

Complément 3D

Le rôle des droits de propriété intellectuelle dans les enjeux post-Kyoto

Rémi Lallement

Centre d'analyse stratégique

Concernant les enjeux du changement climatique, la question des droits de propriété intellectuelle est ouvertement posée depuis la Convention de Rio, conclue en 1992 et ratifiée en 1994, qui a mis en avant la nécessité de mettre au point des technologies *ad hoc* et de renforcer les transferts de ces technologies, pour en faire bénéficier notamment les pays du Sud. Si le *transfert des technologies existantes* est sans doute un enjeu majeur à court ou moyen terme, la question clé à plus long terme porte tout autant sinon plus sur la *création de technologies nouvelles*. Dans cette perspective, la négociation actuelle sur le changement climatique dans l'ère post-Kyoto veut englober le développement technologique à travers tous ses stades – recherche et développement (R&D), déploiement, diffusion et transfert –, afin que tous les pays concernés et en particulier les pays en développement puissent renforcer leur action en faveur du climat et du développement durable, comme le soulignent les travaux menés au sein de la Convention-cadre de l'ONU sur le changement climatique (UNFCCC).

À l'égard des droits de propriété intellectuelle et selon leur stade de maturité, les technologies considérées ont *a priori* trois statuts possibles : soit elles sont déjà dans le domaine public, soit elles ne le sont pas encore et sont protégées par des droits de propriété intellectuelle, soit elles n'ont pas encore été conçues. La question de ces droits est donc bel et bien cruciale tant pour la capacité à utiliser des technologies existantes que pour l'incitation à en créer de nouvelles.

De manière générale, les entreprises et les investisseurs des pays développés ou en développement attendent des droits de propriété intellectuelle qu'ils incitent à l'innovation et favorisent l'investissement privé et le déploiement mondial des technologies « propres »⁽¹⁾, en sécurisant leurs conditions d'appropriation. Les droits de propriété intellectuelle jouent notamment un rôle important dans les projets coopératifs de R&D car, dans le domaine des technologies propres comme dans tous les autres, il est primordial de définir dès le départ des accords concernant les droits d'usage de technologies propriétaires préexistantes, ainsi que la propriété des inventions et brevets résultant de la R&D collaborative.

Sur ce double plan de la création et du transfert de technologies propres, les droits de propriété intellectuelle peuvent jouer de différentes manières. Très schématiquement et selon les cas, ils peuvent fonctionner en première approche soit comme un catalyseur indispensable – ce qui correspond plutôt à la vision des pays du Nord –, soit comme un obstacle – ce qui renvoie plutôt à la position des pays du Sud. Dans cette perspective Nord-Sud, les négociations internationales en vue de la période post-Kyoto visent au fond à faire converger ces deux visions, en faisant en sorte que le système des droits de propriété intellectuelle soit utilisé au mieux et/ou, au besoin, soit réformé, de façon à contribuer au développement des technologies propres et à leur valorisation internationale (OMPI, 2009a).

La situation se révèle cependant plus complexe dans les faits. En effet, les liens entre les droits de propriété intellectuelle, les transferts de technologie et les processus d'innovation et de développement se révèlent souvent ambigus (section 1). De plus, il serait réducteur de s'en tenir à un clivage Nord-Sud car, au sein des pays du Sud, des pays émergents tels que la Chine sont eux-mêmes devenus d'importants concepteurs de technologies propres et ont désormais des intérêts propres à défendre dans ce domaine, où ils se distinguent très fortement des pays les moins avancés. Sur cette toile de fond, différentes pistes sont en débat, pour prendre en compte concrètement les demandes des pays du Sud et, plus généralement, les besoins de partage à l'échelle de la planète, lorsque les droits de propriété intellectuelle sont en jeu (section 2). Il s'agit de dispositifs plus ou moins volontaires ou coercitifs, réglementaires ou contractuels, devant permettre aux pays en développement de bénéficier davantage des technologies issues de recherches financées sur fonds publics ou privés : communautés ou plates-formes communes de brevets, licences obligatoires, restrictions au champ du brevetable, etc. Ceci montre bien que, face aux enjeux du changement climatique, il est nécessaire et possible de dépasser une stérile opposition entre, d'une part, le renforcement d'ensemble des régimes de droits de propriété intellectuelle et, d'autre part, leur remise en cause globale.

(1) Par souci de commodité, il est ici choisi d'appeler technologies propres celles qui atténuent ou contrebalancent les effets négatifs du changement climatique, en permettant de moindres émissions de gaz à effet de serre ou une plus grande rationalité écologique.

1. Droits de propriété intellectuelle et transferts technologiques : des liens ambigus

Les liens entre les droits de propriété intellectuelle et les transferts de technologie, de même qu'entre ces droits et les activités d'innovation dépendent en grande partie du niveau de développement des pays considérés. En première approche, il est pratique de poser les termes du débat en opposant schématiquement les pays du Nord à ceux du Sud.

1.1. Le point de vue des pays les plus avancés sur le plan technologique

Les pays les plus avancés sur le plan technologique, principaux bénéficiaires du système des droits de propriété intellectuelle et notamment des brevets, insistent sur son bien fondé. Ce système consiste essentiellement en un mécanisme incitant à miser sur l'intelligence humaine, en faisant en sorte que les ayants droit puissent s'approprier pendant un temps suffisant les bénéfices attendus de leurs efforts d'inventivité et de créativité et éviter ainsi d'en être dépossédés trop rapidement par des imitateurs peu scrupuleux. Certes, les économistes peinent en général à établir empiriquement que le système du brevet joue globalement en faveur de l'innovation et du bien être social (Posner, 2005). Certains en soulignent les dérives, tant il apparaît que le brevet est souvent détourné de sa mission initiale d'outil au service de l'innovation et tend de plus en plus à devenir une fin en soi, en particulier aux États-Unis (McDonald, 2004).

L'analyse économique parvient cependant à montrer que ce système conserve des avantages décisifs, en tant que mécanisme d'incitation à l'innovation et de promotion de la croissance. Pour stimuler l'innovation, certes, il existe également d'autres mécanismes ou instruments : d'un côté, le système public de recherche, axé sur les universités et les organismes publics de recherche, de l'autre, des dispositifs de financement public destinés à la recherche du secteur privé (commandes publiques, crédits d'impôt, attribution de subventions ou de prix). Pourtant, ces systèmes alternatifs ont eux aussi leurs défauts, notamment celui d'être financés par l'ensemble des contribuables, alors que les coûts du brevet ne sont supportés que par les ayants droit et les utilisateurs des technologies protégées. De façon liée, par rapport à ces autres instruments de la politique d'innovation, le brevet a surtout l'avantage d'exercer moins ses effets en amont – au stade de la recherche et de la production de technologies – qu'en aval – au stade de leur valorisation marchande. En d'autres termes, le brevet récompense moins l'invention *per se* que la capacité à la mettre en œuvre sur le marché (Guellec et van Pottelsberghe, 2007). Se situant implicitement dans cette perspective, Tirole (2003) en conclut que miser sur le respect de la propriété intellectuelle permet aux transferts de technologie de s'opérer spontanément, « dans une approche de marché ».

Pour de telles raisons, il est souvent affirmé – notamment au Nord – que des droits de propriété intellectuelle forts tendent généralement à accroître

l'attractivité d'un pays donné pour les investissements directs étrangers et, notamment par ce biais, incitent à y transférer des technologies. Inversement, selon ce raisonnement, la coopération internationale en matière de développement technologique peut être menacée par l'insuffisance de protection des droits de propriété intellectuelle dans les pays d'accueil : les pays pourvoyeurs de technologies – et tout particulièrement les États-Unis – redoutent de subir le « vol » de leur technologie, *via* le détournement de leurs droits de propriété intellectuelle. Dans les pays en développement, une faible protection de ces droits risque en effet de dissuader les entreprises étrangères d'y transférer des technologies dont elles risquent de perdre le contrôle exclusif. Dans le pays d'accueil, de plus, les entreprises locales qui seraient susceptibles d'acquérir légalement le droit d'utiliser ces technologies – *via* le paiement de redevances (frais de licence) – peuvent être dissuadées de le faire si elles pensent que des concurrentes locales peuvent le faire sans s'acquitter de telles redevances. Ceci peut être problématique dans un domaine comme celui du « charbon propre », où un pays tel que la Chine a tendance à effectuer des coopérations internationales qui lui donnent l'accès à certaines technologies par le biais de contrats de licence et lui permettent par la suite de produire elle-même lesdites technologies (Justus et Philibert, 2005). Enfin, les pays développés ont souvent beau jeu de rappeler que les droits de propriété sont le plus souvent de nature privée, ce qui limite *a priori* la capacité des gouvernements à favoriser les transferts de technologie.

1.2. Les attentes (déçues) des pays du Sud en matière de transfert de technologies

Dans la *Convention-cadre* sur les changements climatiques (CCCC), qui est issue de la Convention de Rio en 1992, les pays développés ont cependant accepté de faciliter et de financer le transfert de technologies propres, selon un axe géographique Nord-Sud. Une disposition similaire se trouve dans le Protocole de Kyoto (article 10, § c). Plus récemment, la conférence internationale sur le climat qui s'est tenu à Bali en décembre 2007 a conduit à nouveau à prôner la mise en place de mesures allant dans ce sens et notamment en favorisant la diffusion internationale des technologies propres, pour inciter les pays du Sud à limiter leurs émissions de gaz à effet de serre. En décembre 2008, la Conférence de Poznan a même conduit à la définition d'un Programme stratégique du Fonds pour l'environnement mondial (FEM), centré sur le transfert technologique vers les pays en développement (UNFCCC, 2009a).

À cet égard, les attentes des pays du Sud ont également été renforcées par l'entrée en vigueur, en 1995, de l'Accord ADPIC⁽²⁾ de l'OMC, où figure

(2) ADPIC : Aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (en anglais : TRIPS). Cet accord figure en annexe de l'Accord de Marrakech de 1994 instituant l'OMC.

explicitement le principe des transferts de technologie comme une sorte de contrepartie à la signature de cet accord⁽³⁾. Or, dans l'absolu, les questions de transferts technologiques auraient sans doute davantage eu leur place dans le cadre d'un accord général sur l'investissement mais un tel accord n'existe pas⁽⁴⁾.

Quoi qu'il en soit, les espoirs suscités par ce type d'engagement ont été globalement déçus. En réaction, plusieurs pays en développement ont demandé que le système mondial des droits de propriété intellectuelle non seulement tienne compte de leurs intérêts propres mais aussi fasse de la promotion du développement l'un de ses objectifs. Ceci est une revendication de plusieurs pays du Sud (au départ le Brésil et l'Argentine) depuis l'automne 2004, époque où, à la veille de l'assemblée générale annuelle de l'OMPI⁽⁵⁾, les représentants de ces pays ont demandé que les enjeux du développement figurent à l'avenir parmi les missions de l'OMPI. À l'issue de cette assemblée, ils ont obtenu que l'OMPI s'engage à réfléchir sur ce qui pourrait être un régime de droits de propriété intellectuelle orienté vers le développement. Ceci n'a guère eu de conséquences majeures jusqu'à présent, même si le Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDPI) créé en 2007 au sein de l'OMPI pourrait à l'avenir faire progresser ce débat.

En tout cas, le fait est que les liens entre la force des droits de propriété intellectuelle et le développement économique sont complexes. L'impact positif en termes de transfert technologique dans le pays d'accueil est établi par certains travaux (Park et Lippoldt, 2008). Ainsi, entre 1982 et 1999, le renforcement des droits de propriété intellectuelle mis en œuvre dans seize pays⁽⁶⁾ a entraîné un impact significativement positif sur les paiements de redevances correspondant à des technologies qu'un ensemble de multinationales américaines y ont transférées ; toutefois, si ce renforcement des droits de propriété intellectuelle conduit par ailleurs à stimuler les dépôts de brevet de la part des non-résidents, il n'en est rien vis-à-vis des dépôts de brevet des résidents. Ceci suggère que les transferts de technologie induits par des droits de propriété intellectuelle forts se produisent surtout par un canal intra-firme, dans le cadre des multinationales mais pas nécessairement vis-à-vis du reste de l'économie, dans les pays d'accueil (Brandstetter et al., 2006).

(3) « Les pays développés membres offriront des incitations aux entreprises et institutions sur leur territoire afin de promouvoir et d'encourager le transfert de technologie vers les pays membres les moins avancés » (art. 66 2 de l'Accord ADPIC).

(4) À la fin des années quatre-vingt-dix, la tentative d'instaurer un accord multilatéral sur l'investissement (AMI) s'est soldée par un échec. Le fait est qu'elle avait été lancée à l'OCDE, alors qu'elle concerne à l'évidence aussi les pays en développement.

(5) L'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Genève) est l'organe des Nations Unies en matière de droits de propriété intellectuelle.

(6) Ceci dit, les pays considérés sont des pays soit développés, soit émergents *mais non des pays moins avancés*.

Le plus souvent, en effet, une technologie transférée dans un pays du Sud demeure au sein de la multinationale considérée et une grande partie du savoir (le savoir tacite, non codifié) ne se diffuse pas en direction des entreprises locales (Ménière, 2007). Par suite, les firmes transnationales jouent en général un rôle ambivalent dans la diffusion internationale des technologies : elles peuvent aussi bien la faciliter que la freiner (Brewer, 2007). En outre, des répercussions favorables n'apparaissent en général dans le pays d'accueil que quand ce dernier atteint au départ un certain niveau de développement technologique (Maskus, 2000). De plus, de telles retombées positives supposent des politiques d'accompagnement appropriées, de la part dudit pays d'accueil (Ménière, 2007).

Certes, comme il est souligné dans le fameux rapport Stern de 2006, les droits de propriété intellectuelle ne constituent que l'un des facteurs régissant les transferts technologiques internationaux, notamment en tant que frein ou obstacle potentiel (Brewer, 2007). Au total, malgré tout, l'analyse économique montre que, dans le pays d'accueil considéré, il n'y a en pratique d'automatisme ni pour le lien entre la force des droits de propriété intellectuelle et l'attractivité à l'égard des investissements directs étrangers, ni pour les bénéfices en termes de transfert (et *a fortiori* de diffusion) technologique.

1.2.1. Des besoins et des gains différents en fonction du niveau de développement atteint

L'affirmation selon laquelle « un système IP efficace et fonctionnant bien profitera à tous les pays quel que soit leur niveau de développement »⁽⁷⁾ mérite donc d'être nuancée⁽⁸⁾. De toute évidence, le lien entre la protection de la propriété intellectuelle et le développement n'est pas linéaire (Kumar, 2002). Il existe de ce fait un besoin de différenciation car, dans l'absolu, le degré de protection des droits de propriété intellectuelle devrait être proportionné au niveau de développement technologique des pays concernés (Hamdan-Livramento, 2009). À un extrême, en effet, un pays très avancé a plutôt intérêt à une forte protection des droits de propriété intellectuelle pour contrôler strictement l'accès au savoir et notamment afin de conserver son avance technologique. À l'autre extrême, un pays trop peu avancé donne en général la priorité à l'imitation sur l'innovation au sens strict et a peu intérêt à protéger des droits de propriété intellectuelle qui, le plus souvent, n'appartiennent pas et ne bénéficient guère à ses ressortissants. En tout cas, il est clair que, le cas échéant, les gains issus du système des droits de propriété intellectuelle ne sont pas répartis également sur la planète et bénéficient principalement aux pays les plus avancés. Ceci justifie l'idée de contreparties ou de règles préférentielles en faveur des pays du Sud, en fonction de leur stade de développement.

(7) Citation extraite de la déclaration finale du sommet du G8 de Toyako (juillet 2008).

(8) Globalement, pour les pays les moins avancés, les bénéfices nets tendent à être négatifs dans le domaine du brevet mais ils sont *a priori* plutôt positifs concernant les autres types d'outils de PI : droit d'auteur, marques, dessins et modèles, indications géographiques, etc. (Lallement, 2009).

Au-delà, l'ambiguïté concerne aussi les liens entre la force des droits de propriété intellectuelle et l'innovation technologique. Le fait est que, lorsqu'ils sont gérés de façon très stricte, les droits de propriété intellectuelle sont parfois perçus comme un facteur inhibant l'innovation technologique, comme l'a souligné un groupe de travail de la Convention-cadre de l'ONU sur le changement climatique (UNFCCC, 2008). Même s'il concerne beaucoup les pays du Sud, ce dernier constat s'applique également aux pays les plus avancés sur le plan technologique.

Ces divers éléments conduisent à deux conclusions, à ce stade. Premièrement, la question délicate du degré approprié de protection des droits de propriété intellectuelle vaut en fait pour tous les pays – bien que ce soit à des degrés divers –, selon leur niveau de développement. Deuxièmement, le clivage Nord-Sud est trop réducteur et, au sein des pays du Sud, il faut bien distinguer le cas des pays émergents de celui des pays les moins avancés.

1.2.2. L'intérêt des grands pays émergents : le cas de la Chine

À cet égard, le cas de la Chine est singulier car les intérêts actuels de ce pays sont, en la matière, intermédiaires entre ceux des pays du Nord et ceux des pays les moins avancés.

La Chine est tenue par ses engagements internationaux, notamment vis-à-vis de l'OMC, dont elle est membre depuis 2001 et dont elle doit donc respecter l'accord ADPIC. Ceci dit, la principale raison pour laquelle les autorités chinoises misent désormais de façon croissante sur le renforcement des droits de propriété intellectuelle sur leur territoire est que ceci correspond désormais aux besoins de leur pays, au stade de son développement économique actuel. Dans l'optique de ses dirigeants, en effet, la Chine vise à passer de plus en plus du statut d'imitateur à celui de véritable innovateur. En témoigne le fait que, depuis quelque temps, en matière de contrefaçon, les tribunaux chinois ne s'occupent plus seulement de plaintes déposées par des groupes étrangers contre des entreprises chinoises mais doivent de plus en plus traiter des plaintes de sociétés chinoises. Plus encore et de façon liée, le nombre de brevets (et de marques) déposés par des résidents chinois croît très fortement depuis plusieurs années. Ceci vaut en particulier dans le domaine des technologies propres : la Chine, à elle seule, a ainsi représenté près de 6 % du total mondial des brevets⁽⁹⁾ dans ces domaines sur la période 1998-2003, c'est-à-dire depuis la signature du protocole de Kyoto (1997), ce qui la situe déjà au 4^e rang mondial des pays

(9) Ceci dit, il convient d'utiliser avec prudence les données de brevet comme indicateur de transferts de technologies dans le cadre de projets MDP (mécanisme de développement propre). De même, un pays donné abritant des inventeurs ayant produit des technologies propres brevetées n'est pas forcément *ipso facto* en mesure de mettre en œuvre ces technologies : les brevets représentent souvent des technologies qui n'ont pas encore fait leur preuve et ne parviennent en fait jamais au stade de la mise en œuvre (Doranova et al., 2009). Les brevets restent souvent de simples potentiels, liés à des technologies immatures et qui *in fine* ne sont jamais exploitées.

inventeurs, après le Japon, l'Allemagne et les États-Unis, selon un chiffrage récent (Dechezleprêtre et al., 2008). Elle-même devenue un important concepteur de technologies propres, la Chine a désormais intérêt à défendre aussi ses propres droits de propriété intellectuelle en la matière. À terme, de ce fait, ses positions devraient se rapprocher davantage de celles des pays du Nord que de celles des pays moins avancés. Dans l'immédiat, Pékin a cependant tout intérêt à jouer de l'ambiguïté de sa position, dans les négociations post-Kyoto (voir la section 2).

Compte tenu de la position singulière de pays tels que la Chine, il convient cependant de remettre en cause la pertinence des approches traditionnelles en termes de transferts technologiques dans leur dimension Nord-Sud. Ceci renvoie notamment à l'importance croissante des pays du Sud comme lieu de provenance des technologies propres et, de façon liée, au rôle grandissant des transferts dans le sens Sud-Nord ou Sud-Sud (Brewer, 2007). De même, il apparaît que, dans le cas de pays émergents dotés eux-mêmes d'une capacité cognitive (*knowledge base*) suffisante, une grande part de la technologie utilisée dans les projets relevant du MDP (mécanisme de développement propre) existe de façon endogène, sans que se produise aucun transfert depuis l'étranger (Doranova et al., 2009). En écho à ce type d'analyse, la Conférence de Bali (2007) a conduit à élargir la problématique et à parler, au-delà des transferts de technologies, de coopérations technologiques Nord-Sud et Sud-Sud.

2. Les voies de réforme envisagées en vue de la Conférence de Copenhague

À quelques mois de la Conférence de Copenhague, le clivage Nord-Sud n'en subsiste pas moins, comme en témoignent les demandes persistantes de certains pays les moins avancés. Ainsi, au nom de ce groupe de pays, le Bangladesh réclame la mise en place de mécanismes de transfert technologique assurant l'accès aux pays les moins avancés, lorsque les droits de propriété intellectuelle sont en jeu.

En outre, un grand pays émergent tel que la Chine fait formellement bloc, de façon tactique, avec l'ensemble des pays en développement. Pékin a ainsi déclaré que le système actuel des droits de propriété intellectuelle n'est pas à la hauteur des besoins en matière de développement, de transfert et de déploiement de technologies, compte tenu des enjeux identifiés en matière de changement climatique. Concernant les technologies brevetées concernées, selon le gouvernement chinois, les réponses appropriées passeraient par la mise en place combinée de licences obligatoires (voir l'encadré) et d'arrangements juridiques et réglementaires spécifiques, afin de réduire le pouvoir de monopole conféré par les droits de propriété intellectuelle. En matière de co-développement de technologies propres, de même, il faudrait adopter des arrangements *ad hoc* de partage de ces droits. Quant

aux technologies propres développées dans les pays avancés sur la base de financements publics, en outre, il conviendrait d'adopter des dispositions permettant de les conserver dans le domaine public, de les maintenir ainsi accessibles et bon marché – à des conditions préférentielles –, en vue de transferts dans les pays en développement⁽¹⁰⁾.

L'une des questions soulevées ici, notamment par la Chine, porte sur les aides publiques. Le fait est que, dans les pays avancés, les pouvoirs publics promeuvent eux-mêmes les technologies propres et – par souci de « patriotisme économique » – font souvent en sorte que les financements publics consentis à cet effet bénéficient en priorité aux entreprises « nationales », en accordant à ces dernières des conditions préférentielles dans les accords de licence concernant les technologies issues de recherches financées sur fonds publics. Au nom des besoins de la planète et en vertu d'une sorte de « clause humanitaire », Barton (2007) plaide lui aussi pour que soit mis fin à ce système, qui désavantage les pays en développement.

Ces premiers éléments permettent de souligner qu'il n'y a pas d'approche unique concernant le renforcement des transferts technologiques, de sorte que l'identification, l'analyse et les moyens de surmonter les obstacles en la matière doivent être conçus en fonction des pays et technologies considérés (UNFCCC, 2009a). Pour ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle également, il ne saurait y avoir de solution unique mais différentes pistes à creuser, en fonction des spécificités des cas concrets. Ceci étant, un certain nombre d'options générales sont en débat. Schématiquement, celles-là peuvent être classées en deux groupes. D'un côté, il s'agit de mesures intervenant sur le plan de ce que les juristes appellent le droit substantiel, c'est-à-dire concernant le fond même des droits de propriété intellectuelle. De l'autre, les réformes envisagées passent plutôt par de nouvelles manières de gérer les outils existants du droit de la propriété intellectuelle.

2.1. Des réformes pouvant porter sur le fond même du droit

Sur le plan du droit substantiel, tout d'abord, il a en particulier été proposé de suspendre la protection des technologies propres par les brevets – au besoin en annulant les brevets déjà accordés –, lorsqu'il s'agit d'utilisation dans les pays les moins avancés, ou encore d'interdire aux entreprises – transnationales ou non – de breveter des ressources génétiques et notamment le patrimoine génétique de variétés végétales ou de races animales considérées comme essentielles sur le plan des réponses au changement climatique (UNFCCC, 2009b). Ce type de demande a notamment été exprimé par la Bolivie, les Philippines et l'Indonésie, au nom du groupe qu'il est convenu d'appeler le G77.

(10) Cf. *China's view on the fulfilment of the Bali action plan and the components of the agreed outcome to be adopted by the conference of the parties at its 15th session*, 6 février 2009.

Dans une perspective similaire, le texte à négocier à Copenhague comprend aussi une proposition visant à réduire la durée de la protection par les brevets, dans le cas des technologies propres. De même, la Chine et l'Inde ont proposé que les flexibilités offertes par l'accord ADPIC de l'OMC dans le cas des médicaments (notamment en termes de licences obligatoires, *cf.* encadré) soient étendues aux technologies propres, en vertu du principe que le climat – comme la santé – constitue un bien public.

Les licences non volontaires, notamment dans le domaine des médicaments

Les licences non volontaires font partie des mécanismes d'exception visant à concilier au mieux les besoins des ayants droit et l'intérêt général. Elles s'apparentent à une sorte de droit de passage, par analogie avec les questions de propriété foncière. Elles permettent d'accorder un droit d'accès à des biens protégés par des droits de propriété intellectuelle, sans le consentement de leurs ayants droit respectifs mais sans exproprier ces derniers, qui reçoivent une compensation financière, en général assez modique. Pas plus que les licences légales – qui concernent plutôt les questions de droit d'auteur et de droits voisins – que les licences obligatoires relevant de la politique de concurrence, le sujet porte ici sur ce que l'on appelle en toute rigueur les licences d'office (et en pratique les licences obligatoires), principalement en réponse à des préoccupations de santé publique ou de défense nationale. En France, à titre d'exemple, le principe même de la brevetabilité du médicament n'a été accepté (en 1959) que parce qu'ont été créées des licences d'office^(*) assurant que les considérations d'accès au médicament et donc de santé publique puissent primer, en cas d'urgence.

En pratique, ces licences non volontaires sont toutefois rarement utilisées. La rareté de leur application tient en partie aussi à l'effet dissuasif que ce dispositif exerce parfois, du seul fait de son existence même. L'exemple récent de la grippe aviaire l'a confirmé, dans la mesure où la firme pharmaceutique Roche a consenti rapidement à accorder des licences sur ses vaccins, afin d'éviter de tomber sous le coup d'une licence obligatoire au nom des intérêts de la santé publique.

Dans cette perspective, l'accord ADPIC de l'OMC comporte lui aussi ce type de garde-fou, notamment en matière de licences obligatoires et d'importations parallèles. Ces dispositions visent à permettre aux pays les moins avancés concernés de se prémunir contre les risques liés aux comportements de monopole (prix élevés et/ou rationnement des quantités) et d'assurer l'accès aux médicaments en cas d'urgence sanitaire nationale, soit en copiant eux-mêmes des médicaments brevetés, soit – pour les pays dépourvus de capacités de pro-

(*) Article L613-16 du Code de la Propriété intellectuelle.

duction pharmaceutique – en important des médicaments génériques, c'est-à-dire des copies bon marché de médicaments brevetés. Dans le cadre de l'OMC, les accords de Doha (novembre 2001) et Cancun (août 2003) ont du reste réaffirmé la légitimité du recours aux licences obligatoires et ont introduit la possibilité d'importations parallèles sous licences obligatoires. Ces dispositions constituent des avancées importantes non seulement par rapport aux seuls accords ADPIC mais aussi, plus généralement, dans l'histoire de l'OMC, à travers la prise en compte d'intérêts non strictement commerciaux.

Ceci étant, le développement des licences obligatoires suppose aussi une protection des entreprises pharmaceutiques des pays du Nord, afin d'endiguer le risque de réimportations vers les pays du Nord, ce qui nécessite de développer l'identification des médicaments, notamment pour remédier à une situation actuelle, dans laquelle l'identification se réduit trop à l'emballage (CGP, 2006). Pour ce type de raison, les conditions requises pour l'application de ces licences obligatoires demeurent en pratique très contraignantes et il est probable que les accords évoqués ne résoudront qu'en partie le problème des médicaments antisida. Tels Gold et *al.* (2008), de nombreux experts restent ainsi sceptiques sur la portée pratique de tels dispositifs.

À ceci, l'OMPI, l'Union européenne et le Japon répliquent que si, dans le domaine des médicaments, une seule firme peut détenir une position technologique clé en tant que titulaire d'un brevet, ceci n'est pas le cas en matière de technologies propres, où les brevets sont détenus par un grand nombre de titulaires, ce qui limite le pouvoir de marché potentiellement conféré par les droits de propriété intellectuelle (Copenhagen Economics et IPR Company, 2009). En effet, alors que tel brevet, pour un médicament, protège parfois un principe actif qui n'a aucun substitut existant⁽¹¹⁾ et peut donc permettre d'imposer au patient un surcoût important, en termes de redevances (*royalties*), les technologies de base concernées par le solaire photovoltaïque, les agro-carburants (biomasse) et l'éolien sont en grande partie mures et tombées dans le domaine public ; les brevets dans ces domaines concernent des perfectionnements utiles mais débouchent en général sur des licences relativement abordables en termes financiers (Barton, 2007). La comparaison avec le domaine du médicament n'a donc qu'une pertinence limitée. En outre, les dispositifs existants de licences obligatoires n'ont en pratique qu'une portée limitée (*cf.* encadré) car ils posent de sérieux problèmes de mise en œuvre (Tirole, 2003).

Compte tenu de ces réserves et de ces difficultés d'application, il est douteux qu'étendre un dispositif tel que les licences obligatoires apporte

(11) À ce sujet, les spécialistes de la politique de concurrence utilisent la notion de « facilité essentielle ».

des avantages décisifs pour faire accéder les pays du Sud à un plus grand nombre de technologies propres. D'autant plus que la menace de tomber sous le coup d'une licence obligatoire risque de réduire l'incitation des chercheurs à mettre au point de nouvelles inventions dans ces domaines. Cette dernière critique vaut également pour la proposition évoquée consistant à soustraire *a priori* certaines technologies propres du champ de la brevetabilité et, plus généralement, pour toute mesure tendant à restreindre *ex ante* ou *ex post* le champ ou la durée d'application du droit de la propriété intellectuelle, de façon coercitive.

2.2. De nouvelles manières de gérer la propriété intellectuelle de façon partagée

À côté de ces mesures, qui interviennent sur le fond même du droit de la propriété intellectuelle et qui s'imposent à tous les acteurs socio-économiques concernés, un second groupe de propositions concerne des mesures *volontaires* impliquant de nouvelles manières d'utiliser les outils existants du droit, pour faciliter les transferts de technologies existantes et promouvoir le co-développement de nouvelles technologies. Dans cette perspective, d'intéressantes réflexions menées notamment dans des enceintes internationales telles que l'OMPI visent à gérer les droits de propriété intellectuelle de façon intelligente, de façon à mettre en commun et partager certaines technologies propres, lorsque ceci se révèle nécessaire.

2.2.1. Les communautés de brevets (patent pools)

En termes concrets, un premier cas concerne les communautés ou paniers de brevets (*patent pools*), qui s'apparentent à des systèmes concertés de concession mutuelle de licence. Un exemple en est fourni par l'industrie de l'électronique grand public, dans le cas des technologies audio et vidéo utilisées comme normes communes, *via* les standards DVD et MPEG. Il s'agit, d'une part, de MPEG (Moving Picture Experts Group) – le consortium qui gère des modes de compression de données numériques – et, d'autre part, du DVD Forum – le consortium en charge de la protection du format DVD (disque optique), qui regroupe plusieurs entreprises (dont Sony, Philips, Thomson, Hitachi, Sharp et Samsung). Les entreprises désireuses de construire tel ou tel matériel électronique incluant ces technologies doivent en contrepartie s'acquitter des redevances. Ces communautés de brevet constituent ainsi des sortes de systèmes de gestion collective de la propriété industrielle, en donnant lieu à des licences groupées.

À travers ce type de licences volontaires, les détenteurs de ces brevets s'accordent ainsi mutuellement des conditions d'accès préférentielles afin d'éviter de trop larges exclusivités, de faciliter le partage ou la mutualisation de certaines ressources technologiques, ce qui permet *in fine* d'améliorer la diffusion des résultats produits par leurs activités d'innovation et d'atteindre ainsi la taille critique nécessaire dans les domaines en question (CGP,

2006). En l'espèce, il s'agit de communautés *fermées*, qui correspondent à des situations oligopolistiques (avec des problèmes potentiels de droit de la concurrence) mais qui répondent aussi à une demande de la part des consommateurs (besoin de normalisation). Ces communautés fermées conduisent à limiter l'accès aux technologies concernées. Dans d'autres domaines, il existe cependant des communautés ouvertes, qui autorisent l'accès à n'importe quel tiers. De telles communautés, plus ou moins ouvertes ou fermées, peuvent *a priori* être appliquées aux technologies propres (OMPI, 2009b).

Dans cette perspective, le texte à négocier à Copenhague comprend une proposition – formulée par le G77 et la Chine –, qui vise à créer un *Global Technology Pool for Climate Change* : ce fond regrouperait des technologies propres et les mettrait à la disposition des pays en développement, en dispensant ces derniers de payer des redevances.

2.2.2. Le cas d'une plate-forme commune de brevets de technologies propres

De même, il est possible d'envisager des plates-formes communes de brevets. Une telle plate-forme se fonde sur des engagements mutuels par lesquels les détenteurs de technologies brevetées, pour faciliter l'accès à leurs technologies, s'engagent à accorder des licences sans contrepartie de redevance mais sous réserve du respect de certaines conditions générales, par analogie avec le principe du *copyleft* qui régit le monde du logiciel libre (*open source*). À titre d'exemple, l'initiative Eco-Patent Commons lancée en janvier 2008 par le Conseil économique mondial pour le développement durable (WBCSD, Genève) va dans ce sens, en conditionnant l'accès aux technologies propres considérées à l'engagement que les utilisateurs ne s'en servent qu'à des fins écologiques. Pour pouvoir puiser dans les technologies de cette plate-forme commune, les participants doivent y apporter chacun au moins un brevet. Depuis le lancement de l'opération en janvier 2008, cette plate-forme présente déjà près d'une centaine d'éco-technologies, dont les brevets ont été apportés par neuf entreprises de divers secteurs et nationalités : IBM (matériau recyclable d'emballage de protection pour des composants électroniques), Nokia (téléphones mobiles recyclés en calculatrices et en assistants personnels numériques), Ricoh (technologie permettant de recycler des cartouches amovibles), Taisei (technologie de construction améliorant la qualité de l'eau), DuPont (déjà 11 brevets, dont sept concernent des matériaux réfrigérants affectant la couche d'ozone), ainsi que Bosch, Pitney Bowes, Sony et Xerox⁽¹²⁾.

(12) Cf. OMPI (2009b), ainsi que le site du WBCSD (<http://www.wbcd.org>).

2.2.3. La licence de plein droit (license of right)

D'autres types de dispositifs relevant de cette logique de partage volontaire pourraient être mentionnés ici. L'un concerne ce qu'il est convenu d'appeler la licence de plein droit (*license of right*). Par ce biais, le détenteur d'un brevet accepte par avance d'autoriser tout tiers qui le demande à utiliser l'invention protégée, en contrepartie du paiement d'une redevance adéquate. Un tel dispositif a notamment été envisagé dans l'article 43 de la Convention sur le brevet communautaire (CBC) de 1975, dans l'Accord en matière de brevets communautaires de 1989 et existe déjà dans certains pays européens (exemple du Royaume-Uni). Il retire au détenteur du brevet le droit d'empêcher à sa guise tel ou tel tiers d'utiliser son brevet, en échange de certaines contreparties financières⁽¹³⁾. Destiné surtout aux inventeurs individuels (qui ne savent souvent guère de quelle manière des tiers sont susceptibles d'utiliser leurs inventions), aux PME (qui sont le plus souvent dépourvues des moyens financiers nécessaires pour défendre leurs droits) et aux organismes publics de recherche (qui recourent fréquemment à des contrats de licence non exclusive), ce système de « licence de plein droit » vise dans l'ensemble à réduire les coûts de transaction croissants qui sont liés à la multiplication du nombre des brevets (Bedsted, 2007). Il a aussi pour objectif de réduire les risques de *hold-up* dans le domaine des technologies complexes (électronique, semi-conducteurs, technologies liées au logiciel et à Internet, etc.) ; instituant un droit à rémunération sans droit à exclusion, il peut être présenté comme une solution d'avenir, intermédiaire entre le traditionnel système des brevets et la nouvelle logique *open source* (European Patent Office, 2007).

Par rapport à d'éventuelles réformes d'ensemble portant sur le droit substantiel, en général difficiles à négocier (cas d'une éventuelle exemption du champ du brevetable) et d'application parfois délicate (cas des licences obligatoires), ces modes de gestion partenariaux de la propriété intellectuelle présentent l'avantage indéniable d'une certaine souplesse, à l'échelle des différents domaines technologiques concernés. Qu'ils rendent moins coûteux (au besoin *via* une tarification différenciée) et moins complexe, pour des tiers, l'accès à ces technologies protégées (exemple des *patent pools*) ou bien atténuent en partie le caractère exclusif des droits de propriété intellectuelle afférents (cas de la licence de plein droit), ces arrangements volontaires pourraient contribuer à accélérer tant les transferts internationaux de technologies existantes que le co-développement de nouvelles technologies. Ils montrent que le souci de préserver la planète n'implique pas, très loin s'en faut, de mettre entre parenthèses le système des droits de propriété intellectuelle. Le vrai enjeu consiste plutôt à aménager celui-ci, en le mettant davantage au service des objectifs environnementaux.

(13) Dans la CBC, par exemple, il est prévu que le détenteur optant pour ce système bénéficie également de taxes annuelles réduites pour le maintien de la validité de son brevet communautaire.

Compte tenu de l'intransigeance que plusieurs pays semblent vouloir adopter à Copenhague, sur la question des transferts technologiques et des droits de propriété intellectuelle, il y a cependant fort à parier qu'un tel aménagement ne se fera pas de sitôt et nécessitera des efforts de plus longue haleine.

Références bibliographiques

- Barton J. (2007) : « Intellectual Property and Access to Clean Energy Technologies in Developing Countries: An Analysis of Solar Photovoltaic, Biofuel and Wind Technologies », *International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)*, n° 2, décembre.
- Bedsted B. (dir.) (2007) : *Policy Options for the Improvement of the European Patent System*, Rapport du Danish Board of Technology/European Technology Assessment Group, à la demande du Parlement européen (Scientific Technological Options Assessment), Bruxelles.
- Brandstetter L., R. Fisman et F. Foley (2006) : « Do Stronger Intellectual Property Rights Increase International Technology Transfer? Empirical Evidence from US Firm-Level Panel Data », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 121, n° 1, février, pp. 321-349.
- Brewer T. (2007) : *International Climate Change Technology Transfer. New Paradigm and New Policy Agenda*, Georgetown University, Washington DC et Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruxelles, juillet.
- Commissariat général du Plan (CGP) (2006) : *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe PIETA, Lallement (dir.).
- Copenhagen Economics and the IPR Company (2009) : *Are IPR a Barrier to the Transfer of Climate Change Technology?*, Commission européenne, DG Commerce, janvier.
- Dechezleprêtre A., M. Glachant, I. Hascic, N. Johnstone et Y. Ménière (2008) : *Invention and Transfer of Climate Change Mitigation Technologies on a Global Scale: A Study Drawing on Patent Data*, Étude du CERNA (ENSMP-Mines ParisTech) pour l'Agence française pour le développement, décembre.
- Doranova A., I. Costa et G. Duysters (2009) : « Knowledge Base Determinants of Technology Sourcing in the Clean Development Mechanism Projects », *UNU-MERIT Working Paper*, n° 2009-015, Maastricht.
- European Patent Office (2007) : *Scenarios for the Future*, Munich.

- Gold R. et al. (2008) : *Problèmes de gouvernance en propriété intellectuelle*, Résumé d'une étude de cas, diffusé dans le cadre du réseau 'The Innovation Partnership', Centre des politiques en propriété intellectuelle/Université McGill, Québec.
- Guellec D. et B. van Pottelsberghe de la Potterie (2007) : *The Economics of the European Patent System: IP Policy for Innovation and Competition*, Oxford University Press.
- Hamdan-Livramento I. (2009) : « How Compliant are Developing Countries with their TRIPS Obligations? », *CEMI-Working Paper* (École polytechnique fédérale de Lausanne), n° 2009-001, janvier.
- Justus D. et C. Philibert (2005) : *International Energy Technology Collaboration and Climate Change Mitigation*, Rapport de synthèse de l'OCDE et de l'Agence internationale de l'énergie, novembre.
- Kumar N. (2002) : « Intellectual Property Rights, Technology and Economics Development: Experiences of Asian Countries, Research and Information System for the Non-Aligned and Other Developing Countries », *RIS Discussion Paper*, n° 25/2002.
- Lallement R. (2009) : « Droits de propriété intellectuelle et gouvernance, dans la perspective des pays du Sud » in *Attractivité, compétitivité et financement de la croissance en Tunisie : nouveaux enjeux, nouveaux débats*, Mouley et Gilles (eds), Éditions de l'Imprimerie officielle de la République tunisienne.
- Maskus K. (2000) : *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Institute for International Economics, Washington DC.
- McDonald S. (2004) : « When Means Become Ends: Considering the Impact of Patent Strategy on Innovation », *Information Economics and Policy*, n° 16, pp. 135-158.
- Ménière Y. (2007) : « Accord ADPIC et transferts de technologie : quels enjeux, quel bilan ? » in *L'accord ADPIC : 10 ans après. Regards croisés Europe-Amérique du Sud*, Kors et Remiche (eds), Éditions Larcier, Bruxelles, pp. 313-335.
- OMPI (2009a) : « Négociations sur la propriété intellectuelle et le changement climatique : de Bali à Copenhague via Poznan », *Magazine de l'OMPI*, avril, pp. 2-3.
- OMPI (2009b) : « Partager les technologies pour relever un défi commun », *Magazine de l'OMPI*, avril, pp. 4-7.
- Park W. et D. Lippoldt (2008) : « Transfert de technologies et conséquences économiques du renforcement des droits de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *Document de Travail de l'OCDE sur les Politiques commerciales*, n° 62, avril.
- Posner R. (2005) : « Intellectual Property: The Law and Economics Approach », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 19, n° 2, pp. 57-73.

- Tirole J. (2003) : « Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion » in *Propriété intellectuelle*, Rapport du CAE, n° 41, La Documentation française, pp. 9-47.
- UNFCCC (2008) : *Report on the Workshop on Cooperative Sectoral Approaches and Sector-Specific Actions, in Order to Enhance Implementation of Article 4, Paragraph 1(c), of the Convention*, Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention, 3^e session, Accra, 25 août.
- UNFCCC (2009a) : *Interim Report of the Global Environment Facility on the Progress Made in Carrying out the Poznan Strategic Programme on Technology Transfer*, Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention, 6^e session, Bonn, 19 mai.
- UNFCCC (2009b) : *Revised Negotiating Text: Note by the Secretariat*, Ad Hoc Working Group on Long-Term Cooperative Action under the Convention, 6^e session, Bonn, 22 juin.