSD Project on IPR and Sustainable Development Issue Paper No. 5. Genève: ICTSD et UNCTAD. 49 p. En ligne: ICTSD <http://www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/iprs/CS_reichman_hasenzahl.pdf> (date d'accès: 30 mars 2006).
- REICHMAN, Jerome H. et David LANGE. 1999. «Bargaining around the TRIPs Agreement: The Case for ongoing Public-Private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions». *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 9, p. 11-68.
- REIN, Judy. 2001. «International Governance Through Trade Agreements: Patent Protection for Essential Medicines». *Journal of International Law and Business*, vol. 21, p. 379-408.
- REMICHE, Bernard. 2003. «Brevetabilité et innovation contemporaine: quelques réflexions sur les tendances actuelles du droit des brevets». In *Protéger les inventions de demain*, sous la dir. de Michel VIVANT, p. 215-270. Paris: La Documentation française.
- RICHARDS, Donald G. 2004. *Intellectual Property Rights and Global Capitalism: The Political Economy of the TRIPs Agreement*. Londres et Armonk: M.E. Sharpe. 256 p.
- RISSE, Thomas. 2000. «Let's Argue! Communicative Action in World Politics». *International Organization*, vol. 54, n° 1, p. 1-39.
- RITTER, GERALYN. 2002. «Recent Developments in WTO Dispute Settlement under the TRIPs Agreement». In *International Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de Hugh C. Hansen, p. 73.1-73.16. Yonkers, Londres: Juris Publishing, Sweet & Maxwell.

- RIVERA-BATIZ, Luis A et Maria-Angels Oliva. 2003. *International Trade: Theory, Strategies and Evidence*. Oxford: Oxford University Press. 720 p.
- ROBERT, Maryse. 2000. *Negotiating NAFTA: Explaining the Outcome in Culture, Textiles, Autos, and Pharmaceuticals*. Toronto: University of Toronto Press. 298 p.
- ROFFE, Pedro. 2004. *Bilateral agreements and a TRIPs-plus world: The Chile-USA Free Trade Agreement*. Ottawa: Quaker International Affairs Programme. 59 p. En ligne: QUNO <[http://geneva.quno.info/pdf/Chile\(US\)final.pdf](http://geneva.quno.info/pdf/Chile(US)final.pdf)> (date d'accès: 23 mars 2006).
- ROSENBERG, David. 2002. « Commentary on TRIPs ». In *International Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de Hugh C. HANSEN, p. 83.1-83.3. Yonkers, Londres: Juris Publishing, Sweet & Maxell.
- ROSENDAL, Kristen G. 2001. « Impacts of Overlapping International Regimes: the Case of Biodiversity ». *Global Governance* vol. 7, n° 1, p. 95-118.
- RUGGIE, John Gerard. 1975. « International Responses to Technology: Concepts and Trends ». *International Organization*, vol. 29, n° 3, p. 557-583.
- . 1992. « Multilateralism: The Anatomy of an International Institution ». *International Organization*, vol. 46, n° 3, p. 561-598.
- RUSSETT, Bruce. 1985. « The Mysterious Case of Vanishing Hegemony; or Is Mark Twain really dead? ». *International Organization*, vol. 39, n° 2, p. 207-231.
- RYAN, Michael. 1998. *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*. Washington: Brookings Institution Press. 249 p.
- SALA, Mahmoud Mohamed. 2002. *Les contradictions du droit mondialisé*. Paris: Presses universitaires de France. 250 p.
- SALAZAR-XIRINACHS, Josée. 2002. « Proliferation of sub-Regional Trade Agreements in the Americas: an assessment of key analytical and policy issues ». *Journal of Asian Economics*, vol. 13, p. 181-212.
- SCHAUMBERG, Tom. 1982. « Section 337 of the Tariff Act of 1930 as an Antitrust Remedy ». *The Antitrust Bulletin*, vol. 27, n° 1, p. 51-81.
- SCHEUCHZER, Antoine. 2003. « L'invention brevetable en 2002: Réflexions sur la notion de l'invention et les conditions de la brevetabilité ». In *Protéger les inventions de demain*, sous la dir. de Michel Vivant, p. 215-270. Paris: La Documentation française.
- SHADLEN, Ken. 2005. *Policy Space for Development in the WTO and Beyond: The Case of Intellectual Property Rights*. Working Paper n°s 05-06. Medford: Global Development and Environment Institute. 25 p. En ligne: Tufts University <<http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/05-06PolicySpace.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006).
- SHADLEN, Ken, Andrew SCHRANK et Marcus KURTZ. 2005. « The Political Economy of Intellectual Property: The Case of Software ». *International Studies Quarterly*, vol. 49, p. 45-71.
- SCHOTT, Jeffery. 2004. « Assessing US FTA Policy ». In *Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities*, sous la dir. de Jefferey SCHOTT, p. 359-381. Washington: Institute for International Economics.

- SCOTCHMER, Suzanne. 2004. « The Political Economy of Intellectual Property Treaties ». *Journal of Law, Economics and Organization*, vol.20, n° 2, p. 415-437.
- SEERATAN, Nadia Natasha. 2001. « The Negative Impact of Intellectual Property Patent Rights on Developing Countries: An Examination of the Indian Pharmaceutical Industry ». *St Mary's Law Review on Minority Issues*, vol. 3 (printemps), p. 339-412.
- SELL, Susan K. 1995. « Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World ». *International Organization*, vol 49, n° 2 (printemps), p. 315-349.
- . 1995. « The Origins of a Trade-Based Approach to Intellectual Property Protection ». *Science communication*, vol. 17, n° 2, p. 163-185.
 - . 1998. *Power and Ideas: North/South Politics of Intellectual Property and Antitrust*. Albany: University of New York Press. 289 p.
 - . 2002. « Industry Strategies for intellectual Property and Trade: The Quest for TRIPs, and Post-TRIPs Strategies ». *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, vol. 10, (printemps), p. 79-108.
 - . 2002. « Post-TRIPs Development: the Tension Between Commercial and Social agendas in the Context of Intellectual Property ». *Florida Journal of International Law*, vol. 14 (printemps), p. 193-216.
 - . 2002. « TRIPs and the Access to Medicines Campaign ». *Wisconsin International Law Journal*, vol. 21 (été), p. 481-522.
 - . 2003. « Legal Movement in Trade & Intellectual Property ». *Emory International Law Review*, vol. 17, p. 591-600.
 - . 2003. *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge. New York: Cambridge University Press. 218 p.
- SELL, Susan K. et Aseem PRAKASH. 2004. « Using Ideas Strategically: The Contest Between Business and NGO Networks in Intellectual Property Rights ». *International Studies Quarterly*, vol. 48, p. 143-175.
- SETTEAR, John K. 1996. « An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis on International Relations Theory and International Law ». *Harvard International Law Journal*, vol. 37, p. 139-229.
- SHADLEN, Ken. 2005. *Policy Space for Development in the WTO and Beyond: The Case of Intellectual Property Rights*. Document de travail No. 05-06. Medford: Global Development and Environment Institute. 45 p. En ligne: <<http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/05-06PolicySpace.pdf>> (date d'accès: 5 avril 2006).
- SHANKER, Daya. 2003. « Legitimacy and the TRIPs Agreement ». *Journal of World Intellectual Property*, vol. 6, n° 1, p. 155-189.
- . 2004. « Argentina-US mutually Agreed Solution, Economic Crisis in Argentina and the Failure of the WTO Dispute Settlement System ». *Idea: The Journal of Law and Technology*, vol. 44, n° 4, p. 565-615.

- SHERWOOD, Robert M. et Carlos A. PRIMO BRAGA. 1996. *Intellectual Property, Trade and economic development: A Road map for the FTAA negotiations*. Coral Gables: North-South Center, University of Miami, 14 p.
- SHIVA, Vandana. 1987. *The Plunder of Nature & Knowledge*. Boston: South End Press. 147 p.
- . 2001. *Protect or Plunder? Understanding Intellectual Property Rights*. Londres et New York: Zed Books. 146 p.
- SHULMAN, Seth. 1999. *Owning the Future*. Boston, New York: Houghton Mifflin Company. 239 p.
- SILBEY, Susan. 1997. «Let them Eat Cake: Globalization, Postmodern Colonialism, and the Possibilities of Justice». *Law & Society Review*, vol. 31, n° 2, p. 207-236.
- SILVERSTEIN, David. 1994. «US Trade Policy Regarding Intellectual Property Matters». In *International Trade and Intellectual Property*, sous la dir. de George STEWART, p. 155-179. Boulder: Westview Press.
- SIMPSON, Tony. 1997. *Indigenous Heritage and Self-Determination: The Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*. Copenhagen: International Work Group for Indigenous Affairs. 229 p.
- SITTENFELD, Ana et Rodrigo GAMEZ. 1993. «Biodiversity Prospecting by INBio». In *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development*, sous la dir. de Walter Reid et al., p. 67-97. États-Unis, Costa Rica, Kenya: WRI, INBio, USA Rainforest Alliance, ACTS.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. «International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda». *American Journal of International Law*, vol. 87, p. 220.
- SMITH, Michael W. 1999. «Bringing Developing Countries' Intellectual Property Laws to TRIPs Standard». *Case Western Journal of international Law*, vol. 31, p. 211-251.
- SMITH, Noah et Christopher RUGABER. 2002. «USTR Holds Intellectual Property Talks With Taiwan, Setting Off Talk of Possible FTA». *International Trade Reporter*, 17 novembre 2002.
- SMITH, Pamela J. 2001. «How Do Foreign Patent Rights Affect US Exports, Affiliate Sales, and Licenses?». *Journal of International Economics*, vol. 55, p. 411-439.
- SMOUTHS, Marie-Claude. 1998. «La coopération internationale: de la coexistence à la gouvernance mondiale». Chap. in *Les nouvelles relations internationales: Pratiques et Théories*, p. 135-160. Paris: Presses de Science Po.
- SNIDAL, Duncan. 1985. «The limits of Hegemonic Stability Theory». *International Organization*, vol. 39, n° 4, p. 579-614.
- . 1985. «Coordination versus Prisoner's dilemma: Implication for International Cooperation and Regimes». *American Political Science Review*, vol. 79, p. 923-942.
- SPECTOR, Bertram I. 2003. «Deconstructing the Negotiations of Regime Dynamics». In *Getting It Done: Postagreement Negotiation and International*

- Regimes*, sous la dir. de Bertram I. SPECTOR et I. William ZARTMAN, p. 51-87. Washington: United States Institute of Peace Press.
- SPECTOR, Bertram I. et William I ZARTMAN. 2003. «Regimes in Motions: Analyses and Lessons Learned». Chap. in *Getting It Done: Postagreement Negotiation and International Regimes*, p. 271-292. Washington: United States Institute of Peace Press.
- SPOONER, Lysander. 1855. *The Law of Intellectual Property or an Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas*. Boston: Bela Marsh.
- SPRUYT, Hendrik. 2000. «New Institutionalism and international Relations». In *Global Political Economy: Contemporary Theories*, sous la dir. de Ronen PALAN, p. 130-141. Londres, New York: Routledge.
- STEIDLEMEIER, Paul. 1993. «The moral Legitimacy of Intellectual Property Claims: American Business and Developing Country Perspectives». *Journal of Business Ethics*, vol. 12, n° 2, février 1993, p. 157-164.
- STEIN, Arthur. 1985. «Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic world». In *International Regimes*, sous la dir. de Stephen KRASNER. Ithaca: Cornell University Press. p. 115-140.
- STEINBERG, R.H. 2002. «In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining in the GATT/WTO». *International Organization*, vol. 56, n° 2, p. 339-374.
- STRANGE, Susan. 1985. «Cave! Hi dragons: A Critique of Regime Analysis». In *International Regimes*, sous la dir. de Stephen KRASNER, p. 347-354. Ithaca: Cornell University Press.
- . 1987. «The Persistent Myth of Lost Hegemony». *International Organization*, vol. 41, n° 4, p. 552-574.
- SUN, Andy Y. 1998. «From Pirate King to Jungle King: Transformation of Taiwan's Intellectual Property Protection». *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 9 (automne), p. 67-171.
- SVARSTAD, Hanne. 2000. «Reciprocity, biopiracy, heroes, villains and victims». In *Bioprospecting: From Biodiversity in the South to Medecines in the North*, sous la dir. de Hanne Svarstad et Shivcharn Dhillion, p. 20. Oslo: Spartacus Forlag.
- TAKENAKA, Toshiko. 2000. «Impact of 1999 Patent Reforms: A Comparative Law Perspective». *CASRIP Newsletter*, hiver, p. 2-7.
- TANSEY, Geoff. 2004. «The Role and Perspectives of "Non-Traditional" Providers of IPR Technical Assistance». *Reflecting on IPR Technical Assistance*, p. 54-64. Helsinki: Saana Consulting.
- TAWFIK, Mira. 1994. «The Secret of Transforming Art into Gold: Intellectual Property Issues in Canada-US Relations». *Canadian-American Public Policy*, n° 20, décembre, p. 8.
- THELEN, Kathleen. 1999. «Historical Institutionalism in Comparative Politics». *Annual Review of Political Science*, vol. 2, June, p. 369-404.

- THOMAS, John. 2005. *Intellectual Property and the Free Trade Agreements: Innovation Policy Issues*. Washington: CRS Report for Congress. 22 p.
- THOMPSON, Jeffrey. 1994. « The North American Patent Office? A Comparative Look at the NAFTA, the European Community, and the Community Patent Convention ». *Georges Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 27, p. 501-511.
- THORPE, Phil. 2002. *Study on the Implementation of the TRIPs Agreement by Developing Countries*. Commission on Intellectual Property Rights Study Paper 7, Londres: IPR Commission. 50 p. En ligne: IPR Commission <http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study_papers/sp7_thorpe_study.pdf> (date d'accès: 30 mars 2006).
- TOOPE, Stephen. 2003. « Powerful but unpersuasive? The Role of the United States in the Evolution of Customary International Law ». In *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, sous la dir. de Michael BYERS et Georg NOLTE, p. 287-316. Cambridge: Cambridge University Press.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. 2004. *International Investment Agreements: Key Issues*. Doc. no. UNCTAD/ITE/IIT/2004/10. New York et Genève: UNCTAD. 232 p.
- UNCTAD-ICTSD. 2005. *Resource Book on TRIPs and Development*. Cambridge: Cambridge University Press. 810 p.
- VAN DE WATERINGEN, Susanne. 1997. « USA Pushes Ecuador to Sign IPR Agreement ». *Biotechnology and Development Monitor*, n° 33, p. 2022-2029.
- VANEL, Grégory. 2003. « Le Concept d'Hégémonie en économie politique internationale ». *Économie Politique Internationale*, 38 p. En ligne: GRIC <en ligne: GRIC <http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/Cahier_Vanel.pdf> (date d'accès: 22 mars 2006).
- VANGRASSTEK COMMUNICATIONS. 1990. « Trade-Related Intellectual Property Rights: United States Trade Policy, Developing Countries and the Uruguay Round ». *Uruguay Round, Further Papers on Selected Issues*. New York: UNCTAD, p. 79-129.
- VAVER, David. 1990. « Intellectual Property Today: Of Myths and Paradoxes ». *Canadian Bar Review / La revue du barreau canadien*, vol. 69, p. 98-128.
- . 2003. « Le concept d'invention en droit des brevets: Bilan et perspectives ». In *Protéger les inventions de demain, biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, sous la dir. de Michel Vivant, p. 271-297. Paris: La Documentation française.
- VICTOR, David et Kal RAUSTIALA. 2004. « The Regime Complex for Plant Genetic Resources ». *International Organization*, vol 32, n° 2, p. 147-154.
- VIVANT, Michel. 2004. « La fantastique explosion de la propriété intellectuelle: une rationalité sous le Big Bang? ». *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, hors série: mélanges Victor Nabhan, p. 395-411.
- . 1998. « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles? ». In *Mélanges Christian Mouly*, vol. 1, p. 441-455. Paris: Litec.
- . 2003. *Protéger les inventions de demain*. Paris: La Documentation française.

- VIVANT, Michel et al. 1997. *Les créations immatérielles et le droit*. Coll. Le droit en questions. Paris: Ellipses. 128 p.
- VIVANT, Michel et Jean-Michel BRUGUIÈRE. 2003. «Réinventer l'invention?». *Propriété intellectuelle*, vol. 8, juillet, p. 286-292.
- VIVAS-EUGUI, David. 2003. *Regional and bilateral agreements and a TRIPs-plus world: The Free Trade Area of the Americas (FTAA)*. Genève: Quaker United Nations Office, 36 p.
- . 2003. «Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge: the Current Debate and Possible Legal Alternatives». In *Trading in Knowledge, Development Perspectives on TRIPs, Trade and Sustainability*, sous la dir. de Christophe Bellman, Graham Dutfield et Ricardo Meléndez-Ortiz, p. 196-206. Londres: Earthscan.
- VOGEL, Louis. 2001. «Unifier le droit: le rêve impossible?». *Unifier le droit: le rêve impossible?*, sous la dir. De Louis Vogel, p. 7-8. Paris: LGDJ.
- VON LEWINSKI, Slike. 2004. «Américanisation». In *Propriété intellectuelle et mondialisation: La propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, sous la dir. de Michel Vivant, p. 13-29. Paris: Dalloz.
- WATAL, Jayashree. 2000. «Pharmaceutical Patents, Prices and Welfare Losses: A Simulation Study of Policy Options for India under the WTO TRIPs Agreement». *The World Economy*, vol. 23, p. 733-752.
- . 2001. *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*. Londres, La Haye et Boston: Kluwer Law International, 512 p.
- WATKINS, Kevin et Penny FOWLER. 2001. *Rigged Rules and Double Standards: Trade, Globalisation, and the Fight Against Poverty*. Oxford: Oxfam. 272 p.
- . 2003. «International trade rules as an obstacle to development». Chap in *Rigged Rules and Double Standards: Trade, Globalisation and the Fight Against Poverty*. Oxford: Oxfam. En ligne: Make Trade Fair <<http://www.maketrade4fair.com/assets/english/report%20chapter%208%20english.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).
- WATSON, Alan. 1974. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Athènes et Londres: University of Georgia Press. 119 p.
- WEISSMAN, Robert. 1996. «A Long Strange TRIPs: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries». *Journal of International Economic Law*, vol. 17. University of Pennsylvania, p. 1069-1125.
- . 2004. «Dying for Drugs: How CAFTA-DR will Undermine Access to Essential Medicines». *Multinational Monitor*, avril. En ligne: CP Tech <<http://www.cptech.org/ip/health/trade/CAFTA-DR/weissman032004.doc>> (date d'accès: 23 mars 2006).
- . 2006. «Data Protection: Options for Implementation». In *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, sous la dir. de Pedro ROFFE, Geoff TANSEY et David VIVAS-EUGUI, p. 151-178. Londres: Earthscan.

- WHITT, Laurie Anne. 1998. « Indigenous Peoples, Intellectual Property & the New Imperial Science ». *Oklahoma City University Law Review*, vol. 23 (printemps/été), p. 211-259.
- . 1998. « Interdisciplinary Perspective : Indigenous Peoples, Intellectual Property & the New Imperial Science. Part I ». *Oklahoma City University Law Review*, vol. 23, p. 211-259.
- WIJLMAN, Magnus. 2003. « US Trade Policy: Alternative Tracks or Parallel Tracks? ». In *Unilateralism and US Foreign Policy: International perspective*, sous la dir. de David Malone et Yuen Foong Khong, p. 264. Boulder: Lynne Rienner.
- WINTER, Harvey. 1988. « A View From the US State Department ». In *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*, sous la dir. de Charles Walker et Mark Bloomfield, p. 99-106. Lanham: University Press of America.
- WOJAHN, Patrick. 2001. « A Conflict of Rights : Intellectual Property Under TRIPs, The Right to Health, and AIDS Drugs ». *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 6, p. 463-497.
- WRASE, Alisa M. 2000. « US Bilateral Agreements and the Protection of Intellectual Property Rights in Foreign Countries: Effective for US Intellectual Property Interest or a Way Out of Addressing the Issue? ». *Dickinson Journal of International Law*, vol. 19 (automne), p. 245-267.
- WUNSCH-VINCENT, Sacha. 2003. « The Digital Trade Agenda of the US: Parallel Tracks of Bilateral, Regional and Multilateral Liberalization ». *Aussenwirtschaft*, p. 7-46.
- YARBROUGH, Beth V et Robert M. YARBROUGH. 1987. « Cooperation in the Liberalization of International Trade: After Hegemony, What? ». *International Organization*, vol. 41, n° 1, p. 13-26.
- YEUTTER, Clayton. 1988. « Negotiating Intellectual Property Rights Protection ». In *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*, sous la dir. de Charles Walker et Mark Bloomfield, p. 109-115. Lanham: University Press of America.
- YOUNG, Oran. 1982. « Regime Dynamics: the Rise and Fall of International Regimes ». *International Organization*, vol 36, n° 2, p. 277-297.
- YU, Peter K. 2000. « From Pirates to Partners: Protecting Intellectual Property in China in the Twenty-First Century ». *The American University Law Review*, vol. 50, octobre, p. 131-197.
- . 2002. « Toward a nonzero-sum approach to resolving global intellectual property disputes: What we can learn from mediators, business strategists, and international relations theorists ». *University of Cincinnati Law Review*, vol 70, p. 569-649.
- . 2004. « Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime ». *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 38, p. 323-443.
- . 2005. « Intellectual Property and the Information Ecosystem ». *Michigan State Law Review*. Vol. 2005, n° 1, p. 1-20.

- . 2006. «TRIPs and Its Discontents». *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 10, n° 2, p. 369-410.
- YUSUF, Abdulqawi A. 1998. «TRIPs: Background, Principles and General Provisions». In *Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement*, sous la dir. de Carlos M. CORREA and Abdulqawi A. YUSUF, p. 10-20. Londres, La Haye et Boston: Kluwer Law International.
- ZARTMAN, William. 2002. «The Structure of Negotiation». In *International negotiation: analysis, approaches, issues*, sous la dir. de Victor A. KREMENYUK, p. 71-84. San Francisco: Jossey-Bass.
- . 2003. «Negotiating the Rapids: The Dynamics of Regime Formation». In *Getting It Done: Postagreement Negotiation and International Regimes*, sous la dir. de Bertram I. SPECTOR et I. William ZARTMAN, p. 13-50. Washington: United States Institute of Peace Press.
- ZENG, Ka. 2002. «Complementary Trade Structure and US-China Negotiations over Intellectual Property Rights». *East Asia*, vol. 20, n° 1, p. 54-80.
- . 2002. «Trade Structure and the Effectiveness of America's Agressively Unilateral Trade Policy». *International Studies Quartely*, vol. 46, p. 93-115.
- ZHANG, Shu. 1994. *De l'OMPI au GATT: La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle*. Paris: Litec. 383 p.

ARTICLES DE JOURNAUX ET COMMUNIQUÉS DE PRESSE

- Inconnu, 2002. «ABA IP Section OKs resolution For First-to-File Patent System». *International Trade Reporter*, vol 19, n° 27, 4 juillet 2002, p. 1161.
- Inconnu. 2003. «US Official see FTA with Morocco as Potential Link to Tunisia, Algeria». *Inside US Trade*. 1 août.
- Inconnu, 2003. «US Official see FTA with Morocco as Potential Link to Tunesia, Algeria». *Inside US Trade*, 1 août, p. 24.
- Inconnu. 2005. «Drug trade». Éditorial. *Washington Post*, 13 janvier, p. A20.
- Inconnu, 2005. «Clash Continues on US-Central America Trade Deal». *Intellectual Property Watch*, vol. 2, n° 1, 1^{er} mars, p. 1-2.
- ADHIKARI, Ratnakar. 2003. «Hydra-headed UPOV». *Katmandu Post*, 15 août.
- BULARD, Martine. 2000. «Apartheid of Pharmacology». *Monde diplomatique*, janvier.
- BOOKER, Salih et William MINTER. 2001. «Global Apartheid». *The Nation*, 9 juillet.
- DREIER, David. 2003. «The drug policy debate». *Washington Times*, 5 novembre.
- DYER, Geoff, Guy DE JONQUIÈRES et Robert GRAHAM. 2004. «US and France clash over cheap Aids drugs», *Financial Times*. 13 juillet.
- ENYART, James R. 1990. «A GATT Intellectual Property Code». *Les Nouvelles*, vol. 25, p. 53-56.
- FRIEDMAN, Milton. 1987. «Outdoing Smoot-Hawley». *The Wall Street Journal*, 20 avril, p. 22.

- ICTSD. 2002. « TRIPs Council Sets Agenda for June Meeting ». *Bridge Weekly News Digest*. 22 mai.
- LOVE, James. 2005. « USTR Summons CAFTA-DR Governments For Meeting On Guatemala Law ». *Inside US Trade*, 10 janvier.
- MACTAGGART, Barry. 1982. « Stealing from the Mind », *The New York Times*, 9 juillet, p. A25.
- MCGREAL, Chris. 2000. « Aids: South Africa's new apartheid ». *The Guardian*, 30 novembre.
- MÉDECINS SANS FRONTIÈRES. 2001. « US action at WTO threatens Brazil's successful AIDS programme ». Campaign for access to essential medicines. *MSF Press Realeases*. 1^{er} février. En ligne: MSF <<http://www.accessmed-msf.org/prod/publications.asp?scntid=2182001228232&contenttype=PARA&>> (date d'accès: 31 mars 2006).
- . 2004. « Access to Medicines at Risk Across the Globe, What to Watch Out For in Free Trade Agreements with th United States ». Campaign for Access to Essential Medicines. *Briefing Note*. mai. En ligne: MSF <<http://www.accessmed-msf.org/documents/ftabriefingenglish.pdf>> (date d'accès: 31 mars 2006).
- PHARMACEUTICAL RESEARCH AND MANUFACTURERS OF AMERICA (PhRMA). 2004. « Press Release », 17 juin 2004. En ligne: PhRMA <<http://www.phrma.org/mediaroom/press/releases/17.06.2004.1029.cfm>> (date d'accès: 10 août 2004).
- . 2005. « Developing Countries Gain Access to More Medicines Under CAFTA ». Communiqué de presse. 14 juin. En ligne: <http://www.phrma.org/news_room/press_releases/developing_countries_gain_access_to_more_medicines_under_CAFTA-DR/> (date d'accès: 2 avril 2006).
- PIRACHA, Shaukat. 2004. « IPR laws can expedite investment pact with US ». *Daily Times*, Lahore, 30 septembre 2004.
- PRUZIN, Daniel. 2002. « PTO Chief Says US Willing to Be Flexible On US Rules to Secure Global Patent Treaty ». *International Trade Reporter*, vol 19, n° 14, 4 avril, p. 601.
- ROSENBERG, Tina. 2001. « Look at Brazil ». *New York Times Magazine*. 28 janvier.
- SAWALHA, Francesca. 2000. « Jordan's e-movers and shakers: Take a look at us now ». *Jordan Times*, 24 décembre. En ligne: intaj <<http://www.intaj.net/news/readnews.cfm?id=54>> (date d'accès: 22 mars 2006).
- UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. 2004. « Statement from USTR Spokesman Richard Mills Regarding Australian implementing legislation and amendments related to the FTA ». Communiqué de presse. 8 décembre 2004. En ligne: USTR <http://www.ustr.gov/Document_Library/Spokesperson_Statements/Statement_from_USTR_Spokesman_Richard_Mills_Regarding_Australian_implementing_legislation_amendments_related_to_the_FTA.html> (date d'accès: 3 avril 2006).
- ZAROCOSTAS, John. 1998. « Stronger biotech patent rules urged ». *Journal of Commerce*, 3 avril, p. 3A.

ZOELLICK, Robert. 2003. «America will not wait for the won't-do». *Financial Times*, 22 septembre, p. 23.

LETTRES

Lettre de Hilda L. SOLIS *et al.* au Président Bush. 30 septembre 2004. En ligne: CP Tech <<http://www.cptech.org/ip/health/trade/CAFTA-DR/congress09302004.html>> (date d'accès: 2 avril 2006).

Lettre de Carl B. FELDBAUM à Nicholas Godici, non datée.

Lettre de Carl B. FELDBAUM à Nicholas Godici. 6 mai 2002. En ligne: <<http://www.bio.org/ip/action/ltr20020506c.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).

Lettre de Carl B. FELDBAUM à Robert B. Zoellick. 29 janvier 2003. En ligne: BIO <<http://www.bio.org/ip/action/20030129.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).

Lettre de J.W. MARRIOTT, Président du Comité présidentiel sur les exportations, au Président des États-Unis. 17 mars 2004. En ligne: Comité présidentiel sur les exportations <<http://www.ita.doc.gov/TD/PEC/iprinvestorprotections.html>> (date d'accès: 2 avril 2006).

Lettre de Chales B. RANGEL, Sander M. Levin, Jim McDermott et Henry Waxman à Robert B. Zoellick. 15 juillet 2004. En ligne: Consumer Project on Technology <<http://www.cptech.org/ip/health/c/morocco/house07152004.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).

Lettre de John K. VERONEAU à Sander M. Levin. 19 juillet 2004. En ligne: Consumer Project on Technology <<http://www.cptech.org/ip/health/c/morocco/ustr-to-levin07192004.pdf>> (date d'accès: 23 mars 2006).

Lettre de Lila FEISE à Sybia Harrisson. 11 février 2005. En ligne: Biotechnology Industry Organization <<http://www.bio.org/ip/action/3012005.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).

Lettre de Robert ZOELLICK à David M. Walker. 3 décembre 2003.

Lettre de Robert B. ZOELLICK à James S. Peterson. 16 juillet 2004. En ligne: Réseau juridique Canadien VIH/Sida <<http://www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/cts/patent-amend/canadatrips-mou.pdf>> (date d'accès: 30 mars 2006).

Lettre de Val GIDDINGS à McDonald Netshitenzhe. 18 mars 2004.

DISCOURS, SITE INTERNET ET AUTRES DOCUMENTS

ACT-UP PARIS ET AL. 2005. «NGO Statement of need for WTO moratorium of regional and bilateral trade agreements undermining access to health». 17 décembre. En ligne: Bilaterals <http://www.bilaterals.org/article.php?id_article=3289> (date d'accès: 23 mars 2006).

BELLEFLAMME, Paul. 2004. «Logiciel, créations commerciales et brevet». Présentation. *Colloque Le Brevet: Pourquoi et Pour faire quoi?*. 12 mars 2004. Chaire Arcelor. Université Catholique de Louvain.

- BERZ et al. 2001. «Panel Discussion on TRIPs». In *International Intellectual Property Law & Policy*, sous la dir. de Hugh C. Hansen. p. 45.1-45.10. Yonkers, Londres: Juris Publishing, Sweet & Maxell.
- COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE. 2001. *Déclaration jointe à l'instrument d'approbation*. Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. 3 novembre. En ligne: FAO <<http://www.fao.org/Legal/TREATIES/033s-f.htm>> (date d'accès: 3 avril 2006).
- CRITCHLEY, Wayne. 2005. «Prix des médicaments au Canada et aux États-Unis: une question complexe?». Présentation Powerpoint. *Conférence annuelle National Academy of Social Influence*. 27 janvier. Washington.
- DRAHOS, Peter. 2003. *Expanding Intellectual Property's Empire: The Role of FTAs*. novembre 2003. 19 p. En ligne: GRAIN <http://www.grain.org/rights_files/drahos-fta-2003-en.pdf> (date d'accès: 3 avril 2006).
- HASLAM, Paul. 2006. «Governing Foreign Direct Investment in the Americas: International Relations Theory and the Study of the Investment Regime», communication présentée au Congrès de l'Association canadienne de science politique, York University. 22 p.
- INSTITUTE FOR AGRICULTURAL AND TRADE POLICY. 1998. *Fourth Business Forum of the Americas – Workshop 4: Intellectual Property*. San José. En ligne: SICE <http://www.sice.oas.org/ftaa/costa/forum/workshops/papers/wks4/iatp_e.asp> (date d'accès: 1^{er} avril 2006).
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. 2005. *Current and Emerging Intellectual Property Issues for Business: A Roadmap for Business and Policy Makers*. Paris: International Chamber of Commerce, 6^e éd. En ligne: ICC <http://www.iccwbo.org/home/intellectual_property/current_emerging/preface.asp> (date d'accès: 31 mars 2006).
- INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY ALLIANCE. 1999. *Nicaragua, excerpt from the IIPA Special 301 Recommendations for the year 1999*. En ligne: IIPA <http://www.iipa.com/rbc/1999/rbc_nicaragua_301_99.html> (date d'accès: 1^{er} avril 2006).
- KANTOR, Mickey. 2005. *US. Free Trade Agreements and the Public Health*. 25 juillet. 17 p. En ligne: World Health Organization – CIPIH Submissions <<http://www.who.int/intellectualproperty/submissions/US%20FTAs%20and%20the%20Public%20Health.pdf>> (date d'accès: 22 mars 2006).
- KHOR, Martin. «A Worldwide Fight against Biopiracy and Patents on Life», <http://www.twinside.org.sg/title/pat-ch.htm> (page consultée le 27 avril 2003).
- LARSON, Alan. 2002. «State's Larson on Intellectual Property Rights Policy», Department of State Washington File EPF 211, en ligne: US Info <<http://usinfo.org/wf-archive/2002/020212/epf211.htm>> (date d'accès: 2 avril 2006).
- LEHMAN, Bruce. 2004. *Protecting Pharmaceutical Patent Rights Into the Future*. Présentation. École des Sciences politiques. Paris, le 24 juin. En ligne: International Intellectual Property Institute <<http://www.iipi.org/speeches/Paris0604.pdf>> (date d'accès: 2 avril 2006).

- MÉDECINS SANS FRONTIÈRES. 2005. *Testimony on IP Provisions in CAFTA-DR & Consequences for Access to Essential Medicines*. En ligne: MSF <http://www.doctorswithoutborders.org/publications/speeches/2005/testimony_guatemala_4-2005.cfm> (date d'accès: 2 avril 2006).
- OTTEN, Andrian. 2002. «International Institutions, Rules and Practices and Capacity Building». Présentation. *How intellectual property rights could work better for developing countries and poor people*. 21-22 février 2002. Londres: the Royal Society.
- PHARMACEUTICAL RESEARCH AND MANUFACTURERS OF AMERICA (PhRMA). 2002. *Health Care in the Developing World – Executive Summary*. 18 février. En ligne: Phrma <<http://world.phrma.org/exec.summary.html.html>> (date d'accès: 31 mars 2006).
- SCHECHTER, Michael. 1993. «The New Haven School of International Law, Regime Theorists, their Critics and Beyond». Présentation. *Annual Meeting of the International Studies Association*. 26 mars. Acapulco.
- SHADLEN, Kenneth. 2001. «Beyond the Battle in Seattle: International Economic Governance and the North-South Conflict over Intellectual Property Rights». Présentation. *Annual Meeting of the American Political Science Association*, San Francisco. 30 août.
- TYABJI, Nico. «QUNO at the 6th WTO Ministerial in Hong Kong». *Geneva Reporter*, vol. 25, n° 1.
- UNION DES INDUSTRIES DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE *et al.* *Resolution for a Path Forward in WIPO Harmonization Talks From the Industry Trilateral*. non date. En ligne: < http://listbox.wipo.int/wilma/scp-eforum/2004/msg00000/Unice_JIPA_IPO_AIPLA.pdf > (date d'accès: 3 avril 2006).
- WAXMAN, Henry. 2003. Allocution. Committee on Ways and Means, Subcommittee on Trade, Hearing on Implementation of U.S. Bilateral Free Trade Agreements with Chile and Singapore. 10 juin. En ligne: Ways and Means <<http://waysandmeans.house.gov/hearings.asp?formmode=view&id=1107>> (date d'accès: 30 mars 2006).
- . 2005. Allocution «The US-Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement». 27 juillet.
- WYNBERG, Rachel. 2003. «Sharing the crumbs with the San». mars. En ligne: Biowatch South Africa <<http://www.biowatch.org.za/main.asp?include=docs/clippings/csir-san.htm>> (date d'accès: 2 avril 2006).
- ZOELLICK, Robert B. 2004. Allocution. Electronic Industry Alliance 2004 Government – Industry Dinner. 25 mai. Washington DC. En ligne: USTR <http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/USTR_Speeches/2004/asset_upload_file24_4099.pdf> (date d'accès: 3 avril 2006).

Liste des figures

Figure 1: Conceptualisation de l'influence de la puissance sur le comportement des acteurs selon le programme de recherche des régimes internationaux.....	40
Figure 2: Conceptualisation de quatre formes de domination ...	44
Figure 3: Conceptualisation de l'influence de la puissance sur les règles	49
Figure 4: Conceptualisation du changement de forum niveau/champ	59
Figure 5: Diagramme des organes gouvernementaux impliqués dans le régime international des brevets	98

Liste des graphiques

Graphique 1 : Nombre cumulé de traités commerciaux notifiés au secrétariat du GATT puis à l'OMC.....	61
Graphique 2: Déficit commercial des États-Unis en millions de dollars (1970-1994)	101
Graphique 3: Investissements en R&D sur le PIB des États-Unis (1956-1998).....	103
Graphique 4: Nombre de demandes de brevet déposées au USPTO par des citoyens américains (1975-2001)	103
Graphique 5: Nombre de brevets déposés à l'étranger par des résidents des États-Unis (1994-2001)	135
Graphique 6: Importations et exportations de produits pharmaceutiques aux États-Unis en milliers de dollars (1990-2000)	136
Graphique 7: Revenus tirés par des firmes américaines des licences et royalties (en millions de dollars)	137
Graphique 8: Profitabilité de l'industrie pharmaceutique comparée à celle de la moyenne du <i>Fortune 500</i> , en millions de dollars constants de 1984	138
Graphique 9: Nombre cumulé de pays en développement qui sont Parties au <i>Traité de Budapest</i>	376
Graphique 10: Nombre de demandes internationales de brevet en 2002 selon le pays d'origine du déposant	377
Graphique 11. Nombre cumulé de Parties à la <i>Convention UPOV</i>	394

Liste des tableaux

Tableau 1: Catégories de pays selon le niveau de développement technologique	24
Tableau 2: Durée (années) des brevets dans quelques pays en 1992 (Avant l' <i>Accord sur les ADPIC</i>).	26
Tableau 3: Principaux traités multilatéraux sur le droit des brevets.	30
Tableau 4: Corpus de traités bilatéraux américains (1994-2004)	64
Tableau 5: Le modèle américain, un des plus généreux pour les inventeurs.	92
Tableau 6: Quelques organes gouvernementaux et leur rôle dans le régime international des brevets	96
Tableau 7: Le discours contestataire (le cas des ressources génétiques)	155
Tableau 8: Le discours contestataire (le cas de la santé publique)	164
Tableau 9: Quelques ONG s'intéressant de près au droit international des brevets	175
Tableau 10: Communications déposées au Conseil des ADPIC par les signataires des traités bilatéraux.	211
Tableau 11. Accords bilatéraux de la Communauté européenne conclus entre 1994 et 2004 et incluant des dispositions sur le droit des brevets	218
Tableau 12. Accords bilatéraux de l'AELE conclus entre 1994 et 2004 et incluant des dispositions sur le droit des brevets ...	223

Tableau 13. Forums bilatéraux et régionaux de propriété intellectuelle	232
Tableau 14: Les effets multiplicateurs des traités bilatéraux	238
Tableau 15: Évolution des types de traités bilatéraux	248
Tableau 16. Dépendance relative aux échanges commerciaux (année de la signature du traité bilatéral)	251
Tableau 17: Les rapports <i>Special 301</i> et les pays ciblés par les traités bilatéraux	263
Tableau 18: Les différends relatifs à l' <i>Accord sur les ADPIC</i> soumis à l'Organe de règlement des différends de l'OMC	267
Tableau 19. Les stratégies de coercition dans les négociations bilatérales	281
Tableau 20: Projets américains d'assistance technique réalisés dans les trois années précédant la signature d'un traité bila- téral	288
Tableau 21: Quelques considérations évoquées dans les préam- bules	303
Tableau 22: Les dispositions générales	304
Tableau 23: La règle de non-discrimination dans les traités bila- téraux	323
Tableau 24: Les exceptions générales à la brevetabilité	331
Tableau 25: Trois dispositions relatives à l'objet de la protection	357
Tableau 26: Conditions de fond de brevetabilité	362
Tableau 27: L'exigence de divulgation suffisante	368
Tableau 28: Les dispositions référant à certains traités multilaté- raux	380

Tableau 29: La protection de certaines inventions biotechnologiques	386
Tableau 30: Corrélation entre les adhésions à la <i>Convention UPOV</i> et la signature préalable d'un traité bilatéral référant à ladite convention	395
Tableau 31: La protection des renseignements relatifs à l'autorisation de mise en marché	414
Tableau 32: Le prolongement de la durée de protection	422
Tableau 33: Les exceptions générales aux droits conférés	436
Tableau 34: Les licences obligatoires	452
Tableau 35: La cession des droits	467
Tableau 36: Quelques obligations des traités bilatéraux.	507

Table des matières

Préface	7
Remerciements	9
Abréviations, sigles et acronymes	11
Résumé	13
Introduction générale	15
§ 1. Les postulats de recherche	21
§ 2. Le cadre théorique des régimes hégémoniques	33
§ 3. Une problématique sur la dynamique du régime des brevets	54
§ 4. L'hypothèse de l'exportation de droit	66
§ 5. Une méthode comparatiste	74

PREMIÈRE PARTIE L'EXPORTATION DES RÈGLES

TITRE I LA NÉCESSITÉ DE DÉPASSER LE CADRE MULTILATÉRAL

Chapitre 1	
Le droit des brevets et le commerce international	87
Section 1: Une association promue par les États-Unis	88
§ 1. Un héritage institutionnel	89
§ 2. Une interprétation économique	99
§ 3. Un discours moral	107
§ 4. Un droit commercial	113

Section 2: Une association multilatéralisée.	118
§ 1. Vers l'Accord sur les ADPIC	118
§ 2. Le bilan de l'Accord sur les ADPIC	130
§ 3. Aller au-delà de l' <i>Accord sur les ADPIC</i>	139
Conclusion.	147
 Chapitre 2	
Le droit des brevets et le développement international	149
 Section 1: Une association bicéphale.	150
§ 1. Le droit des brevets et la biodiversité	151
§ 2. Le droit des brevets et l'accès aux médicaments.	161
 Section 2: Une association internationalisée	171
§ 1. Les coalitions dans le système multilatéral	172
§ 2. Des normes multilatérales de contre-régime.	183
 Conclusion.	199

TITRE II

LE BILATÉRALISME COMME VOIE D'EXPORTATION

 Chapitre 1	
La puissance structurelle	205
 Section 1: Un engagement relatif accru	206
§ 1. L'engagement des interlocuteurs des États-Unis.	207
§ 2. L'engagement des États-Unis.	215
 Section 2: L'indépendance relative accrue	239
§ 1. L'indépendance juridique des États-Unis	240
§ 2. La dépendance commerciale des interlocuteurs	245
 Conclusion.	254

Chapitre 2	
La puissance behaviorale	257
Section 1: La coercition	257
§ 1. Les sanctions commerciales	258
§ 2. La réciprocité dans un contexte asymétrique	270
Section 2: La socialisation	283
§ 1. La socialisation par la persuasion normative	285
§ 2. La socialisation par les incitatifs externes	292
Conclusion	297

DEUXIÈME PARTIE LES RÈGLES EXPORTÉES

TITRE I UN DOMAINE ÉLARGI

Chapitre 1	
Une flexibilité maintenue en fonction des spécificités américaines	311
Section 1: Les conditions de brevetabilité maintenues	311
§ 1. Le brevet au premier inventeur	312
§ 2. L'appréciation de la nouveauté	315
§ 3. La discrimination	321
Section 2	
Les exceptions maintenues	329
§ 1. Les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales	330
§ 2. L'ordre public et la moralité	334
§ 3. L'environnement	339
§ 4. La sécurité nationale	342
Conclusion	346

Chapitre 2

Une flexibilité réduite pour les partenaires des États-Unis . . .	349
Section 1: Les conditions de brevetabilité précisées	349
§ 1. L'objet de la protection précisé	350
§ 2. Des précisions sur les conditions de fond à la brevetabilité	358
§ 3. Des précisions sur la condition de divulgation	365
§ 4. Des références supplémentaires aux traités multilatéraux	373
Section 2: Les exclusions retirées	381
§ 1. Les procédés biologiques	383
§ 2. Les végétaux et les animaux	388
§ 3. Les variétés végétales	392
Conclusion	401

TITRE II
UNE PROTECTION ACCRUE

Chapitre 1

Les droits conférés	405
Section 1: Associer les droits conférés à la protection des renseignements non divulgués	405
§ 1. La protection des renseignements non divulgués transmis aux autorités publiques.	406
§ 2. L'intégration avec le droit des brevets	412
Section 2: Associer la durée de protection aux formalités administratives	418
§ 1. Compenser la durée des procédures de l'office des brevets	420
§ 2. Compenser la durée des procédures d'autorisation de mise en marché	425
Conclusion	429

Chapitre 2	
Les limites aux droits conférés	431
Section 1: Les exceptions aux droits conférés	431
§ 1. Les exceptions générales	432
§ 2. Les licences obligatoires	443
Section 2: La cessation des droits	453
§ 1. L'épuisement	453
§ 2. La révocation	462
§ 3. Les procédures d'opposition	469
Conclusion	473
Conclusion générale	477
Appendices	493
Bibliographie sélective	509
Liste des figures	565
Liste des graphiques	567
Liste des tableaux	569