

Une analyse de la Conférence de Doha sur le climat

La 18^e session de la Conférence des Parties (CdP-18) à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) s'est conclue par des engagements peu ambitieux en termes de réduction des émissions et de financement à vocation climatique. L'article présenté dans ce numéro examine les principales conclusions de la dernière conférence sur le climat et les thèmes qui devront être abordés dans les négociations qui se tiendront en 2013.

- Pages 2-6



Clôture de la Conférence de Doha sur les changements climatiques.

CCNUCC

Le régime de propriété intellectuelle analysé depuis une perspective de développement



– Intervention de Carlos Correa à la conférence organisée par le Centre Sud qui s'est tenue parallèlement à la 50^e série de réunions des Assemblées des États membres de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) à Genève

- Pages 7-9, 6

Quel usage est fait des licences obligatoires en Amérique latine ?

Par Carlos M. Correa

L'article présenté dans ce numéro examine les législations et les stratégies des pays d'Amérique latine concernant la concession de licences obligatoires. Cette étude montre également dans quelles circonstances le Brésil et l'Équateur ont recouru aux licences.

- Pages 10-16



Une analyse de la Conférence de Doha sur le climat

La 18^e session de la Conférence des Parties (CdP-18) à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), à Doha (Qatar), s'est conclue par des engagements peu ambitieux en termes de réduction des émissions et de financement à vocation climatique. L'article ci-dessous examine les principales conclusions de la dernière conférence sur le climat et les thèmes qui devront être abordés dans les négociations qui se tiendront en 2013.



L'estrade lors de la cérémonie de clôture de la 18^e session de la CdP à Doha (Qatar) en décembre 2012.

Par Martin Khor

La conférence annuelle des Nations Unies sur le climat qui a eu lieu l'année passée à Doha (Qatar) s'est terminée le 8 décembre 2012. Les niveaux d'engagements qu'ont pris les pays développés sont relativement bas dans deux domaines cruciaux, à savoir la réduction de leurs émissions et l'apport d'un financement à vocation climatique aux pays en développement.

Les réunions qui se sont tenues à Doha dans le cadre de la 18^e session de la Conférence des Parties (CdP-18) à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) peuvent donc être qualifiées de conférences climatiques « aux modestes ambitions ».

De nombreuses décisions ont été adoptées. Les principales décisions concernaient : premièrement, l'engagement de certains pays développés à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre dans le cadre d'une deuxième période d'engagement au titre du Protocole de Kyoto allant de 2013 à 2020 ; deuxièmement, les sujets du Plan d'action de Bali qui devaient encore être traités après la

clôture du groupe de travail spécial de l'action concertée à long terme au titre de la CCNUCC ; troisièmement, une nouvelle série d'activités visant à aider les pays en développement à faire face aux pertes et préjudices liés aux changements climatiques ; et, quatrièmement, le programme de travail de la plateforme de Durban, qui sera l'arène principale des nouvelles négociations débutant en 2013.

Nombreux sont les délégués qui ont quitté la conférence soulagés d'avoir atteint un accord après des jours de démêlés à propos de divers sujets et après l'anxiété des 24 dernières heures pendant lesquelles les désaccords étaient tels que la plupart des gens pensaient que la débâcle était imminente. Le sentiment de soulagement tient au fait que le régime multilatéral relatif aux changements climatiques a, une fois de plus, survécu, malgré tant de désaccords et de méfiance entre les pays développés et les pays en développement.

Les deux semaines de négociations de Doha ont été marquées par le conflit de paradigmes entre ces deux groupes de pays, conflit qui n'a été que superficiellement effacé au cours des toutes

dernières heures afin d'éviter un échec flagrant. Or, les désaccords referont surface quand les négociations reprendront en 2013. Le fait d'éviter la débâcle n'était qu'une piètre réussite. La conférence de Doha a été tout à fait insuffisante et s'est avérée être une nouvelle occasion manquée d'accomplir des actions concrètes visant à lutter contre la crise climatique.

La conférence s'est tenue à la fin d'une année marquée par des phénomènes météorologiques extrêmes sans précédent, dont l'ouragan Sandy aux États-Unis, ainsi que les pluies torrentielles et les inondations dans plusieurs régions d'Asie. De plus en plus de scientifiques établissent un lien entre ces phénomènes météorologiques et les changements climatiques. Quand la conférence de Doha s'est ouverte, les nouvelles qui révélaient qu'aux Philippines un typhon avait fait plus de 600 victimes et laissé 300 000 autres personnes sans foyer a rappelé aux participants la réalité de la crise climatique. Avant que la conférence commence, le Programme des Nations Unies pour l'environnement (UNEP) avait réaffirmé dans un nouveau rapport qu'il y avait un énorme décalage entre ce que les pays se sont engagés à faire pour limiter leurs émissions et ce qui est nécessaire de faire si la hausse de la température mondiale moyenne doit être limitée à 2 degrés Celsius (°C) au-dessus des niveaux pré-industriels. La Banque mondiale avait, elle aussi, publié un rapport dans lequel elle prévoyait que la planète se réchaufferait de 4°C si les pays n'envisageaient pas d'agir davantage.

Malgré les signes évidents montrant que la crise climatique est déjà parmi nous et que de plus grandes catastrophes sont encore à craindre, les diktats de la concurrence économique et des intérêts commerciaux ont malencontreusement pris le dessus, en particulier parmi les pays développés ; ce qui explique pourquoi leurs ambitions en matière de réduction des émissions sont si minces. Ils sont aussi revenus sur leurs promesses et engagements, qui consistaient à faire des apports de fonds suffisants et d'effectuer des transferts de technologie vers les pays en développement. Les perspectives d'actions efficaces après Doha sont donc plutôt mornes.



Madeleine Diouf (à gauche), présidente du groupe de travail des nouveaux engagements à sa réunion plénière.

Deuxième période d'engagement au titre du Protocole de Kyoto

À Doha, le résultat le plus important a été l'adoption officielle de la deuxième période d'engagement du Protocole de Kyoto (2013-2020) de sorte qu'elle commence tout de suite après l'expiration de la première période, le 31 décembre 2012. Cela étant, le contenu de l'accord est pauvre. Des membres d'origine (Canada, Japon, Nouvelle Zélande et Russie) ayant décidé de se retirer du Protocole de Kyoto (cas du Canada) ou de rester signataires mais de ne pas participer à une deuxième période d'engagement, seuls l'Union européenne et d'autres pays européens, l'Australie et quelques autres pays (35 pays développés et pays en transition au total) prendront des engagements juridiquement contraignants au cours d'une deuxième période.

Par ailleurs, les réductions des émissions sur lesquelles les Parties visées à l'Annexe I se sont mis d'accord ne s'élèvent en moyenne qu'à 18 pour cent d'ici à 2020 par rapport aux niveaux de 1990, alors qu'il est nécessaire de réduire les émissions de 25 à 40 pour cent pour limiter la hausse de la température mondiale à 2°C. La plupart des pays se sont engagés à remplir les promesses les plus basses de l'échelle des promesses qu'ils avaient présentée à l'occasion des précédentes conférences climatiques à Copenhague (2009) et à Cancún (2010) en tant qu'engagements. Bien que prévisible, la déception a été réelle et a grandement contribué à ce que cette conférence soit qualifiée de « conférence aux modestes ambitions ».

La décision relative au Protocole de Kyoto contient cependant un élément modérateur, à savoir le « mécanisme

pour élever le niveau d'ambition » proposé par les pays en développement, prévoyant que les pays « réexamineront » leur objectif initial et rehausseront le niveau de leurs engagements d'ici à 2014, de manière à se conformer à l'objectif global de réduction compris entre 25 et 40 pour cent. C'est cette disposition qui a convaincu les pays en développement d'adhérer à la décision, car ils avaient fait savoir que le projet de décision était inacceptable vu le peu d'ambition des objectifs chiffrés en termes de réduction des émissions. Reste à savoir si la révision des engagements en 2014 aboutira à des chiffres plus ambitieux.

Il y avait au moins deux autres points pour lesquels les pays en développement ont dû se battre dans le cadre de la décision relative au Protocole de Kyoto. D'abord, la décision restreignait drastiquement le nombre de crédits carbone ou droits excédentaires qui peuvent être utilisés pendant la deuxième période. Ces crédits ont été acquis au cours de la première période d'engagement du Protocole de Kyoto par les pays qui ont réduit leurs émissions au-delà des objectifs. Selon les termes de la décision, ces pays ne peuvent pas les utiliser ou les échanger dans le but de ne pas avoir à réduire leurs émissions actuelles. Le plus grand pays concerné est la Russie, laquelle s'est fermement opposée, lors de la séance plénière de clôture, à la manière dont le président de la conférence, Abdullah bin Hamad al-Attiyah (Qatar), a fait passer en force la décision relative au Protocole de Kyoto alors qu'elle et deux autres pays essayaient d'émettre des objections.

Ensuite, les pays en développement ont insisté sur le fait que les Parties visées à l'annexe I qui ne sont pas Parties

au Protocole de Kyoto ou qui ont décidé de ne pas prendre part à la deuxième période ne devraient pas être autorisées à recourir aux mécanismes de flexibilités prévus au Protocole qui permettaient aux pays de compenser leurs engagements en matière de réduction nationale des émissions en payant d'autres pays pour qu'ils atténuent leurs émissions à leur place, par exemple à travers le Mécanisme de développement propre. Certains pays développés souhaitent que ces flexibilités soient accessibles à ces Parties.

Le projet de décision proposé à la veille de la clôture n'incluait pas beaucoup des revendications des pays en développement. La détermination de ces pays, dont un groupe de pays partageant une vision commune, à faire remonter leurs prétentions jusqu'aux ministères chargés de ces questions, a donné un résultat tout juste acceptable.

Aucun engagement en matière de financement

L'une des principales critiques que l'on peut faire des décisions qui ont été prises à Doha est qu'elles sont très insatisfaisantes en ce qui concerne les ressources financières destinées aux pays en développement pour leur permettre de prendre des mesures de lutte contre les changements climatiques. En 2010, la Conférence des Parties qui s'est réunie à Cancún (Mexique) avait décidé que les pays développés rassembleraient des fonds destinés à la lutte contre les changements climatiques dans les pays en développement à hauteur de 100 milliards de dollars par an à partir de 2020 et qu'un financement « à mise en œuvre rapide » de l'ordre de 30 milliards de dollars serait versé entre 2010 et 2012.

La période de financement à mise en œuvre rapide s'est terminée en 2012. La période comprise entre 2013 et 2020 est donc dénuée d'engagements. Le Groupe des 77 et de la Chine, qui représente tous les pays en développement, a demandé que ce vide soit comblé à l'aide d'un financement de 60 milliards de dollars d'ici à 2015. Pourtant, à Doha, les pays développés étaient hostiles au fait de prendre des engagements tant quantitatifs que qualitatifs. La décision en matière de financement ne fait qu'« encourager » les pays développés à fournir au moins autant de fonds que pendant la période comprise entre 2010 et 2012. Les pays ne sont donc qu'« encouragés » à verser 10 milliards



Aysar Tayeb, président du groupe de travail de l'action concertée.

de dollars par an en moyenne, ce qui constitue une régression par rapport à la période de mise en œuvre rapide qui a précédé au cours de laquelle les pays s'étaient, au moins, « engagés » à verser 10 milliards de dollars par an. Par ailleurs, il n'existe pas de feuille de route décrivant comment s'approcher progressivement de l'objectif de 100 milliards de dollars en 2020.

L'absence d'engagements tangibles en matière d'apport de fonds a provoqué la colère des pays en développement dans la salle des séances plénières, car elle crée un déséquilibre dans la chaîne d'initiatives et d'actions prises dans le cadre du régime climatique. Les pays développés se sont engagés, au titre de la Convention, à supporter les coûts supplémentaires que les pays en développement encourrent pour mettre en œuvre des mesures d'atténuation et pour élaborer leurs communications nationales (rapports faisant état des émissions et des actions des pays) et les aider à couvrir les coûts de l'adaptation.

Les évaluations faites par les organismes des Nations Unies et d'autres organisations internationales montrent que les coûts de l'atténuation et de l'adaptation qu'encourront les pays en développement sont de l'ordre de plusieurs centaines de milliards de dollars, voire de plus d'un mille milliards de dollars par an. L'objectif de 100 milliards de dollars d'ici à 2020 est donc déjà inférieur aux estimations, tandis que l'absence d'engagements clairs, et même d'objectifs pour la période 2013-2020 est devenue une cause majeure

d'abattement chez les pays en développement à la clôture de la conférence de Doha.

Décisions relatives à l'action concertée à long terme

À la conférence de Doha, une série de décisions a également été adoptée dans le cadre du groupe de travail spécial de l'action concertée à long terme au titre de la CCNUCC, qui était chargé de donner suite au Plan d'action de Bali adopté en décembre 2007. Avant et pendant la conférence de Doha, les pays développés ont insisté sur le fait que peu de questions du rapport adopté à la fin de la précédente session de la CdP à Durban (Afrique du Sud) de décembre 2011 restaient en suspens. Le rapport litigieux avait été préparé par le président du groupe de travail de l'action concertée de l'époque, Dan Reifsnyder (États-Unis), « sous sa propre responsabilité » (ce qui voulait dire que le rapport n'avait pas été approuvé par les membres du groupe de travail). Pour de nombreux pays en développement, il offrait une vision unilatérale, car il ne tenait pas compte de leurs opinions sur de nombreux enjeux clés et en négligeait plusieurs autres.

Avant et après Doha, un groupe de 25 à 30 pays en développement partageant la même vision (dont l'Arabie Saoudite, l'Argentine, la Bolivie, la Chine, Cuba, l'Égypte, El Salvador, l'Équateur, l'Inde, la Malaisie, le Mali, le Nicaragua, le Pakistan, les Philippines, la République démocratique du Congo et le Venezuela) ont fait deux propositions majeures. Ils ont proposé de prendre une décision sur plusieurs sujets présentant un intérêt majeur pour eux mais qui restaient sans solution depuis l'élaboration du Plan d'action de Bali en 2007 et de transférer d'autres éléments, ainsi que le cadre dans lequel ils s'inscrivent, à d'autres organes de la CCNUCC. Ce n'est que de cette manière que les travaux du groupe pourraient être correctement menés à bien.

L'actuel président du groupe de travail, Aysar Tayeb (Arabie Saoudite), a produit une série de projets de décisions qui ont été ardemment débattus à Doha, car les pays développés, hostiles à leur élaboration, s'opposaient aux pays en développement, qui y étaient favorables.

Pour finir, les pays en développement ont accepté plusieurs des décisions, y compris des thèmes ou des pa-

graphes spécifiques, concernant notamment l'équité dans le contexte des objectifs mondiaux d'atténuation à long terme, la nécessité de poursuivre les discussions sur les mesures commerciales unilatérales prises au nom de la lutte contre les changements climatiques et la nécessité d'évaluer les besoins en matière de technologie.

En ce qui concerne le thème litigieux de la propriété intellectuelle et du transfert de technologie, les pays développés, emmenés par les États-Unis, se sont opposés à tout texte relatif à la propriété intellectuelle, et même à la simple mention du terme. Ils ont même refusé toute mention du concept de l'accès des pays en développement à des technologies dont le prix est abordable.

Le projet final de décision fait uniquement référence à un rapport du comité exécutif chargé de la technologie au titre de la CCNUCC, qui fait lui-même référence aux obstacles au transfert de technologie, et qui évoque notamment la possibilité de préciser le rôle des droits de propriété intellectuelle à partir d'éléments de preuve et au cas par cas. La polémique que soulève le transfert de technologie et la façon de l'aborder montrent que les pays développés, en particulier les États-Unis, n'ont pas l'intention de remplir leurs engagements de procéder au transfert de technologie à des conditions préférentielles vers les pays en développement.

Bien que les décisions qui ont été prises à cet égard soient extrêmement modestes, les États-Unis ont exprimé leur désaccord ou émis des réserves, après l'adoption du texte au terme de la séance plénière, ce qui laisse présager qu'ils continueront de formuler des objections dans les discussions futures sur ces questions.

Des progrès en ce qui concerne les « pertes et préjudices »

Parmi les décisions positives prises à Doha, il y a la prévision de la mise en place, d'ici à la conférence de l'année prochaine, d'un « mécanisme international » visant à aider les pays en développement à gérer les pertes et les préjudices dus aux changements climatiques. Jusqu'à présent, les pertes et les préjudices qu'ont subis les pays en développement à cause des effets des changements climatiques, comme les tempêtes plus fréquentes et plus dévastatrices, les

ouragans, les pluies torrentielles, les inondations et les sécheresses, ont été exclus du champ d'application de la Convention en matière d'adaptation. Ils n'ont donc pas été inclus dans les discussions menées au titre de la Convention sur le financement à vocation climatique.

À Doha, les pays en développement se sont battus pour une meilleure reconnaissance et une meilleure définition de cette notion, et pour affirmer que les pertes et les préjudices remplissent les conditions requises pour être financés au titre de la Convention. Plusieurs pays développés, en particulier les États-Unis, s'opposaient à certains éléments du concept, notamment tout lien à la notion d'obligation incombant aux pays qui sont responsables de la présence d'un volume conséquent de dioxyde de carbone dans l'atmosphère.

Les pays en développement ont donc vu d'un très bon œil l'adoption d'une décision en matière de pertes et préjudices dans laquelle le préambule « [soulignait] le rôle important et fondamental de la Convention s'agissant de remédier aux pertes et préjudices liés aux incidences des changements climatiques » et d'une décision dans laquelle la nécessité de renforcer le financement et le transfert de technologie pour agir est reconnue. Il a entre autres été décidé de créer, à la prochaine conférence, « un dispositif institutionnel, tel qu'un mécanisme international » pour remédier aux pertes et préjudices dans les pays en développement particulièrement exposés aux effets des changements climatiques. Le Secrétariat est chargé d'exécuter entre temps plusieurs activités, comme organiser une réunion d'experts et établir un document technique sur les pertes autres qu'économiques et un document technique sur les lacunes des dispositifs institutionnels qui s'occupent de cette question.

Les désaccords sur la plate-forme de Durban

La Conférence de Doha a également adopté le programme de travail du nouveau groupe de travail spécial de la plate-forme de Durban pour une action renforcée, qui est la nouvelle voie de négociation inaugurée en décembre 2011 à la conférence de Durban. Les négociations doivent se terminer en 2015 par l'élaboration « d'un nouveau protocole ou un autre instrument juridique ou un résultat ayant valeur juri-



Conférence de presse des pays BASIC pendant la 18e session de la CdP à Doha (Qatar) en décembre 2012.

dique applicable à toutes les parties » qui entrera en vigueur en 2020.

À Doha, les profonds désaccords pour décider du programme de travail se sont inscrits dans la continuité des désaccords qui avaient éclaté à Durban pendant la séance plénière où a été instituée la plate-forme et qui ont persévéré pendant les deux sessions suivantes, à Bonn (Allemagne) et à Bangkok (Thaïlande) en 2012. De nombreux pays en développement, emmenés par un groupe partageant une vision commune, ont insisté pour que la décision de Doha précise que la plate-forme de Durban sera mise en œuvre sur la base du principe des responsabilités communes mais différenciées fondé sur l'équité. Ils ont proposé que la décision de Doha sur la plate-forme de Doha fasse référence à la décision finale prise à la Conférence des Nations Unies sur le développement durable (Rio+20) dont une section sur les changements climatiques rappelle que la CCNUCC « prévoit que les parties devraient protéger le système climatique [...] sur la base de l'équité, des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives ». Ce que les pays développés ont fermement rejeté. Ils ont même refusé d'ajouter dans le texte le simple fait que la conférence « prenne note » de la décision finale de Rio+20 sans que soit mentionnée la section relative aux changements climatiques, et encore moins le principe des responsabilités communes mais différenciées fondé sur l'équité. En fin de compte, il a été convenu, tel que proposé par l'Ouganda et soutenu par la Chine, d'ajouter que les travaux de la plate-forme de Durban seront « guidés par les principes de la Convention » ; une bien

maigre victoire, car la décision de Durban indique uniquement que les résultats de la plate-forme de Durban « relèveraient de la Convention » sans que le terme-clé « principes » ne soit utilisé.

Selon l'interprétation des pays en développement, le principe d'équité et le principe des responsabilités communes mais différenciées sont parmi les principes fondamentaux de la Convention. Une fois encore, les États-Unis ont exprimé une réserve pendant la séance de clôture pour indiquer que l'expression « guidés par les principes de la Convention » n'a aucun effet sur le mandat de négociations convenu à Durban et que la disposition ne peut pas être et ne sera pas la base sur laquelle ils se prêteront aux travaux du groupe de travail de la plate-forme de Durban.

En outre, il y a eu un autre sujet de discorde. Toutes les parties ne s'accordaient pas à dire que la décision finale de la nouvelle plate-forme de Durban faisait une différence entre les obligations en matière d'atténuation incombant aux pays développés et celles incombant aux pays en développement. A la dernière séance plénière sur la plate-forme de Durban, l'Inde a proposé de remplacer l'expression « mesures prévues » dans l'expression « moyens de définir et de faire ressortir les mesures prévues » par les « engagements et actions ». Pour les observateurs, il ne faisait aucun doute que l'Inde se référait à l'entente qui avait été trouvée dans la Convention et lors de précédentes négociations (dont celles du Plan d'action de Bali) sur le fait qu'il y a une différence entre les engagements plus con-

traignants des pays développés et les actions volontaires des pays en développement, supportées par des moyens financiers et technologiques.

La proposition d'amendement de l'Inde était soutenue par plusieurs pays en développement, dont l'Argentine et la Chine. Les États-Unis ont toutefois fermement rejeté les termes « engagements et actions », invoquant que ces termes appartenaient au Plan d'action de Bali, et que le Plan d'action de Bali n'était pas la plate-forme de Durban. La Chine a alors rétorqué que le Plan d'action de Bali n'était pas « toxique » et qu'elle ne comprenait donc pas pourquoi le terme « action » ne pouvait pas être utilisé étant donné que le titre de la décision de la plate-forme de Durban contenait l'expression « action renforcée ». Pour finir, il a été convenu de remplacer l'expression « mesures prévues » par « action renforcée ».

Cet épisode est révélateur du manque d'esprit de coopération internationale dont les États-Unis et quelques autres pays développés font preuve. Ils ne tiennent plus à assister les pays en développement et, aussi incroyable que cela puisse paraître, ils contestent le fait

que les principes de la Convention s'appliquent aux négociations de la conclusion d'un nouvel accord qui relèvera de la Convention.

Cela montre plus que jamais le paradoxe tragique de la Conférence de Doha. D'un côté, la Conférence a adopté plusieurs décisions et a maintenu le régime climatique multilatéral en vie ; de l'autre, aucune action de fond permettant de préserver la planète des changements climatiques n'a été prise, tout comme aucun réel engagement d'aider les pays en développement n'a été pris.

Le processus de négociation à Doha

Le point positif qui ressort des négociations de Doha est que les pays en développement ont été plus unis et mieux coordonnés que pendant les précédentes conférences des Parties. Ils ont en effet souvent parlé d'une seule voix quant à certains sujets critiques comme les pertes et préjudices, le financement et le Protocole de Kyoto. La Conférence des Parties a vu naître un groupe auto-proclamé de « pays en développement partageant une vision commune », qui a agi sur plusieurs fronts de négociations.

Les pays en développement ont jugé que la gestion de cette session de la CdP avait été plus transparente et participative, grâce aux liens entre le processus des négociateurs (en groupes de contact et leurs groupes restreints « informels ») et le « processus ministériel » (dans lequel quelques ministres ou hauts fonctionnaires ont été chargés par la présidence de la CdP (le Qatar en tant que pays hôte) d'organiser des consultations pour résoudre les problèmes qui n'ont pas pu être résolus par les négociateurs.)

A l'occasion de la séance plénière de clôture, le président de la CdP a hâtivement entériné toutes les décisions des groupes de travail et de la CdP les unes après les autres. La Russie a fait une solide objection sur la question des reports de droits excédentaires, dans la décision relative au Protocole de Kyoto, qui a été annulée par le président de la CdP. Reste donc la question délicate de la procédure d'adoption des décisions officielles aux tous derniers moments des sessions de la CdP. Depuis la session de la CdP à Copenhague en 2009, les décisions ont été adoptées suivant des procédures différentes, toutes plus polémiques les unes que les autres.

(Suite de la page 9)

ments opérés dans les politiques nationales et les perceptions de la propriété intellectuelle. La marge de manœuvre dans l'application de la propriété intellectuelle ne devrait pas être utilisée uniquement au plan national, mais elle devrait être préservée et élargie au plan international, en particulier dans les activités normatives de l'OMPI.

Élaboration du droit de la propriété intellectuelle

L'ACAC, un accord plurilatéral et négocié de façon opaque, a servi à instaurer une norme destinée à être suivie non seulement par les parties contractantes mais aussi par d'autres pays. Cet accord, conçu dans l'intérêt des grandes sociétés, ignore en revanche ceux des petites et moyennes entreprises et du grand public. Il n'a pas été une réussite, en dépit des efforts déployés par le club restreint des pays à l'origine du projet. Les sociétés civiles lui ont opposé de fortes résistances. Ainsi, pendant le week-end de la saint Valentin de 2012, de grandes manifestations de protestation ont eu lieu dans de nombreuses villes de toute l'Europe.

En Pologne, le Premier ministre a suspendu le processus de ratification de l'ACAC après de vastes manifestations et des attaques orchestrées contre les sites Web du gouvernement. En signe de protestation, plusieurs membres du Parlement polonais ont porté le masque des « Anonymous ». Le 4 juillet 2012, le Parlement européen a voté le rejet de l'ACAC, avec 478 voix contre et 39 pour. On se demande aujourd'hui si l'initiative est encore d'actualité.

De grandes manifestations ont également eu lieu contre les deux projets de loi antipiratage *Stop Online Piracy Act* (SOPA) et *Protect Intellectual Property Act* (PIPA) soumis au Congrès des États-Unis, qui devaient conférer au gouvernement américain le pouvoir de bloquer l'accès à des sites Web étrangers en invoquant la violation du droit d'auteur. Pour la seule journée du 18 janvier 2012, dix millions de personnes ont signé la pétition contre ces projets de loi sur différents sites, huit millions d'appels ont été reçus par les membres du Congrès, quatre millions d'e-mails ont été envoyés au Congrès et 115 000 sites ont participé à un *black-out*, y compris Google, Yahoo et Wikipédia. Le

même jour, des milliers d'individus se sont mobilisés contre ces projets de loi dans différentes villes des États-Unis. Au Congrès, le nombre des défenseurs du projet SOPA a nettement diminué et le nombre d'opposants a considérablement augmenté après les protestations. Le nombre de sénateurs qui s'étaient publiquement opposés au PIPA est passé de 1 seulement, le 16 novembre 2011, à 32 le 18 janvier 2012. Les projets de loi n'ont pas été adoptés.

Ces exemples montrent la faculté d'influence directe dont dispose la société civile dans l'élaboration du droit de la propriété intellectuelle. Vu l'utilisation généralisée d'Internet et des réseaux sociaux, la société civile peut jouer un rôle important dans le lancement ou la contestation de nouvelles initiatives en matière de propriété intellectuelle. Cela peut être une manière pour les consommateurs et les utilisateurs de technologie de se faire entendre, mais aussi un moyen de prendre les intérêts et les préoccupations des pays en développement en considération, et de parvenir, en dernier ressort, à des règles plus équilibrées en matière de propriété intellectuelle, nationalement et internationalement.

Le régime de propriété intellectuelle analysé depuis une perspective de développement

Le Centre Sud a organisé une conférence qui s'est tenue parallèlement à la 50^e série de réunions des Assemblées des États membres de l'Organisation de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le thème « Le régime de propriété intellectuelle analysé selon une perspective de développement », le 5 octobre 2012 au siège de l'OMPI à Genève. Le texte qui suit est un résumé de la présentation de Carlos Correa, conseiller spécial en matière de commerce et de propriété intellectuelle du Centre, qui a présidé la conférence.



La conférence du Centre Sud qui s'est tenue parallèlement aux réunions des Assemblées des États membres de l'OMPI.

Par Carlos M. Correa

Mon intervention s'articulera autour de trois axes. Premièrement, j'évoquerai la relation entre propriété intellectuelle et innovation, en présentant essentiellement les opinions des économistes des pays développés. Deuxièmement, j'aborderai quelques évolutions de la législation, de la jurisprudence et des politiques dans les pays développés qui limitent, à certains égards, la protection de la propriété intellectuelle. Enfin, troisièmement, je mentionnerai le processus d'élaboration du droit de la propriété intellectuelle.

À titre préliminaire, je citerai l'économiste austro-américain Fritz Machlup qui, dans une étude réalisée il y a un demi-siècle pour le Sénat américain, indiquait que « [s]i nous n'avions pas encore mis en place un système de brevets, il serait irresponsable, au vu de ce que nous savons de ses conséquences économiques, de préconiser son instauration ». Fritz Machlup affirmait qu'en principe, pour les petits pays, ce qui n'était évidemment pas le cas des États-Unis, il aurait mieux valu abolir le système de brevets.

Propriété intellectuelle et innovation

Évidemment, le monde a beaucoup changé depuis la publication du rapport de Fritz Machlup : accélération de la mondialisation, nouvelles technologies, etc. Toutefois, la majorité des économistes pensent encore que la propriété intellectuelle n'a pas nécessairement un effet positif sur le développement économique. Ainsi, en s'appuyant sur une analyse d'études historiques, Bessen et Meurer (2008) ont démontré que « [...] les pays dotés d'un système de brevets n'étaient pas plus innovants que ceux qui n'en étaient pas dotés. De même, les pays où la durée de validité des brevets était plus longue n'innovaient pas plus que ceux où cette durée était moindre ». Selon Boldrin et Levine, « [E]n fait, il n'existe que peu ou pas de preuve historique indiquant qu'un monopole d'innovation constitue une méthode efficace pour stimuler l'innovation ».

À propos de la rentabilité des brevets, Bessen et Meurer ont également précisé « que les brevets font *en effet* gagner des bénéfices à leurs détenteurs, aussi est-il logique que les entreprises cherchent à en obtenir. Cependant, en tenant compte des effets des brevets accordés à d'autres titulaires, notamment le risque de litige, il serait préférable pour

l'entreprise publique ordinaire, en dehors des industries chimique et pharmaceutique, que les brevets n'existent pas ». Lorsque le lauréat du prix Nobel d'économie Joseph Stiglitz (2007) se demandait si les incitations fournies par le système de brevets étaient appropriées, il répondait « malheureusement, la réponse est clairement "non" ». Pour Richard Posner (2012), juge à la Cour d'appel des États-Unis pour le septième circuit et professeur à l'université de Chicago, « dans la plupart des [industries], le coût d'invention est faible ; ou le seul fait d'être le premier à innover confère un avantage concurrentiel durable [...] rien ne justifie donc que le monopole conféré par un brevet dure 20 ans [...] La majeure partie des industries se défendraient très bien sans protection par brevet ».

Pour aborder la question du poids des incitations non liées à la propriété intellectuelle dans l'innovation, Torrance et Tomlinson (2009) ont constaté que « De plus en plus de recherches empiriques semblent étayer la thèse selon laquelle les systèmes de brevets ne constituent pas nécessairement un moyen de favoriser le "progrès des [...] arts utiles" ».

Cette position n'est pas défendue par les seuls économistes ; elle est partagée par de plus en plus d'acteurs économiques. Par exemple, l'Association de l'industrie de l'informatique et de la communication (CCIA pour son sigle en anglais), qui compte Google et Microsoft parmi ses membres, a déclaré : « Nous ne pensons pas que ce soit le fruit du hasard si l'innovation s'est développée dans une société qui valorise un marché économique concurrentiel et ouvert ou qui garantit juridiquement la liberté d'expression originale et indépendante [...] Aussi, notre engagement en faveur d'une concurrence dynamique, de la liberté d'expression et de la transparence découle naturellement de notre perception de ce qui a permis à notre industrie de prospérer et des besoins qu'elle a pour poursuivre dans cette voie ».

Le Groupe de travail consultatif d'experts sur le financement et la coordination de la recherche

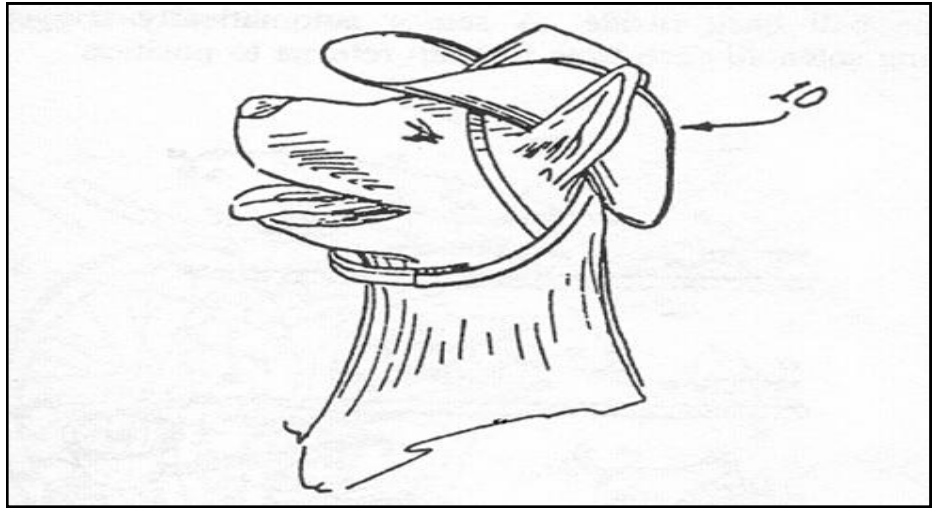
développement de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) a également recommandé une approche transparente en matière de recherche et développement (R-D) et d'innovation. Il souligne l'insuffisance de la R-D sur les principales maladies qui touchent les pays en développement. De plus, il préconise l'adoption d'une convention obligatoire garantissant que les résultats de R-D deviennent des biens publics, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas sujets à appropriation mais qui peuvent être utilisés librement, pour produire les médicaments qui sont particulièrement nécessaires aux pays en développement. Le Groupe recommande aussi l'octroi de primes visant à stimuler l'innovation, notamment des primes aux étapes intermédiaires.

En résumé, rien ne permet de prouver qu'il existe une relation entre propriété intellectuelle et innovation. La propriété intellectuelle peut favoriser l'innovation sans pour autant produire « d'effets magiques ». Il arrive aussi qu'elle la freine. De nombreux facteurs (tels que les infrastructures de R-D, la disponibilité du capital-risque, le degré de qualification du personnel) peuvent influencer la nature de l'innovation et le taux d'innovation dans les pays en développement. Il est donc essentiel de prendre en considération d'autres mécanismes que la propriété intellectuelle afin de promouvoir efficacement l'innovation dans ces pays.

Évolution de la législation, de la jurisprudence et des politiques dans les pays développés

Au cours des 20 dernières années, la protection de la propriété intellectuelle a eu tendance à s'étendre et à se renforcer. Existe-t-il des limites à cette évolution protectionniste ? Pour répondre à cette question, j'examinerai quatre domaines : les brevets génétiques, l'activité inventive, les injonctions permanentes et la contrefaçon.

S'agissant des brevets génétiques, la délivrance d'une protection absolue pour la découverte d'un gène remplissant une certaine fonction peut décourager des recherches supplémentaires. En effet, le titulaire du brevet en question pourra s'approprier l'ensemble des utilisations possibles, y compris celles qu'il n'a jamais découvertes. Afin de résoudre ce problème, la France a limité le champ des brevets à l'utilisation spécifique du gène. L'Article L613-2-1



Chapeau pour animal (dispositif et procédé) — objet d'un brevet délivré aux États-Unis. Il existe une tendance croissante à accorder des brevets portant sur des inventions « futiles ».

du Code de la propriété intellectuelle, amendé en 2004, dispose ce qui suit :

« Les droits créés par la délivrance d'un brevet incluant une séquence génétique ne peuvent être invoqués à l'encontre d'une revendication ultérieure portant sur la même séquence si cette revendication satisfait elle-même aux conditions de [brevetabilité] [...] et qu'elle expose une autre application particulière de cette séquence ».

Le droit d'autres pays développés, comme la Suisse et l'Allemagne, limitent également la délivrance de brevets couvrant des gènes

Dans l'affaire *Association de pathologie moléculaire, et autre, c. Office des brevets et des marques des États-Unis, et autre*, les demandeurs ont contesté les brevets accordés à Myriad Genetics pour les mutations des gènes BRCA1 et BRCA2 liées aux prédispositions aux cancers du sein et les méthodes permettant de les diagnostiquer. Le Tribunal fédéral du district sud de New York a invalidé les brevets en motivant sa décision par le fait que les gènes isolés sont des produits de la nature non brevetables, et que les méthodes de diagnostic revendiquées n'étaient que des processus de réflexion. Le tribunal est même allé plus loin en déclarant que les demandes portant sur des gènes « isolés » n'étaient qu'une « astuce d'avocat ». Dans son intervention *amicus curiae*, le Département de la Justice des États-Unis a indiqué que « la composition chimique des gènes d'origine humaine est un produit de la nature, et elle n'en demeure pas moins un produit de la nature lorsque cette structure est « isolée » de son environnement naturel, comme les fibres de coton qui ont été séparées des graines du coton-

nier ou le charbon qui a été extrait de la terre ». (Pollack, 2010)

Quel est le degré de qualification du technicien en la matière dans la pratique américaine ? Burk et Lemley (2002) ont constaté que « les tribunaux ont doté le technicien en la matière de traits de personnalité médiocres ; il s'agit d'une entité conçue pour adopter des approches conventionnelles en matière de résolution de problèmes, peu encline à innover en faisant preuve d'une perspicacité exceptionnelle ou d'un travail rigoureux ». En fait, les brevets sont délivrés trop facilement dans n'importe quel domaine et la faute en incombe pour partie au faible niveau de connaissances attribué au technicien en la matière. Le brevet américain accordé pour un chapeau pour animal et son procédé de fabrication (*Animal Hat Apparatus and Method*) en est une bonne illustration. La Cour suprême des États-Unis a suggéré, dans sa décision concernant l'affaire *KSR c. Teleflex*, de redéfinir le critère d'activité inventive en faveur du domaine public, en indiquant qu'un technicien en la matière est aussi une personne dotée d'une créativité ordinaire et pas un automate. Toutefois, il n'y a eu aucun changement notable dans la politique de l'Office des brevets et des marques des États-Unis.

S'agissant des injonctions permanentes, l'affaire *eBAY Inc. c. MercExchange, L.L.C.* est intéressante. MercExchange a sollicité une injonction permanente pour que eBAY ne puisse plus continuer à utiliser un objet breveté. Bien qu'ayant reconnu que eBAY avait enfreint les droits de brevets, le tribunal fédéral a rejeté la demande. La Cour d'appel des États-Unis pour le circuit fédéral a annulé cette décision.

La Cour suprême des États-Unis a ensuite invalidé la décision du circuit fédéral autorisant l'injonction, en alléguant que « la décision d'accorder ou de refuser une mesure injonctive relève du pouvoir d'appréciation des tribunaux fédéraux ».

Dans l'affaire *Amado c. Microsoft Corp.* (26 février 2008), Carlos Amado a intenté un procès à Microsoft pour violation du brevet américain n° 5 293 615, portant sur une « interface numérique qui relie les enregistrements de bases de données à des feuilles de calcul ». Microsoft a sollicité auprès du Tribunal fédéral de Californie une licence obligatoire qui lui a été octroyée, moyennant une redevance de 0,12 dollars des États-Unis par copie alors qu'Amado avait demandé 2 dollars par copie.

Ces exemples montrent la marge de manœuvre qui est octroyée dans l'application du système de brevets aux États-Unis, et étaye ainsi les flexibilités ménagées par l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Ils mettent également en évidence l'importance du recours à la législation et à la jurisprudence dans de telles circonstances.

Les pays développés cherchent activement à réprimer la contrefaçon et le piratage, concentrant leurs efforts sur les seuls effets négatifs supposés. Au sens large, cette politique peut également avoir des répercussions sur la commercialisation des produits légitimes, comme dans le cas de la loi anti-contrefaçon que le Kenya a été amené à adopter. L'Accord commercial anti-contrefaçon (ACAC) constitue un autre exemple de conception globale. Il est souvent invoqué que les pertes annuelles dues à la contrefaçon et au piratage s'élèvent à environ 200 milliards de dollars (selon une estimation de l'Organisation de coopération et de développement économiques, OCDE). Cependant, des avis plus nuancés que ceux, plus strictes, généralement avancés par les pays développés et leurs associations d'entreprises, sont présentés dans une étude publiée par le Government Accountability Office des États-Unis (organisme fédéral de reddition des comptes de l'administration publique des États-Unis) intitulé « Observations sur les efforts visant à quantifier les répercussions sur l'économie des produits contrefaisants ou piratés » (avril 2010). L'étude démontre que les estimations actuelles des pertes

dues à la contrefaçon ne sont pas fiables, et présente à la fois ses effets négatifs et ses effets positifs. Ainsi, elle souligne que la contrefaçon et le piratage ont des conséquences positives potentielles :

- certains consommateurs peuvent acheter des marchandises contrefaites ou piratées en toute connaissance de cause parce que les copies sont plus abordables que les originaux ou parce que ceux-ci sont introuvables, et peuvent retirer des effets positifs de tels achats. À titre d'exemple, les consommateurs des États-Unis et d'autres pays acquièrent des copies contrefaites de produits de luxe onéreux de marques à la mode, à prix réduit, même si les emballages et les lieux de vente ne laissent aucun doute sur le fait qu'il ne s'agit pas d'originaux. Les consommateurs peuvent acheter des films qui ne sont pas encore à l'affiche et qui sont indisponibles sous une forme légale ;

- le faible niveau de prix des marchandises contrefaites permet d'exercer une pression concurrentielle à la baisse sur les prix des produits légaux, ce qui constitue un bénéfice pour le consommateur ;

- les entreprises qui subissent des pertes de revenus dans un secteur d'activité, tels les films, peuvent accroître leurs revenus dans des activités connexes ou complémentaires en tirant profit d'une plus grande notoriété de la marque. Ainsi, une société peut voir ses revenus augmenter en raison de la vente de produits inspirés des personnages de films dont la popularité a grandi grâce à la vente de films piratés ;

- les consommateurs peuvent se servir des marchandises piratées comme d'un « échantillon » de musiques, films, logiciels, ou jeux électroniques, avant d'en acquérir des copies légales, entraînant ainsi une hausse des ventes de produits légaux. En outre, les industries des biens qui se caractérisent par des « frais de changement de fournisseurs » importants peuvent également tirer avantage du piratage en raison des effets de « verrou ».

Cette analyse confirme que c'est la mise en œuvre de politiques nationales qui devrait permettre de parvenir à un juste équilibre sur cette question.

Allant à l'encontre de la thèse communément admise par les représentants des pays développés, le professeur Hargreaves, dans une étude réali-

sée à la demande du Premier ministre du Royaume-Uni, formule d'autres critiques à l'égard de la propriété intellectuelle. Le rapport Hargreaves (2010) montre, entre autres, que :

- le droit d'auteur, qui auparavant concernait exclusivement les auteurs et leur éditeur, interdit désormais aux chercheurs en médecine d'étudier des données et des textes qui leur permettraient de mettre au point de nouveaux traitements. La reproduction de documents est devenue fondamentale pour de nombreux procédés industriels ainsi que pour l'économie en plein essor des services basée sur Internet. Le Royaume-Uni ne peut pas se permettre qu'un cadre juridique, conçu à l'origine pour les artistes, entrave le dynamisme des acteurs qui participent à l'émergence de ces secteurs d'activité ;

- les pouvoirs publics devraient fermement s'opposer à une réglementation trop contraignante des activités qui ne nuisent pas à l'objectif principal du droit d'auteur, à savoir stimuler la création. Les pouvoirs publics devraient prévoir des exceptions au droit d'auteur au plan national. Ils devraient également légiférer pour garantir juridiquement la protection de ces exceptions au droit d'auteur ou d'autres, contre des contrats y dérogeant ;

- les pouvoirs publics devraient veiller à ce que le développement du régime de propriété intellectuelle soit guidé autant que faire se peut par des éléments de preuves objectifs. Les politiques devraient concilier, d'une part, objectifs économiques mesurables et objectifs sociaux et, d'autre part, profits potentiels des détenteurs de brevets et conséquences pour les intérêts des consommateurs et autres. Ces considérations seront essentielles lorsqu'il conviendra d'évaluer de futures demandes d'extension de droits ou de déterminer des limites souhaitables à ces droits.

Certaines de ces recommandations sont en accord avec les positions défendues par les pays en développement pour l'exécution du Plan d'action de l'OMPI pour le développement et la gestion d'autres activités et forums.

À la lumière de quelques affaires et rapports que je viens de mentionner, il semble pertinent de s'interroger sur la cohérence des positions défendues par certains pays développés dans les forums internationaux avec les change-

(Suite à la page 6)

Quel usage est fait des licences obligatoires en Amérique latine ?

L'article ci-dessous examine les législations et les stratégies des pays d'Amérique latine concernant la concession de licences obligatoires. Cette étude explique également les circonstances dans lesquelles le Brésil et l'Équateur ont recouru aux licences dans le domaine pharmaceutique.

Par Carlos M. Correa

La possibilité de délivrer des licences obligatoires est l'une des plus importantes *flexibilités* prévues à l'article 31 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

Depuis janvier 1995 (date générale d'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC), au moins 12 pays en développement et pays faisant partie des pays les moins avancés (PMA) ont octroyé des licences obligatoires ou autorisé l'utilisation d'un brevet à des fins publiques non commerciales (ci-après « utilisation publique »). La grande majorité des licences obligatoires et utilisations publiques autorisées concernaient des médicaments traitant le VIH/sida ; une minorité seulement concernaient d'autres maladies transmissibles et non transmissibles, comme le cancer (Thaïlande et Inde), les maladies cardiovasculaires (Thaïlande) et la grippe aviaire (Taïwan). Seule une licence obligatoire a été délivrée pour autoriser l'utilisation d'un brevet qui ne relevait pas du domaine pharmaceutique.

Chaque pays d'Amérique latine a fait une utilisation différente de la marge de manœuvre que leur offre l'Accord sur les ADPIC pour élaborer leurs lois en matière de propriété intellectuelle. Jusqu'à présent, seuls deux pays (Brésil et Équateur) ont envisagé de recourir ou ont recouru à la possibilité d'accorder une licence obligatoire ou d'autoriser l'utilisation publique.

Les États-Unis ont déposé plainte contre deux pays de la région (Argentine et Brésil), au titre du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), invoquant que les réglementations nationales en matière de licences obligatoires n'étaient pas conformes à l'Accord sur les ADPIC. Les législations n'ont pas pour

autant été modifiées.

Dans un premier temps, j'examinerai ce que les législations des pays d'Amérique latine prévoient en matière d'octroi de licences obligatoires et d'autorisation de l'utilisation publique et établirai leur lien avec la protection des données résultant d'essais. Deuxièmement, j'évoquerai les cas où la conformité des réglementations en matière de licences obligatoires avec l'Accord sur les ADPIC a été contestée dans le cadre de l'OMC. Troisièmement, je reviendrai sur des exemples où l'éventualité d'une licence obligatoire a conduit à la baisse des prix des produits concernés et citerai l'exemple d'une demande de licence obligatoire qui a été rejetée.

Quatrièmement, je ferai brièvement le point sur les licences obligatoires et les autorisations d'utilisation publique qui ont été accordées dans la région. Cinquièmement, je montrerai où en est la mise en œuvre de la décision du Conseil général de l'OMC du 30 août 2003 dans cette région. Enfin, je tirerai les conclusions de mon analyse.

Que prévoient les législations des pays latinoaméricains en matière de licences obligatoires et d'utilisation publique ?

Le droit des brevets en Amérique latine autorise la délivrance d'une licence obligatoire et l'utilisation d'un brevet par les pouvoirs publics pour divers motifs. Le tableau ci-dessous en donne une liste indicative.

Motifs justifiant la délivrance d'une licence obligatoire ou l'autorisation de l'utilisation publique dans les législations des pays latinoaméricains

Les accords de libre-échange (ALE) qui ont été signés entre des pays d'Amérique latine et les États-Unis ou

Motifs justifiant la délivrance d'une licence obligatoire	Pays dans lesquels ces motifs sont prévus par la loi
Défaut d'exploitation d'un brevet	Argentine, Brésil, Chili, Communauté andine, Costa Rica, Honduras, Mexique, République dominicaine,
Intérêt public	Brésil, Chili, Communauté andine, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Mexique, République dominicaine, Uruguay
Situations d'urgence nationale ou autres circonstances d'extrême urgence	Argentine, Brésil, Chili, Communauté andine, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexique, République dominicaine, Uruguay
Mesures contre les pratiques anticoncurrentielles	Argentine, Brésil, Chili, Communauté andine, Costa Rica, Guatemala, République dominicaine, Uruguay
Impossibilité d'obtenir une licence volontaire à des conditions raisonnables	Argentine, Honduras, République dominicaine, Uruguay
Brevet dépendant (brevet ne pouvant pas être exploité sans exploiter un autre brevet)	Argentine, Brésil, Chili, Communauté andine, Costa Rica, Honduras, République dominicaine, Uruguay

Source : Mise à jour de Oliveira, Zepeda Bermudez, Costa Chavez et Velázquez (2004)

l'Union européenne (UE) n'ont pas limité les motifs justifiant la délivrance d'une licence obligatoire ; sûrement parce que la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (ci-après « la Déclaration de Doha ») réaffirme expressément le droit des Membres de l'OMC à définir les raisons pour lesquelles ils peuvent recourir aux licences.

Par contre, les ALE peuvent mettre un frein à l'utilisation des licences obligatoires si les données résultant d'essais font l'objet de droits exclusifs. En vertu du paragraphe 3 de son article 39, l'Accord sur les ADPIC prescrit de protéger ces données contre la concurrence déloyale ; or les ALE signés avec les États-Unis ou l'UE font valoir l'« exclusivité des données » qui, dans certaines conditions, interdit à un fabricant de médicaments génériques d'utiliser des données mises au point par un autre laboratoire ou de se fonder sur ces données pour obtenir une autorisation de commercialisation d'un médicament contenant la même entité chimique. Dans ces circonstances, un preneur de licence qui obtiendrait une licence obligatoire lui permettant d'exploiter un brevet pourrait se voir refuser l'autorisation de commercialisation dont il a besoin pour son produit.

Certains ALE étaient censés mieux définir le lien entre licence obligatoire et protection de données résultant d'essais dans des « lettres d'accompagnement » précisant que les ALE n'empêcheraient pas leurs parties prenantes de prendre des mesures visant à protéger la santé publique.

Dans le cas de l'ALE entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine, un « mémorandum d'accord concernant certaines mesures de santé publique » énonce que « [L]a mise en œuvre des dispositions du chapitre 15 de l'Accord ne compromet pas la capacité de l'une ou l'autre Partie à prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé publique en facilitant l'accès aux médicaments pour tous. Cette disposition s'applique notamment aux maladies comme le VIH/sida, la tuberculose, le paludisme et d'autres épidémies ainsi qu'aux situations d'extrême urgence ou d'urgence nationale ». Ce libellé est restrictif, car il cite des circonstances pour lesquelles une mesure est « nécessaire » (un concept généralement interprété au sens strict du terme

dans le cadre de l'OMC) et des cas particuliers.

Afin d'effacer les ambiguïtés qui pèsent sur le lien entre exclusivité des données et licence obligatoire, la réglementation chilienne relative aux données résultant d'essais précise que la protection des données « ne doit pas prévaloir » lorsque « [...] le produit pharmaceutique ou agrochimique fait l'objet d'une licence obligatoire, tel qu'établi par la loi » (texte consolidé, article 91 de la loi chilienne n° 19.996 sur la propriété industrielle). Cette disposition peut servir de modèle aux pays où il pourrait y avoir des contradictions entre exclusivité des données et licence obligatoire.

Conformité des dispositions prévoyant la concession de licences obligatoires avec l'Accord sur les ADPIC

Défaut ou insuffisance d'exploitation

L'obligation d'exploiter un brevet (qui s'entend de la fabrication dans le pays d'un produit breveté ou de l'utilisation industrielle d'un procédé breveté) a été insérée dans de nombreuses législations au cours du XIX^e siècle ; une obligation que la plupart des pays industrialisés ont assouplie, voire éliminée, au cours du XX^e siècle afin d'offrir aux titulaires de brevets la possibilité d'exploiter leurs brevets par voie d'importation uniquement et, par conséquent, de faciliter les activités dépassant les frontières dans un marché mondial où l'interdépendance était toujours plus grande.

Pendant le cycle de négociations d'Uruguay, le Nord et le Sud se sont opposés sur le fait que le défaut ou l'insuffisance d'exploitation d'un brevet

puisse être un motif justifiant la concession d'une licence obligatoire. Les pays en développement tenaient à prendre les dispositions nécessaires pour qu'un accord futur ne limite pas la possibilité d'octroyer une licence obligatoire pour ce motif, tel que prévu par l'article 5A de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle. Les désaccords ont persisté jusqu'à la toute dernière phase des négociations, en décembre 1991, date à laquelle un compromis a été trouvé sur la base d'un nouveau libellé du paragraphe 1 de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC qui dit : « [...] il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination [...] quant au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale ».

De nombreux observateurs et dirigeants politiques ont interprété cette disposition comme la condamnation à mort de l'obligation d'exploitation incombant aux titulaires de brevets. En effet, si, après l'adoption de l'Accord sur les ADPIC, quelques législations nationales ont conservé ou expressément consacré la possibilité de concéder une licence obligatoire pour défaut ou insuffisance d'exploitation, elles ne sont plus aussi courantes qu'elles ne l'ont été. Dans certains cas, le terme « exploitation » est interprété au sens large, de manière à englober l'importation d'un produit breveté ou d'un produit fabriqué selon un procédé breveté. De toute évidence, cette interprétation restreint la possibilité de se servir de l'obligation d'exploitation pour faire valoir la fabrication nationale.

Or la lecture du paragraphe 1 de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC a



Le cycle d'Uruguay qui s'est terminé en décembre 1993 à Genève a généré l'Accord sur les ADPIC qui a resserré les droits de propriété intellectuelle, tout en ménageant des flexibilités comme la concession de licences obligatoires.

la lumière des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités montre que la concession d'une licence obligatoire pour défaut ou insuffisance d'exploitation est conforme à l'Accord sur les ADPIC. Le paragraphe 1 de l'article 27 ne précise pas si les produits qui sont « importés » ou « d'origine nationale » sont les produits appartenant au titulaire du brevet ou les produits de tierces parties portant atteinte à un droit. Toutefois, les « droits de brevet » dont il est question au paragraphe 1 de l'article 27 sont définis au paragraphe 1 de l'article 28 de l'Accord : ils sont uniquement définis comme des droits *negatifs* concernant l'exploitation de l'invention, autrement dit, le droit d'empêcher des tiers d'exploiter (sans y avoir été autorisés) l'invention brevetée de plusieurs manières. Ainsi, si le paragraphe 1 de l'article 27 et le paragraphe 1 de l'article 28 sont mis en parallèle, on en déduit que les produits « importés » ou « d'origine nationale » dont il est question au paragraphe 1 de l'article 27 sont les produits *contrefaits* et non pas les produits appartenant au titulaire du brevet, étant donné qu'un brevet ne confère que des droits d'exclusion à son titulaire. En d'autres termes, le paragraphe 1 de l'article 27 interdit la discrimination entre les produits *contrefaits* importés et les produits *contrefaits* fabriqués sur le territoire national, mais il n'interdit pas de traiter différemment les produits contrefaits et les produits importés ou fabriqués par le titulaire du brevet ou avec son consentement.

La clause de non-discrimination du paragraphe 1 de l'article 27 s'applique donc aux situations où les droits octroyés aux titulaires de brevets sont différents (en termes de substance ou de procédure) selon que les produits d'une tierce personne sont d'origine étrangère ou nationale. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Article 337 de la loi douanière de 1930* il a été reconnu que le chapitre 337 de la loi américaine intitulée *US Tariff Act* n'était pas conforme aux dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), car la loi accordait un traitement moins favorable aux produits importés dont les États-Unis considéraient qu'ils violaient des brevets américains qu'aux produits similaires d'origine américaine.

Il est à noter que le paragraphe 2 de l'article 5A de la Convention de Paris (repris à l'article 2 de l'Accord sur les

ADPIC) prévoit que toute partie à la Convention « aura la faculté de prendre des mesures législatives prévoyant la concession de licences obligatoires, pour prévenir les abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet, par exemple *faute d'exploitation* » (emphase ajoutée). Conformément aux principes de droit international, il existe une présomption d'absence de conflit entre les traités ; autrement dit, la Convention de Paris et l'Accord sur les ADPIC doivent être interprétés de manière à ce que leurs respectives dispositions concordent. Il faut noter que ce dernier ni n'interdit expressément ni ne mentionne la concession de licences obligatoires pour défaut d'exploitation, mais exclut la disposition relative aux licences obligatoires du Traité de Washington sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés (paragraphe 3 de l'article 6).

Enfin, l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC énonce expressément que l'un des objectifs de l'Accord est d'encourager le transfert de technologie, qui peut avoir lieu, dans certains cas, à l'aide de licences obligatoires délivrées pour défaut d'exploitation.

En janvier 2001, les États-Unis ont porté plainte contre le Brésil. Ils ont mis en avant que la législation brésilienne autorisant la concession de licences obligatoires pour défaut d'exploitation d'un brevet n'était pas conforme à l'Accord sur les ADPIC. D'après l'article 68 de la loi brésilienne régissant les droits et obligations dans le domaine de la propriété industrielle :

« 1) Constitue également un motif de licence obligatoire :

I - 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 d'un procédé breveté, sauf lorsque ce défaut d'exploitation est dû à un manque de rentabilité, auquel cas l'importation est autorisée ; ou

II - une commercialisation ne répondant pas aux besoins du marché. »

Le Brésil et les États-Unis n'ayant pas réussi à s'accorder pendant les consultations menées dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC, les États-Unis avaient le droit de demander la création d'un groupe d'experts ; toutefois, ils ont reti-

ré leur plainte, après avoir trouvé un accord avec le gouvernement brésilien. Conformément à cet accord, sans préjudice de leurs respectives positions, les États-Unis et le Brésil ont convenu d'engager des discussions bilatérales avant que le Brésil ne recoure à l'article 68 à l'encontre d'un titulaire de brevet américain. Cette entente n'empêche pas le Brésil de délivrer une licence obligatoire sur la base de l'article 68, mais lui impose d'engager des discussions bilatérales avant de prendre cette décision. On peut penser que les États-Unis ont retiré leur plainte parce qu'ils craignaient qu'une décision allant à leur encontre dans le cadre de l'OMC établisse un précédent défavorable (du point de vue des États-Unis) concernant l'interprétation du paragraphe 1 de l'article 27 et de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC. Le fait est que la conformité avec l'Accord sur les ADPIC des dispositions autorisant la délivrance de licences obligatoires pour défaut d'exploitation n'a plus jamais été invoquée dans le cadre du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, alors que plusieurs législations nationales le permettent.

Les licences obligatoires comme mesures contre les pratiques anticoncurrentielles

En 2000, les États-Unis ont allégué que les dispositions de la loi argentine n° 24.481 sur les brevets et modèles d'utilité, plus précisément la disponibilité et la concession de licences obligatoires pour contrer les pratiques anticoncurrentielles, n'était pas conforme avec le point k) de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis contestaient le processus de délivrance des licences, car, selon eux, il était avant tout nécessaire que les autorités compétentes constatent l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Les États-Unis et l'Argentine ont trouvé un accord, en se fondant sur une lecture commune de la loi et de son règlement d'application dans le décret n° 260/96. L'accord affirme que « pour justifier la concession d'une licence obligatoire [...] une décision doit avoir préalablement été rendue par la Commission nationale de défense de la concurrence (ou l'organe qui lui substituerait à l'avenir) après avoir analysé la pratique en question au regard de la loi n° 25.156 sur la défense de la concurrence ». En vertu de cette loi, il faut avoir démontré l'existence d'une utilisation abusive d'une position dominante sur le marché pour

pouvoir considérer qu'une pratique est « anticoncurrentielle ».

Les licences obligatoires comme moyens de faire baisser les prix

Les licences obligatoires et les autorisations d'utilisation publique qui ont été accordées dans le monde sont peu nombreuses. Cela ne veut pas pour autant dire que la possibilité de concéder une licence obligatoire prévue dans les législations nationales ne contribue pas à atténuer les effets des droits exclusifs octroyés aux titulaires de brevets. La menace tangible d'une licence obligatoire peut discipliner les titulaires de brevets, notamment en ce qui concerne le prix de vente des produits protégés.

À titre d'exemple, les pouvoirs publics brésiliens ont pu obtenir la baisse des prix de deux médicaments antirétroviraux après avoir menacé d'octroyer des licences obligatoires. Le ministère brésilien de la santé a mis à la disposition de tous les citoyens deux médicaments contre le VIH/sida à titre gratuit dans le cadre du Programme national de lutte contre le VIH/sida et les maladies sexuellement transmissibles (MST). En 2001, le ministère de la santé a pu obtenir une baisse des prix allant de 40 à 70 pour cent pour le nelfinavir et l'éfavirenz, brevetés respectivement par les laboratoires Roche et Merck. Le fait que le Brésil fasse la preuve de capacités de production dans le secteur pharmaceutique n'a fait que renforcer la force de dissuasion du ministère. En effet, Farmanguinhos, le principal fabricant public, pouvait produire à bas prix plusieurs médicaments antirétroviraux, utiliser l'ingénierie inverse et faire une estimation réaliste des coûts de production des médicaments présentant un intérêt pour le ministère de la santé. C'est ce potentiel qui a probablement convaincu les laboratoires Roche et Merck que la menace était réelle.

La Colombie offre un autre exemple de baisse des prix sans qu'aucune licence obligatoire n'ait été délivrée. En 2008, des organisations non gouvernementales (ONG) ont demandé une licence obligatoire pour utiliser le Kaletra (combinaison du lopinavir et du ritonavir) breveté par le laboratoire Abbott. Ce médicament était vendu plusieurs milliers de dollars par personne et par an par le laboratoire Ab-



Version générique de l'éfavirenz, produites par Farmanguinhos (Brésil)

bott. Le ministère colombien de la protection sociale a refusé de publier une déclaration d'intérêt public et de concéder une licence obligatoire. Une *Acción Popular* (une procédure judiciaire qui peut être engagée en Colombie dans des situations où les droits fondamentaux sont violés ou diminués) a été portée devant le tribunal compétent. Ce dernier a jugé que le laboratoire Abbott avait violé une ordonnance de 2009 sur la fixation des prix et a enjoint le ministère d'entamer les procédures visant à appliquer des sanctions. En appel, le tribunal administratif du département de Cundinamarca a confirmé la décision du tribunal en première instance en septembre 2012. Même si lui-aussi n'a pas consenti à la concession d'une licence obligatoire, il a considéré que le ministère de la protection sociale avait violé le droit collectif à la santé en ne faisant pas appliquer les réglementations en matière de prix sur le Kaletra.

Pour faire suite au jugement, le gouvernement a ordonné la réduction du prix initial de 54 à 68 pour cent environ. Les mesures de contrôle des prix ont permis d'économiser environ 100 000 millions de pesos colombiens entre 2009 et 2012. D'aucuns ont cependant dit que les économies auraient pu être deux fois plus grandes si des médicaments génériques avaient été produits à l'aide d'une licence obligatoire.

En République dominicaine, une demande de licence obligatoire déposée devant les autorités compétentes aurait été refusée. Il s'agissait du clopidogrel (Plavix) commercialisé par les laboratoires Bristol Myers Squibb et Sanofi Aventis, une société française. Il semblerait que l'ambassade française ait écrit au secrétaire d'État de la Répu-

blique dominicaine pour manifester son opposition à la concession d'une licence obligatoire.

Deux licences obligatoires ont été octroyées en Amérique latine

Comme je l'ai mentionné, deux pays d'Amérique latine (Brésil et Équateur) ont concédé des licences obligatoires. Ces deux exemples sont détaillés ci-après.

Brésil

En mai 2007, le Brésil a délivré une licence obligatoire permettant l'utilisation de l'éfavirenz, un médicament antirétroviral breveté par Merck Sharp & Dohme (« Merck ») dans le cadre du mécanisme dit « pipeline » (qui autorise l'obtention de brevets rétroactifs pour des produits qui auraient relevé du domaine public au Brésil). Quelque 77 000 patients, soit 42 pour cent de la totalité des patients bénéficiant du programme public de lutte contre le VIH/sida, ont été traités avec l'éfavirenz.

Avant de concéder une licence, les pouvoirs publics brésiliens ont tenté de négocier la baisse des prix avec les titulaires de brevets. D'après le gouvernement :

a) Merck vendait l'éfavirenz moins cher dans des pays au même niveau de développement mais où le nombre de patients ayant besoin du traitement était moindre qu'au Brésil.

b) Les versions génériques indiennes (fournies par Cipla, Ranbaxy et Aurobindo) était beaucoup moins chères que les produits de Merck : elles coûtaient 0,45 dollar par gélules, soit un coût annuel de 164,25 dollars par patient.

Au cours des négociations qui ont précédé la concession de la licence, Merck a offert de réduire ses prix, pour passer de 1,59 à 1,10 dollar par dose, une baisse jugée insuffisante par les autorités brésiliennes. Le décret présidentiel n° 6 108 du 4 mai 2007 ordonnait la concession d'une licence obligatoire pour des raisons d'intérêt public, autorisant l'utilisation du brevet protégeant l'éfavirenz à des fins non commerciales pendant cinq ans (renouvelables) et le paiement d'une redevance au titulaire du brevet de l'ordre de 1,5 pour cent du produit fini.

Au départ, la licence obligatoire couvrait l'importation de versions génériques d'Inde à un tiers du prix pratiqué par Merck. Le laboratoire Farmanguinhos, le laboratoire public officiel de la Fondation Oswaldo Cruz, a produit le premier lot d'éfavirenz en janvier 2009 vendu 45 pour cent moins cher que par Merck avant la concession de la licence. Comme les renseignements techniques contenus dans le fascicule du brevet n'étaient pas suffisants, le laboratoire Farmanguinhos a dû faire des recherches afin d'utiliser l'ingénierie inverse et importer de petites quantités d'éfavirenz d'Inde. Une injonction préliminaire déposée par Merck en vue d'arrêter l'importation a été rejetée par les tribunaux brésiliens.

La licence obligatoire a permis au ministère brésilien de la santé de réduire de 58 pour cent (soit 103,5 millions de dollars) les fonds qui auraient été nécessaires si la licence n'avait pas été octroyée.

Le laboratoire pharmaceutique a très mal réagi à l'octroi d'une licence obligatoire. Le président de la section d'Amérique latine de chez Merck aurait déclaré que le Brésil ne serait plus jamais regardé de la même manière et que la société était en train de revoir son plan d'investissement dans le pays. Un porte-parole a dit que cette expropriation de droits de propriété intellectuelle envoyait un message décourageant aux sociétés fondées sur la recherche sur les avantages de mener des recherches risquées sur des maladies qui touchent le monde en développement, ce qui pourrait causer du tort aux patients qui ont besoin de ces thérapies nouvelles et innovantes pouvant leur sauver la vie. Dans une déclaration du 4 mai 2007, la Chambre américaine du commerce a dit : « [...] le gouvernement [brésilien] a fait un grand pas en arrière. La rupture des discussions avec Merck et l'appropriation de ses droits de propriété intellectuelle envoient un message dangereux à la communauté des investisseurs. Les chercheurs de Merck ont investi des milliards de dollars pour développer ce médicament novateur. Il était clairement possible de trouver une solution qui convenait aux deux parties [...] »

Même si le représentant au commerce des États-Unis a dit être préoccupé dans son rapport spécial n° 301 de 2007 sur le commerce (avant que le Brésil ne délivre une licence obliga-

toire) parce que le Brésil envisageait de recourir aux licences obligatoires pour utiliser des médicaments brevetés, aucune sanction commerciale n'a été prise à l'encontre du Brésil après la concession de la licence concernant l'éfavirenz et aucune révision en marge du cycle habituel n'a été faite du système de propriété intellectuelle du Brésil.

Équateur

En vertu du paragraphe 7 de l'article 363 de la Constitution de l'Équateur, pour atteindre le « bon vivre » (*el régimen de buen vivir*) l'État doit « garantir la disponibilité et l'accès aux médicaments de qualité, sûrs et efficaces, réglementer sa commercialisation et promouvoir la production nationale et l'utilisation de médicaments génériques qui répondent aux besoins épidémiologiques de la population. »

La délivrance de licences obligatoires en Équateur était fondée sur l'article 2 du décret présidentiel n°116 du 16 novembre 2009, publié conformément à l'article 61 de la Décision 486 de la Commission de la Communauté andine et de l'article 154 de la loi équatorienne sur la propriété intellectuelle qui, ensemble, établissent qu'une licence obligatoire peut être octroyée n'importe quand pour des raisons d'intérêt public, de sécurité nationale ou d'urgence.

Le décret présidentiel n° 118 du 16 novembre 2009 a déclaré que l'accès aux médicaments qui sont utilisés dans le traitement de maladies touchant la population de l'Équateur et qui sont des priorités pour la santé publique constituait une question d'intérêt public. Le décret précisait que les licences obligatoires pouvaient être délivrées pour permettre l'utilisation de brevets protégeant des médicaments à usage humain et essentiels pour traiter ces maladies. Ce décret a ouvert la voie à la délivrance de licences obligatoires pour tout brevet relatif à un médicament considéré comme étant une priorité pour protéger la santé publique.

En outre, l'article 8 de la résolution n° 10-04 P-IEPI du 15 janvier 2010 donnait des directives à suivre pour concéder une licence obligatoire dans le cas de brevets pharmaceutiques. L'article prévoyait qu'une fois la documentation examinée et le titulaire du brevet informé, l'institut équatorien de la propriété intellectuelle (IEPI) demanderait au ministère de la santé publique, par l'intermédiaire de l'office national de la

propriété intellectuelle (Dirección Nacional de Propiedad Industrial, DNPI), d'indiquer si l'objet de la demande est un médicament à usage humain pour le traitement de maladies touchant la population équatorienne qui constitue une priorité pour la santé publique.

Le 14 avril 2010, le gouvernement équatorien a concédé une licence obligatoire pour l'utilisation de l'antirétroviral ritonavir à Eskegroup S.A., le vendeur national de Cipla, un fabricant indien de médicaments génériques. La redevance (4 pour cent) a été fixée à l'aide de la méthode d'échelonnement recommandée par l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) et le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD). Eskegroup S.A. devait payer une redevance de 0,041 dollar à Abbott pour chaque gélule de 100 mg de ritonavir et 0,02 dollar pour la lopinavir (une combinaison du ritonavir et du lopinavir). La licence obligatoire a fait baisser les prix pratiqués par Abbott et entraîné l'importation de génériques, permettant de faire une économie de 30 pour cent par rapport au prix original.

Le comité américain d'urgence pour le commerce américain (une coalition d'entreprises) a contesté la concession de la licence obligatoire, car il considérait que la décision de l'Équateur allait à l'encontre de l'Accord sur les ADPIC et qu'elle s'apparentait à une tentative d'« annulation de la protection de la propriété intellectuelle ». Toutefois, la réaction des laboratoires pharmaceutiques directement concernés par la mesure est restée modérée. Bien qu'ils aient souligné la nature « exceptionnelle » que devrait, à leur avis, avoir une licence obligatoire, ils n'ont pas remis en question la décision du gouvernement : « Nous sommes conscients que les intérêts de santé publique ne sont subordonnés à aucun droit que ce soit, notamment dans des circonstances particulièrement graves. Conformément à notre principe de respect et d'application de la loi, nous acceptons démocratiquement la décision du Président de recourir légalement à ce mécanisme exceptionnel [...] ».

Le 15 juin 2012, une seconde demande de licence obligatoire a été déposée auprès du gouvernement équatorien. Acromax Laboratorio Químico Farmaceutico S.A. souhaitait utiliser la

thérapie antirétrovirale combinant la lamivudine et l'abacavir, protégée par le brevet PI-08-1913 appartenant à Glaxo Group Ltd. Le brevet, pour lequel une demande avait été déposée le 14 mai 1998, a été octroyé le 5 janvier 2007 (brevet n° PI-08-1913 intitulé « Una Nueva Sal »). La licence obligatoire a été délivrée par l'IEPI, après confirmation du ministère de la santé publique que la combinaison de l'abacavir et de la lamivudine était un médicament prioritaire le 12 novembre 2012. La licence est non exclusive et destinée à un usage non commercial par les pouvoirs publics uniquement. Elle peut être utilisée par voie d'importation ou de production sur le territoire national jusqu'à la date d'expiration du brevet, le 14 mai 2018. L'Équateur a également employé la méthode d'échelonnement pour calculer le montant de la redevance, qui a été fixée à 11,7 cents de dollar par capsule. L'objectif du gouvernement est de réduire le coût du médicament de 75 pour cent.

Mise en œuvre de la décision du 30 août 2003

La décision du Conseil général de l'OMC du 30 août 2003 initie la création d'un mécanisme fondée sur une dérogation aux dispositions des paragraphes f) et h) de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, afin d'autoriser l'exportation de copies de produits pharmaceutiques fabriqués sous licence obligatoire vers des pays où les capacités de production dans le secteur pharmaceutique sont inexistantes. Les membres de l'OMC ont décidé de transposer cette décision dans un amendement à l'Accord, en incorporant un nouvel article : l'article 31bis. Les membres de l'OMC n'ont pas encore approuvé cet amendement, six ans après son adoption par le Conseil général.

Aucun pays d'Amérique latine n'a indiqué au Conseil des ADPIC sa volonté d'utiliser le mécanisme créé par la décision, en tant que pays importateur éligible. Aucun pays d'Amérique latine n'a modifié ses lois pour changer les dispositions qui excluent (conformément au paragraphe f) de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC) la possibilité de concéder une licence obligatoire à des fins d'exportation seulement. Le mécanisme prévu par la décision n'a jamais été utilisé dans la région.

À ce jour, neuf pays d'Amérique latine ont approuvé l'amendement de l'Accord sur les ADPIC :

El Salvador (19 septembre 2006)

Mexique (23 mai 2008)

Brésil (13 novembre 2008)

Colombie (7 août 2009)

Nicaragua (25 janvier 2010)

Argentine (20 octobre 2011)

Panama (24 novembre 2011)

Costa Rica (8 décembre 2011)

Honduras (16 décembre 2011)

Reste à savoir pourquoi le mécanisme prévu par la décision a suscité si peu d'intérêt. Cela peut notamment être dû au fait que le mécanisme en question est jugé contraignant et qu'il ne présente pas assez d'avantages aux éventuels fournisseurs de produits pharmaceutiques bon marché.

Conclusions

Pour conclure, la menace des licences obligatoires ou de l'autorisation de l'utilisation publique a permis de réduire les prix de produits pharmaceutiques dans certains pays d'Amérique latine, alors que seules trois licences obligatoires ont été délivrées, toutes portant sur des traitements antirétroviraux.

Par rapport à d'autres régions, l'Amérique latine a peu fait usage de la possibilité de délivrer des licences ou d'autoriser l'utilisation publique, et ce malgré le fait que les législations nationales prévoient différents motifs justifiant la concession d'une licence obligatoire, conformément à l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, et que les laboratoires pharmaceutiques nationaux contrôlent un segment important (environ 42 pour cent en termes de valeur) du marché régional. Il faut comprendre pourquoi ces moyens ont été si peu utilisés. Cela est peut-être dû au fait que de nombreux médicaments brevetés dans les pays développés n'étaient pas brevetés en Amérique latine avant l'adoption de l'Accord sur les ADPIC, et donc qu'il n'était pas si urgent de recourir à une licence obligatoire ou d'autoriser l'utilisation publique. Cela peut également s'expliquer par le manque d'expertise des autorités sanitaires concernant la propriété intellectuelle et les moyens de recourir aux licences obligatoires/ autorisations de l'utilisation publique pour répondre

aux besoins de santé publique, ainsi que de leur influence limitée dans les décisions qui concernent les relations de leur pays avec les plus grands partenaires commerciaux. Le fait que des offices de brevets aient commencé à appliquer des normes de brevetabilité plus rigoureuses peut également avoir joué un rôle dans l'usage restreint des licences obligatoires/utilisations publiques.

Il est important de savoir que les licences obligatoires peuvent être concédées pour n'importe quelle raison d'intérêt public. Par exemple, une licence obligatoire peut être délivrée pour défaut ou insuffisance d'exploitation pour renforcer une activité à but lucratif dans le pays de délivrance, afin d'encourager la production nationale, d'incorporer des technologies et de créer des emplois. On pense souvent à tort que les licences obligatoires peuvent uniquement être concédées pour pallier des situations d'urgence ou des crises sanitaires ou que leur utilisation ne doit se faire qu'à titre exceptionnel et toujours dans un but non lucratif. Or les licences obligatoires font partie intégrante du système de brevet. Il est possible d'y recourir dans les cas où la création d'offres alternatives est nécessaire ou de circonstance pour protéger les intérêts nationaux, y compris les intérêts de nature économique. L'Accord sur les ADPIC offre en réalité beaucoup de liberté pour déterminer les motifs justifiant le recours aux licences obligatoires/ l'autorisation de l'utilisation publique. En revanche, il énonce, dans son article 31, une série de *conditions* auxquelles elles doivent répondre.

De même, on croit souvent que l'utilisation par les pouvoirs publics interdit de faire appel à la participation d'entités privées. Or l'Accord sur les ADPIC autorise expressément l'intervention d'entreprises contractantes, sans préciser s'il s'agit d'entreprises privées ou publiques. L'expérience américaine montre que des sociétés privées ont souvent tiré parti de la concession de licences obligatoires.

Dans certains cas, les renseignements exposés dans le fascicule du brevet ne suffisent pas pour mettre en œuvre l'invention protégée, mais requièrent un savoir-faire complémentaire. Les licences obligatoires et l'utilisation publique peuvent inclure, lorsque nécessaire, une obligation de



En avril 2010, le gouvernement équatorien a délivré une licence obligatoire à la société équatorienne Eskegroup S.A. pour le ritonavir, breveté par Abbott et utilisé pour traiter les patients atteints du VIH/sida.

transférer le savoir-faire afin de pouvoir effectivement utiliser le brevet. De tels précédents peuvent être trouvés dans des décisions de tribunaux américains. Pourtant, bien que cela ne soit pas interdit par l'Accord sur les ADPIC, aucune législation d'un pays d'Amérique latine ne contient cette condition.

Les législations nationales de plusieurs pays d'Amérique latine devraient être modifiées de manière à élargir le recours aux licences obligatoires/à l'utilisation publique, y compris une extension des motifs pour lesquels elles peuvent être invoquées, une meilleure définition des conditions d'éligibilité et une simplification des procédures.

Le nombre relativement faible de licences obligatoires/ autorisations de l'utilisation publique qui ont été accordées en Amérique latine peut également s'expliquer par la crainte d'éventuelles réactions quelque peu négatives des pays développés et des répercussions commerciales et politiques qu'elles engendreraient. Il est possible que ces craintes soient plus fortes qu'elles ne le devraient, comme le prouve l'exemple de l'Équateur et, dans une autre région, de l'Indonésie qui a récemment concédé sept licences obligatoires sans pour autant en avoir subi un quelconque effet négatif. Qui plus est, aucune plainte n'a été déposée au titre du système de règlement des différends de l'OMC contre les pays ayant autorisé une licence obligatoire/l'utilisation publique. Cela prouve bien que la légitimité des licences obligatoires et de l'utilisation par les pouvoirs publics en vertu de l'Accord sur les ADPIC est incontestable, et ce notamment depuis la confirmation expresse à cet égard de la Déclaration de Doha. Les gouvernements se heurtant à la hausse des prix et à un accès réduit à certaines technologies ou certains produits devraient donc considérer le recours aux licences obligatoires/utilisation publique comme une mesure ordinaire à leur disposition. Les licences obligatoires/utilisations publiques ne devraient pas être vues comme des mécanismes « exceptionnels », mais comme un des outils fournis par le système de propriété intellectuelle que les gouvernements peuvent communément appliquer en vue de répondre à des besoins

nationaux et de réaliser leurs objectifs dans des domaines comme l'industrialisation, le développement agricole, la protection de l'environnement, l'éducation et la protection de la santé publique.

Bien que les licences obligatoires/utilisations publiques puissent porter sur des brevets relevant de n'importe quel domaine technologique, la santé publique continuera probablement d'être la cause principale pour laquelle on y recourra, notamment dans la mesure où les gouvernements élaborent des stratégies en matière de propriété intellectuelle qui introduisent pleinement des mesures relevant de la propriété intellectuelle dans leurs politiques nationales relatives à la santé publique, et parce qu'on craint que les prix élevés des médicaments brevetés, dont les traitements antirétroviraux, aient des effets « dévastateurs » dans la région.

Le gouvernement américain a déployé beaucoup d'efforts pendant les négociations de la décision du 30 août 2003 pour restreindre l'utilisation des licences obligatoires à certaines maladies, mais il n'en reste pas moins que lesdites licences peuvent porter sur n'importe quel médicament. En outre, comme le montrent l'exemple de Taïwan et même celui des États-Unis, la possibilité de délivrer des licences obligatoires ou d'autoriser l'utilisation publique peut s'appliquer dans le but de garantir l'accès à des technologies n'appartenant pas au domaine pharmaceutique, telles que les technologies nécessaires aux efforts d'adaptation aux effets des changements climatiques et à leur atténuation.

Enfin, il sera important que les autorités de la région chargées des questions de concurrence comprennent le lien entre propriété intellectuelle et concurrence et qu'elles utilisent les licences obligatoires comme une mesure de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, dont le refus de délivrer une licence volontaire à des conditions raisonnables lorsque l'accès à une technologie brevetée essentielle est bloqué. La licence obligatoire délivrée par l'autorité italienne en charge de la concurrence pour permettre l'utilisation d'un produit pharmaceutique est un exemple parlant de la marge d'action disponible à cet égard. Les autorités en charge de la concurrence pourraient également envisager d'élaborer des directives spécifiques pour définir ce lien.

SOUTH BULLETIN

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteur en chef : Martin Khor

Collaborateurs à la rédaction : Vice Yu.

Assistante : Xuan Zhang. Traduction : Sylvie Gauthier, Marie Mérieau

Le *South Bulletin* est publié par le Centre Sud, un centre de réflexion intergouvernemental de pays en développement

Site Web du Centre Sud :

(en anglais, français et espagnol)

www.SouthCentre.org

Centre Sud

Tél : +41 22 791 8050

Email : south@southcentre.org