



Université de Montréal

Notions d'éthique dans la brevetabilité des inventions : Une étude de droit comparé

par

Patrick M'BAYA

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures  
en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit (LL.M)  
option : droit des affaires

décembre, 2009

©, Patrick M'BAYA, 2009

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

Notions d'éthique dans la brevetabilité des inventions : Une étude de droit comparé

Présenté par :  
Patrick M'BAYA

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Thérèse LEROUX  
Président-rapporteur

Ysolde GENDREAU  
Directrice de recherche

Konstantia KOUTOUKI  
Membre du jury

## Résumé

Le droit des brevets a pour but premier de favoriser les développements technologiques et industriels. Cependant, à l'heure actuelle, ce domaine voit son rôle confronté à une forme de crise, à cause plus précisément des avancées constatées dans le secteur des biotechnologies. De difficiles questions fondamentales se posent à différents niveaux, que ce soit socialement, moralement et légalement. Au vu de ces observations, la question est de savoir, dans le cadre de cette étude, si la régulation devrait être plus signifiante en tenant compte des considérations morales et éthiques dans le processus de brevetabilité.

Cette étude a donc pour but de comparer et d'évaluer les diverses solutions proposées en Europe, aux États-Unis et au Canada, afin de déterminer quelle serait la voie envisageable vers la résolution de cette problématique. Par exemple, dans ce contexte, on peut pointer l'approche européenne, où la CBE et la *Directive du Parlement européen relative à la protection des inventions biotechnologiques (98/44/CE)* semblent introduire des notions éthiques dans leurs textes juridiques. Un tel procédé apporte des notions qui peuvent être considérées comme vagues et évolutives dans un processus qui se veut apparemment technique. Alors que si l'on prend l'approche nord-américaine, celle-ci se fonde sur des critères de brevetabilité dénués de toutes considérations morales. Par l'analyse de ces éléments, une voie possible pourrait être décrite vers un système des brevets qui répondrait mieux aux exigences actuelles.

### Mots-clés :

Propriété intellectuelle, brevet, éthique, Europe, États-Unis, Canada.

## **Abstract**

Patent law has for primary goals to promote new technological and industrial developments. However, patent law has been currently confronted to some questioning about its role raised particularly by the new advancement made in biotechnologies. Difficult fundamental questions must be addressed at different levels: socially, morally and legally. Following these observations, the question to answer, in this study, is whether regulation should be more significant by taking into account some moral and ethical considerations in the process of patentability.

The goal of this study is to compare and estimate the various solutions provided by Europe, the USA and Canada, to determine what could be the answer of that problematic. For example, in this context, we can point out the European approach, where the EPC and the *Directive of the European Parliament on the Legal Protection of Biotechnological Inventions (98/44/CE)* seem to introduce ethical notions in their legislation. Such approach brings elements which can be described as indistinct and progressive in a process apparently defined as technical. But if we take the North American approach, its patentability criteria are not based on any moral consideration. So by analysing these elements, an approach could be defined to a more appropriate patent legislation fitting the actual necessities.

## **Key-words :**

Intellectual property, patent, ethics, Europe, United States, Canada.

## Table des matières

<b>Résumé</b> .....	<b>iii</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>iv</b>
<b>Liste des abréviations</b> .....	<b>viii</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>I. Approche globale du régime des brevets</b> .....	<b>4</b>
A. Les origines et le développement du système des brevets .....	4
1. Premières sources historiques .....	5
2. Période des lumières aux temps modernes .....	9
3. L’aube du XXe siècle.....	14
B. Les mécanismes et la justification du régime des brevets.....	15
1. L’essence du brevet.....	16
a) Notion d’invention .....	17
b) Critères de brevetabilité .....	18
c) Économie du droit des brevets.....	23
2. La philosophie à la base du système des brevets .....	25
a) Théorie de Locke .....	26
b) Théorie du mérite.....	29
c) Théorie utilitariste .....	30
d) Théorie de la personnalité.....	32
e) Théorie de la planification sociale .....	33
f) Bilan des théories philosophiques .....	36

C. Les rapports du droit des brevets et de la morale dans le contexte actuel.....	37
1. Précisions terminologiques .....	37
2. Émergences des biotechnologies .....	39
3. Les brevets au cœur du problème ?.....	40
4. Les micro-organismes, un premier pas lourd de conséquences .....	45
Synthèse .....	50
<b>II. Europe et Amérique : Deux approches diamétralement opposées en matière d'éthique .....</b>	<b>53</b>
A. L'approche morale du système des brevets européens .....	53
1. Les origines .....	54
2. Notions d'ordre public et bonnes mœurs .....	61
a) Définitions.....	62
b) L'article 53 a) CBE.....	64
c) La jurisprudence de l'OEB antérieure à la Directive 98/44/CE.....	70
3. Réponses apportées à l'émergence des biotechnologies.....	75
a) Origines de la Directive 98/44/CE.....	75
b) Implications de la Directive 98/44/CE .....	78
c) Article 6 de la Directive et ses répercussions l'article 53 CBE .....	83
d) La jurisprudence postérieure à la Directive 98/44/CE.....	85
B. L'approche négatrice de l'éthique dans le système américain .....	93
1. Les origines .....	94
2. Les considérations éthiques dans le régime américain .....	98
a) La jurisprudence américaine .....	98

b) La pratique de l'USPTO .....	103
C. L'approche technique canadienne .....	107
1. Les origines .....	108
2. L'arrivée de l'oncosouris au Canada, marque d'un changement ? .....	112
3. Les conclusions du rapport du CCCB .....	117
Synthèse .....	120
<b>III. Ajustement des solutions possibles pour régler les questions éthiques dans la brevetabilité des inventions .....</b>	<b>122</b>
A. Éthique, partie intégrante du droit des brevets .....	122
1. Le régime des brevets en tant que contrat social .....	122
2. L'importance de l'analyse de l'intérêt général .....	129
B. Portées des notions éthiques .....	139
1. Les notions cadres d'ordre public et de bonnes mœurs .....	139
2. La notion d'exploitation commerciale .....	151
Synthèse .....	154
<b>Conclusion.....</b>	<b>157</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>xi</b>
<b>Lois et règlements.....</b>	<b>xi</b>
<b>Table des jugements.....</b>	<b>xii</b>
<b>Monographies .....</b>	<b>xiv</b>
<b>Articles et périodiques .....</b>	<b>xix</b>
<b>Autres documents.....</b>	<b>xxv</b>



## Table des abréviations

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
Alta. L. Rev.	Alberta Law Review
AMA	Association Médicale Américaine
Am. J. Legal Hist.	American Journal of Legal History
Berkeley J. Int'l L.	Berkeley Journal of International Law
Can. Bus. L. J.	Canadian Business Law Journal
CBE	Convention sur le brevet européen
CCCB	Comité consultatif canadien de la biotechnologie
CDB	Convention sur la diversité biologique
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C.F.	Recueil des arrêts de la cour fédérale du Canada
Chi.-Kent J. Intell. Prop.	Chicago-Kent Journal of Intellectual Property
C.I.P.R.	Canadian Intellectual Property Reports
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
C.P.I.	Cahiers de propriété intellectuelle
CRT	Chambre de recours technique
CUP	Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle
E.I.P.R.	European Intellectual Property Review

ESTs	Expressed Sequence-Tags
F.	Federal Reporter
GEE	Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies
Health L. J.	Health Law Journal
I.P.J.	Intellectual Property Journal
J. Intell. Prop. L.	Journal of Intellectual Property Law
JO	Journal Officiel
MPEP	Manual of Patent Examining Procedure
N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y	Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy
New Eng. L. Rev.	New England Law Review
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEB	Office européen de brevets
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONG	Organisation non gouvernementale
PCT	Patent Cooperation Treaty
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D. McGill	Revue de droit de McGill
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review

UE	Union européenne
UOLTJ	University of Ottawa Law & Technology Journal
U.S.	United States Supreme Court Reports
USC	United States Code
USPQ	United States Patents Quaterly
USPTO	United States Patent and Trademark Office
Wm. And Mary L. Rev.	William and Mary Law Review

## Introduction

« Lorsque nos intentions sont égoïstes, le fait que nos actes puissent paraître bons ne garantit pas qu'ils soient positifs ou éthiques. »<sup>1</sup> Cette réflexion du Dalaï Lama reflète bien la problématique inhérente à l'analyse du système des brevets. En effet, la question de la neutralité éthique dans l'octroi de brevets engendre depuis longtemps des débats contradictoires. Ces titres de propriété intellectuelle, qui appartiennent en général à des compagnies privées qui les déposent dans un but purement financier, sont censés apporter, *a priori*, un bénéfice à la société. Pourtant, force est de constater que si plusieurs intérêts se retrouvent dans une quête perpétuelle d'innovation, ils ne convergent pas forcément. Dès lors, l'on peut s'interroger sur l'efficacité réelle de notre système : préserve-t-il adéquatement l'intérêt sociétal, centré sur des questions de respect d'une certaine éthique ? Précisons que par « éthique », nous entendons la notion sur laquelle vont se fonder les critères permettant, d'une part, de juger si les actions entreprises sont bonnes ou mauvaises et, d'autre part, de déterminer quelles peuvent être les raisons et les conséquences de celles-ci<sup>2</sup>.

Il faut préciser que le système des brevets, bien qu'il puisse paraître relativement récent, a toutefois bénéficié des avancées de concepts similaires ayant évolué au fil des siècles. Malgré la difficulté de retracer exactement l'ensemble de cette évolution, une recherche sur ses fondements devrait permettre d'observer quelle était l'essence même de ce système à son origine, et d'y retrouver des éléments qui n'apparaissent plus, de nos jours, de manière aussi évidente. Sans oublier également le fait que, comme beaucoup d'autres systèmes, le régime des brevets repose sur des idéologies et des réflexions qui peuvent amener justement à devoir répondre du caractère éthique de son fonctionnement et de sa raison d'être. Ses éléments sont malheureusement souvent passés sous silence, focalisant les débats sur des questions essentiellement économiques. Pourtant, les difficultés rencontrées dans ce domaine nécessitent de prendre en compte toutes les facettes présentes dans cette

---

<sup>1</sup> Dalaï Lama, *Sagesse ancienne, monde moderne : éthique pour le nouveau millénaire*, Paris, Fayard, 1999.

<sup>2</sup> Voir généralement Michel MÉTAYER, *La philosophie éthique : Enjeux et débats actuels*, Saint-Laurent, Éditions du Renouveau Pédagogique Inc., 1997, p. 3 et suiv. ; Martin HÉBERT, « L'éthique ou la morale de l'an 2000 », dans Joanne COTÉ, Louis FALARDEAU, Nacia FAURE, Jean GRENIER, Martin HÉBERT, Pierre Marc JOHNSON, Louise OTIS et Jean-Claude SCRAIRE (dir.), *L'Éthique au quotidien*, Montréal, Québec/Amérique, 1990, p. 18.

problématique. La tâche de remonter le temps et la philosophie sous-jacente aux brevets peut se présenter comme un travail ardu mais toutefois très utile lorsqu'il s'agit de répondre à la question de la place de l'éthique dans le système des brevets.

Dans ce contexte, la poursuite de notre recherche consistera à identifier et à analyser la place qu'occupe l'éthique dans les différents systèmes de brevets en vigueur en Europe, aux États-Unis et au Canada. Étant donné l'évolution rapide des avancées scientifiques, repoussant d'année en année les limites de l'imagination, il sera intéressant d'observer la réaction des législateurs et les mesures mises en place pour résoudre ces questions de plus en plus fondamentales. Parallèlement, notre travail se positionnera comme une réflexion sur nos rapports à la propriété, mais aussi sur le rôle de la loi, particulièrement sollicitée dans la défense du droit de propriété. Les progrès constatés dans le domaine des biotechnologies donnent eux aussi lieu à de nombreuses interrogations et suscitent un dilemme de nature éthique lié à nos différentes décisions et réglementations. Toutefois, les débats semblent s'éterniser et le système des brevets se maintient dans une forme de *statu quo*. De plus, même si les biotechnologies sont un élément important et alimentent le débat à l'entrée de ce XXI<sup>e</sup> siècle en raison de leur impact sans précédent sur l'essence même de la vie, il n'en demeure pas moins que le système des brevets est en principe conçu pour tous types d'innovations technologiques et que prochainement, d'autres inventions encore plus problématiques nécessiteront elles aussi d'être protégées par un cadre clairement défini. L'avènement des nanotechnologies en est un exemple criant. Ainsi, le sujet central de cette étude sera de savoir si la réglementation actuelle devrait tenir compte des considérations éthiques dans le processus de brevetabilité ou être simplement considérée comme un processus technique juridique.

À ce stade, ce terrain d'étude est le théâtre d'un affrontement entre deux grands courants. Le premier tend à rejeter toutes notions éthiques dans le système des brevets, considérant que celles-ci sont étrangères au but même du système. Le deuxième y voit la possibilité de résoudre ces questions de manière dissuasive, en influençant les comportements des inventeurs. Cette réflexion s'appuie essentiellement sur le caractère incitatif du régime des brevets. L'un comme l'autre apportent des arguments très forts mais campent malheureusement sur leurs positions. La recherche d'une solution doit, à notre avis, être opérée au travers d'une analyse profonde du système des brevets, tant au travers de ses

origines historiques et philosophiques que dans son imbrication dans nos sociétés actuelles. Cette problématique nécessite toutefois une réponse bien précise, afin d'apporter au régime des brevets les éléments qui peuvent lui faire défaut à l'aube de ce nouveau siècle.

Le but de cette étude ne consiste toutefois pas à déterminer si le régime des brevets est éthiquement juste dans sa globalité, mais à voir si la prise de conscience de facteurs éthiques dans son fonctionnement interne – c'est-à-dire dans son processus d'octroi de droits exclusifs – favorise sa reconnaissance en tant que système légitime. Estimer le degré d'équité de la propriété intellectuelle est un exercice complexe, étant donné la prégnance très profonde de cette notion dans nos systèmes capitalistes<sup>3</sup>. Une des solutions résiderait dans la suppression des brevets eux-mêmes afin d'avoir un élément de comparaison, procédé difficilement envisageable. Néanmoins, dans un monde où la globalisation prend de plus en plus d'ampleur, les réflexions portant sur l'amélioration du régime des brevets apparaissent primordiales, eu égard à l'importance accrue qu'occupent les biens intellectuels dans l'économie et le développement des nations. Il est donc nécessaire de procéder à cette remise en question, à défaut de repenser l'ensemble du système de propriété intellectuelle, qui semble être, du moins à l'heure actuelle, appartenir plus au domaine de l'utopie que de la réalité.

Dès lors, notre analyse des tentatives de résolution des questions éthiques dans le processus de brevetabilité sera divisée en trois parties. La première sera consacrée à une étude globale du régime des brevets, en passant par ses origines historiques à l'émergence des questions éthiques actuelles. Une fois ces éléments précisés, la deuxième partie sera l'occasion de nous intéresser à la recherche comparative des solutions observées dans le système des brevets européen, américain et canadien. Il est important de préciser ici que pour des raisons d'opportunité, notre étude n'inclut pas le Mexique ; par conséquent, l'emploi du terme « Amérique du Nord » n'implique aucunement ce pays dans la présente recherche. Enfin, la troisième partie nous conduira à une réflexion sur la véritable raison de l'importance que revêt la notion d'éthique dans le système des brevets actuel.

---

<sup>3</sup> Voir généralement Donald G. RICHARDS, *Intellectual Property Rights and Global Capitalism : The Political Economy of the TRIPS Agreement*, Armonk, M.E. Sharpe, 2004, p. 84 et suiv. ; Colleen Spring ZIMMERMAN, « Intellectual Property – The New Global Currency », dans Melvin SIMENKSY, Lanning G. BRYER, Neil J. WILKOF (dir.), *Intellectual Property in the Global Marketplace*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 1, New York, John Wilkof & Sons, 1999, p. 0.5 et suiv.

## **I. Approche globale du régime des brevets**

En matière de brevets, évoquer de manière réfléchie la notion d'éthique suppose de comprendre et d'analyser les différentes facettes importantes regroupées au sein de cette branche du droit. Car derrière l'apparence résolument technique de cette discipline, se cachent maintes subtilités qu'il est nécessaire d'appréhender pour éviter des débats stériles ou trop passionnés. Cette première partie a donc pour but de parcourir trois grands domaines du droit des brevets procurant une vision globale de ce régime et des enjeux qui y sont rattachés. Ainsi, dans un premier temps, nous passerons en revue l'histoire des brevets, afin d'identifier les influences et les raisons à l'origine du système dont nous disposons aujourd'hui. L'histoire offre en effet la possibilité de s'affranchir de certaines idées reçues et de mettre en évidence certains fondements qui, de nos jours, semblent quelque peu occultés (A). Dans un deuxième temps, nous commencerons par nous pencher sur les mécanismes des brevets d'un point de vue général. Nous poursuivrons par une tentative d'analyse des raisonnements qui justifient la raison d'être d'une telle institution. C'est à partir de cette analyse que nous tenterons de déterminer si le régime des brevets constitue réellement une branche du droit éthiquement neutre, fonctionnant en autarcie par rapport au reste du système juridique (B). Enfin, nous nous intéresserons aux origines et enjeux ayant amené les considérations éthiques à prendre une place non négligeable dans le droit des brevets actuel (C).

### **A. Les origines et le développement du système des brevets**

Lorsque l'on évoque le droit des brevets, fort est le sentiment de faire face à un domaine du droit relativement nouveau. Pourtant, il a été façonné à travers d'autres systèmes qui lui sont proches et qui ont évolué pour aboutir à celui que nous connaissons aujourd'hui. L'étude de ces développements permet en quelque sorte de dresser une colonne vertébrale sur laquelle s'appuie le cheminement historique ayant débouché sur le système des brevets actuel.

## 1. Premières sources historiques

Bien avant l'apparition des brevets, l'être humain laissait déjà cours à sa créativité et à son imagination ; il s'attachait à relever les défis liés à son environnement. Cependant, à notre échelle, nous ne sommes pas en mesure d'identifier l'ensemble des paramètres ayant conduit à la naissance des inventions qui ont marqué notre histoire, dans le but d'analyser leurs répercussions sur la collectivité. En effet, il s'avère aujourd'hui impossible de déterminer quelles conditions furent propices à l'émergence, dans l'esprit humain, de découvertes telles que la roue ou la lance. Et pourtant, ces outils ont généré, chacun à leur niveau, des conséquences tant positives que négatives, bien qu'aucune intervention de l'appareil étatique à des fins de protection n'ait été nécessaire.

Il apparaît ainsi clairement que cette velléité protectrice constitue avant tout une réponse à la prise de conscience de l'ingéniosité humaine et de la valeur qui en découle. Il faut remonter au Ve siècle avant Jésus-Christ pour trouver les prémices d'une telle idéologie. C'est le philosophe grec Xénophane qui pose les bases de la réflexion en ces termes : « *Not all things, by any means, did the gods show to mortals : rather, as time went on, men found improvement by constant searching.* »<sup>4</sup> Cependant, il reste difficile de déceler, dans toute la période antique, une quelconque forme d'encouragement à l'innovation, voire une semblance de protection étatique. Plusieurs explications sont avancées par rapport à ce phénomène. Celui-ci serait lié d'une part à l'existence de l'esclavage, qui offrait à cette époque une main-d'œuvre abondante, libérant l'homme de certains travaux pénibles<sup>5</sup> ; et d'autre part au mode – très usité également – de transfert des connaissances de génération en génération, dans une volonté de préserver le secret de fabrication. Ainsi, pour retrouver une forme de protection accordée par l'État à une invention durant cette période, il faut se référer aux écrits provenant d'une époque postérieure. C'est au IIIe siècle qu'Athénée fait mention, dans son ouvrage *Le banquet des sages*, de la délivrance de brevets d'inventions

---

<sup>4</sup> Pamela O. LONG, « Invention, Authorship, 'Intellectual Property', and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History » (1991) 32, *Technology and culture* 846, 849.

<sup>5</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *L'État et l'invention - histoire des brevets*, Paris, La Documentation Française, 1986, p. 23.



par la ville de Sybaris<sup>6</sup>. Il s'agissait dans ce cas de « *droits exclusifs d'exploitation [concedés] à l'inventeur d'une nouvelle spécialité gastronomique* »<sup>7</sup>. Le philosophe Aristote, voyant d'un mauvais œil l'octroi de tels monopoles, proclama d'ailleurs que ceux-ci sont « *an art often practiced by cities when they are in want of money* »<sup>8</sup>. Ce n'est qu'au Ve siècle que ces derniers seront finalement supprimés par l'empereur Zeno<sup>9</sup>. Mis à part ces quelques anecdotes, il existe donc peu de sources concrètes permettant d'attester fermement la présence, à cette époque, d'un système de brevets comparable à celui qui est en vigueur actuellement. Cependant, les avancées technologiques ne furent pas pour autant pénalisées. Seul le regard posé sur le processus inventif, avec toute l'importance sociale et économique qu'il revêt, diverge par rapport à notre perception moderne. De plus, suite à la chute de l'Empire romain, l'Europe connut une période de vide et de stagnation qui perdura jusqu'au Haut Moyen Âge. Les multiples divisions du pouvoir dans les mains de souverains féodaux ne permirent pas l'éclosion de conditions propices à une vision de la réalité des enjeux inhérents aux inventions et à leur protection<sup>10</sup>.

En Europe, le brevet prend véritablement ses premières racines dans le bas Moyen Âge. C'est en effet pendant cette période que l'homme tenta d'apprivoiser les forces de la nature afin de les utiliser à son profit<sup>11</sup>. Cependant, pour Pamela O. Long, la naissance des « attitudes de propriété intellectuelle » est à rapprocher plutôt du développement de l'économie et de l'urbanisme de l'époque médiévale que du progrès technique lui-même<sup>12</sup>. Les corporations de métiers – qui proliféraient à cette période – cultivaient une attitude de possession sur les biens incorporels, dans un souci de préservation de leur savoir-faire<sup>13</sup>. Toutefois, cette situation avait tendance à inhiber l'innovation en soi.

Parallèlement, le XIIIe siècle vit naître le concept privilège, qui présente des traits communs avec le brevet que nous connaissons aujourd'hui<sup>14</sup>. Ce privilège peut se définir

<sup>6</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *Paris 1883 – Genèse du droit unioniste des brevets*, Paris, Litec, 1983, p. 5.

<sup>7</sup> Serge LAPOINTE, « L'histoire des brevets », (2000) 12 *C.P.I.* 635.

<sup>8</sup> Robert A. CHOATE, *Cases and Materials on Patent Law also Including : Trade secrets – Copyrights– Trademarks*, St-Paul, West Publishing, 1973, p. 57.

<sup>9</sup> Serge LAPOINTE, *op. cit.*, note 7, p. 635.

<sup>10</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 24.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>12</sup> Pamela O. LONG., *loc. cit.*, note 4, p. 869.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 870.

<sup>14</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 6, p. 6.

comme une « *lettre ouverte, lettre publique, document plaçant son titulaire en dehors du champ de la loi commune en lui conférant une dignité, un emploi, une franchise ou un monopole* »<sup>15</sup>. Il se caractérisait alors par l'existence d'une requête argumentée, dont le but était d'obtenir la concession d'un droit exclusif d'exploitation limité dans le temps et l'espace<sup>16</sup>. Il est également important de préciser qu'à cette époque, l'intérêt public – autrement dit l'utilité sociale – entrait déjà dans les critères décisifs d'obtention d'un privilège<sup>17</sup>. Cet élément n'est pas si anodin qu'il n'y paraît. En effet, nous pouvons y déceler les signes avant-coureurs d'un souci ou d'un intérêt à ce que la communauté puisse retirer un bénéfice d'une invention. En d'autres termes, la reconnaissance étatique d'une invention passait par le respect d'un ensemble de valeurs qui devaient profiter à la société. Donc, en ces temps, il était déjà jugé nécessaire de soupeser les intérêts mis en rapport dans un tel système<sup>18</sup>. Cette remarque doit toutefois être nuancée, de par le pouvoir éminemment discrétionnaire accordé au souverain de cette époque. Entre autres, les privilèges concernaient davantage des découvertes réalisées dans le domaine des mines que de réels progrès techniques. En effet, ce principe donnait lieu à l'obtention d'un droit d'usage du sol, associée à des exemptions de taxes pour son titulaire, car ce dernier, sous protection de la puissance publique, était soustrait au droit commun des corporations de métiers mentionné plus haut<sup>19</sup>. Bien que ces privilèges aient inclus, dans leur procédure de délivrance, une appréciation de l'utilité publique par les autorités, il est nécessaire de garder à l'esprit que leur octroi se combinait souvent avec un intérêt monétaire. Précisons que nous parlons plus particulièrement de l'exploitation de mines d'or, d'argent et de cuivre. Cependant, ce système s'étendra dans le reste de l'Europe, en englobant par la suite d'autres domaines<sup>20</sup>. Rappelons une fois encore que l'impétration de ces privilèges était très arbitraire, que ce soit au niveau de l'analyse des critères ou du mode de délivrance. Le bon vouloir du souverain demeurait l'élément déterminant. L'on peut ainsi émettre un fort doute quant au fait que le critère de l'utilité sociale de cette époque ait pris comme base des

---

<sup>15</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 29.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Les auteurs Plasseraud et Savignon expliquent, concernant le règne de Wenceslas II, roi de Bohême (1271-1305), fondateur des premiers privilèges miniers que : « *Pour résoudre la contradiction entre la propriété du tréfonds qui appartient à la puissance publique et le monopole d'exploitation (accordé à l'inventeur), un 'jus spéciale' fondé sur le critère d'utilité sociale fut ainsi progressivement, et très pragmatiquement, élaboré.* », *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

principes éthiques élevés. L'histoire révèle tout de même que les conditions régissant les « premiers brevets » laissaient déjà la part belle à une forme de jugement de valeur porté sur l'invention, face à son aspect potentiellement bénéfique.

L'expansion des progrès techniques et l'accentuation des échanges entre les villes ont permis la mise en place d'une économie de plus en plus florissante, notamment en Italie. Au XVe siècle, la République de Venise faisait partie des régions d'Europe les plus prospères, non seulement au niveau du commerce, mais aussi en termes d'innovations technologiques. C'est donc dans cette ville que fut établi, en 1421, le premier privilège véritablement assimilable à un brevet<sup>21</sup>. Venise étant fortement imprégnée du milieu aquatique environnant, la majeure partie des inventions concernait des systèmes d'écluses, de pompes ou de digues<sup>22</sup>. Le principe du privilège commença ainsi à se développer, pour aboutir, en 1474, à une loi sans précédent : la loi sur les brevets intitulée *Parte Veneziana*. Celle-ci articulait, pour la première fois, quatre principes de base justifiant l'instauration d'une réglementation spécifique en la matière : l'encouragement à l'activité inventive ; la compensation des frais encourus par l'inventeur ; le droit de l'inventeur sur sa création ; et l'utilité sociale de l'invention, qui se voyait désormais hissée au rang de principe<sup>23</sup>. Cette loi incluait également un certain nombre de conditions auxquelles l'inventeur devait se conformer. La première se rapportait à la nouveauté : l'invention ne devait avoir aucun prédécesseur au sein de la République. La deuxième concernait l'ingéniosité, c'est-à-dire le caractère inventif et non évident de l'invention. La troisième était liée à son aboutissement : l'invention devait pouvoir être « utilisée et appliquée »<sup>24</sup>. Ce système connut un succès notable pendant plusieurs années, permettant à Venise d'attirer des savants en provenance d'horizons les plus divers<sup>25</sup>. Mais suite à un manque de sérieux dans sa mise en œuvre ainsi qu'à une perte de vitesse de l'économie de la République, cette loi tomba dans l'oubli, en dépit de son évidente modernité<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Serge LAPOINTE, *loc. cit.*, note 7, p. 637.

<sup>22</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 31.

<sup>23</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 6, p. 7.

<sup>24</sup> Serge LAPOINTE, *loc. cit.*, note 7, p. 638.

<sup>25</sup> Alian BELTRAN, Sophie CHAUVEAU et Gabriel GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques*, Paris, Fayard, 2001, p. 22.

<sup>26</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 6, p. 8.

Exception faite des privilèges octroyés par les souverains et de la *Parte Veneziana*, il faudra attendre le milieu du XVI<sup>e</sup> siècle pour voir ce principe prendre une ampleur accrue dans d'autres pays. En Europe, cette période coïncide en effet avec l'arrivée du mercantilisme, doctrine basée sur un protectionnisme économique ayant pour but l'accumulation des richesses<sup>27</sup>. C'est ainsi que l'État favorise l'implantation d'industries étrangères, engendrant dès lors une diminution des importations, liée à l'octroi de monopoles à tout porteur de nouvelles avancées technologies sur son territoire<sup>28</sup>. À cette époque, les conditions d'obtention d'un privilège correspondaient à celles que la République vénitienne avait établies : la sauvegarde des droits du premier inventeur, la nouveauté, l'applicabilité et l'utilité de l'invention<sup>29</sup>. Pour revenir sur ce dernier critère, plus spécifique, la justification de l'invention résidait justement, lors d'une demande de privilège, dans son utilité économique et sociale. En Allemagne par exemple, les requêtes décrivaient plus ou moins précisément en quoi consistaient les « *avantages de l'invention pour le bien commun* »<sup>30</sup>. Même si cette période connut une forte progression en matière de besoins économiques, le système des privilèges, dans son processus de choix des inventions protégées, conserva malgré tout cette notion d'utilité pour la société. Cependant, l'une des autres incidences de ce régime fut sa portée sans cesse amplifiée ; ainsi, tandis que d'un côté, il permettait aux différents pays de combler leur retard technologique, de l'autre, il suscitait un certain nombre d'abus lors de l'attribution du privilège, tels que corruption, décision arbitraire et favoritisme<sup>31</sup>.

## 2. Période des Lumières aux Temps modernes

C'est à l'entrée du XVII<sup>e</sup> siècle que les buts recherchés par le système des privilèges furent atteints. En effet, les États qui offraient ce type de monopole commencèrent à attirer les inventeurs ou les importateurs de nouvelles technologies. Cependant, le phénomène prit une ampleur telle qu'il devint difficilement tolérable et qu'un assainissement s'avéra

---

<sup>27</sup> Alian BELTRAN, Sophie CHAUVEAU et Gabriel GALVEZ-BEHAR, *op. cit.*, note 25, p. 23.

<sup>28</sup> Serge LAPOINTE, *loc. cit.*, note 7, p. 639.

<sup>29</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 32.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>31</sup> Serge LAPOINTE, *loc. cit.*, note 7, p. 640.

nécessaire afin de rétablir une situation plus normale. À ce propos, nous pouvons citer l'exemple particulier du Royaume-Uni, où les privilèges allèrent jusqu'à englober des produits courants tels que le sel, le fer, l'étain, le vinaigre et les cartes à jouer<sup>32</sup>. Cet excès déclencha un sentiment de mécontentement et de révolte, ainsi qu'une méfiance accrue face au système lui-même. Il est important de souligner ici la nécessité, déjà présente à cette époque, de conserver un équilibre entre les intérêts des bénéficiaires des privilèges et le reste de la société et ce, afin d'éviter que cette dernière ne finisse par rejeter purement et simplement le régime mis en place. C'est dans ce contexte qu'apparut le « *Statute of Monopolies* », qui abrogea tous les monopoles du royaume en 1624<sup>33</sup>. Il conserva seulement ceux qui apportaient une réelle innovation en matière de fabrication, et leur accorda une durée de protection de 14 ans<sup>34</sup>. Dans un souci de non-retour à la situation antérieure et de préservation d'un certain équilibre, la loi britannique refusa désormais d'accorder des brevets considérés comme « *mischievous to the State, by raising prices of commodities at home, or hurt of trade, or generally inconvenient* »<sup>35</sup>. Ce passage trouve son origine dans *The Book of Bounty* du roi James I qui, malgré les reproches émis à son égard, condamnait déjà les monopoles dans cet ouvrage publié en 1610<sup>36</sup>. Au vu des résultats prospères du système anglais et en dépit de ses excès, le siècle suivant vit des lois similaires faire leur apparition dans le reste de l'Europe.

En ce qui concerne la France, le chevalier de Boufflers mit en avant les bienfaits d'une propriété intellectuelle dans son rapport à l'Assemblée nationale en 1791. Selon ses termes : « *S'il existe pour l'homme une véritable propriété, c'est sa pensée, [...]. L'invention, qui est la source des arts, est encore celle de la propriété ; elle est la propriété primitive, toutes les autres ne sont que des conventions [...]* »<sup>37</sup> Il évoqua également le concept du contrat social entre l'inventeur et la société : d'une part, la société doit protéger l'inventeur contre tous types de troubles ; d'autre part, l'inventeur se doit, en contrepartie, de partager avec

<sup>32</sup> Jean FOYER et Michel VIVANT, *Le droit des brevets*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 12.

<sup>33</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 35.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Statute of Monopolies*, 21 Ja. 1, c. 3, 1623, article 6. cité dans David VAVER, «Intellectual Property Today : Of Myths and Paradoxes», (1990) 69 *Canadian Bar Review*, 98, 120. L'auteur fait d'ailleurs remarquer qu'octroyer un privilège ou un brevet n'est pas un acte neutre en soi. Un tel acte se doit d'avoir un aspect bénéfique pour la société.

<sup>36</sup> Voir *The Book of Bounty of James I*, reproduit dans Harold G. FOX, *Monopolies and Patents: A Study of the History and Future of the Patent Monopoly*, Toronto, The University of Toronto press., 1947, p. 334 ; voir aussi les p. 115-118.

<sup>37</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 46.

elle sa connaissance et « *l'utilité qu'il attend de sa découverte* »<sup>38</sup>. La France adopta sa loi sur les brevets le 7 janvier 1791.

Quant aux États-Unis, ils accordèrent eux aussi une grande importance à la protection des inventions, laquelle se concrétisa par la réalisation d'un système que l'on peut appeler « moderne »<sup>39</sup>. En 1641, le *Commonwealth of Massachusetts* avait déjà attribué un brevet, avant même la Déclaration d'Indépendance du 4 juillet 1776, en adoptant une loi sur les monopoles, où il était mentionnait : « *There shall be no monopolies granted or allowed among us, but of such new inventions as are profitable to the country, and that for a short time.* »<sup>40</sup> Par la suite, l'importance du droit de l'inventeur sur son invention est consacrée par la reconnaissance directe de ce droit dans la Constitution, en 1776<sup>41</sup>. Celle-ci conférait déjà au Congrès le pouvoir de favoriser le développement des arts et de la science, par la garantie d'une période de protection sur la création et les inventions<sup>42</sup>. La première loi fédérale américaine sur les brevets, signée par George Washington, fut promulguée en 1790 pour « *any useful art, manufacture, engine machine, or device, or any improvement therein not before known or used* »<sup>43</sup>. Les États-Unis furent les premiers à disposer d'un système de brevets, qui non seulement protégeait la création de l'inventeur en lui garantissant son droit exclusif sur son invention, mais aussi sauvegardait l'intérêt général en permettant l'accès à ce savoir. En effet, pour la première fois dans le système des brevets, une description suffisamment claire et précise de l'invention était exigée<sup>44</sup>. C'est à partir de ce moment-là que l'on peut véritablement parler de « contrat social ».

Le XIXe siècle vit le système moderne des brevets prendre son essor, encouragé par le fulgurant développement de l'industrie, des techniques et du commerce<sup>45</sup>. Les différentes législations durent rapidement s'adapter pour faire face à ces changements. Trois facteurs majeurs permirent à ce système de prendre la direction de la modernité. Le premier se

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>39</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 6, p. 21.

<sup>40</sup> Robert W. PRITCHARD, « The Future Is Now – The Case for Patent Harmonisation », (1995) 20 *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 291, 291.

<sup>41</sup> Frank D. PRAGER, « Historic Background and Foundation Of American Patent Law », (1961) 5 *Am. J. Legal Hist.* 309, 318.

<sup>42</sup> Serge LAPOINTE, *loc. cit.*, note 7, p. 642.

<sup>43</sup> Kevin O'CONNOR, « Patenting Animals and Other Living Things », (1991) 65 *S. Cal. L. Rev.* 597, 599.

<sup>44</sup> Frank D. PRAGER, *loc. cit.*, note 41, p. 323.

<sup>45</sup> Serge LAPOINTE, *loc. cit.*, note 7, p. 645.

rapportait à son extension dans un nombre croissant de pays, dans lesquels il était perçu comme un outil nécessaire pour l'industrialisation et l'entrée dans la modernité<sup>46</sup>. Les États s'inspirèrent des réglementations française et anglaise en la matière, tout en prenant soin d'en éviter les écueils. En Europe, c'est le modèle français de la loi de 1791 qui eut la plus forte influence. Ce phénomène peut s'expliquer par l'adaptabilité beaucoup plus aisée des institutions instaurées dans un pays déjà de droit écrit, ce qui n'est pas forcément le cas du système anglo-saxon<sup>47</sup>. Mais il faut préciser que cet état de fait s'explique aussi et surtout par l'influence qu'avait l'Empire français sur les pays conquis<sup>48</sup>. Le deuxième facteur était lié à l'émission accrue de brevets, grâce au comblement du retard de certains pays dans ce domaine, à l'émergence de nouvelles techniques, au progrès industriel et au développement d'un commerce international. Cette expansion eut comme résultat d'attirer l'attention des personnes concernées sur l'institution des brevets<sup>49</sup>. Quant au troisième facteur, il s'agissait des perfectionnements apportés, au gré des expériences, par les ingénieurs et les juristes, perfectionnements dont bénéficia le système des brevets. À titre d'exemple, nous pouvons mentionner l'amélioration des procédures de délivrance des brevets ou encore leur publicité. Il est important de préciser aussi que la notion d'utilité de l'invention connut un relatif effacement durant cette période. Bien qu'elle figurât toujours parmi les critères de brevetabilité<sup>50</sup>, l'accroissement du nombre de brevets eut pour conséquence l'abandon de l'examen de l'invention tel qu'il existait durant la période des privilèges<sup>51</sup>. Les administrations de l'époque n'étaient plus en mesure d'opérer les recherches nécessaires. Ainsi, un grand nombre de pays mirent en place un simple examen de forme<sup>52</sup>. L'effet pervers d'une telle procédure fut la dévaluation qualitative des brevets eux-mêmes, en raison de fraudes et d'abus divers. Il fallait donc les revaloriser ; c'est la raison pour laquelle un système d'examen fut finalement réintroduit par la suite. En d'autres mots, les critères de brevetabilité, notamment l'utilité de l'invention, furent à nouveau analysés par les autorités de manière plus conséquente. Il apparaît clairement que le droit des brevets n'est pas qu'une question administrative, et que la qualité des inventions revêt elle aussi une réelle importance. C'est par la loi du 4 juillet 1836 que les États-Unis réintroduisirent

---

<sup>46</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 58

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>51</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 6, p. 78.

<sup>52</sup> Serge LAPOINTE, *loc. cit.*, note 7, p. 648.

un examen plus approfondi et ce, dans le but d'améliorer la qualité de leurs brevets<sup>53</sup>. Toutefois, de nombreux pays, comme la France, continuèrent à accorder des brevets sur la base d'un simple examen de forme. En Europe, l'Allemagne fut la première à emprunter le pas aux Américains, mais seulement quarante ans plus tard<sup>54</sup>.

Au milieu du XIXe siècle, le système des brevets fut confronté à une première crise majeure, face aux vues très libérales de certains économistes. Alors que des personnages comme Jeremy Bentham et Adam Smith considéraient le brevet comme un moyen nécessaire pour encourager l'inventivité, d'autres économistes libéraux y voyaient, eux, une forme de monopole étatique nuisant au principe du libre-échange<sup>55</sup>. Ce mouvement connut un certain succès dans une grande partie de l'Europe (France, Pays-Bas, Belgique, Angleterre, Italie, Espagne, Suisse). L'idée même que le brevet était une institution vouée à disparaître faisait la une des journaux. Au Royaume-Uni, un article publié en 1850 par la revue *The Economist* énonçait :

*« Before... (the inventor) can establish a right of property in their inventions, they ought to give up all the knowledge and assistance they have derived from the knowledge and inventions of others. That is impossible, and the impossibility shows that their minds and their inventions are, in fact, parts of the great mental whole of society, and that they have no right of property in their inventions, except that they can keep them to themselves if they please and own all the material objects in which they may realize their mental concepts. »*<sup>56</sup>

Cette remarque figure encore aujourd'hui parmi les reproches sur les questionnements émis à l'encontre du système des brevets, et sur la morale même du système dans sa globalité<sup>57</sup>. Mais suite à la crise économique qui frappa l'ensemble de l'Europe à la fin du XIXe siècle, la notion de protectionnisme réapparut, jetant aux oubliettes les revendications des libre-échangistes<sup>58</sup>. Alors que les industriels devaient batailler ferme afin de conserver leurs

---

<sup>53</sup> *Ibid.* p. 648.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 649

<sup>55</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 68.

<sup>56</sup> Extrait d'un article de *The Economist*, publié le 28 décembre 1850, p. 1434.

<sup>57</sup> Brian MARTIN, « Against Intellectual Property », (1995) 21 *Philosophy and Social Action* 7, 10.

<sup>58</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 70.



acquis, sur le plan politique, tout fut mis en œuvre pour protéger les intérêts nationaux ; les brevets faisaient partie des moyens utilisés à cet effet.

### 3. L'aube du XXe siècle

À la fin du XIXe siècle, la révolution industrielle suscita un réel besoin d'harmonisation des lois sur le brevet sur le plan international, laquelle était rendue nécessaire en raison de l'augmentation des échanges commerciaux, des investissements et l'intensification de la compétition<sup>59</sup>. En la matière, les législations en place dans l'ensemble des pays faisaient obstacle à cet élan d'échanges internationaux ; leur application valable uniquement sur le plan national défavorisait le monde des affaires. Qui plus est, les Expositions universelles alors en plein essor représentaient un milieu propice au piratage et à la contrefaçon des inventions, suscitant la crainte de leur auteur<sup>60</sup>. Les deux premiers congrès consacrés à la question des brevets se tinrent à Vienne en 1873 puis à Paris en 1878. Cependant, ils n'eurent d'autre intérêt que de réaffirmer l'utilité de l'institution des brevets, sans pour autant proposer la moindre solution à cette problématique mondiale<sup>61</sup>. Une Commission fut tout de même instaurée afin de créer une loi universelle. Ses travaux permirent d'établir, en 1879, un Projet d'Union Internationale pour la protection de la propriété industrielle<sup>62</sup>. En 1880, elle déboucha sur une réunion diplomatique organisée à Paris et comprenant des délégués de seize pays, à l'issue de laquelle il fut mis en place un texte améliorant les interactions entre les différentes législations nationales. La *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* venait de naître<sup>63</sup>. Cette dernière n'entrera en vigueur que quatre ans plus tard, en 1884. Toutefois, son texte donna lieu, par l'inclusion de règles minimales entre les États, à une harmonisation partielle des diverses lois nationales<sup>64</sup>. Mais malgré cette avancée notable, l'acte comportait encore de nombreuses limites : des sujets

<sup>59</sup> Graham DUTFIELD, *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries : A Twentieth Century History*, Aldershot, Ashgate, 2003, p. 54.

<sup>60</sup> Serge LAPOINTE, *loc. cit.*, note 7, p. 651.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 652.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* du 20 mars 1883, appelée aussi Convention de l'Union de Paris (CUP), disponible sur [http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/paris/pdf/trtdocs\\_wo020.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/paris/pdf/trtdocs_wo020.pdf).

<sup>64</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 76.

importants tels que les exceptions à la brevetabilité (notamment en lien avec des critères moraux), furent totalement occultés du texte de la Convention<sup>65</sup>. Il faudra attendre 1995 et l'accord sur les ADPIC pour trouver une véritable loi multilatérale imposant des règles de fond aux pays membres de l'OMC<sup>66</sup> en matière de propriété intellectuelle. Là encore, bien que les questions relatives aux exclusions d'ordre éthique aient été abordées, aucune solution concrète vis-à-vis de cette problématique n'émergera des discussions. À l'heure actuelle, aucun système de brevets pouvant être considéré comme universel n'a encore été mis en place. De nombreuses questions, de nombreux thèmes restent en suspens, alors qu'ils nécessiteraient qu'un réel consensus international soit enfin trouvé. La solution semble se diriger vers un bilatéralisme plutôt que vers un multilatéralisme, avec une structure de base législative modelée par les parties en accord, à l'instar des conventions sur la double imposition<sup>67</sup>.

Après avoir tracé les grandes lignes des origines du système des brevets, notre étude se propose à présent de cerner l'ingénierie globale de ces derniers et d'en appréhender les motivations en tant que système reconnu dans nos sociétés. Toutefois, nous aurons dorénavant une plus grande conscience de la présence de l'important bagage historique lié au droit des brevets.

## **B. Les mécanismes et la justification du régime des brevets**

Cette partie a un double objectif : d'une part, nous allons nous intéresser aux caractéristiques principales des brevets afin de mettre en lumière leurs rouages internes ; d'autre part, nous analyserons les différentes philosophies ayant conduit à la justification de cette institution. Ces facteurs ainsi explicités nous permettront, à l'instar des paramètres historiques, de juger de manière plus pertinente la place qu'occupe l'éthique dans le système des brevets.

---

<sup>65</sup> Graham DUTFIELD, *op. cit.*, note 59, p. 57.

<sup>66</sup> [www.wto.org/french/intellef/intellf2.htm](http://www.wto.org/french/intellef/intellf2.htm).

<sup>67</sup> Voir Jean-Frédéric MORIN, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, Bruxelles, Boeck & Larcier, 2007.

## 1. L'essence du brevet

Aujourd'hui, le système des brevets connaît une importante remise en question. Les doutes suscités par ce système ont grandi parallèlement au développement des progrès et aux craintes générées par l'avènement des biotechnologies et leurs impacts sur la société. Mais avant d'approfondir le débat, il convient d'appréhender la nature et le fondement des brevets. Il s'agira ainsi d'éviter certains jugements hâtifs qui, associés à une mauvaise compréhension des véritables enjeux liés à la propriété intellectuelle, engendrent des résultats contre-productifs et freinent la discussion sur les réels aspects éthiques inhérents au sujet. Comme nous l'avons précédemment mis en évidence, la notion de brevet a évolué avec le temps. Cependant, son approche moderne implique que, dans l'intérêt général, le système des brevets favorise le développement de nouvelles solutions dans les domaines technologiques par la garantie de droits exclusifs accordés pour une période déterminée. Cette garantie est déjà offerte par la puissance publique et, en contrepartie, l'inventeur doit permettre au public d'accéder à son innovation par une description du mode de fonctionnement de celle-ci<sup>68</sup>. Précisons toutefois qu'il existe une nuance par rapport au rôle même du brevet. En effet, celui-ci ne représente pas un titre de propriété sur l'invention en tant que telle, contrairement à ce qui a pu être affirmé auparavant – par exemple en France, en 1791<sup>69</sup>. Mais le brevet confère un droit exclusif d'interdire à quiconque d'utiliser l'invention, de quelque manière que ce soit, pendant sa durée de validité<sup>70</sup>. Ce principe se traduit par une interdiction de faire, d'utiliser, de vendre ou d'importer – lorsque l'invention est un produit – ou d'utiliser le procédé – lorsque l'invention consiste en une méthode<sup>71</sup>. L'obtention d'un brevet ne constitue pas non plus une autorisation pour utiliser l'invention, mais permet à son titulaire d'empêcher une tierce partie de l'exploiter à des fins industrielles ou commerciales. Enfin, nous devons souligner également que les questions

---

<sup>68</sup> Alfredo ILARDI, *La propriété intellectuelle : Principes et dimension internationale*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 17.

<sup>69</sup> Thierry SUEUR et Jacques COMBEAU, « Un monument en péril : Le système des brevets en Europe » dans Marie-Anne FRISON-ROCHE et Alexandra ABELLO (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, p. 97.

<sup>70</sup> Alfredo ILARDI, *op. cit.*, note 68, p. 19.

<sup>71</sup> *Ibid.*

relatives à la permission de commercialiser l'invention ou son utilisation dans la recherche ne relèvent pas des brevets, mais d'autres réglementations.

À partir de là, l'analyse du système interne des brevets va s'articuler autour de trois pôles principaux caractérisant ce régime. Le premier s'attachera à déterminer ce qu'englobe la notion d'invention. Le deuxième dévoilera les critères actuels permettant de reconnaître une invention. Et le troisième pôle portera sur les aspects économiques du droit des brevets.

#### a) Notion d'invention

L'on ne peut évoquer le concept « d'invention » sans en préciser la signification. Mais si l'on parcourt les différentes législations nationales ou même les conventions, rares sont celles qui en donnent une définition claire. D'un point de vue pratique, cette lacune peut se comprendre, dès lors que l'on se situe dans le domaine de l'innovation et de la nouveauté. Il est donc difficile d'avancer une définition trop stricte de l'invention, car cela pourrait exclure de son cadre un certain nombre d'avancées technologiques. C'est pourquoi l'on préfère procéder *a contrario*, en laissant le soin à la jurisprudence d'indiquer ce qui ne peut pas être considéré comme une invention au sens de la loi<sup>72</sup>. La *loi type de l'OMPI pour les pays en développement concernant les inventions* de 1979 tentait malgré tout de donner une définition de l'invention dans son article 112.1 : « *Par invention, on entend une idée (...) qui a permis dans son application la solution à un problème spécifique dans le champ de la technologie.* »<sup>73</sup> Cette définition reste toutefois très large et ne donne pas lieu, en elle-même, à une résolution de problèmes plus concrets. Il est cependant encore possible d'opérer une distinction entre, d'une part, les inventions qui consistent en un produit que l'on pourrait qualifier de « fini » et, d'autre part, les procédés de fabrication ou de production qui peuvent, eux aussi, faire l'objet d'un brevet. Cette dernière différenciation constitue souvent la base des méthodes brevetées dans le domaine des biotechnologies.

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>73</sup> *Ibid.*

Ces considérations nous amènent à traiter l'importance de la description de l'invention. Celle-ci est un élément clef dans le processus de dépôt du brevet, car elle permet une évaluation optimale de l'innovation. Entre autres, elle participe à la diffusion des connaissances au sein de la société ; fonction primordiale dans la justification du système des brevets. Les revendications liées à l'invention occupent également une fonction majeure, car elles déterminent l'étendue des droits accordés au titulaire du brevet. Elles décrivent ainsi les actes pouvant ou non être réalisés sans licence. Cette dernière s'obtenant en principe par le biais du paiement d'un droit, les revendications jouent un rôle central dans le système.

Dès lors, l'absence de définition ou une définition partielle de l'invention confère une importance cruciale à l'évaluation des critères de brevetabilité, ceux-ci faisant office de filtres de l'ingéniosité. Mais quel est précisément leur contenu ? Cette question fera l'objet du point suivant.

#### b) Critères de brevetabilité

Il est important de rappeler que le brevet est un droit offert à tout porteur d'innovation technologique. L'inventeur n'est soumis à aucune obligation de le solliciter et, par ailleurs, celui-ci n'est pas accordé du seul fait de la création, comme cela serait le cas pour les droits d'auteurs<sup>74</sup>. L'obtention du brevet est soumise à certaines modalités, celles-ci étant variables d'un État à un autre. Cependant, avec l'apport des conventions internationales, il est possible de déterminer trois grandes conditions de base. Ainsi, pour être brevetable, une invention doit être nouvelle, impliquer une activité inventive et garantir une application industrielle<sup>75</sup>.

De prime abord, le premier critère paraît simple : l'invention doit présenter un caractère de nouveauté. Il convient toutefois d'apporter quelques précisions. Deux types d'interprétations de la nouveauté peuvent en effet être distingués : d'une part, l'invention

---

<sup>74</sup> Thierry SUEUR et Jacques COMBEAU, *op. cit.*, note 69, p. 99.

<sup>75</sup> Alfredo ILARDI, *op. cit.*, note 68, p. 18.

n'a jamais existé auparavant, où que ce soit – dans ce cas, elle est qualifiée de nouveauté absolue ; d'autre part, l'invention est novatrice seulement dans un territoire déterminé – là, il s'agit d'une nouveauté relative<sup>76</sup>. De nos jours, la majorité des États ont opté pour le critère de la nouveauté absolue, au regard de la politique libérale et du marché global international. Ainsi, l'invention ne doit pas déjà être connue du public, ne serait-ce que par une publication, une divulgation orale ou par son utilisation. En d'autres termes, l'invention ne doit pas être comprise dans l'état de la technique (*state of the art*)<sup>77</sup>. La nouveauté se mesure ainsi à l'aune de la différence et de l'apport que crée l'invention à l'état de la technique du moment. Toute divulgation opérée de quelque manière que ce soit avant le dépôt de la demande de brevet (brevets publiés, écrits, Internet, photos, dessins etc.) a pour conséquence l'annulation de l'aspect novateur de l'invention<sup>78</sup>. Toutefois, à ce stade de notre analyse, une remarque primordiale s'impose : concernant les titulaires du brevet d'invention, il existe une différence notable entre le système américain et ses homologues européen et canadien. Alors que l'Europe et le Canada ont opté pour un système de « *first-to-file* », les États-Unis, eux, ont conservé le principe de « *first-to-invent* »<sup>79</sup>. Cela signifie que dans ce dernier cas, les droits attribués par le brevet reviennent au premier inventeur<sup>80</sup>. Bien que le système du « *first-to-invent* » puisse paraître plus équitable, dans le sens où il préserve le droit du véritable inventeur, il nécessite cependant une vérification de l'Office des brevets américains. Cependant, une telle procédure peut faire émerger des contentieux au sujet de l'identité du premier inventeur, situation que le principe du « *first-to-file* » permet d'éviter.

Le deuxième critère de brevetabilité se rapporte à l'implication d'une activité inventive. Par cette expression, il est entendu que l'invention doit posséder des caractéristiques inattendues, c'est-à-dire que, pour un spécialiste, « *elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique* »<sup>81</sup>. Aux États-Unis, l'activité inventive n'est pas

---

<sup>76</sup> Anne-Sophie GOURDIN-LAMBLIN, *Le régime juridique du brevet dans l'Union européenne*, Paris, TEC & DOC, 2003, p. 87.

<sup>77</sup> Par exemple La *Convention sur la délivrance de brevets européens* du 5 octobre 1973 (CBE), article 54, alinéa 2, le *Patent Act*, titre 35 du *United States Code* (USC), § 102, la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1984, ch. P-4, article 28.3.

<sup>78</sup> Sauf exception, voir article 55 CBE.

<sup>79</sup> Jean-Luc PIOTRAUT, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé (France, Allemagne, Royaume-Uni, États-Unis)*, Paris, Tec & Doc, 2007, p. 71.

<sup>80</sup> Article 35 USC § 111 et 115.

<sup>81</sup> Article 56 CBE.

exprimée en ces termes, mais est comprise dans la problématique de la non-évidence (*non-obviousness*)<sup>82</sup>. C'est également le cas au Canada<sup>83</sup>. La définition de l'inventivité n'est pas évidente en elle-même, et est susceptible de changer d'un pays à un autre. Effectivement, les offices de brevets ou les tribunaux comparent le facteur inventif de l'invention avec les connaissances d'un « homme de métier ». Mais ce rapport nage dans un certain flou et peut être interprété de manière stricte ou souple, selon l'institution où la demande de brevet est déposé. Car comment décrire le savoir-faire de cet homme de métier ? En soi, l'idée consiste à déterminer si ce dernier, de par ses compétences et savoirs sur l'art concerné, serait en mesure de concevoir la solution décrite par l'invention. Si tel est le cas, le critère d'inventivité n'est pas rempli. Les nouvelles technologies mettent cette condition à rude épreuve, et une définition ou une approche uniforme de l'inventivité ne semble pour l'instant pas possible au regard des décisions énoncées dans les différents tribunaux<sup>84</sup>. Une invention peut parfaitement être considérée comme inventive dans un pays et pas dans un autre<sup>85</sup>.

Le troisième et dernier critère concerne l'application industrielle ou le critère de l'utilité tel qu'il est exprimé en Amérique du Nord. Pour être brevetable, l'invention doit pouvoir faire l'objet d'une application dans le domaine industriel ou plus précisément, être apte à la fabrication ou à l'utilisation dans toutes sortes d'industries<sup>86</sup>. Les directives relatives à la Convention de Munich précisent que « *le terme industrie doit être pris dans son sens large, comme l'exercice de toute activité physique à caractère technique, c'est-à-dire une activité qui relève du domaine des arts mécaniques par opposition aux beaux-arts.* »<sup>87</sup> Mais du champ relativement large de ce critère découlent certains problèmes d'interprétation. L'idée de réalisme demeure donc primordiale lors de l'évaluation de cette condition, et l'invention doit être analysée sous un angle pratique et concret, c'est d'ailleurs le cas aussi au

---

<sup>82</sup> Article 35 USC § 103.

<sup>83</sup> Article 28.3 de la *Loi sur les brevets*.

<sup>84</sup> Adam MIZERA, « Définir un critère d'inventivité pour les brevets : ce n'est pas évident », (2007) 19 *C.P.I.* 1155.

<sup>85</sup> Cependant l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce*, (1994) Annexe 1 C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (ADPIC) considère comme synonyme les termes « activité inventive » et « non évident » ainsi que les termes « susceptible d'application industrielle » et « utile », cf. article 27 par. 1, note 5 ADPIC. Malgré tout, il subsiste des divergences dans l'interprétation de l'inventivité dans les différents pays membres de l'OMC.

<sup>86</sup> Article 57 CBE, article 35 USC § 101, article 2 de la *loi sur les brevets*.

<sup>87</sup> *Directive relatives à l'examen pratiqués à l'Office européen des brevets* (cité après Directives de l'OEB) : C, IV-5.1, disponible sur <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/guix/f/index.htm>.

Canada<sup>88</sup>. En droit américain, le critère d'utilité de l'invention est beaucoup plus important qu'une quelconque application industrielle. Mais sur ce point, gardons-nous de confondre l'interprétation des cours américaines et les considérations morales présentes dans le régime européen. L'utilité est une notion beaucoup plus vaste, permettant une plus grande liberté d'appréciation, dans le sens où l'invention n'est pas jugée uniquement sur ses applications industrielles. Le facteur éthique n'est nullement pris en compte dans la jurisprudence américaine actuelle, bien qu'une interprétation du critère d'utilité pour la société eût pu être ouverte, à une certaine époque, sur une telle approche<sup>89</sup>.

À la différence des États-Unis, de nombreux pays disposent, en plus des paramètres évoqués précédemment, d'une liste des inventions ne pouvant faire l'objet d'un brevet. L'on parle, dans ce cas, des « exclusions de la brevetabilité ». Plusieurs raisons peuvent expliquer ce principe, tels le refus d'octroyer un monopole dans un certain domaine, le manque de bénéfice au niveau de la société ou l'impossibilité de l'application industrielle. Par exemple, sur le plan européen, la CBE exclut de la brevetabilité les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, les races animales ou les variétés végétales, les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique ainsi que les méthodes de diagnostic<sup>90</sup>. Les réserves d'ordre moral et éthique font partie de cette logique des exclusions à la brevetabilité ; c'est l'article 53 a) CBE qui les régit. La question – intéressante – est de savoir ce qui justifie et explique l'ensemble de ces exclusions. Le défaut du critère d'application industrielle (par exemple pour les méthodes chirurgicales) ou l'impossibilité de pouvoir qualifier ces procédés d'inventions peuvent sembler redondants. En effet, les critères de brevetabilité décrits plus avant font déjà état de ces éléments et sont à eux seuls suffisants pour en limiter l'application. La raison qui donnerait le plus de sens à ces exclusions serait alors les préoccupations éthiques liées à ces inventions. Si nous prenons le cas des méthodes chirurgicales ou de diagnostic, le fait de retirer des profits commerciaux en s'appropriant des techniques visant principalement à prévenir ou à soigner des maladies pourrait avoir une connotation négative sur le plan moral<sup>91</sup>. Toutefois, certains pays autorisent la brevetabilité de ces procédés ; les États-Unis,

---

<sup>88</sup> Cf. partie II.C.1.

<sup>89</sup> Cf. partie II.B.2.

<sup>90</sup> Article 53 b) et c) CBE.

<sup>91</sup> Anne-Sophie GOURDIN-LAMBLIN, *op. cit.*, note 76, p. 97 ; dans le même ordre d'idée, on pourrait mentionner le cas des médicaments qui rejoignent cette même vocation. Toutefois, la subtilité réside, ici, par



par exemple, accordent des brevets à des méthodes médicales, dès lors que les critères sont satisfaits. Pourtant, même dans le système américain, une nuance existe. En effet, l'article 35 USC § 287 (c) stipule que l'utilisation de procédures chirurgicales brevetées par un médecin ou un établissement médical ne peut pas donner lieu à des poursuites pour atteinte aux droits des brevets. Il devient ainsi difficile de douter que l'origine d'un tel article ne repose pas sur une base s'appuyant sur un minimum de conscience éthique. D'ailleurs, à l'appui de ce idée, les argumentations ayant entraîné l'introduction de cet article se focalisaient, en grande partie, sur des considérations d'ordre moral. À titre d'exemple, certaines préoccupations, essentiellement revendiquées par l'Association Médicale Américaine (AMA), ont été exprimées quant à la limitation de l'accès à des techniques nouvelles aux médecins et, par répercussion, aux patients ; l'augmentation des coûts de la santé due aux risques d'éventuelles poursuites ; ou encore, l'affaiblissement de la confidentialité des données des patients pour des raisons de collecte d'informations relatives aux brevets<sup>92</sup>.

Une observation peut être également mentionnée quant à l'ensemble des critères de brevetabilité exposés jusqu'ici. Les trois conditions sont aujourd'hui confrontées à des difficultés d'interprétation face aux nouvelles technologies. La nouveauté, l'inventivité et l'applicabilité industrielle subissent le développement d'un nombre grandissant de différents services, l'accroissement de la rapidité des échanges et la difficulté de déterminer le contenu de certaines inventions, telles que les logiciels par exemple. Si le brevet n'a pas fait preuve d'efficacité dans tous les nouveaux domaines, le droit d'auteur, lui, peut s'avérer parfois beaucoup plus adéquat selon les cas<sup>93</sup>. La question du vivant fait aussi partie des objets relativement nouveaux auxquels les critères de brevetabilité doivent apporter une solution appropriée. La nouveauté et l'activité inventive sont en effet difficiles à appréhender lorsqu'il s'agit de matière vivante. La frontière avec la simple découverte est mince, voire parfois inexistante. Pourtant, il a fallu aller de l'avant et partir sur des interprétations beaucoup plus larges qu'auparavant. La crainte de laisser ces nouvelles

---

le fait que ceux-ci sont des produits et non des procédés, nuance précisément exprimée à l'article 53 c) CBE ; leur brevetabilité est ainsi admise tant en Europe qu'en Amérique du Nord. Il est certainement possible d'émettre des réserves quant à la cohérence d'une telle différenciation dans cette situation, néanmoins le choix du législateur a été fait dans ce sens.

<sup>92</sup> Margo A. BAGLEY, « Patent First, Ask Questions Later : Morality and Biotechnology in Patent Law », (2003) 45 *Wm and Mary L. Rev.* 469, 500-501.

<sup>93</sup> On peut redonner l'exemple ici des logiciels, cependant cette question reste toujours controversée.

inventions biotechnologiques sans protection semblait primer sur l'attente d'une éventuelle réforme des brevets ou d'une solution spécifique et adaptée à cette problématique.

À première vue, le droit des brevets pris dans son ingénierie globale tend à laisser transparaître une certaine technicité du domaine (dépôt d'une demande de brevet, conditions à remplir, processus d'obtention, description de l'invention, publication, durée du brevet, licence, etc.). Mais tous ces éléments ne représentent que la structure de base du brevet, entendu en dehors de la société et du contexte dans lequel il s'inscrit. Comme l'histoire des brevets l'a démontré, un critère important a joué un rôle essentiel tout au long du développement de ce système : l'utilité de l'invention. Cette notion était en grande partie corrélée aux conditions particulières du moment, selon une analyse pragmatique du milieu économique et social. À titre d'exemple, à une époque où le taux de chômage était très élevé, une invention impliquant une économie de personnel n'était pas considérée comme utile<sup>94</sup>. Actuellement, c'est plutôt le marché qui dicte l'utilité d'une invention. Malgré tout, cette notion perdure dans certains pays – telles les nations européennes – « *sous une forme négative, à travers l'exclusion de la brevetabilité des inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »<sup>95</sup>.

### c) Économie du droit des brevets

Avant de pousser plus avant notre analyse, il convient d'évoquer l'aspect économique qui ne peut être dissocié du droit des brevets. La propriété intellectuelle et plus particulièrement le régime des brevets sont en effet intimement liés par les théories des économistes. Le but ici ne consiste pas à examiner l'ensemble des approches économiques du système – ce qui pourrait faire l'objet d'un travail de recherche à part entière –, mais à décrire de manière succincte l'idée de base de cet aspect des brevets. Cet exposé permettra une prise de conscience des enjeux en présence lors de la réflexion portant sur l'impact des considérations morales dans un tel système.

---

<sup>94</sup> Yves PLASSERAUD et François SAVIGNON, *op. cit.*, note 5, p. 10.

<sup>95</sup> *Ibid.*

L'idée commune de départ est d'accéder à une économie qui se veut saine. Pour ce faire, il est nécessaire de mettre en place un marché dont les maîtres mots sont « compétitivité » et « efficacité ». Cette dernière se mesure par l'aptitude du marché à distribuer les ressources disponibles tout en comblant les souhaits et désirs de l'ensemble des individus de la société<sup>96</sup>. Cette distribution conduit théoriquement à une augmentation du bien-être de chacun et se répercute à l'ensemble de la communauté. Il existe de nombreuses approches économiques distinctes. Aussi, afin de faire preuve d'une certaine concision à ce sujet, il en est donné ici un aperçu basique et classique. L'innovation est un élément important pour le bien-être d'une société et ainsi, la propriété intellectuelle agit dans ce schéma comme un stimulant. Les économistes partent du fait que l'homme réagit de manière positive à un mode de récompense et de reconnaissance<sup>97</sup>. La création implique en effet un critère de rareté nécessitant du « talent » et de l'« énergie » ; toute forme d'encouragement est donc la bienvenue afin d'éviter que ces efforts ne se centrent sur autre chose<sup>98</sup>. Dès lors, le fait de protéger la création peut susciter des velléités innovatrices et justifier que l'on y consacre du temps et les moyens nécessaires. Les brevets permettent par ailleurs de limiter l'usage et la diffusion des innovations, afin que leur inventeur puisse retirer les bénéfices de leur travail et obtenir un retour sur leur investissement<sup>99</sup>. La perspective globale économique des brevets se traduit en fin de compte par une analyse et un calcul des coûts et bénéfices de l'opération. Le marché dicte les règles concernant l'offre et la demande, et l'économiste offre les solutions pour rendre ce dernier plus efficient<sup>100</sup>. Il ressort ainsi une dualité dans la propriété intellectuelle : d'un côté, nous avons l'encouragement à l'innovation ; et de l'autre, la diffusion des connaissances. En termes économiques, on parle d'un équilibrage entre l'efficacité dynamique et l'efficacité statique<sup>101</sup>. Toutefois, limiter l'amélioration du système des brevets à une approche purement économique reviendrait à ignorer de façon irresponsable l'impact que peuvent représenter les nouvelles technologies au sein d'une société. En droit des brevets, si l'importance de l'économie est un fait, elle représente

---

<sup>96</sup> Graham DUTFIELD, Uma SUTHERSANEN, *Global Intellectual Property Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, p. 49.

<sup>97</sup> Peter DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, Aldershot, Dartmouth, 1996, p. 6.

<sup>98</sup> Ejan MACKAAY, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 267.

<sup>99</sup> Peter DRAHOS, *op. cit.*, note 97, p. 6.

<sup>100</sup> Suzanne SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, Cambridge, The MIT Press, 2004, p. 34.

<sup>101</sup> François LÉVÊQUE et Yann MÉNIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris, La Découverte, 2003, p. 8. « [...] l'efficacité dite statique requiert que les ressources soient allouées de telle sorte que le surplus total soit maximisé. [...] l'efficacité dynamique se réfère à l'amélioration et au renouvellement dans le temps des techniques de production et des biens. », *ibid.*, p. 9.

parallèlement un outil efficace de mesure des conséquences que certains arrangements opérés dans ce domaine impliquent au niveau du marché. Cependant, elle ne constitue pas en soi la « *solution unique* » pour résoudre les enjeux actuels qui, eux, sont beaucoup plus profonds.

Cette analyse de l'ingénierie globale des brevets a permis de comprendre leurs aspects techniques et fonctionnels. Nous avons mis en évidence que sur ce plan, apparaissent déjà quelques problèmes concernant certains critères que nous pourrions qualifier de « purement techniques ». À partir de là, il convient d'évoquer les raisonnements ayant abouti à la justification d'un tel système, afin de mieux comprendre ses tenants et aboutissants.

## 2. La philosophie à la base du système des brevets

Expliquer la raison d'être de la propriété intellectuelle est un exercice qui présente bien des difficultés et des subtilités. En réalité, ce principe se fonde, non pas sur une seule théorie, mais sur plusieurs philosophies permettant d'en appréhender le sens. Rappelons que le domaine des brevets reste relativement difficile à saisir, à l'instar des droits d'auteurs, des secrets de fabrication, des marques etc. L'on entre en effet dans la sphère des biens immatériels, c'est-à-dire des choses incorporelles créées par l'esprit de l'homme, autrement dit de nature intellectuelle<sup>102</sup>. L'ordre juridique a toujours essayé de classer les choses présentes dans l'environnement de l'homme. Ainsi, les biens corporels et incorporels sont régis et traités en objets juridiques<sup>103</sup>. Ce principe autorise les personnes à faire valoir leurs droits sur ces derniers (propriété, possession) ou les en exclut, les laissant ainsi à la collectivité<sup>104</sup>. Les biens immatériels – plus communément appelés les biens intellectuels – ont souvent été négligés par le droit, en comparaison avec les biens corporels. Il a fallu attendre le XIXe siècle pour que Kohler et Picard démontrent la réelle spécificité des droits sur les biens intellectuels, en les considérant comme « *des droits sui generis de nature*

---

<sup>102</sup> Kamen TROLLER, *Précis du droit suisse des biens immatériels*, Bâle, Helbling & Lichtenhahn, 2006, p. 15.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*

*patrimoniale* »<sup>105</sup>. C'est d'ailleurs à Picard que l'on doit le terme « droits intellectuels »<sup>106</sup>. Selon Roubier, un autre auteur et pionnier, les droits intellectuels font partie d'un troisième ensemble – les « droits de clientèle » – à côté des droits réels et des droits personnels<sup>107</sup>. Les biens intellectuels démontrent qu'ils sont à la base de tout développement et prennent aujourd'hui une place de plus en plus importante dans notre économie, d'où le sentiment de vouloir réguler de manière « équitable » l'ensemble de ces richesses.

#### a) Théorie de Locke

Pour ce faire, la propriété intellectuelle s'appuie dans un premier temps sur la théorie de la propriété de John Locke,<sup>108</sup> dont l'adage est « *we own what we 'mix our labour' with* »<sup>109</sup>. En d'autres termes, toute personne a un droit de propriété sur ce qu'elle produit par ses efforts, réflexion et travail<sup>110</sup>. Ce droit de propriété sur son travail est un corollaire du droit accordé à chacun de disposer de son propre corps : « Mon corps m'appartient, de même que ce qu'il produit<sup>111</sup>. » Si nous transposons cette idée à l'échelle de la propriété intellectuelle, il apparaît que si notre corps nous appartient, notre esprit aussi. Ainsi, les produits de notre esprit, tels que les idées, la réflexion inventive, les concepts, représentent eux aussi des produits de notre corps et donc nous appartiennent tout autant<sup>112</sup>. Cependant, Locke pose des conditions au droit de propriété : tout d'abord, il doit laisser à autrui, quantitativement et qualitativement, les moyens d'assurer sa subsistance ; ensuite, il ne doit pas constituer un prétexte au gaspillage et à l'utilisation abusive ; les ressources non employées doivent

<sup>105</sup> Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI et Jean-Luc PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Litec, 1996, p. 4.

<sup>106</sup> Marcel PLAISANT, *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1949, p. 6.

<sup>107</sup> Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI et Jean-Luc PIERRE, *op. cit.*, note 105, p. 4 ; Paul ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952, p. 104.

<sup>108</sup> John LOCKE, *The Second Treatise of Civil Government and A Letter Concerning Toleration*, Oxford, Basil Blackwell, 1948, p. 14 et suiv.

<sup>109</sup> Alan RYAN, *Property and Political Theory*, New York, Blackwell, 1984, p. 29.

<sup>110</sup> Edwin C. HETTINGER, « Justifying Intellectual Property », dans Adam MOORE (dir.), *Intellectual Property: Moral, Legal, and International Dilemmas*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p. 21.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> Daniel ATTAS, « Lockean Justifications of Intellectual Property », dans Axel GOSSERIES, Alain MARCIANO ET Alain STROWEL (dir.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, p. 39.

pouvoir être partagées<sup>113</sup>. Dans l'idée de l'auteur, le travail qui est opéré « *does not lessen but increase the common stock of mankind* »<sup>114</sup>. Pour expliciter cette réflexion, il prend l'exemple d'un paysan qui, avec dix hectares de terre, peut produire l'équivalent d'une terre de cent hectares. Le travail fourni profite ainsi au bien commun. Comme le fait remarquer Drahos en reprenant les observations de Ryan<sup>115</sup>, cette construction s'apparente quelque peu à des concepts utilitaristes<sup>116</sup>.

Un élément central de la théorie de Locke, sujet à diverses interprétations, réside dans la distinction de deux aspects opposés de la communauté : d'une part, ce qui est *commun* à tous, dans le sens de non-appartenance à un individu en particulier ; d'autre part, ce qui est *ouvert* à tous, et d'où l'on tire la notion de propriété privée. On parle aussi respectivement de communauté positive et de communauté négative<sup>117</sup>. Naturellement, la portée de chaque aspect dépend des idéologies de la personne qui interprète la théorie de Locke. Par exemple, les auteurs Tully et Macpherson ont chacun une vision bien distincte du travail de Locke<sup>118</sup>. Alors que le premier opère une analyse sous un angle théologique, voit l'homme comme réalisant le travail de Dieu et donne un poids plus grand à la communauté positive, le second fait ressortir le côté capitaliste de Locke<sup>119</sup>. Cette théorie apporte suffisamment d'éléments pour que chacun puisse se forger son propre raisonnement et par la suite soutenir sa vision de la propriété. Quoi qu'il en soit, la base de toutes les argumentations fondées sur la théorie de Locke implique toujours un choix fondamental entre la communauté positive et la communauté négative. Il est toujours possible de pousser encore plus loin la réflexion sur ces deux communautés, mais nous n'allons pas approfondir ici toutes les approches métaphysiques de la théorie de Locke. Ce qui est intéressant à retenir dans ce domaine, c'est que les biens intellectuels peuvent prendre des directions bien différentes, suivant que l'on se place dans une perspective d'une communauté négative ou positive.

---

<sup>113</sup> Justin HUGHES, « The Philosophy of Intellectual Property », (1998) 77 Geo. L.J. 287, 297. voir aussi Horacio M. SPECTOR, « An Outline of a Theory Justifying Intellectual and Industrial Property Rights », (1989) 8 *E.I.P.R.* 270.

<sup>114</sup> John LOCKE, *op. cit.*, note 108, p. 20.

<sup>115</sup> Alan RYAN, *op. cit.*, note 109, p. 30.

<sup>116</sup> Peter DRAHOS, *op. cit.*, note 97, p. 44.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>118</sup> James TULLY, *A Discourse on Property: John Locke and His Adversaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980 ; Crawford B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism, Hobbes to Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

<sup>119</sup> Peter DRAHOS, *op. cit.*, note 97, p. 46.

Les biens intellectuels profitent à la société et sont nécessaires à son bon développement. Fondée sur les principes des libertés maritimes établies par Grotius, une comparaison peut être opérée entre les biens intellectuels et la mer. Certes, celle-ci regorge de richesses profitables à l'homme. Mais comment exploiter ces ressources de façon équilibrée afin que l'être humain en bénéficie, tout en préservant ce milieu ?<sup>120</sup> L'expérience montre que les intervenants disposant des moyens technologiques et matériels pour exploiter la mer tendent à favoriser l'approche de la communauté négative, dans une velléité de s'appropriier les ressources qu'elle offre. De l'autre côté, les pays ne possédant pas les mêmes moyens penchent plutôt pour une approche privilégiant la communauté positive<sup>121</sup>. Cette divergence se retrouve aujourd'hui dans les questions liées à la propriété intellectuelle. Sous l'angle de l'approche de la communauté négative, un problème spécifique au domaine des brevets concerne la tendance à trouver de nouvelles formes d'appropriation<sup>122</sup>. Prenons, à titre d'exemple, le cas des gènes. Ceux-ci ne sont pas un phénomène nouveau, même si leur existence n'a été établie que récemment. Il s'agit plutôt d'une découverte, et comme chacun sait, une découverte n'est normalement pas brevetable. Pourtant, l'approche de la communauté négative – qui est celle que suit le domaine des brevets – a rendu possible, en quelque sorte, l'appropriation des gènes humains, ce qui n'aurait pas été envisageable aussi facilement dans le cas d'une communauté positive. La concrétisation d'une telle opération aurait été soumise à l'approbation de l'ensemble de la communauté<sup>123</sup>. Sur le plan de la propriété intellectuelle et plus particulièrement du régime des brevets, une observation plus pointue de la communauté positive dévoile sa tendance, sur un plan moral, à maintenir un meilleur équilibre des intérêts communs au sein d'une société.

Bien évidemment, la théorie de Locke est loin de faire l'unanimité. Qui plus est, elle fait l'objet, parallèlement aux différentes interprétations liées au raisonnement qu'elle soutient, de questionnements quant à l'énoncé principal. Des auteurs comme Robert Nozick et Edwin Hettinger décrivent quelques faiblesses dans l'hypothèse de départ. Pour Nozick, la question est de savoir pourquoi l'association entre le travail fourni et une autre action étend le principe de propriété et ne donne pas lieu, inversement, à une perte de propriété sur le

---

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>123</sup> *Ibid.*.

travail fourni<sup>124</sup>. Quant à Hettinger, sa réflexion consiste à se demander pourquoi le fruit d'un travail engendrerait un droit de propriété sur tout le produit obtenu. La logique voudrait que le travailleur – ou plutôt, en l'occurrence, l'inventeur – ne puisse prétendre qu'à la valeur ajoutée découlant de son labeur<sup>125</sup>. Ces points sont très délicats et amènent aussi un débat d'ordre moral ou éthique. Comme on le sait, l'on n'obtient rien du néant ; toute nouvelle invention se crée sur la base d'une autre ou se forme à partir de quelque chose, « *on parle d'innovation de filiation* »<sup>126</sup>. L'on peut dès lors comprendre qu'il puisse paraître choquant qu'une personne ou une entreprise se voie accorder des droits exclusifs sur un élément ou dans un domaine spécifique, alors que l'invention est tirée d'autres inventions existantes ou que l'élément en question appartient à la collectivité. Ces questions et craintes sont d'autant plus exacerbées lorsque l'on commence à toucher à l'homme en lui-même. Il n'en demeure pas moins que le débat sur la manière de récompenser équitablement l'inventeur pour son travail demeure ouvert. Un glissement progressif du brevet vers un titre de propriété sur l'objet de l'invention, comme il est constaté dans certaines circonstances, est une dérive inquiétante et contre-productive pour le système des brevets dans son ensemble.

#### b) Théorie du mérite

Hettinger et Hughes voient une variante découlant de la théorie Locke : « la théorie du mérite »<sup>127</sup>. L'argument de cette réflexion est que le travailleur mérite d'être récompensé pour ses efforts<sup>128</sup>. Cette approche semble tout à fait appropriée et raisonnable, si l'on en croit l'expression courante « tout travail mérite salaire ». Toutefois, comme le démontre Hettinger, le problème ne réside pas ici dans ce principe de base, mais plutôt dans la récompense qui est accordée. Un droit de propriété exclusif sur l'invention peut paraître parfois excessif, compte tenu du fait qu'une invention, comme nous l'avons déjà précisé, est souvent le prolongement d'une autre. De plus, il est du domaine du possible d'imaginer

<sup>124</sup> Robert NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 175.

<sup>125</sup> Edwin C. HETTINGER, *op. cit.*, note 110, p. 22.

<sup>126</sup> Ejan MACKAAY, *op. cit.*, note 98, p. 268.

<sup>127</sup> Edwin C. HETTINGER, *op. cit.*, note 110, p. 25 ; Justin HUGUES, *loc. cit.*, note 113, p. 305. L'auteur parle de la théorie de « *labor-desert* » ou de « *value-added* ».

<sup>128</sup> Edwin C. HETTINGER, *op. cit.*, note 110, p. 25.



d'autres manières de récompenser l'inventeur<sup>129</sup>. La théorie de Locke ou celle du mérite se comprennent aisément, surtout dans nos sociétés où la propriété garde une place centrale. Cependant, elles se heurtent toutes les deux à la justification de la récompense par un droit de propriété sur l'invention. Ni l'une ni l'autre n'explique les raisons d'une telle appropriation. Il ne faut pas non plus oublier que Locke lui-même a posé des limites à ce droit de propriété, qui doit laisser à la communauté suffisamment de ressources (en termes de qualité et de quantité) et éviter le gaspillage et la spoliation<sup>130</sup>. La réalité du droit des brevets semble s'orienter vers une autre voie, celle de la favorisation de la communauté négative, avec une tendance à accaparer le contenu des biens communs à tous. Ainsi, la liberté d'appropriation devient presque totale et menace l'équilibre nécessaire dans les différents intérêts mis en relation au sein du système.

### c) Théorie utilitariste

L'argumentation des utilitaristes est l'une des justifications les plus prégnantes dans le domaine de la propriété intellectuelle et particulièrement dans le système anglo-américain des brevets<sup>131</sup>. Jeremy Bentham, pilier de l'école utilitariste, voit le droit comme le moyen d'atteindre un idéal qui peut se résumer par le fait de « maximiser la somme des plaisirs pour le plus grand nombre »<sup>132</sup>. Le droit n'a pas d'autre justification que son « utilité »<sup>133</sup>. Il s'agit, par le biais de cette approche, de rompre avec des systèmes idéalistes, des fictions théologiques ou métaphysiques. Toutes les notions subjectives sont retirées du processus législatif<sup>134</sup>. Pour Bentham, l'appropriation des choses ne pose pas de problème, du moment qu'elle conduit au bonheur et qu'elle convient à la majorité. Le but de la loi, dans cette situation, est d'offrir et de réguler les attentes engendrées par la propriété. Ces possibilités amènent alors les individus à travailler et du même coup à devenir productifs.

---

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>131</sup> Adam GOODMAN, « The Origins of the Modern Patent in the Doctrine of Restraint of Trade », (2006) 19 *I.P.J.* 297, 307.

<sup>132</sup> Jeremy BENTHAM, « Manual of Political Theory of Property », dans John BOWRING (dir.), *The Works of Jeremy Bentham*, New York, Russel and Russel, 1962, p. 33.

<sup>133</sup> Michel VILLEY, *Philosophie du droit : Définitions et fins du droit, les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 234.

<sup>134</sup> *Ibid.*

Ainsi, la société prospère, de même que le degré de satisfaction des personnes la constituant, en tout cas d'un point de vue théorique. Il convient ici de rappeler que, pour Bentham, le travail est quelque chose que l'ensemble des personnes n'aime pas par nature<sup>135</sup>.

Cette théorie justifie la propriété intellectuelle par l'intérêt social inhérent à la promotion de l'inventivité et de la créativité. Dès lors, il est nécessaire d'accorder des droits de propriété sur le travail fourni<sup>136</sup>. En d'autres termes, c'est le progrès, le développement et les nouvelles créations qui représentent, en l'occurrence, le plus grand bénéfice ou profit pour le plus grand nombre. Le droit des brevets se pose ainsi en tant que moyen permettant d'atteindre ce but et ce, par l'octroi de droits exclusifs. La volonté d'accorder un droit de propriété sur l'invention dérive du raisonnement suivant : si un tel droit n'existait pas, n'importe qui pourrait utiliser, copier ou s'approprier l'invention et ainsi couper court à tout désir d'investir du temps et de l'argent dans le développement de nouvelles technologies<sup>137</sup>.

Si cette façon de penser présente l'avantage d'écarter toutes les réflexions métaphysiques ou idéologiques, elle possède toutefois des lacunes et donne des résultats parfois contradictoires. Comme Hettinger l'a mis en évidence, la restriction de la disponibilité des nouveaux biens intellectuels a pour effet de ralentir les développements techniques<sup>138</sup>. De même, il a été dit auparavant qu'une innovation découle souvent d'une autre ; ainsi, les brevets ralentissent ce phénomène par la nécessité d'obtenir une autorisation pour utiliser le concept breveté. Pourtant, le raisonnement utilitariste est justement de promouvoir et d'inciter le développement des progrès techniques par la propriété intellectuelle. Un tel cheminement peut paraître paradoxal à première vue. Certes, un ralentissement est bel et bien engendré par les droits exclusifs, mais celui-ci est nécessaire pour garantir la protection du bien intellectuel, en tout cas dans l'état actuel des choses. On retombe ici dans des aspects qui concernent des réflexions d'ordre économique, évoquées plus haut<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Peter DRAHOS, *op. cit.*, note 97, p. 201.

<sup>136</sup> Edwin C. HETTINGER, *op. cit.*, note 110, p. 30.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> Cf. partie I.B.1.c.

## d) Théorie de la personnalité

Une autre approche se rapporte à la théorie de la personnalité ou de la personne ; celle-ci tire son origine principalement des écrits de Hegel<sup>140</sup>. Le raisonnement est que l'appropriation des choses qui nous entourent est essentielle pour garantir l'épanouissement et une certaine dignité de l'homme<sup>141</sup>. Pour Hegel, l'esprit de l'homme est libre, et cette personnalité commence au moment où il prend conscience de lui-même. Mais la réflexion ne s'arrête pas là ; pour se développer, cette personnalité doit inscrire son existence dans son environnement, sous une forme plus concrète qu'une simple liberté d'esprit. La propriété offre cette possibilité<sup>142</sup>. Selon Hegel, l'homme a un « [...] *absolute right of appropriation [...] over all things* »<sup>143</sup>. Et cette appropriation comprend aussi la catégorie des biens intellectuels. La propriété sur les choses offre aux personnes la possibilité de maîtriser leurs conditions et leur apporte ainsi autonomie et sécurité<sup>144</sup>. Contrairement à Locke, Hegel ne voit pas de limite dans l'appropriation des choses. De plus, il considère qu'il est impossible de déterminer ce qui peut être ou non objet de propriété. Toujours à l'opposé de celle de Locke, la théorie de Hegel n'envisage pas une propriété commune, dans le sens où certaines choses appartiendraient à un bien commun à propos duquel chaque citoyen ou membre de la société aurait son mot à dire, car l'esprit est libre de régir le monde comme il l'entend : « *A person has the right to place his will in any thing* »<sup>145</sup>. L'effectivité d'une appropriation sur un objet dépendra bien évidemment de la nature même de cet objet, sans pour autant diminuer la possibilité de cette appropriation. Ainsi, toutes les formes de vie, les gènes, les séquences d'ADN sont sujets à appropriation<sup>146</sup>.

Mais cette vision laisse apparaître un risque d'abus ou de déséquilibre dont Hegel semble être conscient. C'est dans ce contexte qu'intervient le concept d'État de Hegel. Sans entrer dans les détails, cette notion implique différents paramètres dont le concept de vie éthique (« *ethical life* »). Ce dernier constitue un ensemble de valeurs partagées et des règles de vie

<sup>140</sup> Georg W. F. HEGEL, *Elements of the philosophy of right*, trad. par H.B. NISBET, Cambridge, Cambridge University Press, New York, 1991, p. 73 et suiv.

<sup>141</sup> Justin HUGHES, *loc. cit.*, note 113, p. 330.

<sup>142</sup> Peter DRAHOS, *op. cit.*, note 97, p. 76.

<sup>143</sup> Georg W. F. HEGEL, *op. cit.*, note 140, p. 75.

<sup>144</sup> Edwin C. HETTINGER, *op. cit.*, note 110, p. 28.

<sup>145</sup> Georg W. F. HEGEL, *op. cit.*, note 140, p. 75.

<sup>146</sup> Peter DRAHOS, *op. cit.*, note 97, p. 78.

en communauté<sup>147</sup>. La théorie de Hegel est imprégnée d'une signification d'ordre moral. Pour l'auteur, la sécurité de la propriété est assurée tant que celle-ci reste en accord et en conformité avec les idéaux des autres citoyens qui forment ce concept de vie éthique de la communauté. L'État a pour devoir non seulement de servir les individus et leur volonté d'appropriation, mais aussi de veiller au maintien de ce concept de vie éthique<sup>148</sup>. Transposé au domaine de la propriété intellectuelle de manière générale, l'idée première serait que l'inventeur, par l'apport de ses idées ou concepts, puisse atteindre justement ce but d'autonomie et de sécurité nécessaire à l'épanouissement de sa personnalité. En l'occurrence, la protection de la propriété intellectuelle a vocation à encourager le développement de l'homme, en lui offrant cette maîtrise sur ses biens intellectuels. Cependant, il est aussi nécessaire de s'entendre, d'un autre côté, sur un équilibre moral à préserver au sein de la société. Ainsi, l'octroi de droits de propriété intellectuelle devrait aussi prendre en compte certains intérêts autres que celui du demandeur, afin de maintenir une certaine stabilité. Une critique facilement observable vis-à-vis de cette théorie est que pour atteindre cet objectif d'autonomie et de sécurité nécessaire à l'homme, la propriété intellectuelle n'est pas essentielle en soi, d'autant plus que les brevets sont le plus souvent aux mains de compagnies et non de personnes physiques<sup>149</sup>.

#### e) Théorie de la planification sociale

L'approche de la planification sociale est une théorie qui découle de plusieurs sources : juristes provenant de l'école du réalisme juridique, philosophes et politiciens, dont notamment Thomas Jefferson et Karl Marx<sup>150</sup>. Mais avant d'aborder la théorie de la planification sociale en elle-même, un retour sur les idées de Karl Marx et de Thomas Jefferson vis-à-vis de la propriété ou de la propriété intellectuelle s'avère intéressante dans ce contexte précis.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>149</sup> Il est possible d'émettre d'autres critiques liées à la théorie de la personnalité, notamment la difficulté d'identifier l'objet particulier visé par cette volonté personnelle ou encore la complexité à déterminer les divers degrés d'expression de cette volonté. Voir Justin HUGUES, *loc. cit.*, note 113, p. 339 et suiv.

<sup>150</sup> William FISHER, « Theories of Intellectual Property », dans Stephen MUNZER (dir.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 6, disponible sur : <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>.

Pour commencer, Karl Marx voit la propriété comme une forme d'exclusion et un instrument détenu par une classe dominante dans le but de sauvegarder ses intérêts. La propriété, selon lui, permet d'exclure les travailleurs des fruits de leur labeur<sup>151</sup>. Le capitalisme crée un déséquilibre en poussant le besoin de production. La pré-condition à la productivité est justement la propriété dont le droit est l'instrument. Dans la vision de Marx, les inventeurs ou créateurs appartiennent au groupe exploité par la classe dominante. La propriété intellectuelle a donc pour objectif premier de maintenir et d'organiser cette relation économique inégalitaire plutôt que d'inciter réellement l'innovation et le progrès<sup>152</sup>. L'expansion de la propriété aux biens intellectuels n'est que le cheminement logique et nécessaire pour assurer une production continue, vitale pour le capitalisme. Un exemple intéressant, donné par Marx et réadapté par Drahos, démontre bien comment la propriété intellectuelle incorpore la créativité et l'innovation dans le champ de la production capitaliste. Il compare la situation d'un fabricant de pianos et celle d'un pianiste. Le premier, par son travail, produit le piano et rentre dans le schéma capitaliste de productivité. Quant au second, il joue de l'instrument et offre ainsi un service tout en n'étant propriétaire de rien. Cependant, si le pianiste crée une composition originale, le principe de la propriété intellectuelle va lui permettre de posséder quelque chose et donc d'intégrer le cycle de production<sup>153</sup>.

Citons également Thomas Jefferson, l'un des Pères fondateurs de l'Amérique. Même s'il est difficile de déterminer précisément la nature de l'opinion de l'ancien président sur la propriété intellectuelle, des indices laissent à penser qu'il y était plutôt opposé. Thomas Jefferson n'a pas participé activement à la rédaction de la Constitution américaine, mais l'on peut imaginer qu'il se serait posé en détracteur de l'introduction de la propriété intellectuelle dans celle-ci<sup>154</sup>. Il considérait en effet que l'octroi d'un brevet par l'État était une pratique « inséparable de l'abus »<sup>155</sup>. Comme Walterscheid le mentionne, le brevet représentait pour lui « *a subversion of the personal freedom and liberty that was central to*

---

<sup>151</sup> Peter DRAHOS, *op. cit.*, note 97, p. 97.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>154</sup> Edward C. WALTERSCHEID, *The Nature of the Intellectual Property Clause: A study in Historical Perspective*, Buffalo, William S. Hein & Co., 2002, p. 4.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 5.

*his political philosophy* »<sup>156</sup>. En revanche, son confrère James Madison considérait les brevets comme un monopole qui devait être toléré en raison du bien public qu'ils pouvaient apporter<sup>157</sup>.

Ces deux visions tendent à percevoir la propriété intellectuelle de manière plutôt négative. C'est apparemment dans une volonté d'obtenir un meilleur équilibre dans les rapports concernés que les adeptes de la théorie de la planification sociale souhaitent adapter la propriété intellectuelle, de façon à encourager l'émergence d'une société plus juste et attrayante<sup>158</sup>. Ce principe de planification sociale reprend en quelque sorte la vision des utilitaristes dans son cheminement, c'est-à-dire dans l'utilisation du droit comme un moyen d'atteindre un but. La différence se situe dans l'idéal visé, les utilitaristes ayant pour objectif le plus grand bien pour le plus grand nombre alors qu'ici, c'est une société idéale, plus juste et plus belle qui est visée<sup>159</sup>. Cette théorie est intéressante, dans le sens où le bien-être du consommateur est pris en compte au même titre que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle<sup>160</sup>.

Toutefois, cette approche présente un inconvénient majeur. Elle évoque une *société idéale*. Mais quelle est la définition d'une telle société ? Le simple fait de poser cette question donne déjà toute l'étendue de la difficulté de la tâche ; y apporter une réponse relève même du domaine de l'impossible. Trouver une définition qui rassemblerait toutes les tendances d'une communauté paraît tout simplement utopique. Le cadre de la propriété intellectuelle pour atteindre cet idéal de société représente un obstacle de plus. L'on parle ici de réglementation et donc de régulation des comportements. Imposer un concept d'idéal commun pourrait être vu comme un acte « paternaliste » et « antilibéral », la vision d'une société idéale n'étant pas forcément commune à tous les individus<sup>161</sup>. En outre, qui serait en mesure de faire ce choix pour les autres ? Le législateur, les politiques, les milieux intellectuels ?

---

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>158</sup> William FISHER, *loc. cit.*, note 150, p. 33.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>160</sup> Karina CORREA PEREIRA, « L'application des théories philosophiques justifiant la propriété intellectuelle dans les situations d'urgence », (2006) 18 *C.P.I.* 455, 471.

<sup>161</sup> William FISHER, *loc. cit.*, note 150, p. 36.

## f) Bilan des théories philosophiques.

Le bilan à tirer dans ce chapitre est que le droit des brevets, ou la propriété intellectuelle en général, ne possède pas de justification purement technique et encore moins neutre. Ces théories incluent toutes un degré de relativité, comparé par exemple aux mathématiques, discipline que l'on pourrait qualifier de neutre et purement technique. La justification de la propriété intellectuelle se base sur des idéologies et des influences qui peuvent évoluer avec le temps et les circonstances. Ainsi, l'on peut dire que le « *droit des brevets ne peut rester en dehors de tout système de valeurs* », car il est corrélé aux considérations et choix de société<sup>162</sup>. Ces quatre courants philosophiques principaux (la théorie du mérite étant incluse dans le sillage de la théorie de Locke) se retrouvent tous dans la description d'une situation où un équilibre doit être atteint dans les différents rapports qui y interviennent. La théorie de Locke évoque le principe de non-spoliation et la nécessité de laisser à autrui l'accès à des biens en quantité et qualité suffisantes. Quant aux utilitaristes, même s'ils mettent en avant le fait d'écarter tout jugement de valeur, la satisfaction du plus grand nombre fait partie de l'objectif ; et parler du plus grand nombre, c'est aussi parler de la société. Dans la théorie de la personnalité, l'idée que tout est sujet à appropriation est nuancée par le souci, exprimé par Hegel, d'avoir une société qui se retrouve autour d'un concept de vie éthique. Puis, dans la théorie de la planification sociale, l'importance des valeurs idéales pour l'ensemble d'une société va jusqu'à pousser à l'autre extrême l'unité de la société, où l'individualité cède quasiment sa place. Ces théories mettent en perspective un dénominateur commun, qui est l'équilibre entre les intérêts de l'inventeur et le reste de la société. Le maintien ou la recherche de cet équilibre ne peut se trouver que par une approche purement technique des brevets. Au sein d'une communauté, les perceptions d'une invention, de même que l'impact de celle-ci, sont des facteurs importants à prendre en compte dans la brevetabilité, afin de préserver la reconnaissance du brevet en tant qu'instrument utile et nécessaire.

---

<sup>162</sup> Marie-Angèle HERMITTE, *Le brevet et ses exclusions*, Genève, Société suisse d'éthique biomédicale, 1991, p. 2.

### C. Les rapports du droit des brevets et de la morale dans le contexte actuel

Le droit des brevets est devenu une matière très controversée, un terrain où s'affrontent plusieurs intervenants, scientifiques, économistes, juristes, organisations non gouvernementales et même grand public. D'ailleurs, l'histoire a montré que cette discipline a déjà connu certains remous. Dès le milieu du XIXe siècle, les débats portant sur l'entrave à l'industrie et à la liberté que représentaient les brevets faisaient rage<sup>163</sup>. Puis, dans le milieu du XXe siècle, les craintes concernaient l'obtention de brevets relatifs à des molécules, faisant ainsi planer le spectre de l'éventuelle redevance qu'il aurait fallu payer pour utiliser telle ou telle formule moléculaire<sup>164</sup>. Il est possible d'observer des similitudes avec la problématique actuelle des gènes ou plus largement des biotechnologies. Mais celles-ci posent des enjeux et des questions d'une ampleur jamais atteinte auparavant. Pour aborder cette nouvelle étape, nous allons avant tout apporter quelques précisions sur les termes récurrents émaillant cette problématique, tout en y introduisant certaines nuances indispensables. Puis, nous tenterons de comprendre les raisons de l'impact engendré par l'émergence des biotechnologies. Ensuite, dans le contexte des résolutions des questions éthiques, il s'agira d'identifier la place du droit des brevets et de faire émerger les critiques que son rôle suscite. Finalement, nous formulerons notre interrogation quant aux conséquences liées à l'approche choisie dans le domaine des micro-organismes.

#### 1. Précisions terminologiques

Avant d'aller plus loin dans l'analyse du contexte actuel, il convient d'éclaircir certaines notions qui peuvent paraître vagues ou simplement utilisées de manière tellement large, qu'il devient difficile de cerner leur fondement. Dans le sujet qui nous intéresse ici, le cœur du débat est axé sur les rapports existant entre le droit et l'éthique. Il n'est pas question de replonger dans les différentes théories philosophiques consacrées à ces deux termes importants, mais simplement d'être conscient de leur grande charge sémantique. Les

---

<sup>163</sup> Thierry SUEUR et Jacques COMBEAU, *loc. cit.*, note 69, p. 96.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 100.



différentes perceptions à leur égard peuvent expliquer en partie certaines vues dans le choix d'adaptation du régime des brevets face à l'éthique.

Pour commencer, le terme « droit » est reconnu depuis longtemps pour sa polysémie, Grotius ayant déjà réalisé une classification de ses différentes connotations. Le mot « droit » peut ainsi désigner ce qui est « juste » (*jus*) ; il peut caractériser une « qualité morale d'une personne » ; ou encore être utilisé comme synonyme de « loi »<sup>165</sup>. Dans l'art juridique, le mot « droit » possède une multitude de significations qui peuvent d'une part distinguer les divers domaines juridiques (commercial, international, fiscal, etc.), et d'autre part permettre la séparation entre deux secteurs spécifiques, comme par exemple le droit privé et le droit public, le droit objectif et le droit subjectif<sup>166</sup>. Cependant, comme le dit Goyard-Fabre, la définition du droit en tant que loi ou « *règle des actions morales obligeant à ce qui est honnête* » a gardé une portée intemporelle. Selon ses propos : « *Le phénomène de régulation des conduites que connote le terme "droit" est inséparable, dans notre monde humain, du souci de la morale et des exigences qu'elle impose.* »<sup>167</sup> Dans le domaine des brevets, l'économie et la technique sont des éléments clefs dont il est impossible de faire abstraction. Malgré tout, dans un souci d'atteindre une efficacité juridique au sein d'une société donnée, le droit doit se conformer aux exigences morales actuelles qui y sont rattachées. Cette exigence peut être obtenue par un renouvellement ou une amélioration de la législation, ou encore par des décisions judiciaires, tout en conservant l'impartialité et la modération nécessaires.

Le deuxième mot le plus important de cette étude est « morale », souvent remplacé par « éthique ». D'un point de vue étymologique, les deux termes ne diffèrent pas sémantiquement, *éthique* provenant du grec *êthos* et *morale* du latin *mos* ou *moris*<sup>168</sup>. Ils se définissent comme l'ensemble des valeurs, des règles morales propre à un milieu, une culture ou un groupe<sup>169</sup>. Dans ce sens, ces termes se rapprochent du concept de « bonnes mœurs », que nous définirons plus loin et qui doit être nuancé vis-à-vis du concept

<sup>165</sup> Simone GOYARD-FABRE, « Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui », dans François DERMANGE et Laurence FLACHON (dir.), *Éthique et droit*, Genève, Labor et Fides, 2002, p. 21.

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> *Ibid.* ; voir aussi Guy DURAND, *Six études d'éthique et de philosophie du droit*, Montréal, Liber, 2006, p. 15 et suiv.

<sup>169</sup> *Le Nouveau Petit Robert* 2009, s.v. « éthique ».

d'« ordre public »<sup>170</sup>. Cependant, dans notre travail, lorsque nous parlerons de considérations morales ou éthiques, nous inclurons l'ensemble des notions ou principes jugés essentiels au sein d'une société, ceux-ci permettant de préserver un équilibre dans les rapports et se retrouvant dans le respect tant du concept de bonnes mœurs que de l'ordre public. Il convient aussi de rester prudent lorsque l'on parle de « la morale ». Car dans ce cas, l'on fait référence à la science du bien et du mal, à la théorie de l'action humaine en ce qu'elle est soumise au devoir et a pour but le bien<sup>171</sup>. L'introduction de règles à caractère éthique est vue d'un mauvais œil par certains, qui justifient généralement leur désapprobation par la crainte de voir le système se bloquer ou les offices de brevets se transformer en cour moralisatrice. Néanmoins, le terme « droit » en lui-même est chargé de sens éthique. Comme le dit l'auteur Drahos : « *Law and morality are connected.* »<sup>172</sup> Ces précisions apportées, un retour sur les raisons qui ont ravivé les débats que l'on connaît aujourd'hui s'avère à présent nécessaire. Notre analyse s'effectuera ainsi à travers un retour sur l'apparition des biotechnologies.

## 2. Émergences des biotechnologies

Il faut retourner jusque dans les années soixante-dix pour trouver le point d'origine des difficultés rencontrées de nos jours. En 1973, la découverte de l'ADN a totalement changé les perspectives dans le domaine de la recherche, en donnant aux chercheurs et au monde scientifique les moyens d'arranger ou de transplanter des gènes<sup>173</sup>. Cette avancée fondamentale a alors rendu possible la création de nouvelles formes de vie. Aucune technologie n'avait jusque-là soulevé autant de questions, autant de difficultés à résoudre. Ce progrès technologique, en plus d'ouvrir tout un monde de possibilités prometteuses, tant dans le domaine médical qu'environnemental, a aussi amené son lot de craintes et de méfiances. En effet, le décryptage des mécanismes de la vie, non seulement a rendu

---

<sup>170</sup> Cf. partie II. A. 2.

<sup>171</sup> *Le Nouveau Petit Robert* 2009, s.v. « la morale ». ; voir généralement Marie-Josée ALEPIN et Claudine BIENVENU, « À la frontière de l'éthique et du droit : Mythe et réalité », dans *À la frontière de l'éthique et du droit : 1992, prix Charles-Coderre pour l'avancement du droit social*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1993, p. 4 et suiv.

<sup>172</sup> Peter DRAHOS, « Biotechnology Patents, Markets and Morality », (1999) 21 *E.I.P.R.* 441.

<sup>173</sup> Debora J. HALBERT, *Resisting Intellectual Property*, Abingdon, Routledge, 2005, p. 114.

obligatoire une redéfinition de l'essence même de l'homme, mais a aussi ouvert la porte à de possibles scénarios catastrophiques. L'instrumentalisation de l'homme ou une sélection eugénique<sup>174</sup> des êtres peuvent faire partie des réalités amenées par les biotechnologies. Les questions religieuses ou métaphysiques alimentent tout autant le débat. Tom Claes voit dans cette attitude une réaction au bouleversement qu'amènent les biotechnologies sur l'idée même de l'intégrité naturelle<sup>175</sup>. Celle-ci peut être appréhendée selon trois angles : l'idée de la destinée naturelle, signifiant que chaque créature serait guidée par une finalité propre due à sa nature ; l'élément de valeur intrinsèque, c'est-à-dire que chaque être a une valeur en soi ; et, enfin, le degré de proximité avec l'homme, ce dernier élément permettant d'avoir une certaine hiérarchie, évitant de retrouver une valeur intrinsèque dans chaque chose<sup>176</sup>. Dans cet ensemble, l'homme occupe bien sûr le haut de la pyramide. Les biotechnologies bouleversent ces conceptions en éliminant tout bonnement le caractère sacré et intouchable de la vie, affectant directement cette intégrité naturelle. Dès lors, la sagesse impose une réflexion et une prise de mesures adéquates pour utiliser de manière raisonnable et digne les connaissances offertes non seulement par les biotechnologies, mais aussi par d'autres technologies qui, dans un avenir proche, risquent de donner lieu au même type de questionnement (par exemple les nanotechnologies). Interdire la recherche dans ces domaines n'est plus possible aujourd'hui, et s'avérerait même contre-productif. Par contre, un encadrement plus clair et précis favoriserait la compréhension du grand public face à l'orientation choisie par la science, et permettrait également aux professionnels de travailler sur une base plus saine.

### 3. Les brevets au cœur du problème ?

Aux confins des débats sur les nouvelles technologies, l'on retrouve souvent les brevets et leur rôle. Plusieurs éléments expliquent les raisons de cette controverse. Tout d'abord, le droit des brevets engendre un impact considérable sur le développement des

---

<sup>174</sup> Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme: Les conséquences de la révolution biotechnique*, traduit par Denis-Armand CANAL, Paris, La table ronde, 2002, p. 132 et suiv.

<sup>175</sup> Tom CLAES, « Cultural background of the ethical and social debate about biotechnology », dans Sigrid STERCKX (dir.), *Biotechnology, Patents and Morality*, 2<sup>e</sup> éd., Aldershot, Ashgate, 2000, p. 180.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 181-183.

biotechnologies et leur réalisation industrielle<sup>177</sup>. N'oublions pas que, dans ce secteur, la recherche est extrêmement coûteuse ; par conséquent, le besoin d'investissement est primordial. La perspective de l'obtention d'un brevet – et par là même des droits exclusifs – peut encourager la participation des investisseurs. Dès lors, la question est de savoir si un tel effet est réellement mesurable et légitime, ou s'il repose sur une autre problématique<sup>178</sup>. Ensuite, les brevets ont vocation à protéger la technologie et à diffuser le savoir qu'elles induisent. Cette protection passe par une reconnaissance juridique de l'invention, ce qui permet l'application de différentes mesures telles que la lutte contre la contrefaçon ou tout usage non autorisé de l'invention. La diffusion des connaissances, quant à elle, est rendue possible par la publication de l'invention. Toute personne intéressée peut ainsi consulter l'ensemble des brevets accordés, que ce soit dans un registre ou sur Internet. C'est cette diffusion des connaissances sur l'état de la technique actuelle qui permet de défendre l'intérêt général. Enfin, il est important de rappeler que le système des brevets est instauré par la puissance publique et donc, indirectement, par la société. Celle-ci considère que l'octroi de droits exclusifs aux inventeurs est nécessaire et lui offre le bénéfice considérable de leurs recherches et connaissances. Rappelons ici la notion d'un contrat tacite qui existe entre l'inventeur et la société. Ces trois points forts du droit des brevets constituent la plateforme idéale pour abriter les conflits entourant les nouvelles technologies, et plus particulièrement les biotechnologies.

La question à résoudre est donc la suivante : les considérations morales ou éthiques ont-elles leur place dans le processus de brevetabilité des inventions ? Il s'agit d'une problématique très controversée et à propos de laquelle aucun consensus ne semble émerger pour le moment. Ainsi, depuis près de quarante ans, les théories s'affrontent sur le terrain des droits des brevets. La *Convention sur la délivrance de brevets européens* (CBE) de 1973 prend cependant en compte, par le biais de son article 53 a), les considérations d'ordre

---

<sup>177</sup> Timothy CAULFIELD, « Gene Patents, Human Clones, and Biotechnology Policy : the Challenges Created by Globalization », (2003) 41 *Alta. L. Rev.* 713, par. 7.

<sup>178</sup> En effet, comme le fait remarquer Richard E. Gold, le fait de considérer les brevets comme l'outil optimal pour générer la recherche et l'investissement revient à ignorer le rôle important joué par le secteur public. La plus grande partie des projets de recherche a trouvé naissance dans le cadre de ce dernier, atténuant ainsi le caractère nécessaire et incitatif des brevets vis-à-vis du secteur privé. Voir Richard E. GOLD, *The Unexamined Assumptions of Intellectual Property : Adopting an Evaluative Approach to Patenting Biotechnological Innovation*, Badia Fiesolana, European University Institute, EUI Working Paper RSCAS n° 2004/45, p. 7 et suiv. disponible sur [http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/04\\_45.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/04_45.pdf).

éthique<sup>179</sup>. Certes, cet article peut, à l'heure actuelle, paraître dépasser par les problèmes que celui-ci est supposé régler. Toutefois, il apporte la base et l'appui nécessaires à l'introduction de notions éthiques dans le système des brevets au niveau européen. Pourtant, les avis sont très divergents : de nombreuses personnes estiment que le domaine des brevets ne représente pas un espace propice à un débat éthique sur les enjeux soulevés, et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, le système des brevets aurait un but purement économique. En d'autres termes, sa seule raison d'être consiste à favoriser la recherche et l'investissement<sup>180</sup>. L'idée que l'économie – ou l'encouragement des intérêts économiques – ne puisse aller de pair avec un certain sens de l'éthique peut sembler inquiétante. L'actualité économique démontre chaque jour les failles d'un système totalement dépourvu de règles éthiques, engendrant ainsi une prise de conscience de leur importance et de l'équilibre qu'elles peuvent engendrer.

Entre autres, les brevets ont en effet souvent été décrits comme étant éthiquement neutres. Crespi rend bien cette idée en affirmant : « *The grant of a patent is an event from which nothing follows consequentially and inevitably in terms of human action. Therefore patenting cannot be classified as wrong, or even right, but can be put into the category of the ethically neutral.* »<sup>181</sup> Cette argumentation tient essentiellement sur la conception que les droits conférés par les brevets sont des droits négatifs d'exclure les autres à utiliser l'invention, et non une autorisation de faire ou d'utiliser. Toutefois, comme le dit Gold, « *the decision to allocate the right to exclude others from a good has immediate ethical implications* »<sup>182</sup>.

Ensuite, les notions d'éthique se voient reprocher leur caractère large et difficilement déterminable<sup>183</sup>. Cet argument met en perspective un élément important : la difficulté de

---

<sup>179</sup> *Convention sur la délivrance de brevets européens* du 5 octobre 1973, disponible sur <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/2000/f/ma1.html>.

<sup>180</sup> Oliver MILLS, *Biotechnological inventions: Moral restraints and patent law*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2004, p. 11.

<sup>181</sup> Stephen CRESPI, « Biotechnology Patenting: The Wicked Animal Must Defend Itself » (1995), 17 *E.I.P.R.* 431, 435.

<sup>182</sup> Richard E. GOLD, « The Reach of Patent Law and Institutional Competence » (2003-2004), 1 *UOLTJ* 263, par. 24.

<sup>183</sup> Oliver MILLS, *op. cit.*, note 180, p. 53.

déterminer le contenu de ces critères peut laisser planer une incertitude sur la prévisibilité du système, atténuant la motivation de l'inventeur (ou du déposant de la demande de brevet) pour l'obtention d'un brevet. Le raisonnement avancé est le suivant : du fait de ce doute, l'inventeur peut se résoudre à demander un brevet, laissant ainsi dans l'ombre toute innovation ou idée créatrice. Quoi qu'il en soit, l'éthique peut effectivement s'avérer un concept large, dont les contours restent difficiles à délimiter car ils évoluent au fil du temps. En réalité, la notion de morale – ou d'éthique – varie au gré des changements qui ont lieu au sein d'une société. Par ailleurs, « *la nécessité d'exclure un brevet ne peut être appréciée qu'une fois que le problème se pose* »<sup>184</sup>. Dès lors, c'est au juge qu'il incombe de déterminer le contenu de ces critères, cette souplesse lui permettant de se prononcer sur les problèmes au cas par cas et selon leurs propres caractéristiques. Entre autres, l'argumentation portant sur l'incertitude de l'obtention du brevet qui menace la prévisibilité du système peut tout autant se poser sur des éléments tels que l'inventivité<sup>185</sup>.

Par ailleurs, l'insertion de considérations éthiques dans le droit des brevets peut aussi être vue comme une manière de céder face à l'opinion publique. Les grandes peurs soulevées par les biotechnologies poussent souvent à rejeter toute forme d'appropriation par les brevets, dans laquelle il peut être observé une tendance à commercialiser l'ensemble des biens de la communauté et même la vie<sup>186</sup>. Cette pression conduirait à l'introduction d'articles qui non seulement n'ont aucune raison d'être au sein du système des brevets, mais concourent même à le pénaliser, à faire obstacle à son but et à freiner son efficacité<sup>187</sup>. Pourtant, il est aisé d'arriver à la conclusion que l'article 53 a) de la *Convention sur le brevet européen* n'avait pas pour origine le débat effectif tournant autour des biotechnologies. De plus, bien avant la Convention et les grands questionnements actuels, la législation française avait déjà édicté un article prenant en compte les considérations morales ; c'est le cas également dans plusieurs autres États<sup>188</sup>.

---

<sup>184</sup> Marie-Angèle HERMITTE, *op. cit.*, note 162, p. 2.

<sup>185</sup> Voir généralement Adam MIZERA, *loc. cit.*, note 84, p. 1155. 4°

<sup>186</sup> Voir généralement Vandana SHIVA, *La vie n'est pas une marchandise. Les dérives des droits de propriété intellectuelle*, Paris, Enjeux planète, 2001, p. 58 et suiv.

<sup>187</sup> Il est possible de donner l'exemple de la pression exercée par le Parlement européen, guidé par l'opinion publique, sur la Commission européenne afin d'introduire des clauses éthiques dans le texte de la Directive 98/44/CE. *Cf.*, partie II. A. 3. a).

<sup>188</sup> *Cf.*, partie II. A. 1.

Enfin, un autre problème lié à l'introduction de notions d'éthique dans les brevets concerne le jugement de valeur porté sur l'utilisation en elle-même des biotechnologies, et non sur la problématique du processus de brevetabilité : celui-ci doit-il prendre en compte l'éthique dans son cheminement, quel que soit le caractère de la technologie ? Les argumentations allant à l'encontre des biotechnologies sont nombreuses et variées. Pour ne citer que deux exemples, l'on peut voir dans les biotechnologies une manière de « jouer à Dieu »<sup>189</sup> ; ou, toujours dans le cadre du génie génétique, considérer que les gènes appartiennent au patrimoine commun de l'humanité, donc à tous<sup>190</sup>. Les biotechnologies amènent leur lot de questions fondamentales ainsi qu'une réflexion sur leur utilisation, même si leurs buts semblent tout à fait légitimes et primordiaux. Cependant, gardons-nous d'amalgamer tous les problèmes dans une seule et même réponse. Le système des brevets n'a pas été instauré pour résoudre l'unique question sociétale portant sur l'usage des biotechnologies. Certes, il peut être considéré comme un cran de sûreté ; mais son champ d'application concerne l'ensemble des nouvelles technologies. Malgré tout, il peut faire office, pour reprendre l'expression de Wells, d'un « filtre social » permettant d'assurer un usage conforme au choix décidé par la société<sup>191</sup>.

En résumé, les notions d'éthique dans le processus de brevetabilité sont loin de faire l'unanimité. Les difficultés rencontrées aujourd'hui semblent sous-entendre qu'elles n'ont pas leur place dans un système qui se veut uniquement technique et voué à un but purement économique. Mais comme il a été montré, la prise en compte de certaines valeurs a toujours été inhérente au droit des brevets. Ces notions représentent donc un garde-fou nécessaire au respect des « *limites imposées par la morale sociale* »<sup>192</sup> et au maintien de la paix publique. Cette souplesse laisse à l'autorité compétente ou au juge tout loisir d'analyser au cas par cas les éléments d'un dossier. Il faut en effet garder à l'esprit que dans un domaine dont le fer de lance est la nouveauté et l'innovation, les problèmes qui émergent sont « *par hypothèse sans précédent* »<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Barry HOFFMASTER, « The Ethics of Patenting Higher Life Forms », (1989) 4 *I.P.J.* 1, 4 ; Eileen MORIN, « Of Mice and Men : The Ethics of Patenting Animals », (1997) 5 *Health L.J.* 147, par. 65.

<sup>190</sup> Oliver MILLS, *op. cit.*, note 180, p. 13.

<sup>191</sup> Angus J. WELLS, « Patenting New Life Forms : An Ecological Perspective », (1994) 16 *E.I.P.R.* 111, 112.

<sup>192</sup> Anne-Sophie GOURDIN-LAMBLIN, *op. cit.*, note 76, p. 110.

<sup>193</sup> Marie-Angèle HERMITTE, *op. cit.*, note 162, p. 2.

#### 4. Les micro-organismes, un premier pas lourd de conséquences

La brevetabilité des micro-organismes est une question actuellement résolue. Des voix se sont également élevées à son encontre, bien que dans une moindre mesure. Pourtant, elle a ouvert la porte à la brevetabilité du vivant, elle-même ayant, par la suite, ravivé l'intérêt et l'importance des considérations morales au sein du processus de brevetabilité. Le regard quelque peu désintéressé que l'on pose sur les micro-organismes y est pour beaucoup dans l'approche choisie quant à leur brevetabilité, quoique la frontière entre ces derniers et le reste du vivant soit très mince et présente avant tout un caractère subjectif.

En Europe, la brevetabilité des micro-organismes fut prise en compte assez rapidement par la législation. En 1963, la Convention de Strasbourg sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention incluait déjà la possibilité de la brevetabilité des procédés microbiologiques et des produits obtenus par ces procédés<sup>194</sup>. Cependant, une nuance doit être apportée. À cette époque, l'on faisait référence aux méthodes de fermentation, c'est-à-dire qu'une souche de micro-organisme était utilisée afin de produire un composé par une réaction physique ou chimique. Le micro-organisme en lui-même n'était pas touché par le procédé ; il était simplement isolé de son milieu naturel<sup>195</sup>. Ainsi, ce n'était pas la matière vivante en soi qui était brevetée, mais la méthode ou le produit obtenu. Par la suite, avec les premières expériences sur le génie génétique – autour de 1973 – il devint possible de modifier le micro-organisme en lui-même. La technique permit de le rendre plus résistant, de le produire à moindre coût ou de l'adapter à certains environnements<sup>196</sup>. La question de breveter ce nouvel organisme ainsi obtenu ne se fit pas attendre ; elle faisait partie de la logique mise en place par le système du brevet. L'Office européen des brevets (OEB) connut alors une période de doute et d'hésitation : fallait-il admettre l'éventualité de breveter l'organisme en tant que tel (*per se*) ? Finalement, l'accord fut donné en 1982<sup>197</sup>. Aux États-Unis, le droit de breveter un micro-organisme et même tout autre organisme

---

<sup>194</sup> *Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention*, Strasbourg, 27.XI.1963, article 2.

<sup>195</sup> Marie-Angèle HERMITTE, *op. cit.*, note 162, p. 9.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> *Ibid.*



vivant fut établi en 1980, par l'arrêt *Diamond v. Chakrabarty*<sup>198</sup>. Celui-ci résume en grande partie la philosophie régnant aux USA, selon laquelle un brevet « *include[s] anything under the sun that is made by man* »<sup>199</sup>.

Mais en premier lieu, il convient de caractériser ce que l'on entend par « micro-organismes ». La définition donnée par les dictionnaires laisse le champ libre à de nombreuses interprétations : il est question d'« *organisme vivant visible seulement au microscope ou à l'ultramicroscope* »<sup>200</sup>. L'on peut ainsi en déduire qu'ils présentent tous une taille microscopique. À titre d'exemple, les bactéries, les protozoaires, les levures et les virus entrent dans cette catégorie. À la lecture de la décision T 356/93 (*Plant Genetic Systems*)<sup>201</sup>, les cellules végétales, animales et humaines sont elles aussi incluses dans la notion de micro-organisme. Néanmoins, lorsqu'il est fait mention d'inventions microbiologiques, il faut comprendre, selon la définition donnée par Mousseron, « *d'une part, des organismes microscopiques inférieurs à 1 micron, tels que bactéries, levures, actinomycètes, virus, algues et moisissures, ou 'micro-organismes', et, d'autre part, les procédés en permettant l'obtention ou l'utilisation, tels les procédés de fermentation* »<sup>202</sup>. Cette définition rend possible la brevetabilité du micro-organisme *per se*, sur le même plan que les procédés d'obtention et d'utilisation. Cependant, tout nouveau micro-organisme n'est pas forcément brevetable. Mousseron proposait en effet trois éventualités à prendre en compte. La première concerne le simple isolement d'un micro-organisme par rapport au milieu naturel ; il s'agit ici d'une simple découverte non brevetable<sup>203</sup>. La deuxième se rapporte à une intervention humaine, mais réalisée à un degré moindre. Cette situation impliquerait une sélection de micro-organismes par une culture, ayant pour but d'obtenir une lignée génétique offrant les caractéristiques spécifiques de la cellule mère sélectionnée<sup>204</sup>. Dès lors, la nouvelle lignée ou le micro-organisme amélioré ou purifié n'est pas brevetable *per se*, car les caractéristiques restent équivalentes à celles que l'on retrouve dans la nature. Toutefois, le procédé d'obtention du micro-organisme peut toujours être

<sup>198</sup> *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980), analysé plus en profondeur dans la partie II. B.

<sup>199</sup> *Ibid.*, 309.

<sup>200</sup> *Le nouveau petit Robert*, 2009, s.v. « micro-organisme ».

<sup>201</sup> Affaire T 356/93 du 21 février 1995, *Plant Genetic Systems*, Chambre de recours de l'OEB, *J.O. O.E.B.*, 545.

<sup>202</sup> Jean-Marc MOUSSERON, *Traité des brevets*, Paris, Librairies technique, 1984, p. 450.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 454.

<sup>204</sup> *Ibid.*

breveté<sup>205</sup>. Quant à la troisième condition, elle est relative aux cas où le nouveau micro-organisme est obtenu par des « procédés microbiologiques » ou par des « manipulations génétiques »<sup>206</sup>. La Convention sur le brevet européen reconnaît une telle possibilité dans son article 53 b), qui stipule que l'exclusion de la brevetabilité « *ne s'applique pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés* »<sup>207</sup>. Ainsi, la multiplication d'un micro-organisme en elle-même est considérée comme un procédé microbiologique ; par conséquent, le micro-organisme qui en découle peut aussi être protégé en tant que tel. Les définitions émises par l'article 53 b) et la décision *Plant Genetic System* ont fait planer le doute sur l'éventualité d'étendre la brevetabilité des variétés végétales et des races animales, en contournant leur exclusion au prétexte que leur obtention dérive d'un procédé microbiologique<sup>208</sup>. Les différentes interprétations de l'article 53 b) et les décisions parfois contradictoires rendues par la Chambre de recours technique (CRT) à propos des définitions de procédés technique, microbiologique et surtout biologique, rendaient difficile l'élaboration d'une réponse unique et claire. Néanmoins, la *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la production juridique des inventions biotechnologiques*<sup>209</sup> a quelque peu éclairci la zone d'ombre qui régnait sur le sujet : en permettant la brevetabilité des végétaux ou des animaux, même obtenus par un procédé microbiologique, du moment que l'invention ne se limite pas à une variété végétale ou à une race animale.

Sur un autre plan, la réaction de l'opinion publique face à cette question s'est effectuée via l'intervention d'organismes et de groupes politiques, lesquels sont loin d'être les intervenants habituels dans les procédures d'obtention de brevets<sup>210</sup>. Citons à titre d'exemple les Verts, le groupement politique du Parlement européen, des ONG comme Greenpeace, le Congrès mondial des Églises et aussi quelques juristes et scientifiques tels Bernard Edelman et Jean-Pierre Kraehenbuhl<sup>211</sup>. Il est difficile de connaître l'ensemble des revendications et de savoir si les débats ont fait ressortir une position commune. Cependant,

---

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 455.

<sup>207</sup> Article 53 b) CBE.

<sup>208</sup> Frédéric POLLAUD-DULIAN, *La brevetabilité des inventions, Étude comparative de jurisprudence France-OEB*, Paris, IRPI, 1997, p. 228.

<sup>209</sup> *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la production juridique des inventions biotechnologiques*, CE, [1998] J.O. L 213/13.

<sup>210</sup> Frédéric POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, note 208, p. 229.

<sup>211</sup> Marie-Angèle HERMITTE, *op. cit.*, note 162, p. 12-13.

dans une large mesure, les réticences exprimées comportaient la crainte qu'une extension du domaine brevetable n'aboutisse finalement à une brevetabilité de l'être humain en lui-même. L'auteur Bernard Edelman, pour sa part, estime que le brevet n'est pas nécessaire ; selon lui, l'on doit se contenter de réaliser un certain nombre de manipulations et ce, pour trois différentes raisons<sup>212</sup>. La première, d'ordre philosophique, est liée au fait que la brevetabilité des micro-organismes ouvre la porte à une ère de domination de la technique. La science dicterait sa vision de la nature et de l'homme, amenant ce dernier à se considérer lui aussi comme un objet manipulable et brevetable. Il faudrait donc rompre avec ce scientisme en refusant la brevetabilité du vivant<sup>213</sup>. La deuxième repose plutôt sur une raison sociale : la brevetabilité des micro-organismes amènerait les individus à s'habituer à l'idée que tout peut se réduire à un « *marché techno-scientifique* »<sup>214</sup>. Ce serait en fait le triomphe de la philosophie utilitariste sculptée par les lois du marché. La troisième est en rapport avec le plan juridique : l'auteur rappelle que la suppression de certaines limites ou garde-fous laisse le champ libre à toutes sortes d'excès. Il prend pour exemple le système des brevets américain, qui ne cesse de repousser les frontières de la brevetabilité<sup>215</sup>. D'autres scientifiques et juristes optent toutefois pour des positions moins radicales. M. Kraehenbuhl, par exemple, considère simplement la possibilité de ne breveter que le procédé – ou en d'autres termes l'intervention humaine – sans pour autant y inclure l'ensemble de l'ingénierie de la nature qui existait bien avant une quelconque manipulation<sup>216</sup>. Ainsi, beaucoup voient dans la brevetabilité du vivant une sorte de tromperie, voire une forme d'usurpation. En effet, toute matière biologique est le fruit de millions d'années d'évolutions et de sélections naturelles ; celles-ci lui ont permis d'aboutir à ce que l'on commence à peine à connaître et à comprendre aujourd'hui. L'appropriation, par l'inventeur, de cette matière animale, végétale ou humaine semble être excessive en comparaison à l'apport réel que celui-ci peut procurer. Actuellement, quel que soit le degré de complexité et d'ingéniosité de l'invention, son concepteur n'est nullement à l'origine de l'existence de la matière vivante ; il se contente de modifier ou d'améliorer les ressources offertes par la nature. L'on en revient alors à ce qui a été exprimé dans la problématique de la théorie du mérite. Rappelons que l'un des constats, selon lequel « l'on ne peut rien

---

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>216</sup> *Ibid.*

inventer à partir du néant », pose la question de la juste récompense du travail fourni. De là, l'on peut s'interroger sur les dangers d'un éventuel glissement des brevets vers un titre de propriété sur les « découvertes » effectuées.

Malgré tout, bien que quelques voix se soient élevées à l'encontre de la brevetabilité des micro-organismes, l'impact de ce sujet rencontre un écho très faible auprès du grand public. Les personnes ne se sentent pas forcément interpellées par le sort de quelques bactéries ou virus, ce qui est parfaitement compréhensible. Mais l'expansion vers d'autres règnes du vivant a été le cheminement logique à la brevetabilité des micro-organismes. Il n'y a aucune raison pour que le processus s'arrête, à moins que le critère de taille ne soit considéré comme déterminant<sup>217</sup>. Un simple regard sur la jurisprudence américaine suffit à démontrer ce caractère inéluctable. Le droit est donc l'outil permettant d'ériger des barrières certes fictives, mais néanmoins effectives. C'est par cet instrument que la société exprime sa volonté d'établir des limites. Si celles-ci sont naturellement appelées à évoluer, elles demeurent pourtant nécessaires pour générer un progrès qui soit désiré et non subi.

---

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 14.

## Synthèse

Dans cette première partie, nous avons tout d'abord parcouru les origines et le développement, à travers le temps, du système des brevets et de sa réception par la société. Nous avons ainsi pu constater que l'histoire des brevets suit un chemin tortueux, parsemé de buts et d'intérêts parfois divergents et ayant subi de nombreuses modifications au fil des siècles. Il a néanmoins été possible de retrouver, dans son ingénierie globale, un fondement dont la présence remonte au tout début de la création de ce régime. Il s'agit bien sûr de l'utilité sociale, condition que doit remplir une invention dans son processus de brevetabilité. Si les perceptions et les interprétations d'une telle utilité varient selon les époques et les autorités concernées, cependant, ce critère dénote tout de même une certaine préoccupation éthique liée à l'invention brevetée. Car le mot « utilité » n'est pas employé seul ; il s'accompagne de l'adjectif « social ». « L'utile » peut ainsi se définir par quelque chose dont l'usage ou l'emploi est ou peut être bénéfique, ou encore satisfait un besoin. La société, elle, se caractérise par un ensemble d'individus entre lesquels existent des rapports durables et organisés, ce qui sous-entend également le partage des valeurs communes et l'établissement de règles. Si une invention n'apporte aucun bénéfice à l'ensemble de la société, c'est-à-dire si elle ne va pas dans le sens des valeurs partagées de celle-ci, elle se révèle dès lors préjudiciable et donc éthiquement condamnable. Évidemment, l'on se place ici sur l'échelle de la perception, notion subjective par définition. Cependant, ignorer cet aspect peut créer d'autres nuisances qui viendraient camoufler ou réduire le bénéfice objectif d'une invention. L'histoire des brevets démontre la part importante du subjectif inscrite en elle, de sa vision morale dans son rapport à la société.

Par la suite, nous nous sommes penchés sur les mécanismes des brevets et sur leur justification en tant que système nécessaire au développement de la société. Au cours d'une première approche, nous avons exposé les caractéristiques du fonctionnement des brevets au niveau mondial. Nous avons pu constater que les critères et le processus de brevetabilité suivent un axe commun se retrouvant dans une majorité de pays. Cependant, malgré une apparence relativement neutre et technique, certaines difficultés émergent. En effet, comment expliquer les raisons du choix de certains critères de brevetabilité des inventions, si ce n'est sur la base de réflexions morales, quelles soient conscientes ou non ?

Puis, dans un deuxième temps, nous avons exploré les fondements philosophiques du droit de la propriété intellectuelle, afin, d'une part, de mettre en perspective les raisons et explications de ce mécanisme, et, d'autre part, de montrer les différents courants et tensions qui existent au sein de ce domaine. Nous avons ainsi fait état de quatre principaux courants philosophiques qui viendraient justifier la présence des brevets. Leurs différentes approches mettent en jeu des valeurs et des concepts de bien et de mal vis-à-vis de la société. Elles décrivent parfaitement la problématique s'articulant entre, d'un côté, l'intérêt individualiste fondé sur l'appropriation des choses, et de l'autre le souci de profiter d'une innovation tout en préservant un patrimoine commun. Ces philosophies démontrent que le droit des brevets ne s'abrite pas derrière une approche purement technique. Une telle affirmation reviendrait simplement à ignorer une part importante de l'histoire et de la réflexion autour de cette institution.

Dans une troisième phase, nous nous sommes intéressés aux rapports existant actuellement entre le régime des brevets et la morale. Nous avons vu que les débats autour du brevet ne dataient pas d'hier. Toutefois, l'émergence des biotechnologies modifie fortement l'optique liée à l'aspect éthique et moral du système que nous connaissons. Ces nouvelles technologiques ont repoussé les limites qui pourtant semblaient, il n'y a pas si longtemps, relever du domaine de l'impossible ou du divin. En réalité, en matière de biotechnologies, les brevets jouent un rôle central ; ce sont eux qui permettent et encouragent les investissements, opérations nécessaires à la poursuite des recherches. Quant à la diffusion de l'information, elle revêt un intérêt crucial dans la connaissance de l'état des avancées technologiques. C'est ce qui va stimuler la recherche et par incidence faire progresser la société. Le juste équilibre entre les intérêts de l'inventeur et ceux de la société est un facteur décisif dans l'ingénierie des brevets. L'introduction de considérations morales et éthiques dans le processus de brevetabilité – comme c'est le cas en Europe – offre le moyen de veiller à ce rapport important. Nous avons présenté une synthèse des diverses critiques et préoccupations émises à l'encontre de l'introduction de notions éthiques dans le processus de brevetabilité, et nous avons mis en lumière quelques failles relevées dans leurs argumentations. Finalement, nous avons évoqué le cas des micro-organismes, d'où émerge un premier rapport entre l'homme et les choses qui l'entourent. La brevetabilité de la matière vivante microscopique n'a pas suscité de véritables problèmes ou controverses, en

raison du regard, beaucoup plus détaché, porté sur ces organismes. Seuls certains groupements ont tenté d'attirer l'attention sur d'éventuels risques de débordements, la logique appliquée aux micro-organismes étant aussi valable pour l'homme et les autres espèces vivantes.

Les difficultés sont donc bien réelles et des actions doivent être menées en préservant adéquatement les différents intérêts. La question de la place de l'éthique dans la brevetabilité des inventions peut apporter l'élément nécessaire à la garantie et à la sauvegarde de l'équilibre des rapports en présence. Le législateur français, dans l'exposé des motifs de la loi des brevets de 1844, résume bien la mécanique relationnelle et le rôle de la réglementation dans ce contexte. Il affirme : « *L'inventeur ne peut exploiter sa découverte sans la société ; la société ne peut en jouir sans la volonté de l'inventeur ; la loi, arbitre souverain, est intervenue, elle a garanti à l'un, la jouissance exclusive temporaire, à l'autre, une jouissance différée mais perpétuelle.* »<sup>218</sup>

Les principaux fondements du droit des brevets et l'origine des questionnements actuels ayant été posés, nous allons à présent aborder le cœur de cette étude, c'est-à-dire observer et comparer les différents choix opérés dans la réception des questions éthiques dans le processus de brevetabilité en Europe, aux États-Unis et au Canada.

---

<sup>218</sup> Thierry SUEUR et Jacques COMBEAU, *op. cit.*, note 69, p. 97.

## **II. Europe et Amérique : Des approches diamétralement opposées en matière d'éthique**

Le but de cette deuxième partie est d'exposer et de comparer trois approches ayant été constatées dans le cadre de la réception des problèmes éthiques au sein de l'institution des brevets. Cette analyse permettra d'examiner les différentes conséquences qui ont découlé des choix opérés, et d'observer les avantages et inconvénients de chaque type d'approche. Le premier système que nous passerons à la loupe sera l'Union européenne, qui a déjà légiféré en matière de biotechnologies et favorise une démarche morale, dans une volonté affichée d'unifier le droit des brevets européens (A). Ensuite, ce sera le tour des États-Unis qui, eux, ont adopté une logique totalement opposée à celle de l'Union européenne, privilégiant l'idée d'un processus apparemment neutre à ce sujet (B). Nous terminerons par le Canada, pays qui est parvenu à un système intermédiaire différant à la fois de l'Europe – en ce qu'il rejette la dimension éthique des brevets – et des États-Unis – car il pose davantage de limites, en argumentant sur des aspects techniques derrière lesquels se cache une certaine volonté de prudence (C).

### **A. L'approche morale du système des brevets européens**

L'Europe, bien que composée d'un ensemble de pays hétérogènes, a fait le choix de prendre en compte les aspects éthiques dans son processus de brevetabilité. Ce choix marque la volonté d'instaurer un système plus équilibré, tout en faisant face aux difficultés que peut susciter l'implication de telles questions.



## 1. Les origines

Dans une perspective européenne, c'est la *Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention* de 1963<sup>219</sup> qui permet d'expliciter les origines des règles éthiques en matière de brevetabilité. Il est intéressant de constater que le point de départ de l'unification des règles liées au droit des brevets a pris naissance malgré tout dans les travaux du Conseil de l'Europe. Pourtant, son but principal consistait à donner un « cadre à une volonté d'union politique »<sup>220</sup> et à veiller à la défense de la démocratie pluraliste. Le développement économique et social est resté un objectif secondaire, étant donné l'existence d'autres organismes spécialisés, dont notamment les Communautés européennes qui avaient justement comme dessein premier la création d'un marché commun<sup>221</sup>.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, certains pays européens prenaient déjà en compte les aspects éthiques dans leur législation nationale concernant la délivrance des brevets. Le décret français du 14 mai 1791 précisait : « *Tout cessionnaire de brevet obtenu pour un objet que les tribunaux auront jugé contraire aux lois du royaume, à la sûreté publique ou aux règlements de police, sera déchu de son droit sans pouvoir prétendre d'indemnité, sauf au ministère public à prendre, suivant l'importance du cas, telles conclusions qu'il appartiendra.* »<sup>222</sup> Cette exclusion se retrouvera ensuite dans toutes les lois consécutives (la loi 190 du 5 juillet 1844 dans l'article 30 ; la loi du 2 janvier 1968 dans l'article 11). Elle sera finalement insérée dans le *Code de la propriété intellectuelle* (article L. 611-17), sous l'exclusion de la brevetabilité des inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le législateur français, par la loi du 6 août 2004, y introduira même le principe du respect de la dignité humaine, élargissant ainsi le sens conféré à cette exclusion<sup>223</sup>. Pour ce qui est du Royaume-Uni, il était également prévu des exclusions à la brevetabilité dans la législation, laquelle remonte au *Statute of Monopolies* de 1623. Au

<sup>219</sup> *Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention*, précitée, note .

<sup>220</sup> Jean-Claude MASCLET, *Où en est l'Europe politique ?*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 8.

<sup>221</sup> Florence BENOÎT-ROHMER et Heinrich KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique européen*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 20 et 21 ; Patrick DOLLAT, *Droit européen et droit de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2007, p. 9 et suiv. et 313 et suiv.

<sup>222</sup> Article 9 du Titre 2 du décret de l'Assemblée Nationale Constituante du 14 mai 1791, reproduit dans J. B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Règlements, Avis du Conseil d'État*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 362.

<sup>223</sup> Cécile OLIVIA, *Breveter l'humain ?* Paris, L'Harmattan, 2006, p. 127.

sujet des inventions, l'article 6 indiquait : « [...] *they be not contrary to the Lawe nor mischievous to the State, [...]* »<sup>224</sup> Cette prérogative royale a été maintenue dans plusieurs *Patent Acts* jusqu'en 1949<sup>225</sup>. Puis en 1977, le *Patents Act* fut modifié afin d'harmoniser le système avec les Conventions et plus particulièrement la CBE<sup>226</sup>. Une disposition du type de l'article 53 a) de la Convention de Munich fut ainsi incorporée dans le système britannique des brevets<sup>227</sup>. D'autres exemples peuvent également être cités, telle l'ancienne loi tchécoslovaque qui, dans son article 24 al. 3, ne reconnaissait pas comme invention « *toute solution contraire aux intérêts de la société, aux principes humanitaires et aux principes de la morale socialiste* ». Quant à l'ancienne loi bulgare, elle fait mention, dans son article 21 al. 2 lettre a, des « *propositions contraires aux intérêts de l'État ou aux principes de la morale socialiste* »<sup>228</sup>. D'autres pays ont centré leur exclusion sur l'objet même : c'est le cas de l'Italie, qui « *refusait d'accorder un brevet pour les produits et procédés pharmaceutiques ; des Pays-Bas, pour les matériaux per se et les procédés agricoles ; et de l'Allemagne, sur des produits chimiques per se, des médicaments et des produits alimentaires* » [notre traduction]<sup>229</sup>. Chaque pays possédait son propre standard, qu'il s'agisse des critères de brevetabilité des inventions ou d'exclusion.

Face à cette grande diversité des approches nationales, les difficultés auxquelles était confronté tout inventeur souhaitant acquérir un brevet sont aisément compréhensibles. Qui plus est, comme le fait remarquer Gourdin-Lamblin, outre le fait de se heurter à des mécanismes et concepts divergents, la multiplication des échanges et le développement des techniques auraient eu pour effet d'engendrer une congestion des offices des brevets mais aussi un gaspillage de temps et d'argent. En fait, il aurait fallu introduire autant de

---

<sup>224</sup> *Satute of Monopolies*, 21 Ja. 1., c. 3, 1623, article 6.

<sup>225</sup> *Patents Act* du 16 décembre 1949 (Ch. 87), article 102(2), disponible sur [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_html.jsp?lang=EN&id=1625](http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp?lang=EN&id=1625).

<sup>226</sup> Simon THORLEY, Richard MILLER, Guy BURKILL, Colin BIRSS et Douglas CAMPBELL, *Terrell on the Law of Patents*, 6<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2006, p. 7.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 36 et 720. Il est possible de lire à l'article 1 (3)(a) du *Patents Act* 1977 : « *A patent shall not be granted – (a) for an invention the publication or exploitation of which would be generally expected to encourage offensive, immoral or anti-social behaviour ; [...]* », puis le texte fut amendé par le *Patents Regulations* 2000 : « (3) *A patent shall not be granted for an invention the commercial exploitation of which would be contrary to public policy or morality.* » disponible sur <http://www.wipo.int/clea/en/details.jsp?id=1623>.

<sup>228</sup> Yolanda EMINESCU, *La protection des inventions dans les pays socialistes européens*, Roumanie, Editura academieii republicii socialiste românia, 1977, p. 58.

<sup>229</sup> G. OUDEMANS, *The Draft European Patent Convention*, London, Stevens & Sons, 1963, p. 21.

procédures d'obtention de brevet qu'il y a de pays<sup>230</sup>. Le Conseil de l'Europe, déjà bien conscient de ces problèmes et de l'importance des brevets dans l'économie, proposa tout d'abord la création d'un office de brevets européen<sup>231</sup>. C'est le sénateur français Longchambon qui fut à l'origine de cette proposition en 1949, année même de la création du Conseil de l'Europe<sup>232</sup>. Disposer d'un système centralisé de délivrance de brevets aurait eu certes pour effet de résoudre les problèmes liés à l'engorgement et aux coûts. Mais l'idée, à cette époque, était quelque peu précoce ; avant tout, il était nécessaire d'unifier, dans une certaine mesure, « les législations de brevets des pays respectifs »<sup>233</sup>.

Avant la Convention de Strasbourg de 1963, le Conseil de l'Europe avait donc déjà établi deux autres conventions. Celles-ci n'étaient destinées qu'à régler des questions de formalités ou d'exigences purement administratives<sup>234</sup>. La première, signée à Paris en 1953, était relative aux formalités prescrites pour les demandes de brevet. Quant à la seconde, adoptée en 1954, elle concernait la classification internationale des brevets ; elle fut par la suite transposée par l'OMPI dans *l'Arrangement de Strasbourg concernant la classification internationale des brevets* du 24 mars 1971<sup>235</sup>. Cependant, c'est la Convention de Strasbourg de 1963 qui élabore les conditions communes requises pour qu'une invention soit brevetée dans tous les États contractants. Ces conditions sont la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle. Rappelons à ce sujet que la Convention de l'Union de Paris ne fait que prévoir quelques principes communs esquissant les contours d'un brevet international<sup>236</sup>.

L'établissement de la Convention de Strasbourg ne fut pas facile, démontrant ainsi les difficultés inhérentes à l'établissement de conditions de brevetabilité communes. En effet, un tel processus empiète forcément sur les compétences des législations nationales et

---

<sup>230</sup> Anne-Sophie GOURDIN-LAMBLIN, *op. cit.*, note 76, p. 33.

<sup>231</sup> Roland MULLER, « Évolution et perspectives du droit des brevets à la suite des travaux réalisés dans le cadre du Conseil de l'Europe », dans Mélanges offerts à Polys Modinos, *Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Éditions A. Pedone, 1968, p. 99.

<sup>232</sup> M. VAN EMPEL, *The Granting of European Patents*, Leyden, A. W. Sijhoff, 1975, p. 10-11.

<sup>233</sup> Roland MULLER, *loc. cit.*, note 231, p. 100.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>235</sup> M. VAN EMPEL, *op. cit.*, note 232, p. 13-14.

<sup>236</sup> *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* du 20 mars 1883, précitée, note , ces principes sont par exemple ceux du traitement national (article 2 CUP), de priorité pour faire un dépôt dans d'autre pays (article 4 CUP), d'indépendance des brevets obtenus pour la même invention dans différents pays (article 4 bis CUP).

demande qu'un minimum de compromis soit trouvé entre les différents intervenants. La date relativement tardive de l'entrée en vigueur de la convention (1980) ne fait que refléter cette problématique<sup>237</sup>. Malgré tout, elle permit une première véritable unification du droit des brevets sur le plan européen. La Convention de Strasbourg, en plus d'édicter les trois critères de base pour l'octroi d'un brevet, contient aussi les fameuses exceptions à la brevetabilité. Selon son article 2 :

*« Les États contractants ne sont pas tenus de prévoir l'octroi de brevets pour :*

- a les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire ;*
  
- b les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés. »*

Dans le domaine qui nous intéresse ici, cet article constitue donc le point de départ d'une règle d'unification des considérations éthiques au niveau européen. Cependant, comme la première phrase l'indique, ces exclusions et leur introduction dans les législations nationales sont laissées à la discrétion des États contractants. Armitage et Davies expliquent que les exclusions d'ordre éthique ont été introduites dans la Convention de Strasbourg dans le but de permettre aux États de préserver leur faculté de refuser l'octroi de brevets en avançant des considérations morales ou d'ordre public<sup>238</sup>. Cet article répondrait donc à la volonté des États de tuer dans l'œuf toute publication de documents obscènes ou d'instructions pouvant générer des troubles. Cette formulation a aussi donné lieu à une certaine unification, en ne permettant plus l'exclusion d'inventions ayant trait au secteur chimique, alimentaire ou pharmaceutique sur la base de telles considérations, comme cela était le cas dans plusieurs législations nationales<sup>239</sup>. Quant à la formule française « contraire

<sup>237</sup> Anne-Sophie GOURDIN-LAMBLIN, *op. cit.*, note 76, p. 34.

<sup>238</sup> Oliver MILLS, *op. cit.*, note 180, p. 26.

<sup>239</sup> Roland MULLER, *loc. cit.*, note 231, p. 105.

à l'ordre public et aux bonnes mœurs », elle peut s'expliquer par la difficulté de réunir les différentes conceptions présentes dans les pays européens. L'utilisation d'une notion générale offre une marge de manœuvre et une souplesse nécessaires afin d'adapter les exclusions à la spécificité du pays dans lequel le brevet va s'appliquer. Une autre explication peut également être avancée au sujet de cette formulation, bien que de manière purement déductive. Elle concerne le fait que le rapport commandé par le Conseil de l'Europe, qui donna naissance à la Convention de Strasbourg, a été coordonné par l'Office français des brevets<sup>240</sup>. Il est ainsi possible d'y voir une sorte d'influence française. Néanmoins, rien ne nous permet d'affirmer qu'il s'agit là de l'explication liée à l'utilisation de cette formule. Entre autres, l'article 2 let. a. contient une limitation sur sa portée : il prévoit que l'obtention d'un brevet ne peut être refusée pour la seule raison que la mise en œuvre de l'invention est interdite par une disposition légale ou réglementaire. Cette restriction trouve son origine dans la Convention de l'Union de Paris<sup>241</sup>. Mais quelle est la raison de cette précision ? L'explication réside dans le fait qu'une interdiction légale ne trouve pas nécessairement son fondement dans la volonté de défendre l'ordre public ou les bonnes mœurs<sup>242</sup>. Par exemple, le fait que certains produits ou éléments soient interdits ou réglementés dans certains pays n'empêche pas qu'un brevet puisse être accordé à une invention utilisant ces produits ou portant sur ces éléments<sup>243</sup>.

La Convention de Strasbourg constitue l'un des fondements majeurs de la *Convention sur la délivrance de brevets européens* (CBE). Cependant, comme son nom l'indique, elle unifie seulement certains éléments du droit des brevets. Cela signifie qu'un déposant reste malgré tout en proie à toute la problématique concernant la détermination de l'office compétent, des documents demandés, des traductions à produire et des délais à respecter<sup>244</sup>. Les Communautés européennes ont elles aussi entamé des travaux, parallèlement à ceux que le Conseil de l'Europe mène afin de résoudre les problèmes observés dans ce

---

<sup>240</sup> *Ibid.*, p.23.

<sup>241</sup> *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* du 20 mars 1883, précitée, note , article 4 quater : « *La délivrance d'un brevet ne pourra être refusée et un brevet ne pourra être invalidé pour le motif que la vente du produit breveté ou obtenu par un procédé breveté est soumise à des restrictions ou limitations résultant de la législation nationale.* »

<sup>242</sup> Paul MATHÉLY, *Le droit Européen des Brevets d'Invention*, Paris, Journal des Notaires et Avocats, 1978, p. 147.

<sup>243</sup> Vivant, en se référant à la même précision reprise dans le *Code de propriété intellectuelle* français, donne l'exemple d'un détecteur de radar. Cet appareil, bien que brevetable, est interdit à l'usage en France. Voir Michel VIVANT, *Le droit des brevets*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005, p.38.

<sup>244</sup> Anne-Sophie GOURDIN-LAMBLIN, *op. cit.*, note 76, p. 34.

contexte<sup>245</sup>. En 1960, elles mirent en place, sous la direction du Dr Hartel, un groupe chargé de présenter un avant-projet sur un brevet européen<sup>246</sup>. Ce travail fut ensuite publié en 1962 ; cependant, aucune suite n'y fut donnée, en raison des oppositions qu'il suscita<sup>247</sup>. Le projet impliquait en effet un brevet très unitaire, qui ne convenait pas à l'esprit du moment. Mais au regard de la problématique et des enjeux économiques reposant sur un régime de brevets beaucoup plus harmonisé, les négociations fondées sur le projet de 1960 reprirent en 1969, pour aboutir à la *Convention sur la délivrance de brevets européens* de Munich (CBE), signée le 5 octobre 1973 (aussi nommée *Convention sur le brevet européen*)<sup>248</sup>. Cette dernière n'a toutefois pas débouché sur un brevet unitaire au sein de l'Europe – lequel est encore vu comme empiétant trop fortement sur la souveraineté des États –, mais sur une procédure centralisée susceptible de faciliter le dépôt d'un brevet tout en préservant le système des brevets nationaux. Le fonctionnement de la CBE consiste en une procédure d'examen et de délivrance de brevets communs. Celle-ci est ensuite divisée en brevets nationaux soumis aux mêmes règles et statuts juridiques que ceux qui sont délivrés par les différents Offices nationaux<sup>249</sup>. La Convention de Munich a permis un renforcement majeur dans l'unification des règles de brevetabilité dans toutes les législations des pays contractants, et notamment au niveau des dispositions relatives à la nouveauté, à l'activité inventive, à l'application industrielle et aux exclusions.

Plus particulièrement en matière d'exclusions éthiques, la Convention de Munich a repris presque totalement l'article 2 de la Convention de Strasbourg dans son article 53<sup>250</sup>, qui constitue le point d'ancrage principal des considérations éthiques sur le plan européen :

« Article 53 - Exceptions à la brevetabilité

*Les brevets européens ne sont pas délivrés pour :*

---

<sup>245</sup> Clément PAYRAUDEAU, *La Convention sur Le brevet européen*, Paris, Litec, 1999, p. 20.

<sup>246</sup> G. OUDEMANS, *op. cit.*, note 229.

<sup>247</sup> Clément PAYRAUDEAU, *op. cit.*, note 245, p. 20.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>249</sup> Jacques AZÉMA et Jean-Christophe GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 45.

<sup>250</sup> Article 53 CBE avant modification par l'acte portant révision de la *Convention sur le brevet européen* en date du 29.11.2000, entrée en vigueur en 2007.

- a) *les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. La mise en œuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite, dans tous les États contractants ou dans l'un ou plusieurs d'entre eux, par une disposition légale ou réglementaire ;*
- b) *les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés. »*

Ainsi, tous les pays signataires de la Convention de Munich présentent le même dénominateur commun : ses exclusions. Celles-ci, dans le cadre de la Convention, ne sont plus facultatives, comme cela était le cas dans la Convention de Strasbourg<sup>251</sup>. De plus, les États membres se sont vus presque contraints d'adapter leurs législations nationales au droit européen, bien que la Convention ne les oblige pas à le faire<sup>252</sup>. Toutefois, il aurait été difficile d'imaginer un régime de brevet à deux vitesses dans un même pays. Récemment, l'article 53 a) CBE a connu une double modification dans son contenu : d'une part, le terme « publication » a été supprimé ; d'autre part, l'expression « mise en œuvre » a été remplacée par « exploitation commerciale ». Les raisons et conséquences de ce remaniement seront analysées par la suite<sup>253</sup>.

Malgré le réel progrès que représente la CBE, elle se limite cependant à une simple centralisation de la délivrance des brevets. Les étapes suivantes, notamment les contentieux sur les brevets, sont du ressort des juridictions nationales. Plus précisément, le rejet d'une demande de brevet européen ou l'étude d'une opposition s'effectuent par l'Office européen des brevets (OEB), alors que, par exemple, une demande d'annulation de brevet se traite au niveau national<sup>254</sup>. Ainsi, il peut subsister des différences d'interprétation dans les critères de brevetabilité, dès lors que les juges nationaux restent libres d'invoquer « certaines

<sup>251</sup> M. VANEMPEL, *op. cit.*, note 235 p. 68.

<sup>252</sup> Gérald PATERSON, *A Concise Guide to European Patents : Law and Practice*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 6.

<sup>253</sup> *Cf.*, partie II. A. 2.

<sup>254</sup> Jacques AZÉMA et Jean-Christophe GALLOUX, *op. cit.*, note 249, p. 443.

traditions de leur jurisprudence nationale »<sup>255</sup>. Il n'existe pas encore de juridiction centralisée ; la cohérence des décisions par rapport à la Convention est maintenue par l'organisation de réunions dites « *Colloques des juges européens de brevet* », où les différents intervenants judiciaires tentent de coordonner leur action en échangeant idées et expériences<sup>256</sup>. Le problème tient à l'absence d'obligation de suivre les décisions prises lors de ces colloques. Il n'y a pour ainsi dire aucune garantie d'uniformité au niveau de la jurisprudence. D'ailleurs, au vu de l'augmentation de l'octroi des brevets européens<sup>257</sup> et des problématiques de plus en plus épineuses qui surviennent, on peut légitimement se poser la question de la réelle efficacité de ces réunions participatives. L'aménagement d'un futur brevet communautaire sera l'occasion de remédier à ce problème<sup>258</sup>.

Après avoir mis en exergue l'origine des dispositions éthiques au sein du régime des brevets européens, il convient d'analyser l'étendue des notions qu'elles contiennent.

## 2. Notions d'ordre public et de bonnes mœurs

Dans ce chapitre, nous allons analyser de plus près le sens à donner à l'article 53 a), qui constitue le point d'infiltration des critères moraux dans le régime du brevet européen. Premièrement, il s'agira de déterminer la signification des expressions « ordre public » et « bonnes mœurs », afin de savoir ce qu'elles englobent réellement. Deuxièmement, nous parcourrons la formulation de l'article et ses modifications pour comprendre les limitations qu'il implique à travers les considérations éthiques. Entre autres, est-ce l'invention en elle-

---

<sup>255</sup> Paul BRAENDLI, « Le système des brevets européen et sa contribution à la coopération européenne », dans *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990, p. 88.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>257</sup> Voir *Brevets européens délivrés au cours de la période 1999-2008*, disponible sur [http://www.epo.org/about-us/office/statistics/patent-granted\\_fr.html](http://www.epo.org/about-us/office/statistics/patent-granted_fr.html).

<sup>258</sup> Le projet sur le brevet communautaire prévoit l'instauration d'une juridiction unique compétente en matière de brevet. Cette proposition amènerait une concrète unification des décisions sur le plan européen. De plus, ce projet prévoit l'adhésion de la Communauté à la Convention sur le brevet européen, habilitant ainsi l'OEB à octroyer les futurs brevets communautaires. Une telle optique permettrait de conserver les acquis et l'unité du droit des brevets en Europe. Voir *Proposition de décision du Conseil attribuant à la Cour de justice la compétence pour connaître des litiges relatifs au brevet communautaire*, [COM (2003) 827 final], disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003PC0827:FR:HTML>.



même, sa mise en œuvre ou son exploitation commerciale qui est touchée ? Troisièmement, nous nous pencherons sur l'application de l'article 53 a) dans la jurisprudence de l'OEB.

#### a) Définitions

L'article 53 a) retient deux concepts qui, en droit, peuvent également être nommés « notions cadres ». Celles-ci sont bien évidemment évolutives, progressant selon les époques et les différentes influences. On les appelle aussi « concepts à géométrie variable », expression qui peut se définir comme des « *critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société du moment où les faits doivent être appréciés* »<sup>259</sup>. Mais quel sens les termes « ordre public » et « bonnes mœurs » recouvrent-ils plus spécifiquement ? Du premier, l'on peut donner la définition suivante : « *Directive qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens, l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle)* »<sup>260</sup>. Quant aux « bonnes mœurs », elles se décrivent comme un « *ensemble de règles imposées par une certaine morale sociale, reçue en un temps et en un lieu donnés, qui, en parallèle avec l'ordre public (au sein duquel les bonnes mœurs sont parfois englobées), constitue une norme par référence à laquelle les comportements sont appréciés* »<sup>261</sup>.

Apparemment, les deux notions semblent se rejoindre, ou du moins s'entrecroiser dans certains contextes. Toutefois, nous pensons que le fait de les amalgamer, sans opérer la moindre distinction entre elles, génère une certaine confusion en termes d'analyse ou de critique vis-à-vis de leur application pratique<sup>262</sup>. Malgré tout, ces deux expressions sont

<sup>259</sup> Chaïm PERELMAN, *Les notions à contenu variable du droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1984, p. 373.

<sup>260</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2007, s.v. « ordre public ».

<sup>261</sup> *Ibid.*, s.v. « bonnes mœurs ».

<sup>262</sup> *Cf.*, partie III. B. 1.

encore enveloppées d'un certain flou, dès lors qu'elles sont généralement produites à partir d'une appréciation subjective. Cependant, cette indétermination est nécessaire afin d'éviter que la définition ne s'avère trop large ou au contraire trop restreinte. Certaines questions, en effet, ne peuvent pas ou difficilement être légiférées par le biais d'une simple interdiction ou restriction. Comme le précise Joye, ces notions trouvent dans les textes de loi au mieux un indicateur, ceux-ci ne pouvant toutefois en constituer la limite<sup>263</sup>. Le droit des brevets couvre l'ensemble de l'innovation. L'on est donc en présence d'un domaine qui doit faire face à l'inattendu, à l'imprévu. D'où la nécessité de préserver les caractéristiques « vagues et évolutives »<sup>264</sup> de ces notions, pour être à même de répondre à toute éventualité. Le droit des brevets, comme nous avons pu nous en rendre compte dans le chapitre premier, met en rapport des intérêts qui peuvent diverger. L'équilibre est donc un élément essentiel afin de prévenir toute tension pouvant naître des conflits d'intérêts. Le législateur ne peut résoudre ce type de problèmes par une simple prescription. Il doit introduire une certaine marge de manoeuvre permettant une analyse et une appréciation au cas par cas. L'ordre public et les bonnes mœurs représentent des valeurs auxquelles le législateur affirme son attachement, et guident le juge ou l'Office des brevets dans leurs décisions vis-à-vis du but poursuivi.

Il est toutefois possible de trouver des éléments ou des indices permettant d'apporter du sens à ces notions à contenu variable. Bon nombre de conventions internationales, dont les États sont membres, ont pour but la protection et la défense des droits fondamentaux et des intérêts communs. Citons par exemple la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, et même les Accords de l'ADPIC en matière de brevets ; nous verrons pourquoi un peu plus loin. De même, l'on peut éventuellement rechercher un ensemble de valeurs morales dans les Constitutions des États ou dans les principes généraux du droit. Toutefois, la question à se poser est de savoir s'il est nécessaire de posséder des notions communes sur le plan européen, ou si la perception particulière, au sein d'un État, des notions de bonnes mœurs ou d'ordre public suffit à elle seule à rendre applicable l'article 53 a). Il serait judicieux de partir sur l'idée de valeurs communes entre pays européens, car si une unité « supranationale » est possible en

---

<sup>263</sup> Charle JOYE, *Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité*, Genève, Schulthess, 2002, p. 185.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 193.

Europe, le partage de certaines idées éthiques est nécessaire afin de maintenir une telle union. D'ailleurs, la doctrine considère généralement que l'application de l'article 53 a) ne peut se faire que sur la base de valeurs communes répandues et partagées dans un nombre significatif d'États membres<sup>265</sup>.

Mais la situation est assez complexe. En effet, dans le régime du brevet européen, l'uniformité réside seulement dans le processus de délivrance et d'examen ; le reste est du ressort des États. Concrètement, tout refus de délivrer un brevet ou de statuer sur une opposition est de la compétence de l'OEB, tandis que l'annulation d'un brevet européen revient aux juridictions nationales. Ainsi, des divergences dans les décisions et dans les différentes interprétations sont toujours possibles, malgré une certaine harmonisation des législations nationales, apportée par la CBE. Comme nous le verrons par la suite, la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil a permis d'imposer une certaine unité dans les juridictions des pays membres de l'Union européenne, mais seulement dans le domaine spécifique des inventions biotechnologiques. L'article 53 a) CBE, quant à lui, concerne les inventions dans leur ensemble et ne se limite pas à ce secteur particulier. Même si son application est limitée, il ne faudrait pas, au prétexte d'une difficulté à trouver des valeurs communes dans les pays européens, vider le contenu de ce même article.

#### b) L'article 53 a) CBE

Il nous faut revenir à présent sur la formulation de l'article 53 a) et sur ses modifications. Comme nous l'avons mentionné, celle-ci a simplement été tirée de la Convention de Strasbourg. Une invention ne peut être brevetée si sa publication ou sa mise en œuvre est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Dans cette énonciation, que souhaite-t-on désigner ? L'invention en elle-même, sa description et son contenu (par exemple dans les archives de publication de l'Office), ou encore son exploitation ? La lecture de l'article 53 a) permet à elle seule d'arriver à la conclusion que la disposition n'a pas pour but d'interdire l'invention en tant que telle. Il est ici question – et chaque mot compte – de la

---

<sup>265</sup> M. VAN EMPEL, *op. cit.*, note 232, p. 69; Charles JOYE, *op. cit.*, note 263, p. 196.

publication et de la mise en œuvre de l'invention. L'objectif ne consiste pas à censurer ou à cacher une éventuelle innovation apportée à l'état de la technique. Mais le texte «  *vise bien l'utilisation ou l'exploitation d'une invention qui heurte soit la morale commune, soit l'ordre public, notamment la sécurité publique* »<sup>266</sup>. D'ailleurs, la confirmation et l'explication peuvent être trouvées dans la décision T 315/03 (*Animaux transgéniques/Harvard*),<sup>267</sup> où il est bien précisé que «  *cet article ne pose pas la question de savoir si la délivrance d'un brevet pour une invention donnée ou si cette invention en tant que telle est contraire aux bonnes mœurs* ». L'on peut également conclure de même au sujet de l'ordre public, vu que les deux termes sont mis sur un pied d'égalité. Le brevet n'a donc pas pour fonction de réguler les progrès scientifiques et technologiques, mais bien d'accorder une certaine protection aux inventions. L'exclusion formulée à l'article 53 a) est une mesure qui se veut exceptionnelle ; les Directives de l'OEB apportent des indices sur sa dimension. Il est possible de lire dans les directives : «  *[...]Le but de cette disposition est de priver de la protection conférée par le brevet les inventions susceptibles d'inciter à la révolte, de troubler l'ordre public ou d'engendrer des comportements criminels ou choquants. [...]* »<sup>268</sup> De plus, de tels aspects n'ont pas forcément pour résultat d'annuler totalement le brevet ; seuls ces éléments seront retirés de l'application, dans la mesure du possible<sup>269</sup>.

Pourtant, le texte mentionne aussi qu'un brevet peut être refusé si sa publication est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ne serait-ce pas là une forme de censure sur certaines formes de progrès technique ? À première vue, il semble que tel pourrait être le cas. Néanmoins, lorsque l'on analyse de plus près le déroulement de la procédure, l'on s'aperçoit tout d'abord que les éléments, puissent-ils être contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, seront effectivement retirés de la demande tout en n'empêchant pas à eux seuls l'octroi du brevet. Ensuite, plusieurs contrôles ont lieu avant même la publication à différents niveaux. Précisons qu'il existe deux étapes préalables à la délivrance d'un brevet européen. La première, qui intervient avant la publication, consiste en un contrôle de la demande par l'OEB, mais aussi par les Offices nationaux ou le Bureau international de

<sup>266</sup> Frédéric POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, note 208, p. 164.

<sup>267</sup> Affaire T 315/03 du 6 juillet 2004, *Animaux transgéniques/Harvard*, Chambre de recours de l'O.E.B., *J.O. O.E.B.*, 2006, 15, pt. 4.2 des motifs.

<sup>268</sup> Directive de l'OEB : C, IV-4.1.

<sup>269</sup> Directive de l'OEB : C, II-7.2.

l'OMPI, selon le mode choisi par le déposant. La deuxième est effectuée lors de la procédure d'examen par la division d'examen de l'OEB. L'ambiguïté résidant dans l'article 53 a), avant l'entrée en vigueur de l'acte de révision de la CBE du 29 novembre 2000, concernait la présence du mot « publication », qui laissait penser que la division d'examen pouvait rejeter une demande de brevet si la publication était contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Pourtant, « *la publication de l'invention a presque toujours lieu avant que la division d'examen ait commencé l'examen de l'invention* »<sup>270</sup>. De plus, le Règlement d'exécution de la CBE<sup>271</sup>, selon les termes de son article 48 (l'ancien article 34), précise que « *la demande de brevet ne doit pas contenir des éléments ou dessins contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Si tel est le cas, l'OEB peut omettre ces éléments de la demande, en indiquant le nombre de mots et les dessins retirés<sup>272</sup>.

Les directives de l'OEB apportent elles aussi des précisions quant aux déroulements et rôles des différents organes de l'Office. Lors d'une demande de dépôt de brevet européen, un premier examen de forme est réalisé par la section de dépôt ; celui-ci a pour but de veiller au respect des exigences de forme<sup>273</sup>. La demande de brevet ne peut contenir ni éléments ni dessins contrevenant à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. La section de dépôt est « *susceptible d'examiner la description, les revendications et les dessins pour déterminer s'ils comportent des éléments choquants* »,<sup>274</sup> et peut les omettre au moment de la publication. S'il s'agit ici d'une vérification « sommaire » permettant d'éviter des délais trop longs, elle constitue toujours un premier filtrage. La division de recherche, qui travaille en parallèle au cours de l'examen de forme, a dans la pratique le rôle d'informer la section de dépôt en cas de présence d'éléments contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs<sup>275</sup>. Il s'agit là d'un second filtrage effectué au niveau des éléments prohibés, dans l'optique qu'un désagrément puisse survenir lors de la publication. Cependant, la section de dépôt et la division de recherche n'ont pas la compétence pour délivrer ou refuser une demande,

<sup>270</sup> Rapport du Président de l'Office européen des brevets, *Révision de la CBE : article 53 a) CBE*, du 23 février 1999, CA/PL 8/99, p. 7., disponible sur [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/99ce13d44476e8b6c1257280003dfbd2/\\$file/capl\\_99008\\_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/99ce13d44476e8b6c1257280003dfbd2/$file/capl_99008_fr.pdf).

<sup>271</sup> *Règlement d'exécution de la Convention sur la délivrance de brevets européens* du 5 octobre 1973, tel qu'adopté par décision du Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets en date du 7 décembre 2006, disponible sur <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/2000/f/ma2.html>.

<sup>272</sup> Règle 48 (2) CBE.

<sup>273</sup> Règle 10 CBE, voir Directives de l'OEB : A, I-2.

<sup>274</sup> Directives de l'OEB : A, III-8.1.

<sup>275</sup> Directives de l'OEB : B, IV-1.2 ii) a) et voir aussi A, III-8.1 dernière ligne.

celle-ci étant du ressort de la division d'examen<sup>276</sup>. Cette dernière se doit aussi de vérifier et de supprimer les éléments ou dessins contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, dans le cas où ils n'auraient pas été détectés par la section de dépôt<sup>277</sup>. Les filtrages opérés en amont de l'examen de fond semblent suffisamment efficaces pour prévenir une publication contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Et généralement, en plus des contrôles réalisés par l'OEB, les demandes de brevet ont déjà subi une vérification plus ou moins minutieuse par les Offices nationaux ou le Bureau international de l'OMPI, dans le cadre d'une demande PCT par exemple.

La suppression du terme « publication », dans l'article 53 a) CBE, a pour objet la rectification d'une incohérence pouvant soulever des problèmes juridiques lors d'un recours. Tout d'abord, la publication d'une invention ne peut être totalement interdite par l'OEB, au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs<sup>278</sup>. La règle 48 CBE permet seulement l'omission des éléments prohibés, mais n'accorde à la section de dépôt aucune compétence pour refuser la publication ou rejeter la demande dans son entièreté. Ensuite, dans une procédure PCT, l'OEB ne peut que proposer la rectification d'une demande ; il appartient au Bureau international de faire abstraction des éléments contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs<sup>279</sup>. Le Rapport du Président de l'Office européen des brevets avance aussi la problématique du manque de temps et de formation supérieure des agents de la division chargés de l'examen des irrégularités. Ceux-ci peuvent ainsi laisser passer, dans certains cas, des éléments prohibés. Cet argument ne semble pas avoir sa place dans une telle analyse ; il apparaît plutôt comme une excuse. À notre avis, la décision de modifier un article ayant pour but de protéger l'ordre public ne doit pas tenir compte d'un éventuel manque de formation ou d'attention d'un examinateur. Mais mis à part ce dernier argument, le reste du raisonnement demeure valable. De plus, le Règlement d'exécution de la CBE et les Directives de l'OEB permettent de maintenir un niveau de protection efficace contre une quelconque publication qui serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Et la division d'examen peut toujours retirer les éléments prohibés, dès lors qu'ils auraient quand même franchi les diverses barrières de filtrage. Sur ce plan, la modification de l'article 53 a) CBE ne restreint aucunement la portée de cet article. Elle

---

<sup>276</sup> Article 97 CBE.

<sup>277</sup> Directives de l'OEB : C, II-7.2.

<sup>278</sup> Rapport du Président de l'Office européen des brevets, *op. cit.*, note 270, p. 5.

<sup>279</sup> *Ibid.*

corrige uniquement une incohérence dans la structure du texte, et clarifie le rôle de la division d'examen ; sur ce point-là, la pratique de l'OEB ne devrait subir aucune modification.

Un autre remaniement de l'article 53 a) concerne le terme « mise en œuvre », qui a été remplacé par « exploitation commerciale ». Les raisons de ce changement semblent plus fondées sur des questions d'opportunité que de fait et d'usage. Bien que ce choix ait été opéré à partir de la constatation que la division d'examen se focalise sur le contrôle de la mise en œuvre ou l'exploitation de l'invention plutôt que sur sa publication, cette modification trouve sa justification principale dans le souhait de mettre la CBE en conformité avec l'accord ADPIC<sup>280</sup>. Les explications quant au remplacement du terme « mise en œuvre » par « exploitation commerciale » ne trouvent pas de fondement pratique ou jurisprudentiel. Pourtant, ce changement peut laisser penser à une restriction du champ d'application de l'article 53 a).

Envisager ces éventuelles conséquences passe alors par l'analyse du sens que donnent les ADPIC à l'expression « exploitation commerciale ». À la lecture de l'article 27-2 ADPIC<sup>281</sup>, la première constatation est que ce dernier est d'ordre facultatif, contrairement à l'article 53 a). L'on peut d'ores et déjà s'interroger sur la réelle volonté de s'aligner sur un article qui n'est pas contraignant pour les parties signataires de l'accord. En effet, un tel article a un potentiel plutôt faible d'harmonisation globale des systèmes. Parallèlement à ce constat, l'article 27-2 ADPIC possède son propre mécanisme. Comme le fait remarquer Nuno Pires de Carvalho, le mot « exploitation », qui apparaît dans la dernière phrase de l'article 27-2, revêt un sens beaucoup plus large, en incluant tout type d'exploitations ; l'expression « exploitation commerciale » utilisée au début de l'article étant, quant à elle, plus limitée<sup>282</sup>. C'est donc bien l'exploitation commerciale et elle seule qui doit être

---

<sup>280</sup> Proposition de base pour la révision de la Convention sur le brevet européen du 16 octobre 2000, MR/2/00, p. 45, disponible sur [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/43f40380331ce97cc125727a0039243c/\\$file/00002a\\_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/43f40380331ce97cc125727a0039243c/$file/00002a_fr.pdf).

<sup>281</sup> Article 27-2 ADPIC: « Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation ».

<sup>282</sup> Nuno PIRES DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, p. 213.

examinée sous l'angle du respect de l'ordre public ou de la moralité. De plus, dans le cadre des accords ADPIC, tout examinateur se doit de vérifier en premier lieu si une loi exclut la commercialisation de l'invention dans le cas où des considérations éthiques viendraient à être soulevées. S'il n'existe aucune réglementation en la matière, l'invention doit simplement remplir les conditions de brevetabilité. Mais si la commercialisation est légalement interdite, l'examineur doit encore s'assurer que le refus d'octroyer le brevet soit véritablement l'unique recours pour préserver l'ordre public ou la moralité. C'est seulement à ce moment-là qu'un brevet pourra être rejeté pour considérations éthiques<sup>283</sup>. Le fait qu'une invention soit interdite par une loi nationale constitue au mieux un des éléments nécessaires pour que l'exclusion de l'article 27-2 ADPIC s'applique<sup>284</sup>.

Dans le cadre de la CBE, une telle analyse découlerait forcément sur une réduction de la portée de l'article 53 a) et un changement de la pratique de l'OEB. En effet, la Chambre de recours a précisé, dans la décision T356/93 (*Plant Genetic Systems*) et au point 7 des motifs, que l'application de l'article 53 a) ne peut être déduite du seul fait que l'exploitation est interdite ; inversement, elle a aussi stipulé que « *le fait que l'exploitation d'une invention soit autorisée ne signifiait pas automatiquement qu'elle satisfait aux exigences de l'article 53 a)* »<sup>285</sup>. Contrairement à la pratique de l'article 27-2 ADPIC, l'interdiction de l'exploitation par une loi ne constitue pas un élément au mieux nécessaire pour l'application de l'article 53 a). La modification de la CBE étant entrée en vigueur, la division d'examen doit dorénavant établir si l'invention est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs dans le cadre d'une « exploitation commerciale ». Il reste maintenant à déterminer si une objection d'ordre moral, soulevée hors du contexte commercial de l'exploitation de l'invention, sera toujours prise en compte. De plus, en cas d'opposition à un brevet, ses détracteurs auront-ils encore la charge de démontrer l'aspect commercial de l'application de l'invention ?<sup>286</sup> Même si l'article 53 a) doit être mis en œuvre de manière extraordinaire, une telle évolution tendrait à limiter le champ déjà réduit de son application et reviendrait à le vider d'une bonne partie de son contenu.

---

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>284</sup> Daniel GERVAIS, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2008, p. 346.

<sup>285</sup> Clément PAYRAUDEAU, *op. cit.*, note 245, p. 103.

<sup>286</sup> Cf. partie III. B. 2.



Par ailleurs, dans le cadre du remaniement de l'article 53 CBE, il est intéressant de souligner, dans ce contexte éthique, le déplacement de l'ancien article 52 (4) CBE et son incorporation à la suite des articles 53 a) et b) CBE, dorénavant sous la lettre c). Cet article contient l'exclusion de la brevetabilité des méthodes diagnostiques ainsi que de traitement chirurgical ou thérapeutique. Ce remaniement corrige bel et bien une incohérence dans la structure de la loi, en supprimant le défaut fictif d'application industrielle qui reposait sur de fausses affirmations. Les méthodes chirurgicales ou diagnostiques sont absolument en mesure de trouver une application industrielle ; le cas des Etats-Unis le démontre parfaitement. Ici, il s'agissait davantage d'un principe d'ordre public lié à des questions de santé publique<sup>287</sup>. Il est aussi possible de conclure que l'article 53 CBE, dans son ensemble, porte sur l'observation du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, dont la lettre a) exprime le principe et les lettres b) et c) ses corollaires, de manière non exhaustive.

Mais pour se rapprocher le plus possible de la réalité, cette description de l'article 53 a) CBE doit s'accompagner de l'examen de ses différentes applications, opérées par l'Office des brevets européen. C'est ce qui va nous permettre d'identifier le champ laissé aux questions éthiques dans le processus de brevetabilité.

#### c) La jurisprudence de l'OEB antérieure à la Directive 98/44/CE

À ce stade de notre recherche, il convient de se pencher sur la jurisprudence afin d'analyser l'utilisation et la délimitation de l'article 53 a) dans la pratique. Si celui-ci n'a pas été souvent utilisé dans l'ensemble des décisions de l'OEB, il constitue malgré tout un élément à prendre en compte pour chaque invention. Les décisions T 19/90 (*Harvard/Onco-souris*)<sup>288</sup> et T 356/93 (*Plant Genetic Systems*) sont les deux piliers jurisprudentiels portant

<sup>287</sup> « Il n'est pas souhaitable de maintenir une telle fiction alors que les méthodes de traitement et de diagnostic sont en réalité exclues de la brevetabilité pour des raisons de santé publique. » dans la Proposition de base pour la révision de la Convention sur le brevet européen du 16 octobre 2000, note 280, p. 45, voir généralement le Procès-verbal de la réunion du Comité « Droit des brevets » du 3 au 6 juillet 2000, CA/PL PV 14, pt. 152, 157-158. Disponible sur : [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9A7AF6226DB5E572C1257280004937AB/\\$File/capl\\_pv014\\_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9A7AF6226DB5E572C1257280004937AB/$File/capl_pv014_fr.pdf).

<sup>288</sup> Affaire T 19/90 du 3 octobre 1990, *Harvard/Onco-souris*, Chambre de recours de l'O.E.B., J.O. O.E.B., 1990, 476.

spécifiquement sur la question de l'exception à la brevetabilité en rapport avec l'article 53 a). Elles tentent de donner une définition des bonnes mœurs et de l'ordre public, en déterminant l'objet ne devant pas porter contrariété à ces considérations éthiques d'une part, et la manière de procéder dans l'application de cet article d'autre part. Par la suite, d'autres précisions leur seront ajoutées selon les circonstances, sans toutefois représenter un grand revirement jurisprudentiel. Pour faciliter la compréhension et éclaircir le cheminement de ces décisions, nous les présenterons chronologiquement.

La décision T 19/90 expose le cas de la fameuse souris oncogène de Harvard, qui connut son dénouement le 6 juillet 2004 dans la décision T 315/03 (*Animaux transgéniques/Harvard*)<sup>289</sup>, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement. L'invention consistait, dans les grandes lignes, à produire une souris transgénique présentant une forte probabilité de développer un cancer (néoplasmes). Ce cas avait suscité des débats passionnés, tant chez les politiques qu'auprès du grand public. La division d'examen avait tout d'abord rejeté la demande de brevet pour les motifs suivants : d'une part, elle ne satisfaisait pas aux articles 53 b) et 83 CBE ; d'autre part, sa conclusion par rapport à l'article 53 a) était que « *le droit des brevets n'est pas le bon outil juridique pour régler les problèmes qui peuvent se poser dans le cas de manipulations génétiques opérées sur des animaux* »<sup>290</sup>. La Chambre de recours fit observer que la manipulation génétique de mammifères était une source d'interrogations et de problèmes, plus particulièrement au niveau des espèces animales utilisées pour leur sensibilité et leur prédisposition face aux cancers, ce qui, naturellement, impliquait des souffrances. La Chambre aboutit à la conclusion suivante : « *Précisément dans un cas comme celui-ci, [la Chambre] considère qu'il existe des raisons impératives qui font que les implications de l'article 53 a) CBE doivent être prises en compte lors de l'examen de la brevetabilité.* »<sup>291</sup> C'est ainsi qu'elle mit en place un test pour décider si l'invention devait ou non être exclue de la brevetabilité en vertu de l'article 53 a). Ce dernier consistait à mettre en balance « *soigneusement, d'une part, les graves réserves qu'appellent la souffrance endurée par les animaux et les risques*

<sup>289</sup> *Animaux transgéniques/Harvard*, précitée, note 267, 15.

<sup>290</sup> *Harvard/Onco-souris*, précitée, note 288, pt. 5. des motifs. Précisons aussi qu'une grande part de la décision T 19/90 traite des questions de définition des races animales ainsi que des procédés microbiologiques et essentiellement biologiques. D'ailleurs, par rapport à ce cas, il avait été indiqué que la Convention n'excluait pas la brevetabilité des animaux en général, contrairement à la réponse apportée par la division d'examen.

<sup>291</sup> *Ibid.*

*éventuels pour l'environnement, et, d'autre part, les avantages de l'invention, à savoir son utilité pour l'humanité* »<sup>292</sup>. L'examen de l'affaire retourna à la division d'examen, qui prit acte du fait que les considérations éthiques de l'article 53 a) se posaient pour chaque invention. À l'issue du test prescrit par la Chambre de recours, il fut conclu que les aspects bénéfiques l'emportaient dans ce cas d'espèce particulier ; le brevet fut donc accordé<sup>293</sup>.

La deuxième grande décision abordant l'article 53 a) est la décision T 356/93 (*Plant Genetic Systems*). Ce cas concernait une invention impliquant une plante génétiquement modifiée en vue de la rendre résistante aux herbicides. Dans cette décision, la Chambre introduisit pour la première fois une définition des notions d'« ordre public » et de « bonnes mœurs ». Selon la Chambre, l'ordre public « *couvre la protection de l'intérêt public et l'intégrité physique des individus en tant que membres de la société. Cette notion englobe également la protection de l'environnement. Par conséquent, conformément à l'article 53 a) CBE, les inventions dont la mise en œuvre risque de troubler la paix publique ou l'ordre social (par ex. par des actes terroristes), ou de nuire gravement à l'environnement, doivent être exclues de la brevetabilité, car elles sont contraires à l'ordre public.* »<sup>294</sup> En ce qui concerne la notion de bonnes mœurs, elle est « *fondée sur la conviction selon laquelle certains comportements sont conformes à la morale et acceptables, tandis que d'autres ne le sont pas, eu égard à l'ensemble des normes acceptées et profondément ancrées dans une culture donnée. Aux fins de la CBE, la culture en question est la culture inhérente à la société et à la civilisation européennes. En conséquence, les inventions dont la mise en œuvre n'est pas conforme aux normes de conduite conventionnelles adoptées dans cette culture doivent être exclues de la brevetabilité, conformément à l'article 53 a) CBE, car elles sont contraires aux bonnes mœurs* »<sup>295</sup>. Ces définitions semblent correspondre à celles qui ont été données plus haut. Entre autres, la décision précisa également, en se fondant sur les travaux préparatoires de la CBE, que « *la brevetabilité dans le droit européen des brevets devait être aussi large que possible* »<sup>296</sup> ; ainsi, elle conclut à une interprétation restrictive des exceptions à la brevetabilité, cela valant aussi pour l'article 53 a). La Chambre rappela que le vivant, tels les plantes et animaux, n'est de manière générale pas

---

<sup>292</sup> *Ibid.*

<sup>293</sup> Affaire V 6/92 du 3 avril 1992, *Harvard/oncosouris*, Division d'examen, *J.O. O.E.B.*, 589.

<sup>294</sup> *Plant Genetic Systems*, précitée, note 201, pt. 5. des motifs.

<sup>295</sup> *Ibid.*, pt. 6. des motifs.

<sup>296</sup> *Ibid.*, pt. 8. des motifs.

exclu de la brevetabilité par la CBE. Malgré tout, cette décision affirma la nécessité de prendre en compte l'article 53 a) pour chaque cas d'espèce et selon ses particularités. Entrant dans le cadre de l'ordre public, la Chambre confirma l'analyse faite des intérêts en cause par le test prescrit dans la décision T19/90 (*Harvard/Onco-souris*), en précisant toutefois que ce dernier ne constituait pas l'unique méthode applicable<sup>297</sup>. Cependant, la Chambre de recours a jugé que pour démontrer l'impact négatif de la mise en œuvre de l'invention sur l'ordre public (dans le cas d'espèce, il s'agissait de nuisances graves envers l'environnement), il fallait que cette menace soit suffisamment prouvée au moment où l'OEB rendrait sa décision<sup>298</sup>. En l'occurrence, le défaut d'éléments probants ne permettait donc pas de procéder à une « mise en balance » des avantages et inconvénients de la mise en œuvre de l'invention<sup>299</sup>. Cependant, sur le plan des bonnes mœurs, la Chambre analysa le cas en déterminant si l'invention concernée pouvait être considérée comme « *inacceptable au regard des normes de conduite conventionnelles adoptées dans la culture européenne* »<sup>300</sup>. Pour répondre à cette question, elle procéda par analogie, en comparant la méthode en cause, c'est-à-dire la modification génétique des plantes, avec les méthodes de sélection traditionnelles. Elle en vint à la conclusion que l'une comme l'autre poursuivent en soi les mêmes objectifs ; ainsi, la « *biotechnologie végétale ne saurait en soi être considérée comme davantage contraire aux bonnes mœurs que les méthodes de sélection traditionnelle* »<sup>301</sup>. Quant aux moyens permettant d'établir une objection relative à l'article 53 a), la Chambre considéra que des techniques telles que les sondages ou enquêtes d'opinion n'étaient en elles-mêmes pas décisives et ne pouvaient refléter à elles seules l'opinion publique ainsi que les inquiétudes ressenties par la population vis-à-vis de l'ordre public ou des bonnes mœurs. Selon la Chambre, ces méthodes introduisent un caractère d'imprévisibilité et ne peuvent garantir l'absence de toute influence extérieure ; elles supposent également des aspects aléatoires concernant tout autant l'élaboration des échantillons de personnes interrogées que la formulation des questions<sup>302</sup>.

---

<sup>297</sup> *Ibid.*, pt. 18.8 des motifs.

<sup>298</sup> *Ibid.*, pt. 18.5 des motifs.

<sup>299</sup> *Ibid.*, pt. 18.8 des motifs.

<sup>300</sup> *Ibid.*, pt. 17.3 des motifs.

<sup>301</sup> *Ibid.*, pt. 17.1 des motifs.

<sup>302</sup> *Ibid.*, pt. 15. des motifs.

Il nous faut aussi mentionner la décision T 272/95 (*Relaxin/HOWARD FLOREY INSTITUTE*)<sup>303</sup>, dans laquelle il était question d'une invention mettant en œuvre l'isolement du gène de la relaxine à partir de tissus humains prélevés sur une femme enceinte. Ce cas posa un certain nombre d'interrogations relatives à la dignité humaine. Il suscita des craintes vis-à-vis de la brevetabilité de la vie humaine et en quelque sorte, d'une forme d'esclavage moderne. Il connut son dénouement le 23 octobre 2002, c'est-à-dire peu après l'adoption de la Directive. Toutefois, il est intéressant d'en parler à ce stade de notre étude, car en 1994, lorsque la division d'opposition rendit sa décision, celle-ci reprit, en des termes différents, l'approche décrite dans la décision *Plant Genetic Systems* dans le cadre de la notion de bonnes moeurs. Elle rappela tout d'abord la nécessité d'appliquer de manière restrictive les exclusions à la brevetabilité et notamment celles de l'article 53 a)<sup>304</sup>. Puis, elle parvint à la conclusion que la brevetabilité des gènes humains ne formait pas en soi une exception. Pour énoncer une telle affirmation, elle avait examiné dans quelle mesure cette invention pourrait être perçue comme « universellement scandaleuse » par la population. En d'autres termes, heurtait-elle la morale commune ? Selon la décision, un gène humain n'est pas la vie en elle-même. Il n'est qu'un simple élément parmi d'autres, dont la combinaison participe au processus de la vie. La dignité humaine n'est pas non plus atteinte dans ce cas, car d'une part, les tissus humains ont été donnés de manière consentante, et d'autre part, ce consentement n'est pas affecté par l'exploitation qui est faite de ces derniers<sup>305</sup>.

Cependant, il faut également tenir compte de la Directive européenne de 1998, qui apporte des modifications – ou plutôt des précisions – quant à certaines interprétations. Notons toutefois que l'OEB n'avait pas à prendre en considération les choix exposés dans cette directive, étant donné que la CBE est une convention *sui generis* et n'est pas légalement rattachée au traité de l'Union européenne<sup>306</sup>. Cependant, les choix faits dans le cadre de l'Union européenne auront une influence non négligeable sur la délivrance des brevets dans l'ensemble de l'Europe.

---

<sup>303</sup> Affaire T 272/95 du 23 octobre 2002, *Relaxin/HOWARD FLOREY INSTITUTE*, Chambre de recours de l'O.E.B., non publié, disponible sur : <http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t950272eu2.pdf>.

<sup>304</sup> Frédéric POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, note 208, p. 174.

<sup>305</sup> Affaire T 272/95, *Relaxin/HOWARD FLOREY INSTITUTE*, Division d'opposition de l'O.E.B., *J.O. O.E.B.*, 1995, 388.

<sup>306</sup> Guy TRITTON, Richard DAVIS, Michel EDENBOROUGH, James GRAHAM, Simon MALYNICS et Ashley ROUGHTON, *Intellectual Property in Europe*, London, Sweet & Maxwell, 2008, p.90.

### 3. Réponses apportées à l'émergence des biotechnologies

La naissance de la Directive 98/44/CE dérive de plusieurs facteurs liés dans leur ensemble aux questions particulières soulevées par les biotechnologies. Elle représente la conclusion d'un long processus qui s'échelonna sur dix ans, au cours desquels de nombreux intérêts divergents se confrontèrent. Dans un premier temps, nous tenterons d'appréhender le contexte et les motivations relatifs à la création de cette directive, ainsi que le cheminement ayant finalement conduit à une solution commune. Dans un second temps, nous analyserons les conséquences et les répercussions qu'elle implique sur le plan européen. Nous nous concentrerons ensuite sur l'article 6 de la Directive et sur son impact sur l'article 53 a) de la CBE. Nous terminerons par l'analyse de la jurisprudence de l'OEB faisant suite à l'entrée en vigueur de la Directive.

#### a) Origines de la Directive 98/44/CE

L'élaboration d'une directive concernant directement et uniquement les biotechnologies avait comme véritable motivation des enjeux essentiellement économiques. Mis à part les controverses qu'elles suscitent, les biotechnologies représentent, à l'entrée de ce XXI<sup>e</sup> siècle, une avancée technologique des plus prometteuses. Elles offrent ainsi un attrait et des possibilités économiques considérables. Celles-ci seraient pour l'Europe une source de prospérité ; elles lui permettraient de déployer toutes ses capacités de recherche et de développement dans le domaine des sciences, en dépit des lourds investissements de départ. Il était donc devenu primordial d'accroître la compétitivité de la place européenne vis-à-vis de concurrents comme le Japon et surtout les États-Unis. L'optimisation du système des brevets était, comme pour les autres conventions, le moyen d'assurer et de protéger les investissements très importants exigés par ce type de technologie. C'est sur ce constat économique que la Commission des Communautés européennes conclut, en 1985 :

*« Les différences au niveau des législations relatives à la propriété intellectuelle ont des répercussions directes et néfastes sur le commerce intracommunautaire et sur la*

*capacité des entreprises à considérer le Marché commun comme un environnement unique pour leurs activités économiques. [...] Le tableau s'est encore compliqué récemment du fait de la nécessité d'adapter les systèmes de propriété intellectuelle existants aux modifications technologiques intervenues dans un certain nombre de domaines, notamment [...] la biotechnologie. Pour assurer un fondement juridique solide aux investissements dans les techniques nouvelles, les systèmes doivent être adaptés de manière convergente, de façon à ce que les modifications apportées n'affaiblissent pas un marché de la propriété intellectuelle déjà imparfait. [...] La Commission a donc l'intention de proposer au Conseil des mesures concernant la protection par un brevet des inventions biotechnologiques [...]. »<sup>307</sup>*

La Commission développa ainsi, en 1988, une première proposition ayant pour but – comme il est précisé ci-dessus – de clarifier et d'harmoniser les conditions de délivrance des brevets dans le domaine des biotechnologies. Ce premier jet de directive, essentiellement technique, avait pour objectifs<sup>308</sup> :

- 1) Le renforcement de la sécurité juridique et de sa prévisibilité, en clarifiant les lois ;
- 2) L'uniformisation de la jurisprudence au sein de la Communauté européenne ;
- 3) L'amélioration de la protection des investisseurs et des inventeurs, afin qu'elle corresponde à celle qui est offerte dans d'autres pays.

Mais il ne s'agissait que du début d'un parcours très mouvementé, ponctué par des échanges continus entre la Commission et le Parlement européen<sup>309</sup>. Sous la pression plus particulière du groupe parlementaire des Verts, le Parlement fut le premier à ajouter à cette directive 44 amendements ayant pour but principal de prendre en considération les questions éthiques<sup>310</sup>. Un nouveau texte fut ensuite présenté au Parlement, qui y adjoignit trois nouveaux amendements. Cependant, trois problèmes subsistaient. Le premier

<sup>307</sup> *L'achèvement du marché intérieur*, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, Milan, le 28-29 juin 1985 COM (85) 310, pt. 145 et suiv., disponible sur [http://europa.eu/documents/comm/white\\_papers/pdf/com1985\\_0310\\_f\\_fr.pdf](http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_fr.pdf).

<sup>308</sup> G. KAMSTRA, M. DÖRING, N. SCOTT-RAM, A. SHEARD et H. WIXON, *Patents on Biotechnological Inventions: The E.C. Directive*, London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 3.

<sup>309</sup> Voir généralement Hélène ILBERT et Laurence TUBIANA, *Protection juridique des inventions biotechnologiques : Analyse de la directive européenne et propositions*, Montpellier, Solagral, 1992.

<sup>310</sup> Marie-Catherine CHEMTOB-CONCÉ, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'Homme*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Tec & Doc, 2006, p. 52.

concernait la possibilité de breveter des gènes d'origine humaine : la formulation proposée laissait, de l'avis du Parlement, une trop grande possibilité de breveter des éléments naturels<sup>311</sup>. Le deuxième reposait sur les limites des procédés de modification de l'identité génétique de l'homme : certains parlementaires reprochaient au texte de la Directive son imprécision<sup>312</sup>. Quant au troisième, il se rapportait à l'élargissement du privilège de l'agriculteur, qui se voyait autorisé à conserver des semences brevetées afin de pouvoir les réutiliser<sup>313</sup>. Ces trois amendements engendrèrent un véritable blocage entre le Conseil, la Commission et le Parlement, nécessitant la formation d'une commission de conciliation. Malgré tout, la Directive fut rejetée le 1<sup>er</sup> mars 1995, en raison du manque de prise en compte de la Commission par rapport aux considérations éthiques, celle-ci s'étant focalisée seulement sur une rédaction purement technique<sup>314</sup>.

Mais la Commission révisa assez rapidement son texte pour proposer un nouveau projet de Directive au mois de décembre de la même année. Consciente des causes de son premier échec, elle y introduisit une réelle dimension éthique. Après la volonté d'harmoniser le droit des brevets, les notions d'éthique devinrent donc le deuxième but principal de la Directive. Cette velléité fut aussi renforcée par l'augmentation des demandes de brevets concernant les inventions biotechnologiques<sup>315</sup>. Néanmoins, même si la CBE et la pratique de l'OEB apportaient des réponses aux divers cas présentés, il subsistait une crainte de divergence d'interprétation dans les différents États de la Communauté. N'oublions pas que la fonction de la CBE consiste à harmoniser seulement la procédure d'octroi des brevets européens ; quant aux autres formalités, elles sont laissées à la discrétion des législations et des tribunaux nationaux. Précisons également qu'au vu de l'inquiétude générale exprimée par l'opinion publique, de nombreux pays s'attachèrent à établir des réglementations afin de réguler les biotechnologies, notamment au niveau du droit des brevets. Ce fut le cas par exemple de la France ou des Pays-Bas<sup>316</sup>. Naturellement, ces pratiques sont susceptibles d'entraîner certaines divergences pouvant contrevenir à l'effort de mise en place d'un marché commun. Ce nouveau projet prit donc en compte les remarques du Parlement,

---

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>313</sup> *Ibid.*

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>315</sup> G. KAMSTRA, M. DÖRING, N. SCOTT-RAM, A. SHEARD et H. WIXON, *op. cit.*, note 308, p. 6.

<sup>316</sup> La France possédait déjà une loi sur la bioéthique de 1994, qui comportait de réelles contradictions avec la Directive européenne. Il en était de même avec les Pays-Bas avec la loi sur les brevets danois. *Ibid.*, p. 64-66.



lequel joua ainsi un rôle clef dans l'introduction de notions éthiques au sein de la Directive. Après quelques procédures et amendements, elle fut adoptée formellement le 16 juin 1998. Il incombait dorénavant aux législations nationales de la transposer dans leurs propres réglementations, ce qui ne sera pas sans poser certains problèmes.

#### b) Implications de la Directive 98/44/CE

Dans cette partie, nous nous intéresserons aux changements ou précisions qu'apporte la Directive sur le plan européen en matière d'éthique, et aux réactions qu'elle a suscitées dans quelques pays membres, notamment lors de sa transposition. La Directive 98/44/CE décrit particulièrement l'importance et la place de l'éthique dans le droit des brevets au sein de l'Union européenne. L'on ne peut que remarquer le souci de conjuguer ces deux aspects qui sont la technique d'un côté et l'éthique de l'autre. Cette Directive contient 56 considérants et 18 articles, dont les articles 5, 6, 7 et 16, éclairés par les considérants 16 à 26 et 36 à 45, touchent particulièrement aux considérations morales. L'article 6 fera l'objet d'une analyse plus précise dans l'un des paragraphes suivants, et sera mis en lien avec l'article 53 a) de la CBE.

Dans son article 3, la Directive énonce de façon claire la brevetabilité du vivant. Pourtant, elle n'emploie pas le mot « vivant » – qui est remplacé par « matière biologique » –, dans le but de préserver les sensibilités d'ordre psychologique que peut créer le terme « matière vivante »<sup>317</sup>. Même si cette question était déjà plus ou moins réglée par la jurisprudence de l'OEB<sup>318</sup>, la Directive l'affirme clairement et aucune hésitation n'est désormais possible quant à savoir si cette brevetabilité du vivant se limite au plan microscopique ; à présent, elle touche l'ensemble du monde vivant. En contrepartie, la notion de respect de la dignité humaine fait son entrée dans le domaine des brevets afin d'assurer et de contrôler cette brevetabilité du « vivant ». Le respect de la dignité humaine est explicitement exprimé dans le considérant 16 : « *Le droit des brevets doit s'exercer dans le respect des principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'Homme [...]* », et le considérant

<sup>317</sup> Anne-Sophie GOURDIN-LAMBLIN, *op. cit.*, note 76, p. 113.

<sup>318</sup> Affaire T 49/83 du 23 juillet 1983, Chambre de recours de l'O.E.B., *J.O. O.E.B.*, 1984, 112.

38 : « *Les procédés dont l'application porte atteinte à la dignité humaine, [...], doivent, [...], être exclus eux aussi de la brevetabilité.* » De plus, la Directive fait aussi mention, dans son considérant 43, du devoir de respect de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* de Rome (CEDH). Tous ces éléments confirment une importante prise de conscience des valeurs éthiques au sein même du droit des brevets.

Quant aux articles en question, nous avons choisi, dans cette partie, d'en analyser trois. Il s'agit des articles 5, 7 et 16. Pour commencer, l'article 5 est né de la volonté très appuyée du Parlement de refuser toute brevetabilité du corps humain ou de l'une de ses parties. C'est ainsi que l'on peut lire, au point 1 de ce dernier, que « *le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables* ». Les versions antérieures de cet article avaient été jugées trop ambiguës par le Parlement, qui avait estimé que les termes choisis laissaient une trop grande part à l'interprétation<sup>319</sup>. Dès lors, en plus de réaffirmer une valeur morale, cet article clarifie et rappelle bien qu'une découverte ne constitue pas une invention. Toutefois, un élément du corps humain peut faire l'objet d'un brevet s'il remplit les critères de nouveauté, d'inventivité et d'application industrielle, à condition qu'il existe clairement une intervention humaine dans le processus<sup>320</sup>. Cet article est à lire à la lumière des considérants 20 à 26 et plus particulièrement du considérant 21, qui précise qu'un élément isolé du corps humain ou produit autrement consiste en un « *résultat de procédés techniques l'ayant identifié, purifié, caractérisé et multiplié en dehors du corps humain, technique que seul l'être humain est capable de mettre en œuvre et que la nature est incapable d'accomplir elle-même* », et du considérant 23, qui indique que, dans le domaine très controversé de l'ADN, une « *simple séquence d'ADN sans indication d'une fonction ne contient aucun enseignement technique ; qu'elle ne saurait, par conséquent, constituer une invention brevetable* ». Ainsi, la Directive réaffirme le besoin crucial de nouveauté et d'activité inventive dans le processus de brevetabilité et ce, afin d'éviter les amalgames.

---

<sup>319</sup> On pouvait lire avant : « *Le corps humain ou des parties du corps humain en tant que telles ne sont pas brevetables* » ; le terme « en tant que telles » était jugé comme trop imprécis et équivoque par le Parlement. Sigrid STERCKX, « Some Ethically Problematic Aspects of the Proposal for a Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions », (1998) 20 *E.I.P.R.* 123.

<sup>320</sup> Article 5 par. 2 de la Directive 98/44/CE.

En matière d'expertise éthique, c'est l'article 7 qui ancre et donne une place centrale au Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies de la Commission (GEE<sup>321</sup>), qui réunit quinze membres d'horizons disciplinaires différents (droit, philosophie, médecine, pharmacologie, théologie etc.). Ce groupe est indépendant et neutre et permet d'offrir un lieu où les différentes questions soulevées peuvent être étudiées et discutées afin d'évaluer « *tous les aspects éthiques liés à la biotechnologie* »<sup>322</sup>. Pour ce qui est de l'article 16, il prévoit parallèlement un suivi et une adaptation de la Directive au cours du temps, afin de tenir compte des changements et évolutions qui peuvent être notamment liés à des considérations éthiques. Cette prise en compte confirme ainsi l'importance occupée par la notion d'éthique dans le droit des brevets, du moins en matière de biotechnologie.

La transposition de cette Directive ne fut pourtant pas chose aisée. Plusieurs pays s'y opposèrent, tels l'Italie, les Pays-Bas et la France, qui la jugeaient trop laxiste et inapte à protéger efficacement la dignité humaine. Dans l'affaire C-377/98<sup>323</sup>, les Pays-Bas, soutenus par l'Italie et la Norvège, demandèrent purement et simplement son annulation ; selon eux, six motifs justifiaient cette demande : 1) fausse application de la base légale ; 2) violation du principe de subsidiarité ; 3) violation de la sécurité juridique en aggravant les incertitudes ; 4) incompatibilité avec les accords internationaux ; 5) violation de la dignité humaine ; 6) violation de procédure. Les motifs relatifs aux questions d'ordre éthique qui nous intéressent ici concernent les numéros 3, 4 et 5. Plus précisément, le motif 3 sera analysé en lien avec l'article 6 de la Directive, au cours de la partie suivante.

Le motif n°4 pose le problème du respect des engagements internationaux pris par les pays membres vis-à-vis des obligations que crée la Directive. Bien que celle-ci mentionnât le souhait de ne pas affecter ses engagements, les Pays-Bas considéraient que l'on était en présence d'une violation de certains accords, notamment les accords ADPIC, CBE et la *Convention sur la diversité biologique* de Rio de Janeiro (CDB). Quoique ce motif fût jugé recevable, la Cour le rejeta. Par rapport aux ADPIC, le reproche émis à leur encontre portait

<sup>321</sup> [http://ec.europa.eu/european\\_group\\_ethics/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/european_group_ethics/index_fr.htm).

<sup>322</sup> Article 7 et considérant 44 de la Directive 98/44/CE.

<sup>323</sup> C.J.C.E. *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, C-377/98, [2001] E.C.R. I-7079.

sur le fait qu'ils permettaient aux pays de refuser d'octroyer des brevets pour les végétaux ou les animaux autres que les micro-organismes, alors que la Directive, elle, avait supprimé cette option. La Cour estima qu'« *effectuer un choix commun offert par un acte international auquel les États membres sont parties* » était une opération possible au sein de l'Union européenne<sup>324</sup>. Le requérant fit également part des divergences existant dans les textes de la CBE et de la Directive par rapport à l'exclusion de la brevetabilité. En effet, alors que dans la Directive, c'est le terme « exploitation commerciale » qui était employé, la CBE, elle, utilisait celui de « publication » ou de « mise en œuvre ». La Cour fit simplement remarquer que cette rédaction « légèrement différente », inspirée des accords ADPIC, ne faisait l'objet d'aucun exemple concret quant à d'éventuels problèmes rencontrés par le requérant ; à défaut, l'argument fut rejeté<sup>325</sup>. D'ailleurs, de nos jours, cette question n'a plus lieu d'être au regard de l'harmonisation de la CBE et des accords ADPIC. Toutefois, quelques zones d'ombre demeurent. Par ailleurs, si la Communauté n'est actuellement pas partie à la CBE, dans le cadre du projet d'un brevet communautaire, cette situation pourrait évoluer<sup>326</sup>. La question de la répartition équitable des ressources offertes par l'utilisation du génie génétique, sujet de la CDB, fut aussi exprimée par le requérant, par le souhait de rendre les inventions biotechnologiques brevetables dans l'ensemble de la Communauté. La Cour fit simplement remarquer l'impossibilité de prendre pour acquis le fait que la protection des inventions aurait pour conséquence « *de priver les pays en développement de la capacité de contrôler leurs ressources biologiques et d'avoir recours à leurs connaissances traditionnelles, pas plus que de favoriser la monoculture ou de décourager les efforts nationaux et internationaux de conservation de la biodiversité* »<sup>327</sup>.

Le motif n°5, quant à lui, pose le problème de l'instrumentalisation de la matière vivante humaine, principe contraire à la dignité de l'homme. Cette difficulté proviendrait de la possibilité de breveter des éléments isolés du corps humain, laquelle découle de l'article 5, paragraphe 2 de la Directive. De plus, l'absence de clause rendant obligatoire la vérification du consentement du donneur ou du receveur par rapport aux produits dérivant des biotechnologies mettrait en péril le droit des personnes à disposer d'elles-mêmes<sup>328</sup>. Sur la

---

<sup>324</sup> *Ibid.*, pt. 58.

<sup>325</sup> *Ibid.*, pt. 61 et 62.

<sup>326</sup> *Supra*, note 258.

<sup>327</sup> *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, précitée, note 323, pt. 65.

<sup>328</sup> *Ibid.*, pt. 69.

première remarque, la Cour précisa que la protection de la dignité humaine était assurée par l'article 5, paragraphe 1 de la Directive. Elle souligna par ailleurs que les éléments du corps humain en tant que tels n'étaient pas brevetables, et que seule une invention associant un élément naturel pouvait l'être. L'appropriation d'un élément du corps humain dans son milieu naturel était donc absolument impossible<sup>329</sup>. Et comme le fit remarquer la Cour, l'article 6 de la Directive pouvait représenter une sécurité additionnelle en cas de problèmes éthiques non prévus par ses articles. La deuxième partie de ce motif fut donc également rejetée par la Cour, du fait que la Directive avait pour objet la délivrance de brevets et non les « opérations antérieures et postérieures à cette délivrance, qu'il s'agisse de la recherche ou de l'utilisation des produits brevetés »<sup>330</sup>.

La France a pour ainsi dire traîné les pieds pendant le processus de transposition de la Directive. Elle fut d'ailleurs condamnée par la Cour de justice des Communautés européennes pour manquement, le 1<sup>er</sup> juillet 2004<sup>331</sup>. Ce retard peut s'expliquer par la résistance du législateur français à transposer une Directive jugée inapte à protéger adéquatement les principes éthiques<sup>332</sup>. La majeure partie des débats en France s'est ainsi centrée sur les articles 5 et 6 de la Directive, relativement aux éléments du corps humain et à leurs implications éthiques. La distinction apportée entre les inventions et les découvertes fut jugée fort discutable, et une volonté de renégocier les articles s'érigea en toile de fond<sup>333</sup>. Malgré tout, la France fut obligée d'effectuer cette transposition, et elle mit en œuvre la Directive en adoptant deux lois successives. Les aspects éthiques, et notamment ceux qui se rapportaient aux éléments liés au corps humain, ont été transposés dans la loi sur la bioéthique<sup>334</sup>. Quant aux aspects plus techniques, ils se sont retrouvés dans la deuxième loi sur la protection des inventions biotechnologiques<sup>335</sup>.

---

<sup>329</sup> *Ibid.*, pt. 71,72 et 73.

<sup>330</sup> *Ibid.*, pt. 79.

<sup>331</sup> C.J.C.E. *Commission européenne c. France*, C-448/03, Arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2004.

<sup>332</sup> Hélène GAUMONT-PRAT, « Éthique et invention biotechnologiques », dans *La propriété intellectuelle en question(s) : Regards croisés européens*, Colloque, 16-17 juin 2005, Paris, Litec 2006, p. 208.

<sup>333</sup> France, Sénat, Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (1) sur le projet de loi relatif à la protection des inventions biotechnologiques, par M. Jean BIZET, Rapport n° 30, 19 octobre 2004, p. 6-7.

<sup>334</sup> *Loi sur la bioéthique*, n° 2004-800 du 6 août 2004, J.O., 7 août 2004, p. 14040.

<sup>335</sup> *Loi sur la protection des inventions biotechnologiques*, n° 204-1338 du 8 décembre 2004, J.O., 9 décembre 2004, p. 20801, modifiant le *Code de propriété intellectuelle*.

## c) Article 6 de la Directive et ses répercussions sur l'article 53 CBE

L'article 6, paragraphe 1 exclut de la brevetabilité les « *inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* », à l'instar de l'article 53 a) de la CBE. Sur ce plan, la différence existant avant les modifications de la CBE – entrées en vigueur en décembre 2007 – tenait à l'emploi des termes « publication » et « mise en œuvre », tous remplacés aujourd'hui par l'expression « exploitation commerciale ». La Directive tente aussi de donner une certaine résonance aux concepts d'ordre public et de bonnes mœurs, en apportant quelques précisions dans son considérant 39, qui mentionne que « *l'ordre public et les bonnes mœurs correspondent notamment à des principes éthiques ou moraux reconnus dans un État membre, dont le respect s'impose tout particulièrement en matière de biotechnologie en raison de la portée potentielle des inventions dans ce domaine et de leur lien inhérent avec la matière vivante [...]* ». Malgré la volonté, certes louable, de mieux délimiter ces notions, cette formulation pourrait se révéler à l'avenir plus problématique que salvatrice. En effet, il est fait référence aux principes éthiques ou moraux reconnus dans un État membre, et non à des valeurs communes partagées au sein de l'Union européenne. En d'autres termes, cette approche implique que les principes éthiques reconnus dans un seul pays valent pour l'ensemble de l'Union. Ce constat pourrait conduire à des pratiques divergentes d'un pays à l'autre, ce qui contreviendrait au but d'harmonisation recherché par la Directive. Ce reproche a d'ailleurs été énoncé dans le motif n°3<sup>336</sup> de l'affaire C-377/98. La remarque des Pays-Bas s'est traduite de la manière suivante : laisser aux autorités administratives et aux juridictions des États le soin de déterminer le contenu des notions d'ordre public et de bonnes mœurs contreviendrait au but d'unification et d'harmonisation de la Directive et aggraverait ainsi la sécurité juridique. Toutefois, la Cour considéra qu'une marge de manœuvre devait être laissée à la discrétion des États afin de tenir compte du « contexte social et culturel » de chaque pays membre<sup>337</sup>. Ainsi, c'est aux autorités nationales qu'il incombe de délimiter ces notions. L'effort d'unification de la pratique sur le plan européen risque d'être fortement contrecarré à ce niveau. Une projection dans l'avenir amène ainsi plusieurs questions. Quel serait le résultat en cas de brevet communautaire ? Le principe éthique d'un seul pays

<sup>336</sup> *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, précitée, note 323, pt. 35.

<sup>337</sup> *Ibid.*, pt. 38.

suffirait-il à faire refuser le brevet sur l'ensemble de l'Union ? Il faut espérer que non, même si actuellement la question reste ouverte. Mis à part ces observations, le considérant 39 précise très clairement la place à accorder à l'éthique dans le régime des brevets, en indiquant que ses notions morales complètent « *les examens juridiques normaux [...] quelle que soit le domaine technique de l'invention* ». Le concept d'un droit des brevets éthiquement neutre n'a plus réellement de raison d'être dans le régime européen, bien qu'un encadrement plus précis reste à établir.

L'originalité de l'article 6 réside dans l'introduction, dans son paragraphe 2, d'une liste d'inventions qui seraient considérées comme contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs<sup>338</sup>. Quoique non exhaustive, elle permet aux juges ou aux Offices nationaux d'avoir à portée de main des références qui les guident lors de l'interprétation de ces deux notions, comme l'explique le considérant 38. Le contenu de cette liste laisse transparaître les influences et les craintes suscitées par les technologies émergentes particulières au moment du processus législatif de la Directive<sup>339</sup>. À titre d'exemples, citons le cas du mouton Dolly, qui a engendré le spectre d'un possible clonage humain, ou l'oncosouris de Harvard, qui pose la question des souffrances animales en matière de génie génétique. D'ailleurs, l'influence de la décision T 19/90 (par rapport au test éthique) peut se remarquer dans la rédaction de l'exclusion présente dans l'article 6, paragraphe 2 (d). Ce test a toutefois une portée plus restreinte que celle qui est décrite dans la décision T 19/90 (nous allons le mettre en évidence dans la partie suivante). En soi, l'article 6 n'apporte pas de changements drastiques dans le droit des brevets, mais il tend à rassembler et à éclaircir certaines pratiques et lois existantes. Les considérants liés à cet article sont des éléments clefs pour ancrer les considérations morales dans l'ingénierie des brevets. La référence explicite au principe du respect de la dignité humaine élargit, elle aussi, le champ d'interprétation des notions d'ordre public et de bonnes mœurs. Cependant, un bémol est à mentionner : il réside dans le renvoi aux principes éthiques d'un État pour définir ceux de l'Union

---

<sup>338</sup> Article 6, par. 2 de la Directive 98/44/CE : « *Au titre du paragraphe 1 ne sont notamment pas brevetables : a) les procédés de clonage des êtres humains ; b) les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain ; c) les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ; d) les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés.* »

<sup>339</sup> Duncan CURLEY et Andrew SHARPLES, « Patenting Biotechnology In Europe : The Ethical Debate Moves On », (2002) 24 *E.I.P.R.* 565, 568.

européenne. Cette façon de procéder va créer inévitablement des divergences ou un besoin de relativiser cette référence.

La Directive 98/44/CE a eu une influence sur la CBE et plus particulièrement sur l'article 53. Les développements réalisés et les précisions apportées en vertu de cette dernière ont amené le Conseil d'administration de l'OEB à ajouter à la Partie II du Règlement d'exécution de la CBE un chapitre V (anciennement VI), intitulé « Inventions biotechnologiques ». Ce nouveau chapitre contient quatre règles s'échelonnant de 26 à 29 (anciennement 23(b) à 23(e)). Elles comportent des précisions et des définitions tirées directement de la Directive. Elles ont été rajoutées le 16 juin 1999 et sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre de la même année. Il convient de souligner ici que l'OEB s'est adaptée beaucoup plus rapidement que certains pays de l'Union européenne pourtant membres de la CBE. En lien direct avec l'article 53 a), la règle 28 reprend la liste indicative des inventions non brevetables de l'article 6, paragraphe 2 de la Directive<sup>340</sup>. Selon l'OEB, ces changements apportent des précisions utiles au cheminement d'analyse des critères de brevetabilité, mais ne modifient ni sa pratique ni sa jurisprudence antérieure. Force est donc de constater la volonté affirmée de l'OEB dans la conservation d'une uniformité dans le droit européen des brevets, alors que cette harmonisation ne revêtait aucun caractère obligatoire d'un point de vue légal.

#### d) La jurisprudence postérieure à la Directive 98/44/CE

La jurisprudence relative à l'OEB a subi une évolution régulière, qui ne s'est pas posée en rupture avec la jurisprudence antérieure. Nombre de questions ont alors émergé quant aux effets de l'incorporation, dans la CBE, de dispositions pertinentes de la Directive. Il s'agissait notamment de savoir si, lors de leur entrée en vigueur, elles pouvaient s'appliquer aux différents cas en instance, et si elles s'avéraient compatibles avec les décisions précédentes. Pour ce faire, nous présenterons, dans un ordre chronologique, les décisions pertinentes ayant suivi la mise en application des nouvelles règles.

---

<sup>340</sup> *Supra*, note 338.



La décision T 272/95 (*Relaxin/HOWARD FLOREY INSTITUTE*), concernant le cas de la Relaxine, fut rendue le 23 octobre 2002. La division d'opposition était arrivée à la conclusion que, d'un point de vue général, une invention relative à un gène humain ne pouvait être considérée comme choquante. Suite au recours formé par les opposants, la Chambre de recours dut d'abord déterminer si les nouvelles règles (Règles 26 à 29 CBE) étaient en conformité avec l'article 53 a), en vertu de l'article 164 2) CBE<sup>341</sup>. Pour répondre à cette question, la Chambre se référa à la décision G 1/98<sup>342</sup>, où la Grande Chambre de recours avait estimé que l'article 4, paragraphes 1(b) et 3 de la Directive, devait être interprété dans le même sens que l'article 53 b) CBE<sup>343</sup>. Face au constat que cette interprétation se retrouvait désormais dans la nouvelle règle 27 du règlement d'exécution de la CBE, la Grande Chambre de recours avait conclu que celle-ci, se rapportant à l'article 53 b), n'était autre qu'interprétative. Ainsi, la Chambre considéra que cette déduction était aussi valable pour l'article 53 a)<sup>344</sup>. Les nouvelles règles donnent simplement une « *interprétation plus détaillée du sens de l'article 53 CBE* »<sup>345</sup>. De par l'absence de dispositions transitoires, la Chambre conclut également que ces nouvelles règles d'exécution étaient applicables aux affaires en instance avant le 1<sup>er</sup> septembre 1999<sup>346</sup>. Du coup, l'objet de l'invention ne fut pas jugé contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

L'affaire suivante concerne un cas bien connu et déjà traité plus haut : la souris oncogène de Harvard. Pour résumer brièvement les faits, suite à la décision T 19/90, la division d'examen accorda le brevet au requérant le 18 décembre 1992. Dix-sept oppositions furent formées à son encontre, dont une grande partie invoquait la violation de l'article 53 a) CBE. La division d'opposition rejeta l'ensemble des objections formulées par les opposants, à l'exception de celles qui se fondaient sur l'article 53 a) CBE. Les revendications qui portaient sur les mammifères autres que l'être humain furent jugées contraires à cet article.

---

<sup>341</sup> Article 164 (2) CBE : « *En cas de divergence entre les dispositions de la présente convention et celles du règlement d'exécution, les dispositions de la convention prévalent.* »

<sup>342</sup> Affaire G 1/98 du 20 décembre 1999, *Plante transgénique/NOVARTIS II*, Grande Chambre de recours de l'O.E.B., *J.O. O.E.B.*, 2001, 111.

<sup>343</sup> *Relaxin/HOWARD FLOREY INSTITUTE*, précitée, note 303, pt. 5 des motifs.

<sup>344</sup> *Ibid.*

<sup>345</sup> *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 5<sup>e</sup> éd., Horn, Office européen des brevets, Service de recherche juridique des Chambres de recours, 2006, p. 47, disponible sur [http://www.epo.org/patents/appeals/case-law\\_fr.html](http://www.epo.org/patents/appeals/case-law_fr.html).

<sup>346</sup> *Relaxin/HOWARD FLOREY INSTITUTE*, précitée, note 303, pt. 4 des motifs.

Le brevet fut toutefois maintenu sous une forme modifiée, avec des revendications se limitant aux rongeurs. Face à cette nouvelle décision, les opposants firent à nouveau appel, ce qui amena la Chambre de recours à statuer sur cette affaire sous la référence T 315/03 (*Animaux transgéniques/Harvard*)<sup>347</sup>. Celle-ci contient une analyse très développée et détaillée sur l'articulation de l'article 53 a), dont les conclusions sont exposées ci-après. La Chambre confirma tout d'abord que les expressions « ordre public » et « bonnes mœurs » ne pouvaient se rapporter, dans le cadre du brevet européen, qu'à « l'exploitation commerciale » de l'invention, et non à la délivrance du brevet ou à l'invention en elle-même<sup>348</sup>. Ensuite, elle rappela « *le principe fondamental que les inventions sont brevetables si elles remplissent trois critères, à savoir la nouveauté, l'activité inventive et l'applicabilité industrielle* »<sup>349</sup>. Il existe en effet une présomption en faveur de la brevetabilité, et les exclusions en constituent l'exception. Le texte de la CBE ne contient aucune exclusion de la brevetabilité des animaux en général, quel que soit l'article auquel il est fait référence – 53 a) ou 53 b) CBE. Quant aux nouvelles règles, la Chambre confirma son choix de les appliquer aux affaires en instance, étant arrivée à la conclusion qu'aucune disposition de leur non-application n'avait été explicitement prescrite<sup>350</sup>. S'agissant de l'article 53 a) et de son rapport avec la règle 28<sup>351</sup>, la Chambre précisa qu'une invention relevant de l'une des quatre catégories décrites dans la règle 28 « *[devait] ipso facto être exclue de la brevetabilité en vertu de l'article 53 a) et [qu'il n'était] pas nécessaire de poursuivre l'examen au regard de cet article* »<sup>352</sup>. En revanche, de manière générale, tout cas ne tombant pas sous le coup de cette règle doit être soumis à un examen plus approfondi de l'article 53 a). La situation spécifique de la règle 28 d) entraîne la nécessité d'effectuer un test afin d'apprécier si les modifications de l'identité génétique des animaux, ou des animaux issus de tels procédés, sont admissibles ou pas. Ce test implique de « *mettre en balance, d'une part, les souffrances infligées aux animaux et, d'autre part,*

<sup>347</sup> *Animaux transgéniques/Harvard*, précitée, note 267, 15.

<sup>348</sup> Ici, l'expression « exploitation commerciale » remplace celle de « publication » ou « mise en œuvre » contenue dans l'arrêt, suite à la modification de la CBE entrée en vigueur le 17 décembre 2007.

<sup>349</sup> *Animaux transgéniques/Harvard*, précitée, note 267, pt. 4.3 des motifs.

<sup>350</sup> *Ibid.*, pt. 5.9 des motifs.

<sup>351</sup> Règle 28 CBE : « *Exception à la brevetabilité, Conformément à l'article 53 a), les brevets européens ne sont pas délivrés notamment pour les inventions biotechnologiques qui ont pour objet : a) des procédés de clonage des êtres humains ; b) des procédés de modifications de l'identité génétique germinale de l'être humain ; c) des utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ; d) des procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés.* »

<sup>352</sup> *Animaux transgéniques/Harvard*, précitée, note 267, pt. 6.1 des motifs.

*l'utilité médicale pour l'homme ou pour l'animal* »<sup>353</sup>. L'appréciation de ces éléments découle d'une conviction fondée uniquement sur la probabilité<sup>354</sup>.

La Chambre distingua ainsi deux tests : le premier se rapportait aux objections liées à la règle 28 d) en vertu de l'article 53 a) ; et le second concernait les « véritables » objections au titre de l'article 53 a) CBE. Le test préconisé à la règle 28 d) possédait de grandes similitudes avec celui de la décision antérieure (T 19/90), au niveau de l'appréciation d'une « véritable » objection au titre de l'article 53 a) CBE. Toutefois, le test de la règle 28 d) avait une étendue bien moindre. En effet, il s'agissait de mettre en balance, d'un côté, l'utilité médicale que l'invention pouvait revêtir pour l'homme ou l'animal et, de l'autre, les souffrances causées aux animaux. Par contre, le test de la décision T 19/90 mesurait l'équilibre entre les souffrances animales, l'impact sur l'environnement et l'utilité pour l'humanité. Sa portée était donc beaucoup plus large, étant entendu que « l'utilité pour l'humanité » englobe un champ plus vaste que la seule utilité médicale substantielle contenue dans la règle 28 d)<sup>355</sup>. Ce dernier facteur, qui est retenu lors d'une « véritable » objection selon l'article 53 a) CBE, implique que, dans le cas qui nous intéresse ici, les aspects mis en balance sont à « peser soigneusement »<sup>356</sup>. Il faut en effet pouvoir étayer suffisamment et clairement la souffrance animale, les dangers pour l'environnement et les moyens alternatifs disponibles. Certes, la question porte ici sur une invention dont l'objet est un animal ; cependant, d'autres éléments ou arguments, dans le cadre d'une objection « véritable », peuvent être considérés, « *concernant la norme appropriée en matière de bonnes mœurs ou d'ordre public mais, [...], ils doivent être étayés par des moyens de preuves* »<sup>357</sup>. Dans cette affaire, la Chambre estima que dans le brevet modifié par la division d'opposition, les revendications se rapportant à des rongeurs ne remplissaient pas les conditions du test selon la règle 28 d). La probabilité de la souffrance animale était établie, contrairement à celle de l'utilité médicale lors de l'application de l'invention à l'ensemble des rongeurs<sup>358</sup>. Un même constat aurait été obtenu s'il avait été procédé à

---

<sup>353</sup> *Ibid.*, pt. 6.2 des motifs.

<sup>354</sup> *Ibid.*

<sup>355</sup> *Ibid.*, pt. 7.1 des motifs.

<sup>356</sup> *Ibid.*, pt. 10.6 des motifs.

<sup>357</sup> *Ibid.*, pt. 10.10 des motifs.

<sup>358</sup> *Ibid.*, pt. 12.2.4 des motifs.

l'examen d'une objection « véritable » au titre de l'article 53 a). Par contre, les deux examens auraient connu une finalité positive si l'invention avait été limitée aux souris<sup>359</sup>.

Un autre cas apporte quelques précisions sur l'application de l'article 53 a) et sur les notions d'ordre public et de bonnes mœurs. Cependant, il suscite aussi quelques interrogations. Il s'agit de l'affaire T 866/01 (*Euthanasia Compositions/Michigan State University*)<sup>360</sup>, qui fut rendue le 11 mai 2005. Elle impliquait une demande de brevet portant sur une formule euthanasique. La Chambre confirma à nouveau que l'exclusion fondée sur l'article 53 a) ne soulevait pas la question de savoir si l'invention en elle-même, la délivrance du brevet ou les activités de développement lors de l'élaboration de l'invention étaient contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Seule l'exploitation de l'invention devait être regardée sous l'angle de cet article, et elle devait être interprétée dans le cadre de son usage normal décrit dans le brevet<sup>361</sup>. Effectivement, en vertu de l'article 53 a), les différentes possibilités d'utiliser l'invention de manière abusive ne suffisent pas pour refuser l'octroi d'un brevet. La Chambre fit à nouveau référence au cas G 1/98 (*Plante transgénique/NOVARTIS II*), où il avait été donné l'exemple hypothétique d'une photocopieuse capable d'une précision telle qu'elle pourrait reproduire les fils de sécurité des billets de banque. Cependant, ce type d'appareil ne tomberait pas sous le coup de l'article 53 a), du moment qu'il n'était pas revendiqué dans ce sens et que ses qualités pouvaient être utilisées de diverses autres façons<sup>362</sup>. En d'autres termes, un brevet ne peut être refusé pour la seule raison que certaines exploitations raisonnablement observées de l'invention portent atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Pour donner d'autres exemples, l'exploitation des mines antipersonnel enfreindrait, sous tous les angles, l'ordre public ou les bonnes mœurs. En revanche, l'exploitation des remèdes abortifs, des poisons ou des explosifs ne contrevient pas aux principes éthiques (car leur usage est lié au domaine médical ou à la thérapeutique, à la fabrication de pesticides pour l'agriculture, à l'exploitation minière, etc.). De plus, par rapport à ces deux notions d'ordre public et de bonnes mœurs, cette décision contribue à compléter les définitions déjà données dans le cas T 19/90.

<sup>359</sup> *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets, op. cit.*, note 345, p. 47.

<sup>360</sup> Affaire T 866/01 du 11 mai 2005, *Euthanasia Compositions/Michigan State University*, Chambre de recours de l'O.E.B., non publié, disponible sur : <http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t010866eu1.pdf>.

<sup>361</sup> *Ibid.*, pt. 5.7 des motifs, T 866/01.

<sup>362</sup> *Plante transgénique/NOVARTIS II*, précitée, note 342, pt. 3.3.3 des motifs.

Pour ce qui est de l'ordre public, sa définition correspond en grande partie à celle de la décision antérieure T 356/93. Quant aux bonnes mœurs, la Chambre rappela qu'elles représentent l'un des fondements de notre système légal (il est fait référence ici au système européen) et « *forment la base pour l'inclusion de principes éthiques extralégaux dans le droit* » [notre traduction]<sup>363</sup>. À cela, elle ajouta également que l'exploitation d'une invention viole les bonnes mœurs si cette dernière est vue « *comme répréhensible par la société en général ou au moins par le marché concerné* » [notre traduction]<sup>364</sup>. Ce point amène plusieurs questions. Premièrement, l'expression modifiée « exploitation commerciale » réduit-elle la portée de l'analyse sur l'usage normal revendiqué de l'invention, selon l'article 53 a) ? Deuxièmement, il s'agit de savoir si le terme de « marché concerné » se rapporte au marché européen ou au marché national ? Du premier cas, l'on pourrait déduire une diminution effective de la portée de cet article. Quant au deuxième, l'on pencherait plutôt pour le marché européen, étant donné la référence à la culture commune européenne et à la Directive qui, dans le cadre de l'Union européenne, a pour but d'établir un marché commun compétitif. Toutefois, dans le considérant 39 de la Directive 98/44/CE, la référence aux principes moraux reconnus dans un pays membre peut prêter à confusion.

La dernière affaire que nous traiterons concerne la décision intermédiaire T 1374/04 (*Cellules souches/WARF*)<sup>365</sup> qui fut rendue le 7 avril 2006. Le brevet avait pour objet une invention impliquant une culture de cellules souches embryonnaires humaines, sujet hautement controversé<sup>366</sup>. La problématique tournait essentiellement autour de l'interprétation des nouvelles règles (plus précisément la règles 28 c)) et du contenu des revendications. La description de l'invention faisait mention d'une culture cellulaire comprenant des cellules souches embryonnaires de primate et ne contenait, au titre d'exemples spécifiques, aucune démonstration sur la façon d'obtenir des cultures de cellules souches embryonnaires humaines<sup>367</sup>. Cependant, il était explicitement précisé que

<sup>363</sup> *Euthanasia Compositions/Michigan State University*, précitée, note 359, pt. 6.12 des motifs.

<sup>364</sup> *Ibid.*, pt. 6.12 des motifs.

<sup>365</sup> Affaire T 1374/04 du 7 avril 2006, *Cellules souches/WARF*, Chambre de recours technique de l'O.E.B., *J.O. O.E.B.*, 2007, 313.

<sup>366</sup> Voir Pierre-Louis FAGNIEZ, *Cellules souches et choix éthiques : Rapport du Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 90 et suiv.

<sup>367</sup> *Cellules souches/WARF*, précitée, note 365, pt. 10 des motifs.

les techniques décrites dans le brevet pouvaient être utilisées avec succès sur des cellules souches embryonnaires humaines<sup>368</sup>. La source possible pour procéder à la dérivation des cellules humaines, comme les embryons humains surnuméraires issus de la fécondation *in vitro*, était indiquée dans les revendications. La Chambre reconnut donc, tout comme le requérant, que l'expression « cellules souches embryonnaires de primate », présente dans les revendications, couvrait aussi les cellules souches embryonnaires humaines<sup>369</sup>. La Chambre de recours, consciente de l'impact fondamental entourant la question de la brevetabilité des cellules souches embryonnaires humaines, décida de saisir la Grande Chambre de recours afin de lui soumettre quatre interrogations, qui peuvent se résumer comme suit<sup>370</sup> : 1) La règle 28 c) s'applique-t-elle à une demande déposée avant l'entrée en vigueur de ladite règle ? 2) La règle 28 c) s'applique-t-elle aux inventions contenant dans leurs revendications des produits (culture de cellules souches embryonnaires humaines) qui, lors de la demande de brevet, ne pouvaient être obtenus que par la destruction des embryons humains, même si la méthode de production de tels produits ne fait pas partie des revendications ? 3) L'article 53 a), dans le cas d'une « véritable objection », interdit-il d'octroyer des brevets contenant de telles revendications ? 4) Le fait que les produits concernés puissent désormais être obtenus après le dépôt de la demande, sans la destruction d'embryon humain, affecte-t-il la décision ?

Concernant la première question, la Grande Chambre de recours confirma les décisions antérieures, reprenant plus ou moins l'argumentation retenue dans la décision T 272/95 (*Relaxin/HOWARD FLOREY INSTITUTE*). L'absence de règles transitoires laisse en effet entendre que, lors de leur entrée en vigueur, les nouvelles règles sont directement applicables à toutes les affaires en instance. Elle évoqua d'ailleurs l'absence d'argumentation sur la règle 28, selon laquelle celle-ci enlèverait la possibilité de breveter une invention qui était considérée comme brevetable auparavant, selon l'article 53 a)<sup>371</sup>.

Par rapport à la deuxième question, la Grande Chambre rappela que l'introduction des nouvelles règles avait pour but d'aligner la CBE sur la Directive, celle-ci constituant un

---

<sup>368</sup> *Ibid.*, pt. 12 des motifs.

<sup>369</sup> *Ibid.*, pt. 20 des motifs.

<sup>370</sup> *Ibid.*, pt. 22,29,52 et 57 des motifs.

<sup>371</sup> Affaire G 2/06 du 25 novembre 2008, *Use of embryos/WARF*, Grande Chambre de recours de l'O.E.B., *J.O. O.E.B.*, 2009, 306, pt. 13 des motifs.

moyen complémentaire d'interprétation. Elle analysa ensuite le sens à donner aux textes de la Directive et de la règle 28 c) du règlement d'exécution de la CBE. Après un examen des travaux préparatoires de la Directive, la Grande Chambre parvint à la conclusion suivante : d'une part, le législateur avait pour but de prévenir un mauvais usage, c'est-à-dire une marchandisation des embryons humains ; et d'autre part, la Directive visait à préserver la dignité humaine<sup>372</sup>. Par ailleurs, elle ne considéra pas comme élément relevant l'absence de revendication dans la formulation de la règle 28 c) CBE et de la Directive. Le texte faisant référence à l'invention dans le contexte de son exploitation, c'est donc la réalisation de celle-ci qui devait être considérée<sup>373</sup>. Avant d'être utilisées, les cultures de cellules souches embryonnaires humaines doivent naturellement être conçues. Mais plus intéressant encore, la Grande Chambre de recours expliqua ce qu'elle entendait par « exploitation commerciale »<sup>374</sup>. Elle mit en avant, une fois de plus, qu'une invention jugée nouvelle et inventive doit forcément connaître un processus de fabrication avant d'être utilisée. Il s'agit là de la voie ordinaire pour exploiter commercialement une invention, et le principe du monopole la protège contre la production ou l'usage par d'autres personnes. Ainsi, la fabrication de l'invention brevetée fait partie intégrante de son exploitation commerciale ou industrielle, même s'il existe une intention de l'utiliser pour d'autres recherches. Dans le cas concerné, produire l'invention revendiquée impliquait inévitablement, lors du dépôt de la demande, la destruction des embryons humains. En résumé, l'invention en soi fut jugée contraire à la règle 28 c) CBE.

La troisième question ne nécessita pas de réponse, étant donné que la règle 28 c) était applicable.

Finalement, à propos de la quatrième question, la Grande Chambre estima que les développements techniques réalisés après le dépôt de la demande ne pouvaient tout simplement pas être pris en compte, notamment s'il était question de contourner une disposition légale. Si tel n'était pas le cas, il en découlerait une grande incertitude juridique, qui violerait le principe de prévisibilité du droit<sup>375</sup>.

---

<sup>372</sup> *Ibid.*, pt 18 des motifs.

<sup>373</sup> *Ibid.*, pt 22 des motifs.

<sup>374</sup> *Ibid.*, pt 25 et 26 des motifs.

<sup>375</sup> *Ibid.*, pt. 33 des motifs.

Quoi qu'il en soit, l'Europe a admis très tôt les notions d'éthique dans la brevetabilité des inventions, tant au sein des législations nationales que dans les conventions établies, dans le souci de mettre en œuvre un véritable processus d'harmonisation. Cependant, l'introduction de ces considérations morales n'a trouvé de réel écho qu'au moment où ont commencé à émerger des questions liées aux biotechnologies. Le droit des brevets européen peut se prévaloir d'une certaine expérience en la matière, bien que les solutions préconisées puissent parfois sembler lacunaires ou quelque peu confuses dans certains cas. Toutefois, il existe une volonté forte de tenir compte de ces éléments dans le mécanisme de brevetabilité, laissant ainsi le champ libre à l'expression d'idées et d'objections provenant d'horizons disciplinaires, de milieux différents de ceux des demandeurs de brevet. Ce type de méthode offre la possibilité de conserver un certain équilibre dans le rapport inventeur/société, ou du moins de le prendre en considération. Il n'en demeure pas moins que des choix importants restent à effectuer pour ouvrir la voie à la résolution de ces questions, notamment dans l'optique d'un futur brevet communautaire. Cependant, les moyens et la base permettant d'y parvenir sont disponibles tant sur le plan de l'Union européenne que de la *Convention sur le brevet européen*. Mais cette perception n'est pas partagée par tous les partenaires de l'UE. L'un d'eux a choisi une toute autre option, laquelle se traduit par l'élimination de toute considération éthique dans son système des brevets. Cette approche est celle des États-Unis d'Amérique.

### **B. L'approche négatrice de l'éthique dans le système américain**

Les États-Unis ont donc fait le choix d'occulter toute notion éthique au niveau de leur système des brevets. Pourtant, la possibilité de prendre en compte de telles questions était envisageable dans la jurisprudence passée. Mais l'approche américaine a pris une tournure différente, débouchant au final sur un rejet pur et simple de cette option. Ce chapitre se propose donc d'analyser l'évolution d'une telle démarche.



## 1. Les origines

À l'instar de son homologue européen, le système américain des brevets a pour but la promotion de l'innovation. Pour ce faire, il octroie à l'inventeur des droits exclusifs, et il le protège contre le dévoilement total de l'invention au public. Comme nous l'avons précédemment mentionné, le droit des brevets américain trouve son origine dans la Constitution, dénotant l'attention particulière qui était déjà accordée à la propriété intellectuelle au temps des « Pères fondateurs ». La Constitution confère au Congrès américain le pouvoir d'établir les législations qu'il estimera utiles au développement de l'activité innovatrice, comme il est spécifié à l'article 1, section 8 de celle-ci : « *The Congress shall have power... To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.* »<sup>376</sup> C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, la première loi sur les brevets fut édictée le 10 avril 1790. Elle était divisée en sept sections rassemblées sous l'intitulé « *An act to promote the Progress of Useful Arts* »<sup>377</sup>. Le fait que la propriété intellectuelle soit traitée dans la Constitution peut accroître les difficultés du Congrès dans l'instauration des lois. En effet, si d'un côté, il revient à ce dernier de promouvoir tout art utile, de l'autre, il doit aussi veiller à ne pas outrepasser ses compétences<sup>378</sup>. Toute la subtilité réside dans la bonne et juste interprétation du terme « *Useful Arts* », qui d'ailleurs ne trouve pas de définition dans la Constitution elle-même. La loi sur les brevets de 1790 donnait le pouvoir au secrétaire d'État (*Secretary of State*), au ministre des Affaires étrangères (*Secretary of War*) et au ministre de la Justice (*Attorney General*) de délivrer un brevet à l'auteur d'une invention considérée comme « *sufficiently useful and important* »<sup>379</sup>. Toutefois, il convient de préciser que dans ce contexte, le terme « *useful* » n'a jamais été défini par le Congrès<sup>380</sup>. L'article 1 de cette loi posait les fondements, quasi identiques à ceux d'aujourd'hui, de ce qui était brevetable aux États-Unis, c'est-à-dire « *any useful art, manufacture, engine, machine, or device, or any improvement therein* ». La loi de 1790 fut modifiée en 1793, sous la direction de Thomas Jefferson, qui fut en quelque sorte le premier administrateur du

<sup>376</sup> U.S. Const. Art. 1 § 8.

<sup>377</sup> Tiré de Edward C. WALTERSCHEID, *op. cit.*, note 154, p. 119.

<sup>378</sup> Oliver MILLS, *op. cit.*, note 180, p. 42.

<sup>379</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, Simon and Schuster, 1973, p. 225.

<sup>380</sup> Andrew R. SMITH, « Monsters at The Patent Office : The Inconsistent Conclusions of Moral Utility and The Controversy of Human Cloning », (2003) 53 *DePaul L. Rev.* 159, 164.

système des brevets américain<sup>381</sup>. Un nouvel élément fut rajouté dans la définition, où l'on peut désormais lire « *any new and useful art, machine, manufacture or composition of matter and any new and useful improvement on any art, machine, manufacture or composition of matter* ». La loi sur les brevets connut plusieurs remaniements au fil du temps. Notamment, le terme « *art* » fut remplacé par celui de « *process* », lui-même défini comme incluant les termes « *process, art or method* ». La loi actuelle contenant la définition d'une invention brevetable se retrouve dans le *United States Code* (USC) à l'article 35 §101 :

« *35 U.S.C. 101 Inventions patentable.*

*Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title. »*

À la lecture de cet article, force est de constater l'envergure très large de la définition de l'invention. La loi sur les brevets américaine, contrairement à la CBE, ne cite ni exemple d'objet ne pouvant être considéré comme une invention, ni exemple d'invention exclue de la brevetabilité. Ce type de cas est pourtant mentionné dans les articles 52 (2) et 53 de la CBE<sup>382</sup>. Ici, les critères déterminants d'une invention se limitent à un examen de la nouveauté et de l'utilité de celle-ci, ce qui donne énormément de poids à l'analyse du cas particulier et à l'interprétation de l'autorité compétente. Il faudra attendre jusqu'en 1850 pour voir apparaître un troisième critère de brevetabilité, décrit dans l'arrêt *Hotchkiss v. Greenwood*<sup>383</sup> qui fut rendu par la Cour suprême. Dans cette affaire qui concernait une « *nouvelle et utile amélioration sur la façon de faire des portes et des poignées* » [notre traduction], la Cour conclut : « [...] *there was an absence of that degree of skill and ingenuity which constitute essential elements of every invention* »<sup>384</sup>. Cet arrêt fut à la base de l'article 35 USC § 103, que le Congrès introduisit seulement en 1952. Celui-ci stipulait

<sup>381</sup> Oliver MILLS, *op. cit.*, note 180, p. 42.

<sup>382</sup> À l'exception des inventions nucléaires, voir article 42 USC § 2181 (a).

<sup>383</sup> *Hotchkiss v. Greenwood*, 52 U.S. 248 (1850).

<sup>384</sup> *Ibid.*, 267.

que pour être brevetable, l'innovation devait consister en une activité inventive, ici retenue par le terme « *nonobviousness* »<sup>385</sup>.

Dans le droit des brevets américain, la principale difficulté réside dans la notion de « *Useful Arts* ». Les critères donnés demeurent très vagues – contrairement à ce qu'affirme Mills<sup>386</sup> – et laissent la porte ouverte à une interprétation assez large du concept d'invention brevetable, ce qui fut le cas notamment à partir du XIXe siècle<sup>387</sup>. Inévitablement, une grande expansion de l'objet brevetable a été constatée dans le droit américain, entre l'introduction de la première loi des brevets de 1790 et aujourd'hui. Même si l'instauration, en 1982, d'une Cour d'appel du circuit fédéral a eu pour conséquence d'harmoniser la jurisprudence en un sens, celle-ci reste tout de même très en faveur du brevet, probablement bien plus qu'auparavant<sup>388</sup>. Pourtant, la base de ce système repose aussi sur l'idée d'un « contrat social » s'appuyant sur le bien social, et n'a pas pour but de vider le domaine public de son contenu, comme il est exprimé dans l'arrêt *Graham v. John Deere Co.* :

*« The Congress in the exercise of the patent power may not overreach the restraints imposed by the stated constitutional purpose. Nor may it enlarge the patent monopoly without regard to the innovation, advancement or social benefit gained thereby. Moreover, Congress may not authorize the issuance of patents whose effects are to remove existent knowledge from the public domain, or to restrict free access to materials already available. »*<sup>389</sup>

D'autres facteurs peuvent également être mentionnés pour expliquer l'expansion du domaine brevetable dans la législation américaine. Un premier concerne l'évolution économique des Etats-Unis, qui a suscité le besoin de disposer d'un principe de propriété intellectuelle solide. En effet, au XIXe siècle, le pays est passé d'un système économique dépendant de l'agriculture à une forte industrialisation, pour finalement devenir tributaire

<sup>385</sup> Edward C. WALTERSCHEID, *op. cit.*, note 154, p. 338.

<sup>386</sup> Oliver MILLS, *op. cit.*, note 180, p. 44.

<sup>387</sup> William W. FISHER, « The Growth of Intellectual Property: A History of Ownership of Ideas in the United States », p. 7, disponible sur <http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iphistory.pdf>.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 7; voir aussi Robert P. MERGES, « Commercial Success and Patent Standards : Economic Perspectives on Innovation », (1988) 76 *California Law Review* 803, 820; Paul M. JANICKE, « Contemporary Issues in Patent Damages », (1993) 42 *American University Law Review* 691.

<sup>389</sup> *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 5-6 (1966) cité dans Edward C. WALTERSCHEID, *op. cit.*, note 154, p. 337.

du traitement de l'information propre au XXe siècle. Ce processus ne fit qu'exacerber la nécessité et la volonté de protéger toute cette richesse intellectuelle<sup>390</sup>. Un autre facteur se rapporte aux aspects culturels et idéologiques, tels que l'approche philosophique du «*labeur-mérite*» basée sur la théorie de Locke, largement répandue au sein du peuple américain, et le courant idéologique du libéralisme classique. Alors que la première favorisa l'incorporation et l'expansion de règles de propriété intellectuelle par les législateurs et les juges, le second marqua une méfiance vis-à-vis du gouvernement et de sa capacité à réguler le marché<sup>391</sup>. Quant au dernier facteur que nous soulignons – mais non des moindres – il relève de la force et de l'influence des *lobbys* sur le Congrès. Toutes les industries, quelles qu'elles soient, ont tout intérêt à ce que la propriété intellectuelle soit renforcée, qu'il s'agisse du raffermissement de la protection des droits exclusifs ou de l'expansion du domaine brevetable<sup>392</sup>. De telles pressions nécessitent naturellement que des moyens suffisamment importants soient déployés et que de réels intérêts soient en jeu ; ce sont eux qui conféreront aux industriels une certaine influence, ce qui n'est pas forcément le cas du public qui, notons-le, est représenté par le Congrès<sup>393</sup>. Précisons également que le système des brevets américain, contrairement à l'Europe, ne possède pas de procédure d'opposition<sup>394</sup>. Il existe néanmoins une procédure de réexamen<sup>395</sup>, ouverte aux tiers ; mais celle-ci permet seulement de remettre en cause la validité du brevet par une simple citation des antériorités. Le tiers, dans ce cas, ne participe pas à la procédure et par conséquent, il ne peut faire valoir son point de vue<sup>396</sup>.

L'examen du développement global du système des brevets américain révèle que celui-ci est véritablement centré sur l'aspect pratique, qui découle sur une volonté d'efficacité à répondre aux demandes du marché. D'un point de vue législatif, l'évolution du système est restée très inclusive, laissant les considérations éthiques de côté. Pourtant, rappelons que l'un des pères de la Constitution américaine, Thomas Jefferson, voyait d'un très mauvais

---

<sup>390</sup> William W. FISHER, *loc. cit.*, note 387, p. 11.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 13-17.

<sup>392</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>393</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>394</sup> Emir Aly CROWNE MOHAMMED, «*Cat in the Hat, a Mouse in the House – Comparative Perspective on Harvard Mouse*», (2005) 18 *I.P.J.* 169, 178.

<sup>395</sup> Article 35 USC § 302.

<sup>396</sup> André BOUJU, *Le brevet américain, protéger et valoriser l'innovation aux Etats-Unis*, Paris, Jupiter, 1998, p. 280 ; Sheldon W. HALPERN, Craig Allen NARD et Kenneth L. PORT, *Fundamentals of United States Intellectual Property Law : Copyright, Patent, and Trademark*, La Haye, Kluwer law international, 1999, p. 250.

œil l'idée même d'un système de brevets<sup>397</sup>. Il reste encore à voir si, dans la pratique, les considérations éthiques liées aux brevets ont malgré tout eu une certaine présence dans la résolution de certains cas.

## 2. Les considérations éthiques dans le régime américain

Le constat est clair : au niveau législatif, rien n'a été entrepris pour répondre aux questions éthiques dans le système des brevets américain, même après l'avènement des biotechnologies. Bien au contraire, l'étendue du domaine brevetable n'a fait que croître (dessins industriels, plantes, animaux, procédés chirurgicaux, logiciels). Il ne faut cependant pas oublier que les Etats-Unis sont un pays de *Common Law*, où la jurisprudence constitue une source de droit à part entière. Même si la loi fédérale régit le droit des brevets, il reste toutefois de la place pour établir des réglementations s'appliquant aux situations non prévues par le législateur, ou encore des règles de droit interprétatives des textes (*Common law caselaw*)<sup>398</sup>. L'étude de la jurisprudence américaine constitue donc un élément primordial pour la recherche de quelques fondements moraux. Ensuite, nous nous intéresserons à la pratique et à l'attitude de l'USPTO par rapport à ces différents enjeux.

### a) La jurisprudence américaine

Il faut remonter jusqu'en 1817 pour trouver des notions éthiques dans la jurisprudence américaine, précisément dans l'affaire *Lowell v. Lewis*<sup>399</sup> qui concernait un différent portant sur une invention améliorant la construction de pompes. Dans cette décision, le juge Story explique sa compréhension du terme « *useful invention* » :

---

<sup>397</sup> Edward C. WALTERSCHEID, « To Promote the Progress of Science and Useful Arts : The Background and Origin of the Intellectual Property Clause of the United States Constitution », (1994) 2 *J. Intell. Prop. L.* 1, 54.

<sup>398</sup> Stanislas ROUX-VAILLARD, *Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 27.

<sup>399</sup> *Lowell v. Lewis*, 1 Mason 182, 15 F.Cas. 1018, No. 8568 (Circuit Court, Massachusetts, 1817).

« *All that the law requires is, that the invention should not be frivolous or injurious to the well-being, good policy, or sound morals of society. The word 'useful', therefore, is incorporated into the act in contradistinction to mischievous or immoral. For instance, a new invention to poison people, or to promote debauchery, or to facilitate private assassination, is not a patentable invention. But if the invention steers wide of these objections, whether it be more or less useful is a circumstance very material to the interests of the patentee, but of no importance to the public.*»<sup>400</sup>

Ce cas montre qu'une approche éthique peut être intégrée dans l'optique du critère d'utilité, en sortant du cadre de l'aspect purement pratique. Dans une autre décision qui fut rendue cinq mois plus tard, *Bedford v. Hunt*<sup>401</sup>, la question qui fut posée à la Cour concernait le degré d'utilité que devait posséder une invention afin d'être brevetée. Ici, le juge Story confirma sa position en expliquant que :

« *By useful invention, in the statute, is meant such a one as may be applied to some beneficial use in society, in contradistinction to an invention, which is injurious to the morals, the health, or the good order of society. [...] The law, however, does not look to the degree of utility; it simply requires, that it shall be capable of use, and that the use is such as sound morals and do not discountence or prohibit.* »<sup>402</sup>

Dans cette réflexion du juge Story, il apparaît qu'une invention doit respecter certaines valeurs communément admises afin de conserver son aspect bénéfique pour la société. Il convient donc de peser son impact vis-à-vis de la morale, de la santé publique et de l'ordre public. En dépit de la relative imprécision de leur contenu, ces éléments rappellent plus ou moins ceux de l'article 53 a) CBE, à la différence que, présentement, les considérations éthiques semblent aussi viser l'invention en elle-même et non pas seulement sa mise en œuvre.

---

<sup>400</sup> *Ibid.*, 1019.

<sup>401</sup> *Bedford v. Hunt*, 1 Mason 302, 3 F.Cas. 37, No. 1217 (Circuit Court, Massachusetts, 1817).

<sup>402</sup> *Ibid.*, 37.

Cependant, cette jurisprudence n'a pas vraiment évolué par la suite, se limitant à des cas d'inventions relevant par exemple d'usages pernicious ou frauduleux, pour être plus tard totalement abandonnée. Dans l'affaire *Rickard v. Du Bon*<sup>403</sup>, l'invention se rapportait à un procédé qui devait optimiser le traitement des feuilles de tabac. Le brevet fut rejeté au motif que cette dernière ne remplissait pas le critère d'utilité. L'analyse se fonda sur la réelle capacité de l'invention à améliorer la qualité de ces feuilles. Mais en réalité, elle ne permettait que de modifier l'aspect visuel des feuilles, laissant ainsi croire au client potentiel qu'elles étaient de meilleure qualité. Par rapport à ces faits, la Cour parvint à la conclusion que le caractère d'utilité exigé par la loi n'était pas respecté. En effet, non seulement l'invention n'apportait aucun bénéfice au public, mais, qui plus est, elle l'induisait en erreur. C'est dans cette optique que la jurisprudence évolua par la suite, dans une interprétation restreinte des principes moraux se fondant sur des approches qui impliquaient surtout des notions de fraude ou de tricherie. Ainsi, elle invalida principalement des brevets concernant des appareils de jeux (*gaming or gambling devices*)<sup>404</sup>. Par la suite, dans l'arrêt de la Cour suprême *Brenner v. Manson*<sup>405</sup>, le cadre du critère d'utilité fut cerné dans une vision que l'on pourrait considérer comme pragmatique. L'invention en question impliquait une méthode de fabrication de composés, lesquels étaient supposés avoir des effets inhibitoires sur les tumeurs des souris. Le problème, dans ce cas, tenait au fait que ces supposés effets étaient toujours soumis à la recherche ; aucune donnée scientifique tangible ne permettait de prouver leurs incidences réelles et par conséquent leur éventuel bénéfice sur le plan public. Il existait alors un risque que la recherche et le développement scientifique soient bloqués sur l'ensemble d'un domaine encore vague et restant à déterminer. Dans cet arrêt, l'opinion du juge Story fut critiquée et rejetée pour son aspect à la fois trop large et restreint : large, dans le sens où il deviendrait possible d'accorder un brevet à toute invention qui ne serait pas en soi nuisible à la société ; restreint, en ce qu'il faudrait déterminer si l'invention est seulement « frivole et insignifiante » (« *frivolous and insignificant* »)<sup>406</sup>. Sur ce point, la Cour conclut que de nombreuses choses peuvent être vues comme inutiles, tout en étant cependant dépourvues

---

<sup>403</sup> *Rickard v. Du Bon*, 103 F. 868 (2D Cir. 1900).

<sup>404</sup> Voir par exemples: *Reliance Novelty Co. v. Dworzek*, 80 F 902 (N.D.Cal. 1897), *Schultze v. Holtz*, 82 F. 448 (N.D.Cal. 1897), *National Automatic Device Co. v. Lloyd*, 40 F. 89 (N.D.Ill. 1889), *Brewer v. Lichtenstein*, 278 F. 512 (7th Cir. 1922).

<sup>405</sup> *Brenner v. Manson*, 383 U.S. 519 (1966).

<sup>406</sup> *Ibid.*, 533.

de toute capacité de nuire<sup>407</sup>. Dans cette affaire, il existe une séparation au niveau du contenu sémantique du mot « utile » dans ses différentes connotations : d'une part, il peut être compris comme « quelque chose d'efficace ou de nécessaire » (ici, il s'agit de l'interprétation dite « restreinte » du juge Story) ; d'autre part, il peut signifier « quelque chose de bon, de salubre » (en l'occurrence, selon l'interprétation dite « large » de ce juge). La Cour affirma par la suite qu'il était impossible de savoir si le Congrès souhaitait donner un sens large à cet adjectif, et donc d'aller dans ce sens. À notre avis, le Congrès n'a tout simplement pas précisé le terme « utile », que ce soit dans son sens large ou restreint. Cependant, cet arrêt marqua la jurisprudence américaine, en limitant l'impact du critère d'utilité sur la capacité de l'invention à fournir un bénéfice effectif et identifiable.

Enfin, l'arrêt *Juicy Whip Inc. v. Orange Bang Inc.*<sup>408</sup> sonna le glas de toute forme de prise en compte de considérations morales (dans le sens de frauduleux, tromperie, décevant), rejetant ainsi l'approche suivie dans l'affaire *Rickard v. Du Bon*. La Cour jugea en effet qu'une invention ayant pour caractéristique de permettre à un produit de ressembler à un autre remplissait le critère d'utilité exigé par la loi, car l'imitation créée représentait en elle-même un bénéfice. Elle précisa par ailleurs : « *The principle that inventions are invalid if they are principally designed to serve immoral or illegal purposes has not been applied broadly in recent years. For example, years ago courts invalidated patents on gambling devices on the ground that they were immoral, but that is no longer the law.* »<sup>409</sup> Elle conclut que, sur ce point, les tribunaux et l'USPTO n'avaient pas à jouer les arbitres et cita une remarque de la Cour suprême qui disait : « *Congress never intended that the patent laws should displace the police powers of the States, meaning by that term those powers by which the health, good order, peace and general welfare of the community are promoted.* »<sup>410</sup> Mais elle rappela aussi que le Congrès restait libre d'établir les critères de brevetabilité qui lui semblaient adéquats.

Il est également important de mentionner l'arrêt *Diamond v. Chakrabarty*<sup>411</sup>. Cette affaire a permis de déterminer l'étendue du domaine brevetable, ce qui a résolu en soi la

---

<sup>407</sup> *Ibid.*

<sup>408</sup> *Juicy Whip Inc. v. Orange Bang Inc.*, 185 F. 3d 1364 (1999).

<sup>409</sup> *Ibid.*, 1367.

<sup>410</sup> *Webber v. Virginia*, 103 U.S. 344 (13 Otto, 1880).

<sup>411</sup> *Diamond v. Chakrabarty*, précité, note 195.



problématique soulevée par les biotechnologies sur la question de la brevetabilité du vivant. Dans cette affaire maintenant bien connue, l'interrogation portait sur la possibilité de breveter la matière vivante. Le cas concernait un micro-organisme capable de s'attaquer au pétrole brut. L'essentiel de la décision consistait à apprécier le sens à donner à la définition présente dans l'article 35 USC § 101. La Cour parvint à la conclusion que toute invention fabriquée par l'homme était brevetable (« *anything under the sun that is made by man* »)<sup>412</sup>. L'argumentation de la Cour suprême fut la suivante : les termes utilisés par le Congrès dans la définition de l'article étaient certes larges dans leur sens, mais nécessaires pour atteindre le but fixé par la Constitution, à savoir la promotion du « *Progress of Science and the Useful Arts* »<sup>413</sup>, et ainsi respecter, la vision de Thomas Jefferson. Quant aux dangers soulevés par l'utilisation du génie génétique, la Cour balaya cet argument en affirmant qu'il n'était pas de son devoir de contrôler la recherche ou le développement scientifique, cette problématique se devant d'être résolue par les autres organes du gouvernement et du Congrès. Cependant, une remarque s'impose par rapport à cet arrêt. L'on constate que lorsqu'il s'agit d'interpréter de façon large le contenu de l'article 35 USC § 101 vis-à-vis des considérations morales, la Cour y oppose un refus, rétorquant qu'il n'est pas de son devoir d'interpréter de façon large son contenu, de peur d'outrepasser sa compétence<sup>414</sup>. Mais dans le cas de la brevetabilité du vivant, cette interprétation large ne lui pose aucun problème ; elle estime remplir le but retranscrit par le Congrès et la Constitution<sup>415</sup>. Notons aussi que le jugement fut rendu à cinq contre quatre, et que les dissidents précisèrent d'ailleurs qu'il n'était pas du devoir de la Cour d'élargir ou de réduire l'étendue de la brevetabilité<sup>416</sup>. De plus, le fait de s'appuyer sur la volonté, émise par Thomas Jefferson, de promouvoir les avancées technologiques ne semblait pas véritablement prendre en compte sa vision plutôt négative du système des brevets en lui-même<sup>417</sup>. En effet, l'on peut émettre des doutes quant à la bienveillance de Thomas Jefferson vis-à-vis d'un élargissement du domaine brevetable, étant donné qu'il considérait déjà l'octroi de brevets comme une

---

<sup>412</sup> *Ibid.*, 309.

<sup>413</sup> *Ibid.*, 315.

<sup>414</sup> *Ibid.*, 317.

<sup>415</sup> La Cour dit : « *Broad general language is not necessarily ambiguous when congressional objectives require broad terms* », *Ibid.*, 315.

<sup>416</sup> *Ibid.*, 322.

<sup>417</sup> Edward C. WALTERSCHEID, *loc. cit.*, note 397, p. 55; voir généralement Adam MOSSOFF, « Who cares what Thomas Jefferson thought about Patents? Reevaluating the Patent "Privilege" in Historical Context », (2007) 92 *Cornell L. Rev.* 953.

pratique « inséparable de l'abus ». À ce propos, voyons à présent comment l'Office des brevets américain aborde les questions éthiques dans sa pratique quotidienne.

#### b) La pratique de l'USPTO

À l'issue de ce parcours de la jurisprudence, l'on peut légitimement se poser la question de la position de l'USPTO par rapport à l'introduction de notions éthiques dans la brevetabilité des inventions. Le fait d'être en première ligne peut-il éventuellement influencer la vision sur les problèmes rencontrés au quotidien ? Il faut croire que non, la pratique de l'USPTO s'alignant sagement sur la ligne directrice dessinée par les Cours américaines.

C'est dans l'affaire *Ex parte Murphy*<sup>418</sup> que la Chambre d'appel de l'USPTO se positionna de manière claire sur les considérations morales au sein du processus de brevetabilité, du moins sous l'angle – et cette précision est importante – des machines à sous ou des jeux de hasard. Dans cette décision, les propos de la Chambre d'appel furent les suivants : « [...] *Patent and Trademark Office [...] should not be the agency which seeks to enforce standard of morality with respect to gambling, by refusing, on the ground of lack of patentable utility, to grant patent on game of chance if the requirements of Patent Act otherwise have been met.* »<sup>419</sup> Pour motiver son choix, la Chambre s'appuya sur un extrait de la décision *Fuller v. Berger*<sup>420</sup>, qui décrivait un test à appliquer par rapport au critère d'utilité, afin de déterminer si l'invention était apte à fournir au moins un usage bénéfique. Dans cet arrêt, on retrouve une analyse de l'utilité sous différentes approches. On peut y lire :

« *An important question, relevant to utility in this aspect, may hereafter arise and call for judicial decision. It is perhaps true, for example, that the invention of Colt's revolver was injurious to the morals, and injurious to the health, and injurious to the good order of society. That instrument of death may have been injurious to morals, in*

---

<sup>418</sup> *Ex parte Murphy*, 200 U.S.P.Q. 801 (1977).

<sup>419</sup> *Ibid.*, 803.

<sup>420</sup> *Fuller v. Berger*, 120 F. 274 (1903).

*tending to tempt and to promote the gratification of private revenge. It may have been injurious to health, in that it is very liable to accidental discharge, and thereby to cause wounds, and even homicide. It may also have been injurious to good order, especially in the newer parts of the country, because it facilitates and increases private warfare among frontiersmen. On the other hand, the revolver, by furnishing a ready means of self-defense, may sometimes have promoted morals and health and good order. By what test, therefore, is utility to be determined in such cases? Is it to be done by balancing the good functions with the evil functions? Or is everything useful within the meaning of the law, if it is used (or is designed and adapted to be used) to accomplish a good result, though in fact it is oftener used (or is as well or even better adapted to be used) to accomplish a bad one? Or is utility negatived by the mere fact that the thing in question is sometimes injurious to morals, or to health, or to good order? The third hypothesis cannot stand, because if it could, it would be fatal to patents for steam engines, dynamos, electric railroads, and indeed many of the noblest inventions of the nineteenth century. The first hypothesis cannot stand, because if it could, it would make the validity of the patents depend on a question of fact to which it would often be impossible to give a reliable answer. The second hypothesis is the only one which is consistent with the reason of the case, and with the practical construction which the courts have given to the statutory requirement of utility. »<sup>421</sup>*

Autrement dit, le test consiste à déterminer si l'invention peut revêtir un caractère bénéfique ; s'il est possible de discerner au moins un effet positif, alors l'invention remplit ce critère d'utilité. Cette méthode n'est pas sans rappeler le raisonnement suivi par l'OEB dans les décisions T 1/98 (le cas de la photocopieuse) et T 866/01 (la formule euthanasique). L'OEB avait estimé que le fait qu'une invention puisse être utilisée d'une façon condamnable selon l'article 53 a) CBE n'empêchait aucunement sa brevetabilité, dès lors qu'un autre usage louable pouvait lui être trouvé. Dans le cas américain, où l'aspect moral a souvent été mis en lien avec la brevetabilité des machines à sous, ce raisonnement est parfaitement applicable. Donner à une personne la possibilité de gagner le magot offre un angle positif suffisant pour contrebalancer les points négatifs. À cet argument doit être

---

<sup>421</sup> Analyse du critère d'utilité reprenant les conclusions de M. Walker, citée dans *Fuller v. Berger*, 120 F. 274 (1903), 275.

également rajouté celui de l'évolution des mentalités. En effet, de nos jours, ces machines ne sont pas vues comme enfreignant de manière grave l'ordre public et les bonnes mœurs tels qu'ils s'inscrivent aujourd'hui. Mais ces raisons suffisent-elles à rejeter dorénavant toute analyse éthique dans la brevetabilité des inventions ? Cette approche paraît un peu radicale.

En matière de brevets, la question des considérations éthiques semblait dès lors avoir été réglée. Mais en 1998, un vent de panique souffla sur l'USPTO. En effet, une demande de brevet fut introduite concernant une chimère mi-homme mi-animal obtenue en mélangeant des cellules humaines avec divers animaux comme des souris, des porcs et des singes<sup>422</sup>. Ses initiateurs, Jeremy Rifkin et Stuart Newman, avaient pour unique but de susciter un débat public portant sur l'éthique au sein des brevets, afin d'amener le Congrès ou les tribunaux à réagir<sup>423</sup>. Face à cette demande, l'USPTO publia, non sans une certaine précipitation, un communiqué de presse intitulé *Facts on patenting life forms having a relationship to humans* le 1<sup>er</sup> avril 1998<sup>424</sup>, dans lequel était subitement rappelée la jurisprudence du juge Story : « *The courts have interpreted the utility requirement to exclude inventions deemed to be 'injurious to the well being, good policy, or good morals of society'*. »<sup>425</sup> La conclusion se posait en ces termes : « *It is the position of the PTO that inventions directed to human/non-human chimera could, under certain circumstances, not be patentable because, among other things, they would fail to meet the public policy and morality aspects of the utility requirement.* »<sup>426</sup> Il est intéressant de noter qu'une fois confrontées à une certaine réalité, les positions évoluent et prennent la réelle mesure de la problématique. Même si cette invention était fictive, la réaction de l'USPTO révèle un manque de confiance dans la conviction de la neutralité des brevets ainsi que de réflexion profonde dans le fonctionnement de ce système sur le plan public. Si un débat avait eu lieu avant, les positions auraient été éclaircies (que ce soit avec ou sans l'introduction de notions éthiques), et une telle réaction n'aurait pas eu de raison d'être. Toutefois, la décision *Juicy Whip v. Orange Bang*, rendue peu de temps après cette affaire, annonça la fin des aspects éthiques contenus dans le critère d'utilité.

<sup>422</sup> Voir U.S. application Serial No. 08/993,564 (produit le 18 décembre 1997).

<sup>423</sup> Sean M. COUGHLIN, « The Newman Application and the USPTO's Unnecessary Response : Patentability of Humans and Human Embryos », (2006) 5 *Chi-Kent J. Intell. Prop.* 90, 92.

<sup>424</sup> Communiqué de presse disponible sur <http://www.uspto.gov/web/offices/com/speeches/98-06.htm>.

<sup>425</sup> *Ibid.*

<sup>426</sup> *Ibid.*

Conscient des récents développements et faisant malgré tout face à des problèmes rencontrés vis-à-vis des marqueurs de séquence exprimée, ou *Expressed Sequence-Tags* (ESTs)<sup>427</sup>, l'USPTO s'est vu obligé, d'une part, d'améliorer ses standards quant au critère d'utilité et, d'autre part, d'y apporter des précisions<sup>428</sup>. Le 5 janvier 2001, l'organisme fit entrer en vigueur les lignes directrices de l'examen du critère d'utilité (*Utility Examination Guidelines*)<sup>429</sup>, qui sera par la suite incorporé dans le manuel de l'examineur (MPEP)<sup>430</sup>. Ces lignes directrices précisent que, pour remplir un tel critère, une invention doit posséder une utilité bien établie, c'est-à-dire être spécifique, substantielle et crédible<sup>431</sup> : spécifique, dans le sens où l'invention doit être orientée vers la résolution d'un problème déterminé et non général ; substantielle, en ce qu'elle doit offrir une possibilité d'usage dans le « monde réel » (« *real world* ») ; et crédible, dès lors qu'une personne expérimentée dans l'art concerné y voit une application tangible. Ces précisions apportées par le guide établi par l'USPTO éclaircissent l'interprétation du critère d'utilité, bien que dans une perspective très pragmatique. Dans ce document, il n'est fait aucunement mention des questions éthiques que peut soulever la brevetabilité de certaines inventions, ni même de la dimension morale que peut contenir ce critère dans un sens plus étendu. Certaines interrogations, comme celle du patrimoine commun que peuvent former les gènes, sont simplement balayées sur la réponse basique que le droit des brevets ne confère pas un droit de propriété, mais seulement des droits négatifs. Et afin de remettre les pendules à l'heure, l'USPTO précise son rôle en déclarant : « *Congress creates the law and the Federal judiciary interprets the law. The USPTO must administer the laws as Congress has enacted them and as the Federal courts have interpreted them.* »<sup>432</sup> Rappelons tout de même que ces lignes directrices n'ont pas force de loi et qu'elles s'adressent aux administrateurs de l'USPTO. Cependant, l'interprétation des aspects « spécifique » et « substantiel » du critère d'utilité a été approuvée dans l'arrêt *In re Fisher*<sup>433</sup>.

<sup>427</sup> Un EST est un marqueur constitué d'une petite partie d'ADN complémentaire qui permet aux chercheurs de distinguer les différents gènes, voir Ghislaine CLERET DE LANGAVANT, *Bioéthique : méthode et complexité*, Québec, Presses de L'Université de Québec, 2001, p. 242.

<sup>428</sup> G. KAMSTRA, M. DÖRING, N. SCOTT-RAM, A. SHEARD et H. WIXON, *op. cit.*, note 308, p. 82.

<sup>429</sup> *Utility Examination Guidelines*, 66 Fed.Reg. 1092, disponible sur <http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/notices/utilexmguide.pdf>.

<sup>430</sup> *Manual of Patent Examining Procedure*, 8<sup>e</sup> Edition, August 2001, Latest Revision July 2008, disponible sur <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/mpep.htm>.

<sup>431</sup> *Ibid.*

<sup>432</sup> *Utility Examination Guidelines*, *loc. cit.*, note 429, p. 1095.

<sup>433</sup> *In re Fisher*, 421 F.3d 1365 (2005).

À ce stade de notre étude, il est possible de conclure à l'imperméabilité du droit des brevets américain vis-à-vis des questions éthiques, celle-ci ayant eu toutefois un cheminement progressif. Mais malgré cette volonté de neutralité, la perspective que des inventions problématiques puissent faire l'objet d'une protection amène certains questionnements, certaines craintes. Ainsi, ne serait-il pas plus cohérent de répondre à ces interrogations lorsqu'elles se posent, c'est-à-dire au moment où l'État (en d'autres mots la société) décide d'accorder cette protection ? Bien que les cours américaines rejettent la prise en compte de considérations morales dans le processus de brevetabilité, le débat reste ouvert. Aujourd'hui, la capacité d'agir et de répondre à ces enjeux est clairement du ressort du Congrès. Mais étant donné les conflits d'intérêt qui s'y opèrent, il semble que la résolution des problématiques liées à l'éthique dans le régime des brevets devra attendre.

Cette approche américaine nous amène naturellement à étudier la solution qui a été adoptée par le voisin immédiat, le Canada. Bien que ces deux pays partagent une même tradition juridique et des similitudes au niveau de leur loi sur les brevets, il semblerait que des divergences subsistent. C'est ce que nous allons traiter dans le chapitre suivant.

### **C. L'approche technique canadienne**

Dans ce chapitre, notre recherche portera sur l'approche canadienne liée aux enjeux éthiques dans le droit des brevets. Celle-ci diffère à la fois de l'option choisie par l'Europe d'un côté et par les États-Unis de l'autre. Afin de mieux cerner le point de vue canadien, nous allons tout d'abord remonter jusqu'aux origines de son système de brevets. Puis, nous observerons la réaction suscitée par l'arrivée de l'oncosouris au Canada. Finalement, nous nous pencherons sur les conclusions du rapport rendu par le Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB).

## 1. Les origines

Le système des brevets canadien a des origines que, dans un sens, l'on pourrait qualifier de « métissées ». Ses premiers balbutiements remontent à l'époque des colonies britanniques, où la portée d'un brevet octroyé par la Couronne pouvait valoir dans toutes les colonies<sup>434</sup>. Au cours de cette période, un brevet était accordé sous la prérogative du roi, selon le *Statute of Monopolies* de 1624. Il faudra attendre jusqu'en 1824 pour trouver une première législation générale sur les brevets dans le Bas-Canada. Le Haut-Canada lui emboîta le pas en 1826, en adoptant une loi quasi similaire<sup>435</sup>. Suite à l'union du Haut et du Bas-Canada en 1840, la loi sur les brevets fut consolidée et amendée à plusieurs reprises par la suite. Puis, en 1869, le Parlement du Canada édicta la première loi sur les brevets ; sa validité s'étendait à tout le Dominion. Elle s'inspira principalement de la loi américaine sur les brevets de 1836<sup>436</sup>. Au fil du temps, elle connut plusieurs amendements et modifications, dont une, majeure, en 1989. La particularité de la loi canadienne est qu'elle puise dans deux systèmes juridiques différents. D'un côté, sa base législative provient dans une large mesure de la loi américaine ; de l'autre, sa réflexion juridique et son interprétation s'inspirent du Royaume-Uni<sup>437</sup>. Il est aussi intéressant de noter que le *Statute of Monopolies* n'a jamais été abrogé au Canada, et que la question de son intégration dans le droit canadien a été acceptée par certains et rejetée par d'autres<sup>438</sup>. Mais il ne fait pas de doute que le droit britannique garde une grande influence sur le droit canadien, alors que son homologue américain, lui, ne pèse pas bien lourd dans sa jurisprudence.

Une question légitime se pose : la législation canadienne en matière de brevet possède-t-elle une disposition concernant les aspects éthiques dans le processus de brevetabilité ? Dans l'affirmative, d'où provient-elle ? La réponse à la première interrogation est qu'en effet, le Canada possédait bien une disposition contenant apparemment une dimension morale. Elle était incluse dans l'article 27 (3) de la loi révisée de 1985 sur les brevets, et

<sup>434</sup> Robert H. BARRIGAR, Christophe ROBINSON, « Some Notes on the Historical Development of Patent Law in Colonial Canada and Other British Colonies » (1990) 5 *I.P.J.* 391.

<sup>435</sup> Serge LAPOINTE, *loc. cit.*, note 7, p. 644.

<sup>436</sup> Harold G. FOX, *The Canadian Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 4e ed., Toronto, Carswell, 1969, p. 5.

<sup>437</sup> *Ibid.*

<sup>438</sup> George Francis TAKACH, *Patents: A Canadian Compendium of Law and Practice*, Edmonton, Juriliber, 1993, p. 3.

était formulée de la manière suivante : « *Il ne peut être délivré de brevet pour une invention dont l'objet est illicite, non plus que pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques.* » L'origine exacte de cet article n'est malheureusement pas claire ; sa première apparition se trouve dans la loi sur les brevets de 1869, plus précisément à l'article 6 : « [...] *il ne sera pas concédé de brevet pour des inventions ou découvertes ayant pour objet des choses illicites, ni pour les découvertes purement scientifiques ou des théorèmes abstraits.* »<sup>439</sup> Cet article n'existait pas dans les lois antérieures, que ce soit celles du Bas-Canada ou du Haut-Canada<sup>440</sup>, pas plus que dans la consolidation de la loi lors de l'union de ces deux régions<sup>441</sup> ; il ne provenait pas non plus de la loi américaine – ce que l'on peut facilement déduire au regard de la partie précédente –, même si la loi canadienne a été modélisée sur cette base. Il est fort probable que cet article, comme le suggère Beauregard, ait eu pour origine le *Statute of Monopolies* qui n'a en soi, répétons-le, pas été abrogé au Canada<sup>442</sup>. Celui-ci interdisait l'octroi d'un brevet relatif à des inventions contraires à la loi, préjudiciables à l'État ou généralement inconvenantes<sup>443</sup>.

Néanmoins, nous pensons qu'il serait injuste de limiter le terme « illicite » de l'ancien article 27 (3) de la *Loi sur les brevets* au seul sens de « contraire à la loi ». En effet, cet adjectif comporte plusieurs sens qui sont : « 1) *Contraire à la loi.* 2) *Contraire à l'ordre public, se distingue en ce sens d'immoral.* 3) *Plus généralement encore, contraire au Droit (à l'ordre public et aux bonnes mœurs) ; comprend en ce sens immoral.* »<sup>444</sup> Fox écrivait, en 1969, que « *no Canadian case has yet been decided on the point it is felt that the term 'illicit' would embrace anything prohibited by law or public morals* »<sup>445</sup>. Soulignons toutefois que le Canada fait partie de la Convention de l'Union de Paris depuis 1923. Cette Convention interdit le refus d'un brevet sur la base que son objet serait interdit par la législation nationale. Si l'article 27 (3) de la *Loi sur les brevets* faisait référence au sens de « contraire à la loi », celui-ci aurait été abrogé depuis longtemps. Fox reconnaît aussi que

<sup>439</sup> *Acte concernant les Brevets d'Invention*, 32-33 Vict. 1869, Cap. XI.

<sup>440</sup> *An Act to promote the progress of useful Arts in this Province*, S.L.C. 1824, ch. 25; *An Act to encourage the progress of useful Arts within this Province*, S.U.C. 1826, ch.5.

<sup>441</sup> *Acte pour refondre et amender les lois relatives aux patentes ou brevets d'invention en cette province*, S. Prov. C. 1849, ch. 24.

<sup>442</sup> Gaëlle BEAUREGARD, « L'éthique et le régime des brevets, une question d'actualité », 2006, 10 *C.P.I.* 13, 16.

<sup>443</sup> *Statute of Monopolies*, 21 Ja. 1, c. 3, article 6.

<sup>444</sup> Gérard CORNU (dir.), *op. cit.*, note 260, s.v. « illicite ».

<sup>445</sup> Harold G. FOX, *op. cit.*, note 436, p. 156.



l'encouragement à l'innovation vise le bien public<sup>446</sup>. Ce constat fait plutôt pencher la balance en faveur d'une interprétation où le terme « illicite » contenu dans cet article prendrait le sens d'« immoral ». De plus, il convient de déterminer également le sens de l'expression « objet illicite ». Mais comme il est précisé par Fox, celle-ci n'a pas non plus fait l'objet d'une interprétation par les Cours canadiennes<sup>447</sup>. Et il n'existe apparemment aucune jurisprudence canadienne interprétant cet article, de 1869 jusqu'à son abrogation par la loi C-115 en 1993<sup>448</sup>.

Tout comme son apparition dans la loi sur les brevets de 1869, l'abrogation de l'article 27 (3) est tout aussi voilée de mystère. Cette abrogation, ou plutôt modification<sup>449</sup>, fait suite au projet de loi C-115 portant sur la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain<sup>450</sup>. Cette loi modifie l'article 27 (3) afin de la mettre en accord, selon les hypothèses, avec le paragraphe 2 de l'article 1709 de l'ALENA<sup>451</sup>. Cependant, le projet de loi C-115 se contente de préciser que cette modification met en œuvre l'article 1709 de l'ALENA, sans indiquer quelles sont les raisons de cette décision, ni même quels paragraphes de l'article 1709 sont concernés<sup>452</sup>. De plus, les procès-verbaux du comité législatif sur le projet de loi C-115 ne traitent à aucun moment de l'article 1709, paragraphe 2 de l'ALENA, pas plus que de l'article 192 du projet, sauf pour préciser qu'il a été accepté avec dissidence<sup>453</sup>. L'auteur Sprigings affirme que l'article 27 (3) a été retiré, car l'exclusion des inventions ayant un objet illicite ne permettait pas de préciser

---

<sup>446</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>447</sup> *Ibid.*

<sup>448</sup> Souligné par Gaëlle BEAUREGARD, *loc. cit.*, note 442, p. 18, et par Stéphanie CHONG, « The Relevancy of Ethical Concerns in the Patenting of Life Forms », 1993, 10 *C.I.P.R.* 189, 197.

<sup>449</sup> L'article n'a pas été supprimé dans sa totalité ; il peut se lire à présent dans l'article 27 (8) de la *Loi sur les brevets* : « Il ne peut être octroyé de brevet pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques. »

<sup>450</sup> Article 192 : « Le paragraphe 27 (3) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit : (3) Il ne peut être délivré de brevet pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques. » *Projet de loi C-115, loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, S.C. vol. III, ch. 44, p. 2063.

<sup>451</sup> Article 1709 (2) : « Une partie pourra exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur son territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à la nature ou à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que la Partie interdit l'exploitation commerciale sur son territoire du produit qui fait l'objet du brevet. »

<sup>452</sup> Voir l'article 196 du *Projet de loi C-115* du 25 février 1993, 1<sup>ère</sup> lecture, 3<sup>e</sup> session, 34<sup>e</sup> législature, p. 144-144a. Cet article 196 est devenu par la suite l'article 192 ; supra note 450.

<sup>453</sup> *Index du comité législatif sur le Projet de loi C-115, Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, Chambre des Communes, Fascicules n° 1-9, 1991-1993, 3<sup>e</sup> Session, 34<sup>e</sup> Législature, p. 9 : 56.

nécessairement si l'on visait par là l'exploitation commerciale de l'invention afin de protéger l'ordre public ou la moralité<sup>454</sup>. Cependant, ce choix de supprimer un article sous le prétexte de son articulation peu claire peut paraître surprenant ; une reformulation aurait tout aussi bien pu faire l'affaire, comme dans le cas de la CBE, où le terme « mise en œuvre » fut remplacé par « exploitation commerciale ». Cet article a été présent pendant 124 ans, sans trouver de réelle interprétation, et, à l'aube où les questions éthiques dans le système des brevets prennent une ampleur jamais égalée auparavant, le choix de le supprimer purement et simplement serait lié à des raisons de conformité. Cette mesure apparaît quelque peu radicale, étant donné que l'article 1709 (2) de l'ALENA inclut justement des dispositions prenant en compte les notions éthiques dans la brevetabilité des inventions, à l'instar des ADPIC. Cet amendement marque plutôt une prise de position du législateur tendant à désapprouver l'admission de telles considérations morales au sein du régime des brevets<sup>455</sup>.

En matière de droit des brevets, la législation canadienne se trouve maintenant totalement dépourvue de dimension éthique. Dès lors, l'idée de prendre en compte le critère de l'utilité, comme cela était le cas aux États-Unis, peut rapidement venir à l'esprit. Mais en passant en revue la jurisprudence canadienne sur l'interprétation de cet élément, force est de constater qu'une approche similaire à celle du juge Story n'a jamais été envisagée. Le critère d'utilité canadien se comprend dans une optique de valeur industrielle ou commerciale, rejoignant en ce sens celui qui est observé en Europe. Ainsi, son défaut s'explique sous deux angles : d'une part, le fait de contenir des éléments inopérables, et d'autre part, de fausses promesses<sup>456</sup>. Inopérables, en ce que l'invention, telle qu'elle est décrite, ne peut être mise en œuvre par une personne compétente dans le domaine concerné ; en d'autres termes, l'invention ne fonctionne pas. Et fausses promesses, parce que l'invention n'est pas à même d'atteindre le but ou le résultat revendiqué<sup>457</sup>. Au vu de ces éléments, il serait difficilement envisageable d'y introduire des notions éthiques par le biais

---

<sup>454</sup> « *Since subs. 27 (3) of the Pre-NAFTA Patent Act did not qualify the exclusion of inventions having an illicit object on the ground that preventing the invention's commercial exploitation was necessary to protect ordre public or morality, the illicit object restriction was removed.* » Warren N. SPRIGINS, « The Impact of the NAFTA Amendment Act on Canadian IP Statutes », (1994) 10 *C.I.P.R.* 746, 753.

<sup>455</sup> Cette idée semble être confirmée par le juge Binnie dans l'affaire *Harvard College c. Canada*, infra p. 115.

<sup>456</sup> George Francis TAKACH, *op. cit.*, note 438, p. 34.

<sup>457</sup> Douglas S. JOHNSON, « Utility: A Mixed Question of Fact and Construction », dans Gordon F. HENDERSON, Howard P. KNOPE, John R. RUDOLPH, David WATSON, James D. KOKONIS et Donald M. MCRAE, *Patent Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1994, p. 66.

du critère d'utilité ; il en irait de même avec le critère d'application industrielle européenne. Une nouvelle fois, il faudra se tourner vers la jurisprudence pour déterminer comment ces considérations se traduisent dans la pratique.

## 2. L'arrivée de l'oncosouris au Canada, marque d'un changement ?

L'oncosouris de Harvard a créé bien des difficultés et des divisions lors de la demande de brevet, aussi bien au Canada qu'en Europe. Mais la solution adoptée par la Cour suprême du Canada diffère totalement des approches européenne et américaine. C'est dans la décision *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*<sup>458</sup> que le Canada s'est plus ou moins positionné sur la présence de questions éthiques dans son régime des brevets. Dans cette affaire, la Cour s'est placée sous une perspective technique, en focalisant son analyse sur l'économie de la loi, en recherchant le sens ordinaire et grammatical du mot « invention ». En d'autres termes, elle s'est uniquement intéressée au fait de savoir si une invention englobe des « formes de vie supérieure » dans les termes « fabrication » ou « composé de matières » définis dans l'article 2 de la *Loi sur les brevets*<sup>459</sup>. En revanche, elle a laissé de côté les questions morales, qu'il s'agisse du bien-fondé de la brevetabilité du vivant ou des souffrances infligées aux animaux dans ce cas. Ainsi, toutes les perspectives ou possibilités d'introduire des notions éthiques dans la lecture de la *Loi sur les brevets* ou par une construction jurisprudentielle ont été totalement annihilées par cet arrêt, et la responsabilité d'agir sur ce plan a été renvoyée au législateur.

Cependant, les arguments donnés dans la décision dénotèrent un certain malaise, suscité par le silence ou les lacunes de la loi sur les brevets, et produisirent certaines constructions jurisprudentielles pouvant être jugées parfois illogiques. Pour commencer, il convient d'évoquer le pouvoir, accordé au commissaire, de refuser un brevet, possibilité incluse dans l'article 40 de ladite loi<sup>460</sup>. Les juges, qu'ils soient majoritaires ou dissidents,

<sup>458</sup> *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45.

<sup>459</sup> Ryan J. ATKINSON, « Mixed Messages : Canada's Stance on Patentable Subject Matter in Biotechnology », (2006) 19 *I.P.J.* 1, 4.

<sup>460</sup> *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, article 40 : « Chaque fois que le commissaire s'est assuré que le demandeur n'est pas fondé en droit à obtenir la concession d'un brevet, il rejette la demande et, par courrier

rejetèrent l'argument selon lequel il était du devoir du commissaire aux brevets de veiller à l'intérêt public lors de l'examen de la demande, comme le juge dissident Isaac l'exprima lors de la décision de la Cour d'appel fédérale<sup>461</sup>. Les avis des juges de la Cour suprême convergèrent dans ce sens : pour eux, le commissaire ne disposait d'aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de refuser ou d'accepter un brevet. Le juge majoritaire Bastarache précisa par ailleurs : « *L'inventeur obtient un brevet conformément aux dispositions de la loi sur les brevets, rien de plus, rien de moins.* »<sup>462</sup> Quant au juge dissident Binnie, il affirma : « *Un autre indice de l'intention du législateur est qu'il n'a conféré au commissaire aux brevets aucun pouvoir discrétionnaire de refuser la délivrance d'un brevet pour des motifs de moralité, d'intérêt public et d'ordre public, ou pour tout motif, dans le cas où les critères établis par la loi sont respectés : [...]* »<sup>463</sup> Pourtant, ce même juge conclut plus loin, sur la question de la non-brevetabilité du corps humain, que « *cette exclusion n'est pas sans rapport avec la Loi sur les brevets, mais s'appuie, en réalité, sur une restriction explicite de l'art. 40 [...]* »<sup>464</sup>. Selon lui, l'expression « fondé en droit » ne visait pas uniquement la *Loi sur les brevets*, ce qui a conduit à observer que la *Common Law* rejetait l'idée qu'une personne puisse en posséder une autre<sup>465</sup>. Dès lors, la brevetabilité de l'être humain ne se pose pas dans la *Loi sur les brevets*, et la *Charte canadienne des droits et libertés* pourrait, en complément, renforcer ce principe le cas échéant.

Il semble vraiment surprenant que, d'une part, le commissaire aux brevets ne puisse pas disposer du pouvoir de veiller au respect de l'ordre public et, que d'autre part, la brevetabilité de l'être humain soit rejetée en élargissant ses pouvoirs sur le terme « fondé en droit » de l'article 40. Si refuser la brevetabilité de l'être humain sur la base de l'article 40 ne consiste pas en une prise en compte des considérations éthiques au sein des brevets, il va falloir expliquer plus clairement ce qu'il en est réellement. De plus, compter sur la protection de la Charte pour trouver une solution à des problèmes non résolus dans la loi sur les brevets apparaît plutôt comme une entreprise risquée. N'oublions pas qu'une grande

---

*recommandé adressé au demandeur ou à son agent enregistré, notifie à ce demandeur le rejet de la demande, ainsi que les motifs ou raisons du rejet.* »

<sup>461</sup> *President and Fellows of Harvard College*, [2000] 4 C.F. 528.

<sup>462</sup> *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, précité, note 458, par. 152.

<sup>463</sup> *Ibid.*, par. 11.

<sup>464</sup> *Ibid.*, par. 54.

<sup>465</sup> Se référant à l'arrêt *Somerset c. Stewart* (1772), Lofft 1, 98 E.R. 499 (B.R.).

partie des argumentations tendent à présenter le système des brevets comme un régime éthiquement neutre et par là même hors de portée de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Sur ce point, le juge Bastarache explique notamment : « *La Charte n'est d'aucun secours pour ce qui est de répondre à la question de savoir si la définition du mot "invention", à l'art. 2, peut être interprétée comme s'appliquant à des composantes du corps humain. Si jamais notre Cour décide que les formes de vie supérieures sont visées par l'art. 2, cela devra nécessairement comprendre l'être humain.* »<sup>466</sup> Plus loin, il ajoute : « [...] même s'il est probable que l'art. 7 de la Charte aurait une incidence sur la délivrance de brevets pour l'être humain, il ne réglerait probablement pas les questions plus pointues qui pourraient se poser. »<sup>467</sup> Il fait référence ici au corps humain, ainsi qu'à ses différents stades d'évolution et parties.

Pour continuer, la quasi-totalité du reste de la décision consista à déterminer si les formes de vie supérieure étaient brevetables selon les termes de la *Loi sur les brevets*. Les juges majoritaires parvinrent à la conclusion que la définition du mot « invention » ne comprenait pas les formes de vie supérieure. Ils se fondèrent, d'une part, sur les définitions des termes « fabrication » et « composé de matières » et, d'autre part, sur la forme actuelle de la loi, qui ne permet pas de prendre adéquatement en compte les spécificités que nécessiterait la brevetabilité de ces formes de vie. L'existence d'autres lois plus spécifiques, telle la loi sur la protection des obtentions végétales, tendrait à démontrer que le législateur ne souhaite actuellement pas étendre la brevetabilité des formes de vie supérieure. Cette approche peut présenter un caractère déroutant, étant donné que la brevetabilité des formes de vie inférieure est admise en droit canadien, sans pour autant faire l'objet d'une loi spécifique<sup>468</sup>. De surcroît, la limite entre forme de vie inférieure et forme de vie supérieure est plus que relative<sup>469</sup>. Cette décision s'appuie plutôt sur une approche de prudence. En effet, les juges se trouvent partagés entre le souhait d'éviter de créer une jurisprudence impliquant des notions morales (qui peuvent être vues comme complexes) et la volonté d'éviter d'ouvrir une brèche trop grande dans le système, en toute conscience des enjeux éthiques et sociétaux qu'impliquent ces technologies. Le juge Bastarache explique :

---

<sup>466</sup> *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, précité, note 458, par. 178.

<sup>467</sup> *Ibid.*, par. 179.

<sup>468</sup> *Re application of Abitibi Co.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 81.

<sup>469</sup> *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, précité, note 458, par. 52.

*« Étant donné que la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures est une question très controversée et complexe qui suscite de graves préoccupations d'ordre pratique, éthique ou environnemental non prévues par la loi, je conclus que le commissaire a eu raison de rejeter la demande de brevet. Il s'agit là d'une question de politique générale qui soulève des points très importants et très lourds de conséquences et qui semblerait exiger un élargissement spectaculaire du régime traditionnel de brevets. »<sup>470</sup>*

Même le juge Binnie, qui souscrit à la brevetabilité des formes de vie supérieure, considère que les brevets ne sont pas « neutres » et peuvent présenter des liens avec « les questions d'ordre éthique et social »<sup>471</sup>. D'ailleurs, toujours selon celui-ci, la suppression de l'article 27 (3) de la loi sur les brevets marque l'absence de volonté du législateur de prendre en compte les principes éthiques dans le régime des brevets actuel. Le Juge Binnie explique :

*« Le législateur lui-même a clairement indiqué sa conception limitée du rôle de la Loi sur les brevets. En 1993, il a supprimé l'interdiction, dans l'ancien par. 27 (3) de la Loi sur les brevets, de breveter "une invention dont l'objet est illicite". Ce faisant, il a établi clairement que la délivrance d'un brevet ne traduit ni une approbation ni une désapprobation. À l'époque, le législateur n'a pas ajouté une disposition, présente dans la Convention sur le brevet européen ainsi que dans maints régimes de droit civil et accords internationaux, qui interdirait la délivrance d'un brevet pour une invention dont l'utilisation ou l'exploitation serait incompatible avec l'ordre public, la moralité publique ou la protection de l'environnement ou de la santé. Ce genre de disposition ouvrirait la voie aux jugements de valeurs dans l'appréciation de la brevetabilité. Le législateur n'a pas adopté une telle approche, même si les modifications de 1993 visaient à harmoniser le droit canadien des brevets avec divers accords internationaux. Il a ainsi indiqué, quoique de manière passive, que ces facettes importantes de l'intérêt public demeureraient régies par d'autres régimes de réglementation que la Loi sur les brevets. »<sup>472</sup>*

---

<sup>470</sup> *Ibid.*, par 155.

<sup>471</sup> *Ibid.*, par. 65.

<sup>472</sup> *Ibid.*, par. 14.

Il est troublant de constater que cet intérêt public à l'encouragement et à la reconnaissance de l'innovation ne trouve pas sa place dans ce même système juridique qui, pourtant, a pour but de concrétiser cette promotion. Cependant, la Cour suprême semble être consciente du rapport particulier qui existe entre la société et l'inventeur, en affirmant : « *Patent protection rests on a concept of a bargain between the inventor and the public.* »<sup>473</sup> De plus, bien que ces décisions concernent plus particulièrement le droit d'auteur, la Cour admet la nécessité de préserver un certain équilibre dans le rapport entre les innovateurs et la société, en expliquant :

*« The Copyright Act is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator. [...] Excessive control by holders of copyrights and other forms of intellectual property may unduly limit the ability of the public domain to incorporate and embellish creative innovation in the longterm interests of society as a whole, [...] »<sup>474</sup>*

Ainsi, l'on peut s'interroger quant à l'éventuel apport bénéfique que pourrait engendrer l'insertion de notions éthiques dans le système des brevets canadiens<sup>475</sup>. Entre autres problématiques relatives à la biotechnologie, cette question a fait l'objet d'une recherche conduite par le Comité consultatif canadien de la biotechnologie et ayant donné lieu à un rapport dont les résultats sont exposés dans le paragraphe suivant.

---

<sup>473</sup> *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.* [2005] 3 R.C.S. 302, par 38.

<sup>474</sup> *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc* [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30-32 (nous avons souligné) ; voir aussi *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* [2004] 1 R.C.S. 339, par. 23.

<sup>475</sup> L'insertion de notions éthiques dans le processus de brevetabilité du régime canadien est souscrite par Wendy Adams. Cependant, son analyse repose uniquement sur des questions d'appropriation du vivant et de sa marchandisation. Elle s'appuie sur le constat du caractère complet, et non pas simplement négatif, du droit de propriété offert par les brevets, posant ainsi la question de l'appropriation du vivant. Toutefois, cette analyse ne permet pas de veiller au respect des considérations éthiques une fois que l'on se trouve en dehors du champ de la brevetabilité du vivant. Voir Wendy A. ADAMS, « The Myth of Ethical Neutrality: Property, Patents, Animal Rights and Animal Welfare in *Commissioner of Patents v. President and Fellows of Harvard College* » (2003) 39 *Can. Bus. L. J.* 181, 194.

### 3. Les conclusions du rapport du CCCB

Le Comité consultatif canadien de la biotechnologie est un regroupement d'experts indépendants, réuni en 1999 dans le cadre de la *Stratégie canadienne en matière de biotechnologie*<sup>476</sup>. Son but a été de conseiller le gouvernement sur des questions primordiales liées aux aspects notamment sociaux, économiques, éthiques et scientifiques relatives à ce domaine. Bien que son mandat a pris fin en 2007, le CCCB s'était déjà penché sur la question de la brevetabilité des formes de vies supérieures et sur d'autres enjeux liés à cette problématique. Plus spécifiquement encore, c'est l'opportunité de la prise en compte des considérations éthiques dans la *Loi sur les brevets* qui a été examinée. Dans son rapport rendu en juin 2002, avant la décision *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, le Comité a fourni plusieurs recommandations sur les améliorations à apporter au système des brevets canadien ; il a notamment avancé quelques observations intéressantes sur la nature du système des brevets, sans toutefois aller jusqu'au bout de l'analyse. Dans le domaine bien particulier des considérations éthiques relatives aux brevets, le Comité décrit ainsi trois approches pouvant être suivies et servir de base de travail pour la résolution de ce type de problématique. La première implique le *statu quo*, c'est-à-dire que les questions éthiques soulevées doivent trouver leur réponse en dehors du régime des brevets. En effet, bon nombre de ces questions relèvent des différentes étapes précédant la demande de brevet, ou encore du stade de commercialisation de l'invention<sup>477</sup>. La deuxième se rapporte à un ajustement du système par un rôle limité du régime des brevets<sup>478</sup>. Cette idée consiste à suspendre, voire à retirer le brevet d'une invention au Canada, où le produit (ou l'activité) concerné est déjà interdit, dans une approche similaire au mécanisme de l'article 27-2 ADPIC. Quant à la troisième solution, elle préconise un rôle élargi du système des brevets, par l'intégration d'une disposition d'ordre public et de bonnes mœurs dans ce régime. Cette optique, qui s'inspire de l'Europe, doit naturellement tenir compte des améliorations à apporter vis-à-vis de cette approche<sup>479</sup>. Toutefois, dans ses commentaires, le Comité semble ignorer le fait que le seul article contenant une dimension

<sup>476</sup> <http://www.hc-sc.gc.ca/sr-sr/biotech/role/strateg-fra.php>

<sup>477</sup> Comité consultatif canadien de la biotechnologie, *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes*, Ottawa, Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du gouvernement du Canada, 2002, Annexe D, p. 43.

<sup>478</sup> *Ibid.*, Annexe D, p. 46.

<sup>479</sup> *Ibid.*



morale a été abrogé par le législateur. Il aurait été intéressant de prendre cet élément en compte dans le rapport et ce, pour une double raison : d'une part, afin d'apporter quelques éclaircissements sur le pourquoi d'une telle abrogation ; et d'autre part, à des fins d'analyse d'une solution qui soit plus efficace, avec comme perspective l'inclusion d'une règle contenant des considérations éthiques. Il nous semble que le fait de proposer des solutions nécessite une prise en compte de l'ensemble des paramètres ayant engendré la situation actuelle.

Aussi surprenant que cela puisse paraître, les membres du CCCB sont arrivés à la conclusion qu'il fallait préserver le *statu quo* dans le régime des brevets, en d'autres termes laisser la loi sur les brevets en dehors de toutes considérations éthiques<sup>480</sup>. Ce dénouement peut être vu comme particulièrement déroutant, et ce pour deux raisons. D'une part, le Comité est parvenu au constat que les formes de vies supérieures doivent être reconnues brevetables et recommande l'insertion, dans la loi sur les brevets, d'une déclaration précisant la non-brevetabilité des êtres humains à quelque étape que ce soit. D'autre part, il reconnaît aussi le caractère non neutre des brevets en précisant, selon ses propres termes : « *Quoique les brevets soient en général perçus comme principalement liés aux indicatifs économiques, ce ne sont pas des instruments socialement et éthiquement neutres. [...] En même temps, il faut tenir compte des conséquences sociales et éthiques de ne pas encourager certaines innovations, car agir ainsi peut parfois être socialement et éthiquement aggravant.* »<sup>481</sup> De plus, dans son rapport, le Comité semble bien conscient de la relation spéciale qui lie l'inventeur et la société dans le système des brevets. Il rappelle à plusieurs reprises, en parlant des droits conférés par les brevets, que ceux-ci ne « *sont rien d'autre que des outils privilégiant le bien commun* »<sup>482</sup>. Le rapport rend bien compte d'un besoin d'équilibre – qui se traduit par l'utilisation du terme « *justice* » – dans ce lien inventeur/société, afin de parvenir à une meilleure réglementation<sup>483</sup>. C'est dans cette analyse du système des brevets que les conclusions du CCCB peuvent susciter l'incompréhension : d'un côté, il prône le *statu quo* ; de l'autre, il affirme que « *les droits*

---

<sup>480</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>481</sup> *Ibid.*, Annexe D, p. 42.

<sup>482</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>483</sup> Par le terme « *justice* », le CCCB évoque le principe d'un « *engagement à assurer la répartition équitable des avantages et des fardeaux, et à veiller à ce que les politiques et les pratiques ne contribuent pas à l'oppression des groupes vulnérables* », *ibid.*, p. 8.

*conférés par brevet ne doivent pas être considérés en isolation mais à la lumière de leurs incidences sur la société en général »<sup>484</sup>.*

L'ensemble de ces éléments nous permet de conclure que le droit des brevets canadien, bien que dépourvu de clause éthique, reste relativement conscient de ces enjeux. Les juges de la Cour suprême et le Comité s'accordent sur un point : les brevets ne représentent certainement pas une matière éthiquement neutre. Cependant, des divergences émergent quant à la réponse à apporter à ces questions. La particularité de la situation canadienne réside dans sa volonté de prudence. L'approche très littérale de la loi et la préservation du *statu quo* ne font que démontrer cet état de fait. Le pouvoir d'agir revient, encore une fois, au législateur. Toutefois, celui-ci semble avoir pris clairement position sur la place de l'éthique dans le système des brevets. À moins d'un revirement notable, la préservation d'un équilibre dans les rapports inventeurs/société, décrite par la Cour suprême, va devoir trouver une solution extérieure au droit des brevets.

---

<sup>484</sup> *Ibid.*, p. 9.

## Synthèse

Dans cette partie, nous avons observé trois régimes de brevet présentant chacun leurs particularités. Même si plusieurs conventions ont eu pour but l'harmonisation des systèmes dans les différents pays, l'on peut constater qu'en dépit d'un objectif commun, il subsiste des divergences de perceptions impliquant des approches très hétérogènes.

Dans un premier temps, nous avons examiné le développement du régime dit « moral » du système des brevets européen. Même si chacun des pays européens dispose d'un système particulier, la volonté de construire un marché commun a permis une harmonisation des régimes. Par la même occasion, une importance accrue a été accordée aux aspects éthiques, que ce soit de manière facultative avec la Convention de Strasbourg, ou plus contraignante avec la Convention sur le brevet européen. L'utilisation de l'article 53 a) CBE, porte d'entrée des aspects éthiques en droit européen des brevets, n'a pas souvent été nécessaire. Toutefois, elle a démontré son utilité dans des cas extrêmes ayant soulevé des questionnements qui dépassaient la simple administration de l'Office des brevets. Par la suite, la Directive de l'Union européenne sur les inventions biotechnologiques, malgré ses origines essentiellement économiques, n'a pu rester en dehors des interrogations et des débats ayant accompagné son développement. Le Parlement européen a joué un rôle plus que déterminant dans la prise en compte des inquiétudes liées à ces technologies et dans l'introduction massive de principes éthiques sans précédent. En même temps, l'OEB a su également instaurer une jurisprudence autour de l'article 53 a). Celle-ci, qui se voulait méthodique et constante au fil du temps, s'est adaptée, parfois bien plus rapidement que d'autres pays, à la nouvelle Directive. Toutefois, des questions subsistent et les débats sont toujours très animés, dès lors que l'on touche à l'éthique et au brevet. En outre, certains choix importants restent à opérer. Il s'agit notamment de savoir s'il convient de parler des notions d'éthique en désignant la culture européenne dans son ensemble, comme le suggèrent les décisions de l'OEB, ou les principes propres à chaque pays européen, à l'instar de la Directive. Un autre problème réside dans la détermination de l'opinion publique par rapport à une invention « vue comme répugnante par la société » ou répréhensible, alors que les sondages ne sont pas considérés comme suffisamment fiables. Entre autres, il est également prévu d'instaurer prochainement un brevet communautaire, décision qui ne peut être que favorable au marché commun européen. Cependant, il faudra

veiller à ce que la jurisprudence de l'OEB ne disparaisse pas au milieu de la construction d'une instance centralisée.

Dans un deuxième temps, nous avons observé le système des brevets américain. Malgré sa réputation de ne pas retenir les questions éthiques, il a été démontré que sa jurisprudence ainsi que la présence de son critère d'utilité permettaient, du moins pendant une certaine période, de considérer d'autres angles pouvant prendre en compte ces éléments. Cependant, les tribunaux ont fait le choix de revenir sur cette jurisprudence, afin de laisser le traitement de cette question importante à la prérogative du Congrès. Mais celui-ci ne semble pas, étant donné son silence, se soucier de ces enjeux. Par rapport à cette problématique, l'USPTO se retrouve ainsi sans réel pouvoir, si ce n'est celui d'administrer les brevets. Malgré tout, sous la pression d'une éventuelle application, les réactions de cet organisme dévoilent le manque de certitude vis-à-vis de certaines questions qui méritent néanmoins d'être posées, même dans le cadre du droit des brevets.

Dans une dernière phase, nous avons analysé le cas canadien. Son régime des brevets provient d'une double origine, britannique dans sa pensée et américaine dans son modèle. Les aspects éthiques semblaient avoir leur place dans la structure de l'article 27 (3), qui devait vraisemblablement découler du *Statute of Monopolies*. Toutefois, son utilisation n'a jamais donné la preuve d'une grande conviction, et c'est le moins que l'on puisse dire. Suite à la disparition entourée de mystère de cet article lors de la mise en œuvre des accords de l'ALENA, le Canada a opté pour une approche technique empreinte de prudence, conscient des enjeux pouvant survenir à tout moment. Mais en réalité, la suppression de l'article 27 (3) de la *Loi sur les brevets* et la vision très pragmatique du critère d'utilité laissent le régime des brevets canadien sans point d'ancrage possible pour les aspects éthiques, le pouvoir d'éclaircissement revenant maintenant aux législateurs.

L'étude comparée de ces trois systèmes a démontré que sur le plan éthique, tous les pays se sont retrouvés, un jour ou l'autre, face à un ou plusieurs dilemmes. Ce qui change, en revanche, ce sont les différentes solutions ayant été apportées au problème. Les choix fluctuent, bien évidemment, selon les courants de pensée majoritaires régnant dans le pays. Cependant, au sein des trois systèmes examinés, la problématique persiste malgré les diverses tentatives d'approche. Dans ce contexte, nous allons tenter, dans la partie suivante, de proposer une ébauche de réponse quant à la place de l'éthique dans le droit des brevets.

### **III. Ajustement des solutions possibles afin de régler les questions d'éthique dans la brevetabilité des inventions**

À présent que nous avons parcouru et analysé les différentes solutions liées aux considérations morales dans le processus de brevetabilité de ces trois puissances économiques, nous allons poursuivre en examinant les raisons de la place de l'éthique dans le régime des brevets, tel qu'il est conçu et mis en place dans nos sociétés actuelles (A). Puis, nous finirons par une étude des notions contenues dans une grande partie des règles comportant des considérations éthiques, afin de dessiner leurs contours et aussi leurs réelles perspectives (B).

#### **A. L'éthique, partie intégrante du droit des brevets**

L'étude approfondie du système des brevets a fait ressortir, en toile de fond, le lien qui existe entre l'inventeur et la société. Ce lien est souvent évoqué dans la doctrine pour justifier la propriété intellectuelle. À ce stade, l'analyse plus particulière de ce rapport et la mise en lumière des moyens de le préserver seront les éléments essentiels ouvrant la voie vers une résolution des questions éthiques dans le régime des brevets.

##### **1. Le régime des brevets en tant que contrat social**

Au sujet de la place de l'éthique dans le régime des brevets, l'étude comparative des différents systèmes et des nombreux points de vue divergents émis par les spécialistes ne laisse pas beaucoup de place à une ébauche de compromis. Les opinions énoncées sont souvent radicales et non conciliables. Les partisans de la neutralité du système des brevets s'appuient sur divers éléments. Pour certains, celle-ci résiderait dans le fait que les brevets sont des titres de propriété sur une idée. Dès lors, que l'idée soit bonne ou mauvaise ne

concerne en rien les brevets<sup>485</sup>. D'autres fondent cette neutralité sur la propension des brevets à accorder des droits négatifs<sup>486</sup>. Le fait qu'ils n'autorisent pas l'inventeur à commercialiser son invention relativiserait en quelque sorte tout impact négatif sur des questions d'éthique<sup>487</sup>. Enfin, d'autres arguent que la neutralité des brevets est nécessaire, car l'introduction d'aspects éthiques implique des notions difficilement déterminables, rendant le système sensible à une trop forte imprévisibilité<sup>488</sup>. Comme nous avons pu le constater, les considérations éthiques ont suscité un très grand intérêt suite à l'émergence des biotechnologies, qui ont amené avec elles leur lot de questions sociétales et métaphysiques toutes plus complexes les unes que les autres, même pour le plus brillant des penseurs. La grande majorité des ouvrages et des raisonnements traitant de ces problèmes éthiques tournent principalement autour du sujet de la brevetabilité du vivant, de la marchandisation des êtres vivants et surtout de l'homme ou de son corps<sup>489</sup>. Cela peut sembler naturel, étant donné que les préoccupations actuelles se focalisent sur les biotechnologies. Ces réflexions sont souvent associées à nos rapports à la propriété. Des problèmes fondamentaux sont abordés : qu'est-ce qui est appropriable, qu'est-ce qui ne l'est pas ? Quelles sont les limites et la justification de la notion de propriété ? Ces interrogations ont également leur raison d'être, dès lors que nous parlons de propriété intellectuelle (même si celle-ci, au grand dam de certains, est exprimée de façon négative). Ces différentes tendances ouvrent inévitablement le débat sur l'éthique ; débat fondamental et nécessaire afin de parvenir à un consensus ou, du moins, à une ébauche de solutions plus efficaces. Mais intrinsèquement, ces questions n'illustrent pas à elles seules la justification des considérations d'éthique dans le système des brevets, bien qu'elles en soulignent l'importance. Il faut, pour résoudre cette problématique, se placer au premier plan, c'est-à-dire au niveau du choix qui a été opéré vis-à-vis de la mise en œuvre de ce système dans

<sup>485</sup> Nuno PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, note 282, p. 206; Nuno PIRES DE CARVALHO, « The Primary Function of Patents », (2001) *U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y* 25, p. 57.

<sup>486</sup> Voir généralement Sivaramjani THAMBISETTY, « Understanding Morality as a Ground for Exclusion From Patentability Under European Law », (2002) 12 *Eubios Journal of Asian and International Bioethics* 48.

<sup>487</sup> Stephen R. CRESPI, dans Sigrid STERCKX (dir.), *Biotechnology, Patents and Morality*, Aldershot, Ashgate, 2000, p. 278, Jennifer MCCALLUM, « The Reality of Restricting Patent Rights on Morally Controversial Subject Mater », (2005) *New Eng. L. Rev.* 517.

<sup>488</sup> Oliver MILLS, *op. cit.*, note 180, p. 74; Andrew R. SMITH, *loc. cit.*, note 380, 200.

<sup>489</sup> Debora J. HALBERT, *op. cit.*, note 173, p. 112 et suiv. ; Vandana SHIVA, *op. cit.*, note 186; Brad SHERMAN et Lionel BENTLY, « The Question of Patenting Life », dans Lionel BENTLY et Spyros M. MANIATIS, *Intellectual Property and Ethics*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, p. 109 ; Baljit K. DHADDA, « Patenting Human Genetic Information. Is Nothing Sacred ? », dans Lionel BENTLY et Spyros M. MANIATIS, *Intellectual Property and Ethics*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, p. 91 ; Noëlle LENOIR, « L'Europe et la marchandisation du vivant », Compte-rendu de la Conférence-débat du 15 octobre 2001, dans *Les Entretien d'Europartenaies*.

nos sociétés. En d'autres termes, il convient de se concentrer sur sa réalisation, fondée sur un contrat social.

En effet, en matière de régime des brevets, il semble tout de même qu'un élément remporte l'adhésion de tous, que ce soit sous l'angle institutionnel, du point de vue des différents auteurs, ou même à travers la lecture de l'histoire des brevets : sa caractéristique fondamentale en tant que contrat social entre l'inventeur et la société. Ce contrat serait ainsi administré par l'État. Dès lors, même les éventuels détracteurs de l'existence d'un tel contrat sont malgré tout obligés d'admettre la présence d'un encouragement à l'innovation, eu égard à l'effet bénéfique et aux avancées que suscite cette dernière sur l'ensemble de la société et de l'humanité. Si tel n'était pas le cas, quelle serait la raison d'être d'un système qui, en plus de soulever la controverse, s'avèrerait extrêmement coûteux ? D'ailleurs, Pires de Carvalho, pourtant partisan de la neutralité des brevets, reconnaît la justification des exclusions éthiques et ce, pour deux raisons. La première est d'ordre économique : pour l'auteur, la protection d'une invention éthiquement rejetée par la société représente un gaspillage des ressources sociales<sup>490</sup>. La seconde revêt un caractère politique : la perception négative du public sur certaines inventions joue un rôle sur l'octroi des brevets. En effet, le brevet est vu comme une sorte de récompense ou de reconnaissance par la société<sup>491</sup>. Ces deux raisons ci-dessus énoncées trouvent précisément leur justification à travers l'existence de ce contrat social entre les différents intervenants. Il existe plusieurs théories du contrat social (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Rawls)<sup>492</sup>, et l'étude de ces réflexions est un élément important dans la pensée politique, notamment sur l'analyse des problèmes ainsi que de la recherche de solutions. Cependant, notre but ici ne consiste pas à argumenter sur l'ensemble des théories gravitant autour du contrat social, mais à comprendre la réflexion dégagée autour de celui-ci, afin d'être en mesure de cerner les éléments manquants dans le

---

<sup>490</sup> L'auteur reprend un passage tiré de la réunion entre le secrétariat de l'OMPI et du Groupe européen d'éthique des Sciences et des nouvelles technologies (GEE) : « [...], patents for unethical inventions that society, in the first place, did not wish to be developed are not a burden – they are indeed a waste of social resources. », Nuno PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, note 282, p. 207.

<sup>491</sup> « There are some inventions that are so repugnant to the social beliefs of a given community that in general they are viewed as not deserving any sort of public appraisal by state agencies. And because patents are seen by many persons as certificates of inventive merit, or as "rewards" afforded by society, the public perception (or misperception) would strongly repudiate patents granted on inventions seen as repugnant [...]. In these extreme cases, it makes sense indeed not to require a deep scrutiny by patent examiners as to patentability [...]. », *ibid.*

<sup>492</sup> Thomas HOBBS, *Léviathan*, traduit par François TRICAUD et Martine PÉCHARMAN, Paris, Dalloz, 2004; John LOCKE, *op. cit.*, note 108; Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Montaigne, 1943; John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

système des brevets et d'y apporter des solutions en vue d'un meilleur fonctionnement. Dans notre problématique, il faut comprendre le contrat social comme un concept fondé sur un « *échange de promesses ou d'un accord contraignant* »<sup>493</sup> entre la société et l'inventeur. C'est pourquoi il était important d'évoquer l'émergence de ce contrat en parcourant les aspects historiques du droit des brevets<sup>494</sup> et d'en expliciter sa justification<sup>495</sup>.

L'histoire nous a démontré que le critère d'utilité sociale de l'invention était présent dès les débuts de l'établissement des systèmes de propriété intellectuelle – qui se veulent être les ancêtres du système en vigueur de nos jours – et ce, dès le XIII<sup>e</sup> siècle<sup>496</sup>. Le bénéfice social était analysé ou du moins prôné afin de justifier l'octroi de privilèges ou de droits exclusifs à l'inventeur. Bien que cette analyse ait évolué différemment selon les périodes, elle a toujours été considérée comme un élément essentiel au sein de ce régime. Il a aussi été constaté qu'un manque de vigilance au niveau de l'équilibre des rapports amène un rejet assez flagrant du système. C'est dans un tel contexte qu'apparut d'ailleurs le *Statute of Monopolies* du Royaume-Uni. La nécessité d'inclure une disposition permettant de refuser des brevets jugés « malsains » pour l'État a été vue comme un aspect important pour le maintien d'un certain équilibre. En résumé, l'étude de l'histoire permet de souligner d'une part le rapport privilégié qui existe entre l'inventeur et la société et que le système des brevets a inclus dès l'origine ; et d'autre part, l'importance et les conséquences qu'engendrerait un déséquilibre.

Sur le plan des philosophies de la propriété intellectuelle, le fil conducteur se traduit par le constat de la volonté de préserver un équilibre dans l'appropriation intellectuelle. Les quatre principaux courants parlent, chacun selon leurs propres termes, de notions permettant de sauvegarder cet équilibre (bannissement du gaspillage, maximisation du bonheur pour l'ensemble de la société, concept de vie éthique, réflexion sur une société idéale). La question qui reste à déterminer est de savoir comment veiller adéquatement au respect de cette volonté d'équilibre dans la mise en œuvre de la propriété intellectuelle.

---

<sup>493</sup> Michael LESSNOFF (dir.), *Social Contract Theory*, New York, New York University Press, 1990, p. 4.

<sup>494</sup> Cf., partie I. A

<sup>495</sup> Cf., partie I. B.

<sup>496</sup> Cf., partie I. A. 1.



En tout cas, tant l'histoire que les philosophies de la propriété intellectuelle ont démontré que le système des brevets a comme principale vocation l'encouragement, dans la mesure du possible, de l'innovation ; avec, pour double objectif, l'épanouissement de la société et la reconnaissance vis-à-vis de ceux qui y contribuent. Cette idée se retrouve dans la plupart des pays, et même à travers les textes internationaux<sup>497</sup>. Le contrat social met inévitablement en rapport des intérêts divergents. Ici, nous pouvons distinguer l'intérêt privé (l'inventeur ou le postulant au brevet) et l'intérêt public<sup>498</sup> (la société et la communauté). Dans le domaine des brevets, l'intérêt privé peut être associé à une velléité de respect de la propriété intellectuelle et de sa protection. En contrepartie, l'inventeur se doit de mettre à disposition et de partager sa découverte. Quant à l'intérêt public, il se traduit ici par la volonté de bénéficier des innovations et du savoir, avec le devoir de garantir le monopole et de le protéger. Dans le système des brevets, ces deux intérêts mis en corrélation sont considérés comme bénéfiques et ce, de manière réciproque. Cette supposition est fortement justifiée par définition. D'ailleurs, Bergmans partage ce constat en précisant que « *le système des brevets est en effet le produit d'une conception socio-économique qui considérerait le progrès scientifique, économique, technique, etc. comme le synonyme de "bénéfique pour l'intérêt public". Aujourd'hui cependant, ce rapprochement n'est plus nécessairement vrai, car le meilleur peut être l'ennemi du bien.* »<sup>499</sup> C'est là qu'intervient le concept de contrat social, lorsque les intérêts mis en rapport sont en déséquilibre ou en friction, et qu'il convient alors de se tourner vers la valeur que doit préserver le pacte ou l'engagement, à savoir le respect de l'intérêt général. Dans un tel contrat, nous nous trouvons donc dans une logique d'échange bilatéral ou multilatéral, où les contreparties doivent être équilibrées en veillant autant que faire se peut à ce que l'une ne bénéficie pas de privilèges indus au détriment de l'autre. L'on peut rappeler ici le principe de « justice » retenu par le CCCB comme valeur essentielle à observer dans la

---

<sup>497</sup> Par exemple, si on prend l'article 7 ADPIC, on peut lire dans ses objectifs que : « *La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations.* »

<sup>498</sup> Dans notre travail, on parle de l'intérêt public comme synonyme d'intérêt commun, c'est-à-dire un intérêt qui se retrouve dans l'ensemble des préoccupations du public (stabilité, sécurité, bien commun, développement etc..). Alors que l'intérêt général, qui est parfois exprimé aussi sous le même terme d'intérêt public, regroupe l'ensemble des différents intérêts dans l'optique de déterminer le meilleur rapport entre eux.

<sup>499</sup> Bernhard BERGMANS, *La protection des innovations biologiques : Une étude de Droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 381.

recherche d'une meilleure législation sur les brevets<sup>500</sup>. Il est également important de garder à l'esprit que la propriété intellectuelle, en tout cas dans le domaine des brevets, est mise en œuvre sur la base d'un tel contrat, même si sa justification se focalise surtout sur des théories relatives à la propriété<sup>501</sup>. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, même ces théories tendent à chercher un équilibre au sein de leur propre raisonnement.

Le droit de propriété (comprenant ici la propriété intellectuelle)<sup>502</sup> appartient au grand groupe des droits fondamentaux, tout comme par exemple le droit à la vie, à la dignité humaine ou à la liberté d'entreprise<sup>503</sup>. Dans l'optique du contrat social, la difficulté réside dans l'établissement d'une certaine hiérarchie entre les différents droits et intérêts mis en relation. Dans cette situation, la notion cadre d'intérêt général peut être considérée comme un instrument juridique de régulation. Pourtant, certains verront dans le contrat social et le respect de l'intérêt général une limitation abusive du droit de propriété comme droit fondamental ; alors que d'autres estimeront que cette théorie est un moyen de conforter et de renforcer les propriétaires dans leur droit<sup>504</sup>. Tout dépend bien sûr de la conception que nous avons de la notion d'intérêt général. Tandis que, pour certains, cette dernière correspond à la simple somme des intérêts particuliers, pour d'autres, elle va bien au-delà. Cependant, même si le droit de propriété peut être considéré comme un droit fondamental, tout droit de propriété connaît aussi des restrictions<sup>505</sup>, d'autant plus lorsqu'il se heurte à d'autres droits fondamentaux comme par exemple la dignité humaine, qui est souvent mise en avant quand l'on évoque le domaine des biotechnologies.

---

<sup>500</sup> *Supra*, note 479.

<sup>501</sup> *Cf.*, partie I. B. 2 : Les quatre courants philosophiques justifiant la propriété intellectuelle.

<sup>502</sup> Nicolas BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 73 et suiv.

<sup>503</sup> Le droit de propriété représente un droit fondamental et très important dans nos sociétés dites démocratiques basées sur le bon fonctionnement d'un marché libre. Ce droit est protégé dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 17), dans la Constitution américaine (5<sup>e</sup> amendement), dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 17). En droit canadien, la propriété ne fait pas partie de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais elle est construite jurisprudentiellement ; pour plus de précisions, voir le texte de David JOHANSEN, *Le droit à la propriété et la Constitution*, Division du droit et du gouvernement, octobre 1991. disponible sur <http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp268-f.htm>.

<sup>504</sup> Voir les réflexions des philosophes Evgeny B. Pashukanis, Karl Marx, contre celles de Robert Nozick, Adam Smith ; Evgeny B. PASHUKANIS, « The General Theory of Law and Marxism », dans J. HAZARD (dir.), *Soviet Legal Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1951 ; Karl MARX, *Grundrisse*, New York, Penguin Classics, 1993 ; Robert NOZICK, *op. cit.*, note 124 ; Adam SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, Costes, 1950.

<sup>505</sup> Darryl MACER, *Ethical issues in patenting in scientific research*, Conférence internationale du Conseil de l'Europe sur les questions éthiques soulevées par l'application de la biotechnologie, Oviedo, 16-19 mai 1999, p. 178.

De manière plus générale, il est aussi possible de parler de liberté d'entreprise, à laquelle le monopole créé par le brevet peut porter atteinte. En effet, si le droit des brevets peut, d'un côté, favoriser la propriété et la liberté d'entreprise, de l'autre, il est susceptible de restreindre la propriété et la liberté d'autrui. En l'occurrence, la théorie de la justice de John Rawls peut devenir intéressante, notamment si l'on considère son principe de « *justice as fairness* »<sup>506</sup>, lequel s'oppose justement à la dominance utilitariste qui règne dans le régime des brevets. Dans son idée globale, Rawls tente de trouver un équilibre dans un système contraint de favoriser tous les intérêts mis en relation. Dans le régime des brevets, l'intérêt de l'inventeur et celui de la communauté doivent être « pesés » de façon adéquate et équitable.

La dominance des concepts utilitaristes tend à faire pencher la balance vers un but de satisfaction du plus grand nombre, qui se résume souvent à une question d'efficacité économique sans forcément tenir compte des aspects d'éthique liés aux différents enjeux. La simple incitation économique des technologies ne nécessite pas de tenir compte des problématiques d'ordre public et de moralité. Par exemple, l'encouragement et la défense du monopole de la conception des mines antipersonnel peuvent être économiquement bénéfiques pour un grand nombre de personnes, dès lors que l'on ne prend pas en considération l'impact humain, environnemental et sanitaire. Les propos de Bergmans résument bien cette dualité, en présentant le droit des brevets comme :

*« [...] un ensemble hybride, unissant deux principes contradictoires ou du moins difficilement conciliables : l'intérêt privé et le bien public, le monopole et la liberté, le progrès et la stabilité. Il est soumis à une tension permanente, car en tant que branche du droit, il vise à maintenir l'ordre et la stabilité, et exprime nos conceptions sur ce qui est juste et bon ; mais en même temps, il stimule le progrès et le changement en encourageant l'action, sur la base de valeurs essentiellement économiques (au sens large) »<sup>507</sup>.*

---

<sup>506</sup> John RAWLS, « A Theory of Justice », dans Michael LESSNOFF (dir.), *Social Contract Theory*, New York, New York University Press, 1990, p. 138.

<sup>507</sup> Bernhard BERGMANS, *op. cit.*, note 499, p. 383.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la nécessité de conserver l'équilibre des rapports, en analysant opportunément la notion d'intérêt général, dont les contours ne sont toutefois pas aisés à déterminer, au grand dam du monde juridique où précision et prévisibilité sont la panacée. Pour Nozaradan, il découle de cette notion, présente dans divers domaines du droit, une « *mosaïque de l'intérêt général, tels l'ordre public, les bonnes mœurs, la sécurité publique, la protection du consommateur, la protection de la santé publique et de la vie, de l'environnement, du développement économique, de la protection de la propriété industrielle et commerciale [...]* »<sup>508</sup>. Pourtant, dans le droit des brevets, le constat est clair : de l'observation des systèmes américain et canadien, il ressort que les intérêts et les droits du public ou de la société ne sont pas du tout pris en compte. En revanche, dans le régime européen, ceux-ci sont considérés mais de manière parfois lacunaire<sup>509</sup>. Ainsi, dans le domaine qui nous intéresse ici, les aspects éthiques liés au processus de brevetabilité ont une place à tenir et un rôle à remplir, en tant que composantes de l'intérêt général permettant de préserver cet équilibre nécessaire dans les rapports tissés au sein de ce contrat social que sont les brevets. En d'autres termes, l'ordre public et les bonnes mœurs appartiennent tout bonnement aux mécanismes de l'intérêt général.

Après avoir mis en lumière la nécessité de veiller à l'intérêt général dans le cadre de ce contrat social que représente le régime des brevets, il convient d'élargir la question en évoquant la meilleure manière d'appréhender cet intérêt général, qui peut sous une approche superficielle sembler très vague et large à la fois.

## 2. L'importance de l'analyse de l'intérêt général

Suite à ce constat, se pose la question suivante : comment cerner cet intérêt général qui, rappelons-le, reste tout de même une notion cadre indéterminée et surtout évolutive ? Cette analyse reste nécessaire pour l'établissement d'une réglementation adéquate et équilibrée.

---

<sup>508</sup> Christine NOZARADAN, « Brevet et intérêt général », dans Bernard REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général : Le Brevet : pourquoi et pour faire quoi ?* Bruxelles, Larcier, 2007, p. 451.

<sup>509</sup> Francis LEYDER, « Brevet et intérêt général : réflexions d'un conseil en brevets de l'industrie », dans Bernard REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général : Le Brevet : pourquoi et pour faire quoi ?* Bruxelles, Larcier, 2007, p. 495.

La notion d'intérêt général peut ainsi se voir comme l'association de deux aspects, l'un fonctionnel et l'autre conceptuel<sup>510</sup> : d'un point de vue fonctionnel, il contribue et veille au bon fonctionnement du système juridique en assurant sa légitimation ; d'un point de vue conceptuel, l'intérêt général concentre aussi en lui une idée de « droit » rattachée à des valeurs et des principes qui, naturellement, peuvent diverger selon les époques et les lieux. Dès lors, avant de poursuivre notre analyse, il est intéressant d'évoquer les différences de perception de l'intérêt général issues des courants de pensée influençant les modèles français et anglo-saxon. Ce dernier permettrait d'explicitier les disparités liées à la problématique des enjeux éthiques dans le système des brevets. En effet, dans les pays anglo-saxons et particulièrement aux États-Unis, l'intérêt général n'est rien d'autre que l'ensemble des intérêts particuliers. Cette conception a été portée principalement par les écrits d'Adam Smith et plus spécifiquement dans son ouvrage *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*<sup>511</sup>. Selon la théorie de l'auteur, chaque individu poursuit son propre intérêt personnel ; cependant, toutes ces activités « égoïstes » sont interconnectées les unes aux autres et par là même s'avèrent utiles à chacun<sup>512</sup>. D'après cette conception, l'harmonie sociale ainsi que son développement naissent de cet affrontement de l'ensemble des personnes agissant dans leur propre intérêt individuel<sup>513</sup>. Smith parle d'une « main invisible » qui guide spontanément la société et maintient l'ordre public<sup>514</sup>. Dans cet ordre d'idée, l'intérêt général serait ici perçu comme étant « immanent »<sup>515</sup>. D'ailleurs, un fait facilement observable rend compte de cette influence aux États-Unis. Il s'agit de la forte influence des lobbies sur la vie politique, matérialisée par la présence de leurs représentants au Congrès, laquelle est reconnue et vue comme parfaitement normale<sup>516</sup>. En revanche, en France, le concept d'intérêt général a été largement inspiré de la philosophie de Rousseau, dans son ouvrage *Du contrat social*<sup>517</sup>. Ici, l'intérêt général est une notion qui dépasse les simples intérêts individuels. Elle se retrouve

---

<sup>510</sup> François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 9 ; Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, p. 57.

<sup>511</sup> Adam Smith, *op. cit.*, note 504.

<sup>512</sup> Robin Paul MALLOY, « Adam Smith and the Modern Discourse of Law and Economics », dans Robin Paul MALLOY et Jerry EVENSKY (dir.), *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 116.

<sup>513</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>514</sup> *Ibid.*

<sup>515</sup> François RANGEON, *op. cit.*, note 510, p. 14.

<sup>516</sup> *L'intérêt général et les intérêts particuliers*, disponible sur <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/approfondissements/interet-general-interets-particuliers.html>.

<sup>517</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Montaigne, 1943.

dans des idéaux collectifs ou du moins, émane de considérations qui ne peuvent trouver d'écho dans le simple intérêt particulier. Ainsi, l'intérêt général est perçu comme étant « transcendant »<sup>518</sup>. Pourtant, la construction européenne, en se focalisant sur l'aboutissement d'un marché libre et commun, a repris cette « démarche libérale » véhiculée par la conception anglo-saxonne<sup>519</sup>. Les lobbies ont désormais leur place et leur rôle à jouer auprès des institutions communautaires, tout comme leurs homologues américains<sup>520</sup>.

Mais alors, pourquoi cette évocation de la conception française dans un contexte européen ? La réponse est que le développement de la *Convention sur le brevet européen* de 1973 a été conduit sous l'incitation non négligeable de la France<sup>521</sup>. L'on peut donc considérer que l'exclusion des inventions dont l'exploitation est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs découle de cette influence française en Europe, à travers précisément cette approche de l'intérêt général<sup>522</sup>. Car même si la *Convention sur le brevet européen* peut être vue comme l'œuvre du Dr. Haertel (président de l'Office allemand des brevets), celle-ci a été dirigée par M. Finniss (président de l'Office français des brevets). Par ailleurs, suite au ralentissement de ce projet, le principe d'un brevet européen a été relancé principalement à l'initiative de la France<sup>523</sup>. Notons également que le terme « ordre public » n'a pas été traduit dans la version anglaise de la CBE, afin de conserver l'essence de cette notion. La tendance libérale de l'Union européenne, elle, peut se ressentir sur des préoccupations initiales<sup>524</sup> concernant la Directive sur les inventions biotechnologiques, qui sont fondées sur des aspects purement économiques, excluant dès lors toutes considérations éthiques, quelles qu'elles soient<sup>525</sup>. Malgré tout, comme nous avons pu le voir, les interrogations liées aux enjeux éthiques dans la brevetabilité des inventions ont trouvé à s'exprimer à travers le Parlement européen, qui se veut un reflet de l'opinion publique.

<sup>518</sup> François RANGEON, *op. cit.*, note 510, p. 14.

<sup>519</sup> *Réflexion sur l'intérêt général*, le Conseil d'État, Rapports et études publiés, 1999, disponible sur [http://www.conseil-etat.fr/ce/rapport/index\\_ra\\_li9902.shtml](http://www.conseil-etat.fr/ce/rapport/index_ra_li9902.shtml).

<sup>520</sup> *Supra*, note 516.

<sup>521</sup> *Cf.*, partie II. A. 1.

<sup>522</sup> *Cf.*, partie I. A. 2.

<sup>523</sup> G. OUDEMANS, *op. cit.*, note 229, p. 1 ; Clément PAYRAUDEAU, *op. cit.*, note 245, p. 20.

<sup>524</sup> *L'achèvement du marché intérieur*, *cf.* note 307.

<sup>525</sup> *Cf.*, partie II. A. 3.

Cela étant dit, la question principale est de savoir comment dresser les contours de ce concept d'intérêt général. En effet, cette notion qui semble recouvrir des intérêts contradictoires est pourtant d'une importance capitale dans la mise en place d'une réglementation adéquate. Ainsi, son contenu et sa teneur peuvent être dégagés de plusieurs sources et références possibles : textes philosophiques, ouvrages doctrinaux, jurisprudence, lois en vigueur et même opinion publique en général. D'ailleurs, nous avons à notre disposition toute une palette terminologique qui est souvent associée à la notion d'intérêt général et parfois malencontreusement utilisée en tant que synonyme. Des termes tels que « bien commun », « bien public », « volonté commune », « intérêt public » sont tous plus ou moins liés à ce concept. Toutefois, il convient de nuancer chacune de ces expressions et ce, afin d'éviter la confusion. Même si ce type de démarche ne s'inscrit pas dans l'objectif de notre recherche, la tentation de proposer une définition simple de l'intérêt général est toujours forte. Cependant, une telle définition risquerait d'annihiler son aspect flexible et adaptable. En raison de sa nature conceptuelle et fonctionnelle, c'est une notion qui doit continuer à évoluer avec son temps et ses valeurs, tout en assurant le bon fonctionnement de la législation mise en place. Il est toutefois possible d'apprécier l'intérêt général selon cinq piliers ou optiques qui permettront d'appréhender la base fondamentale ou du moins les contours de ce concept. Ces cinq optiques ont été décrites dans l'étude exhaustive réalisée par Pal et Maxwell<sup>526</sup>. Les auteurs les ont exprimées dans les termes suivants : « *Processus, opinion majoritaire, utilitarisme, intérêt commun, communauté de valeurs* »<sup>527</sup>. Il convient à présent d'analyser ces cinq éléments, en tentant parallèlement un rapprochement avec les systèmes des brevets dont nous avons effectué la comparaison.

Le premier élément, retenu sous le terme « *processus* », prend en compte le cheminement qui conduit à la prise de décision ; il s'agit donc d'un angle procédural<sup>528</sup>. Ce *processus* donne la possibilité de vérifier que l'intérêt général est respecté dans le parcours qui mènera à une décision, à l'octroi du brevet. En revanche, il ne permet pas d'affirmer que la décision sera éthiquement juste, mais qu'elle a été arrêtée équitablement. Nous pouvons ainsi parler d'éléments procéduraux, au même titre que le droit d'être entendu, la transparence, la

---

<sup>526</sup> L.A. PAL et J. MAXWELL, *Le point sur l'intérêt public au XXI<sup>e</sup> siècle : un cadre de référence*, Gouvernement du Canada, Comité consultatif externe sur la réglementation intelligente (CCERI), 2004, sur <http://smartregulation.gc.ca>.

<sup>527</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>528</sup> *Ibid.*

légalité et surtout, en lien avec notre sujet, la représentation équitable des différents intérêts en jeu. C'est essentiellement ce dernier élément qui fait défaut dans le droit des brevets actuel. Alors que l'intérêt particulier de l'inventeur prime sur toutes les autres considérations, l'intérêt public, lui, brille par son absence et doit se contenter, rappelons-le, de la présomption liée au seul aspect bénéfique de l'innovation. Même si la demande de brevet est examinée par les offices compétents, ceux-ci sont réputés les accorder assez facilement. D'ailleurs, Drahos évoque ce que nous pourrions nommer une « *patent community* »<sup>529</sup>, ce qui crée un déséquilibre dans le rapport entre l'inventeur et la société. La CBE tente toutefois de préserver une certaine équité, en laissant à quiconque la possibilité de faire opposition à un brevet notamment sur la base de considérations éthiques<sup>530</sup>, alternative qui semble élémentaire dans un environnement qui se veut démocratique. Pourtant, une telle procédure n'existe pas dans le droit des brevets nord-américain. Le Canada, à l'instar des États-Unis, ne dispose que d'une procédure de réexamen. Néanmoins, bien que celle-ci offre à quiconque la possibilité de faire valoir un dossier d'antériorité<sup>531</sup>, elle ne permet pas de prendre en compte des intérêts divergents, car d'une part elle se limite à une vérification des critères de brevetabilité, et d'autre part elle n'autorise aucune participation de l'intéressé. Mais dans ses conclusions, le CCCB reconnaît la nécessité d'introduire un processus d'opposition, étant donné les incidences que les brevets peuvent engendrer sur des tiers<sup>532</sup>. Bien que l'introduction d'un tel procédé au Canada puisse représenter une décision empreinte de bon sens, il nous paraît dommage que le Comité en limite la portée en prônant, d'un côté, le maintien du *statu quo*, et en soulignant, de l'autre, le caractère éthiquement non neutre des brevets. Cette approche vis-à-vis du système semble pour le moins contradictoire. Quoi qu'il en soit, c'est au législateur canadien de prendre la décision ; mais il faut bien admettre que pour le moment, ce dernier tarde à y apporter des changements. Malgré tout, vu sous cet angle, il apparaît qu'un système de brevets doit inclure au moins une procédure d'opposition efficace et ouverte à tous, afin de laisser s'exprimer les préoccupations de l'opinion publique. L'exemple du cas de l'oncosouris, où dix-sept oppositions ont été formulées à l'encontre du brevet<sup>533</sup>, démontre bien le cas de conscience que certaines inventions peuvent susciter et

<sup>529</sup> Peter DRAHOS, *loc. cit.*, note 172, 441.

<sup>530</sup> Article 99 et 100 a) CBE.

<sup>531</sup> article 34.1 (1) de la *Loi sur les brevets* ; article 35 USC § 301.

<sup>532</sup> Comité consultatif canadien de la biotechnologie, *op. cit.*, note 477, p. 26 et suiv.

<sup>533</sup> *Animaux transgéniques/Harvard*, précitée, note 267, voir pt. VI de l'exposé des faits.



l'importance de pouvoir répondre à ces questions par le biais d'un tel processus. C'est d'ailleurs dans ce cadre de contrat social que la contestation citoyenne doit être entendue lors d'une demande de brevet.

Le deuxième élément se rapporte à l'« *opinion majoritaire* ». Celle-ci consiste simplement dans l'établissement de ce qui est majoritairement accepté et reconnu par une population<sup>534</sup>. Cependant, il est toujours possible d'arguer que le souhait de la majorité ne rime pas forcément avec la notion de justice. La prise en compte et le respect des avis minoritaires semblent une évidence, mais dans une société démocratique, une réglementation efficace se doit de déterminer dans quel sens va la volonté du peuple, en identifiant le courant majoritaire<sup>535</sup>. C'est pourquoi cette dernière est importante à mesurer et pour ce faire, plusieurs moyens sont à la disposition des législateurs : en dehors du suffrage universel, les sondages et enquêtes d'opinion sont les seuls procédés plus ou moins fiables pour décrire le sentiment général, bien qu'il soit crucial de garder à l'esprit leur nature imparfaite. Comme nous avons pu le constater, l'OEB rejette la prise en compte de tels moyens dans le mécanisme d'octroi des brevets, pour des raisons bien compréhensibles<sup>536</sup>. En effet, dans un processus décisionnel, le juge ou l'autorité compétente s'appuie sur le droit et les faits avérés, la subjectivité n'ayant pas forcément sa place. Sur ce point, il est vrai que les sondages ont un caractère assez relatif selon le mode de réalisation. De plus, il serait difficilement imaginable d'exiger que le candidat à l'obtention d'un brevet ou même son opposant organise des sondages pour les inclure dans la procédure d'attribution. Cette action serait pour les parties une perte considérable de temps et d'argent. Malgré tout, la Chambre de recours, dans sa décision, reconnaît que « *les offices de brevets se trouvent au carrefour entre la science et l'intérêt public* »<sup>537</sup>, d'où l'importance de tenir compte de l'opinion publique. Les sondages et enquêtes s'avèrent des procédés utiles et nécessaires tant qu'ils sont analysés avec circonspection. Par rapport à cette problématique, il serait possible de prendre cet aspect en considération dans le processus de brevetabilité, mais de manière indirecte, par un rôle « guide » des comités d'éthique.

---

<sup>534</sup> L.A. PAL et J. MAXWELL, *loc. cit.*, note 526, p. 3.

<sup>535</sup> *Ibid.*

<sup>536</sup> *Plant Genetic Systems*, précitée, note 201, pt. 15 des motifs.

<sup>537</sup> *Ibid.*, pt. 18.3 des motifs.

Le troisième élément concerne un concept déjà bien connu et prédominant dans le droit des brevets : l'« *utilitarisme* ». Rappelons que la doctrine utilitariste a pour optique de maximiser le bonheur du plus grand nombre de personnes. Cette approche permet ou devrait permettre de compenser le monopole de la majorité « *en tenant compte de l'intensité avec laquelle les individus ou les différents groupes ressentent leur préférence* »<sup>538</sup>. En ces termes, la philosophie utilitariste n'est pas dépourvue d'une certaine efficacité, mais dans le domaine des brevets, cette conception a tendance à se focaliser uniquement sur les enjeux économiques. De plus, il est à noter que même dans une vision utilitariste où l'intérêt est essentiellement personnel, il est nécessaire de prendre en compte l'ensemble des intérêts particuliers, alors que le système des brevets est clairement et principalement axé sur le propre intérêt de l'inventeur. Cette centralisation court-circuite la philosophie même des utilitaristes, pour lesquels tous les intérêts individuels doivent pouvoir s'exprimer afin de maximiser le résultat ou, selon Smith, arriver à un équilibre social spontané. Ce constat nous ramène encore une fois sur la nécessité d'un processus d'opposition efficace au sein du système des brevets.

Le quatrième élément est relatif à l'« *intérêt commun* », terme exprimé aussi dans ce travail comme l'intérêt public au sens strict. Cette notion désigne l'intérêt de l'ensemble de la communauté en tant que groupe, par opposition, ici, à l'intérêt privé. La problématique autour de ce concept ne réside pas dans l'observation d'une opinion majoritaire, ni même minoritaire, mais dans la volonté de veiller au respect de facteurs préservant l'intérêt de tous. L'on peut citer par exemple les biens communs (eau, air, nature), la stabilité de l'économie, la sécurité, la santé publique, etc.<sup>539</sup> Ce sont donc des éléments essentiels au bon fonctionnement de la communauté. Cette optique est défendue dans une grande partie des législations, sous la désignation de « respect de l'ordre public ». Dans les systèmes de brevets dont nous avons réalisé la comparaison, seule la CBE contient une disposition permettant de répondre à ce problème crucial, même si ces questionnements n'apparaissent théoriquement que dans des situations rares et extrêmes. Comme nous l'avons mentionné auparavant, l'ordre public est bel et bien un mécanisme d'intérêt général.

---

<sup>538</sup> L.A. PAL et J. MAXWELL, *loc. cit.*, note 526, p. 3.

<sup>539</sup> *Ibid.*, p. 4.

Le dernier élément relève de la « *communauté de valeurs* ». Cet aspect de l'intérêt général est à différencier de l'intérêt commun, dans le sens où nous parlons ici d'une caractéristique beaucoup plus essentielle. En effet, le terme « communauté de valeurs » renvoie à un ensemble de valeurs profondes partagées par la société<sup>540</sup>. Mentionnons à titre d'exemple la foi présente dans certaines sociétés ou l'héritage d'un certain bagage culturel ou traditionnel ; autant de paramètres qui vont influencer bon nombre de politiques et de comportements au sein même de cette société<sup>541</sup>. Selon Pal et Maxwell :

*« Aucune communauté politique ne saurait exister sans ces valeurs partagées. Il se peut que ces valeurs ne soient pas celles de tous les membres de la société, mais il n'empêche qu'elles semblent transcender le simple appui de la majorité et qu'elles soient considérées comme une injonction morale ou des canons éthiques qui devraient être partagés, et qui le sont d'ailleurs, par une majorité notable de la population »*<sup>542</sup>.

L'on peut également retrouver cet aspect dans la volonté de protéger une certaine « moralité publique », qui est à distinguer du terme « la morale » pris isolément, que nous avons différencié, au début de notre travail, de la notion d'éthique. La moralité publique peut ainsi se définir comme étant « *la conception socialement reconnue de ce qui est ou non admissible dans une société donnée et en un moment donné* »<sup>543</sup>. Pourtant, cette optique impose la plus grande prudence, nos sociétés tendant à devenir de plus en plus hétérogènes. Malgré tout, toute communauté souhaitant établir un minimum de cohésion doit être fédérée autour de certains principes universels. Naturellement, ceux-ci vont diverger d'un pays à un autre, d'où une difficulté accrue de retrouver les mêmes valeurs au sein des vingt-sept pays membres de l'Union européenne. Il est toutefois possible de se rassembler autour de valeurs communes reconnues par chaque pays européen ; nous faisons référence ici à la Charte des droits fondamentaux<sup>544</sup>. Cependant, ces droits fondamentaux doivent être

---

<sup>540</sup> *Ibid.*

<sup>541</sup> *Ibid.*

<sup>542</sup> *Ibid.*

<sup>543</sup> Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?* Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 42.

<sup>544</sup> La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (2000/C 364/01) bien qu'elle n'ait pas de valeur contraignante, rassemble pour la première fois l'ensemble des droits et des valeurs communes des citoyens européens ou personnes vivant sur le territoire européen dans un seul texte. D'ailleurs la première

abordés avec circonspection, car ils comportent une grande diversité de droits qui, s'ils sont jugés essentiels, ne sont pas forcément à prendre dans le sens de « *valeurs morales de la société* »<sup>545</sup>. Dans le système des brevets européen, ces valeurs partagées trouvent leur résonance à travers la notion de bonnes mœurs retenue à l'article 53 a) CBE, qui est ainsi le garant de leur respect. Même si son application doit demeurer restrictive et exceptionnelle, encore faut-il qu'elle soit adéquate et dans ce cas, cette tâche peut paraître inadaptée au regard des seuls fonctionnaires des offices des brevets.

Ces cinq visions détaillées individuellement doivent à présent être analysées et évaluées dans leur ensemble, afin de mettre en évidence la notion globale d'intérêt général de la manière la plus précise possible. Le défaut d'observation d'un seul de ces aspects induit inévitablement un déséquilibre, que ce soit lors du processus législatif ou au cours de la mise en œuvre des textes de loi. Force est ainsi de constater, à la lumière de cette analyse, que le droit des brevets pêche à remplir certains de ces critères. Dans une perspective européenne, un effort a pourtant été réalisé en vue de maintenir un certain équilibre entre les différents intérêts en jeu, même si des lacunes subsistent dans la pratique. Toutefois, tant l'article 53a) de la CBE que la possibilité laissée à quiconque de faire opposition ouvrent la voie à l'expression d'autres types d'intérêts que ceux du postulant au brevet. La bonne détermination des valeurs partagées, la prise en considération de l'opinion publique et la problématique de la « *patent community* » restent des enjeux de taille auxquels une solution doit être apportée, notamment dans une perspective de brevet communautaire. Quant aux États-Unis et au Canada, leurs régimes des brevets dénotent une insuffisance de prise en compte des intérêts divergents, d'où un risque accru de rejet ou de manque de reconnaissance vis-à-vis du système. Plus spécifiquement, les États-Unis se retrouvent dans une situation où il incombe au Congrès d'agir pour pouvoir remanier le régime des brevets, étant donné que toutes les autres options ont été clairement retirées. Le Canada, lui, manifeste une prise de conscience du problème, que ce soit par les juges de la Cour suprême ou par le CCCB. Dès lors, il est toujours possible d'envisager la question en

---

phrase du préambule décrit bien l'esprit de la Charte : « *Les peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes.* »

<sup>545</sup> Dans la définition des droits fondamentaux de Cornu, il est précisé justement que ces droits comprennent un « *amalgame créant une ambiguïté fondamentale en raison de la subjectivisation qui enveloppe ces "droits et libertés" dont beaucoup sont au premier chef des principes de droit objectif et de véritables institutions, des choix de société en amont des droits individuels qui en découlent [...]. D'où la diversité des définitions d'un terme instrumentalisé en mot-valise fourre-tout.* » Gérard CORNU, *op. cit.*, note 260, s.v. « droits fondamentaux ».

partant du principe que les institutions se doivent de respecter leurs autres engagements, telle la *Charte canadienne des droits et libertés* qui pourrait annuler l'octroi de certains brevets éthiquement problématiques<sup>546</sup>. Cependant, comme nous l'avons vu dans la décision *Harvard College c. Canada*, cette approche semble plus que périlleuse si l'on s'attache à l'opinion des juges, et laisse la loi sur les brevets sans moyen explicite d'agir dans de tels cas, même si ceux-ci peuvent être considérés comme rares et exceptionnels. Enfin, tant les États-Unis que le Canada auraient fortement besoin que soit introduite une procédure d'opposition, ce qui permettrait l'expression d'intérêts autres que celui du demandeur du brevet. Quoi qu'il en soit, en la matière, si l'on souhaite disposer d'une législation équilibrée – à défaut de vouloir réinventer le droit des brevets –, il est nécessaire de tenir compte de l'ensemble des intérêts en présence, d'autant plus dans un contexte politique qui se veut libéral. Ainsi, que nous ayons une vision immanente ou transcendante de l'intérêt général, une régulation appropriée doit répondre à certains standards.

En résumé, la notion d'intérêt général sert à vérifier l'équilibre au sein d'un système juridique. Elle consiste en un mode de hiérarchisation verticale des intérêts. Les droits fondamentaux correspondent aux droits ressentis ou considérés comme essentiels par une société donnée ; s'ils ont un caractère primordial, ils ne possèdent pas de rang les uns par rapport aux autres. Nous parlons souvent de l'aspect « horizontal » des droits fondamentaux dont la propriété intellectuelle fait partie. L'ordre public est un concept permettant de protéger la vie en communauté, les éléments qui maintiennent sa cohésion. Les intérêts en jeu sont évalués en fonction de paramètres plus précis ; il y a donc une dimension concrète. La notion de bonnes mœurs réunit un courant ou un ordre d'idée largement partagé au sein d'une communauté. L'identification de ces valeurs collectives s'opère en faisant ressortir ce courant idéologique qui se propage dans la société, au-delà d'une majorité ou d'un groupe particulier. Ici, nous pouvons parler d'une dimension plus irrationnelle (sans forcément tendre vers un sens négatif). Ainsi, la propriété intellectuelle, ou plus particulièrement ici le droit des brevets, met en oeuvre un droit fondamental. Mais comme dans tous les autres droits fondamentaux, des restrictions peuvent apparaître, des conflits peuvent survenir avec d'autres formes de droit. Dans certains cas particuliers, il est donc important que la possibilité soit laissée de limiter, voire de refuser l'octroi des brevets, afin d'atteindre ou de

---

<sup>546</sup> Point de vue du juge Binnie dans l'affaire *Harvard College c. Canada*, précitée, note 458, par. 54.

maintenir l'équilibre défendu par l'intérêt général et les concepts d'ordre public et de bonnes mœurs qui en constituent les mécanismes.

Mais à ce stade, bien qu'il soit entendu que les notions d'ordre public et de bonnes mœurs sont à considérer comme faisant partie de l'articulation de l'intérêt général, il subsiste toujours une ambiguïté en raison de leur caractère variable. Voilà pourquoi nous allons, dans les paragraphes suivants, tenter d'apporter des précisions sur le contenu et le champ d'application des éléments clefs de ces concepts, présents dans les dispositions d'ordre éthique.

## **B. Portée des notions éthiques**

L'analyse des articles consacrés aux exclusions d'ordre éthique dans le droit des brevets fait apparaître clairement une articulation autour d'un même modèle, une reprise des mêmes notions indéterminées. Qu'il s'agisse de l'article 53 a) de la CBE, de l'article 6 paragraphe 1 de la Directive, de l'article 1709 paragraphe 2 ALENA ou de l'article 27-2 ADPIC, le point de convergence se retrouve incontestablement dans la formulation similaire. Pour ces raisons, nous allons examiner de plus près l'imbrication de ces notions ainsi que la méthode juridique à appliquer lors de leur intervention. Toutefois, cette analyse restera étroitement liée à la pratique de l'OEB, un des seuls organismes à mettre à disposition une jurisprudence appuyée en la matière. Pour commencer, nous allons étudier plus précisément les notions d'ordre public et de bonnes mœurs, pour aboutir sur la notion cadre qui délimite leur portée, il s'agit de la notion d'exploitation commerciale.

### **1. Les notions cadres d'ordre public et de bonnes mœurs**

Le but de cette section ne consiste pas à redonner une définition de l'ordre public et des bonnes mœurs, mais plutôt à décrire leur rapport vis-à-vis de l'intérêt général, à éclaircir la méthode à utiliser lors de leur analyse et aussi à déterminer leur rôle et leur perspective.

Comme nous l'avons vu, ces deux notions doivent être examinées séparément, car bien qu'elles constituent des mécanismes de l'intérêt général, leur domaine de compétence s'applique dans des disciplines sensiblement différentes.

Tout d'abord, *l'ordre public* est un concept impliquant plusieurs éléments aussi divers que la protection de l'environnement, la sécurité des membres de la société, le maintien de la stabilité etc. Plus généralement, l'ordre public, comme le dit Bergmans, « ne concerne que ce qui est considéré comme indispensable au maintien de l'organisation sociale »<sup>547</sup>. Dans cette optique, il est possible de le rapprocher d'une autre notion évoquée plus haut : l'« intérêt commun ». Apparemment, cette vision corrobore celle de l'OEB, à en juger par la définition de l'ordre public énoncée dans l'affaire T 356/93 (*Plant Genetic Systems*)<sup>548</sup>. À ce stade, il semble qu'il soit plus aisé de trouver une base commune de ces notions dans les différents pays européens. Elles induisent en effet une dimension morale récurrente, en raison du critère de vie en société. Cependant, cet aspect doit être relativisé, même si véritablement, le concept d'ordre public peut englober ou servir à la défense d'une certaine moralité<sup>549</sup>. Dès lors, il faut garder à l'esprit que les articles d'exclusion d'ordre éthique mettent sur un pied d'égalité les notions d'ordre public et de moralité (ou bonnes mœurs), d'où la différence d'analyse lors de leur application. Que l'ordre public puisse englober une dimension comme la moralité est assez compréhensible. Par exemple, lorsqu'il est porté atteinte à la moralité telle qu'elle est communément admise, l'acte répréhensible en question peut causer une instabilité ou une insécurité au sein de la société. Ainsi, ces deux notions à la différence subtile peuvent interagir l'une par rapport à l'autre. Face à ce constat, la mise en application de ce concept dans une situation particulière implique de prendre en compte l'ensemble des facteurs liés à ce cas spécifique. Il peut s'agir de l'utilité de l'invention pour l'humanité, de l'impact environnemental, des souffrances infligées aux êtres concernés par l'invention, de la sécurité publique, etc. Tous ces éléments doivent être évalués équitablement dans le processus de décision. Comme il a été observé, mettre en balance les intérêts en jeu semble être le choix le plus approprié au principe du maintien de l'ordre public.

---

<sup>547</sup> Bernard BERGMANS, *op. cit.*, note 499, p. 149; voir aussi Alain PLANTY, « Définition et principes de l'ordre public », dans Raymond POLIN (dir.), *L'ordre public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 28.

<sup>548</sup> *Plant Genetic Systems*, précitée, note 201, pt. 5. des motifs.

<sup>549</sup> Voir la définition dans Gérard CORNU (dir.), *op. cit.*, note 260, s.v. « ordre public ».

Cependant, une telle analyse se heurte à un problème majeur : il faut pouvoir déterminer de manière suffisamment précise l'impact de l'invention sur les différents éléments cités, en laissant tout jugement de valeur, toute réflexion subjective en dehors du processus (du moins dans le cas de la notion d'ordre public). Pour cela, il est nécessaire de s'appuyer sur des faits concrets. Mais en matière de brevets, la difficulté tient au fait que ce domaine concerne justement des nouveautés, des innovations. L'invention à ce stade est censée être inconnue du public ; elle n'a été soumise à aucune étude ou enquête quant à son contenu ou son éventuelle exploitation. Toutefois, les recherches et les résultats obtenus lors du développement et de l'élaboration de l'invention peuvent servir de socle sur lequel va se fonder la décision d'octroi du brevet, même s'il peut être objecté que le demandeur évitera de révéler des éléments défavorables. Nous avons affaire ici à l'aspect restreint du droit des brevets et à la nécessité de ne pas centraliser toute la problématique sur l'obtention d'un brevet. Dans ce genre de situation, les politiques réglementaires sont plus aptes à fournir une réponse efficace et adaptée, bien que, parfois il puisse être constaté des lacunes et un manque de réaction de la part des autorités. Nous pourrions être tentés de dire qu'il n'est pas du ressort des brevets d'intervenir à ce niveau, mais en soi, la problématique porte plutôt sur une question de moyens et d'opportunités lorsqu'une telle situation survient.

En amont, au stade du développement de l'invention, nous retrouvons les interrogations liées à l'éthique. Le droit des brevets ne peut pas agir à ce moment-là, étant donné que lors de la demande de brevet, les recherches ont déjà été menées. À ce niveau, on parle plutôt de la responsabilité sociale des scientifiques et de leurs obligations<sup>550</sup>. Néanmoins, des auteurs comme Dolder et Moufang soutiennent que l'élaboration de l'invention devrait, pour des raisons d'efficacité, rentrer dans le champ d'application de l'article 53 a)<sup>551</sup>. Cependant, une telle optique nécessiterait une modification de l'article. En réalité, faire ressortir ce type de possibilité s'avérerait réellement complexe, dès lors que les exclusions d'ordre éthique se limitent à l'« exploitation » ou à l'« exploitation commerciale » de l'invention. Nous pourrions bien sûr réfléchir à un système de label incluant des conditions qui, si elles n'étaient pas remplies, interdiraient à l'inventeur de déposer une demande de brevet.

---

<sup>550</sup> Jean-François SÉNÉCHAL, Lyne LÉTOURNEAU et Thomas DE KONINCK, « Manifestations de la responsabilité sociale des chercheurs à travers l'éthique de la recherche », dans Lyne LÉTOURNEAU (dir.), *Bio-ingénierie et responsabilité sociale*, Montréal, Thémis, 2006, p. 91 et suiv.

<sup>551</sup> Voir Charles JOYE, *op. cit.*, note 263, p. 250 et 257.



D’ailleurs, Bagley évoque l’« éligibilité au brevet » avant de parler de la brevetabilité<sup>552</sup>. En effet, la mise en œuvre d’un tel critère présenterait au moins l’avantage de replacer bon nombre de questions éthiques, mal situées au niveau des brevets, dans leur contexte réel. Cependant, selon les docteurs Maureen et Samuel Condic :

*« When it comes to morals, the key insight to remember is that scientific research is about the possible, not about the ethical or the good. As such, scientific evidence can inform society whether something can, at this point in time, be done and [...] can predict whether it is probable something will be done in the future, but science is inherently silent on the topic of whether it should be done. In other words, a scientist, qua scientist is no better equipped to weigh-in on the moral implications of some new technology by virtue of his scientific training than is any other person. Indeed, scientists are, in many respects, uniquely un-suited to make moral judgments—precisely due to their focus on the possible. »*<sup>553</sup>

Néanmoins, s’il existe des moyens de preuve extérieurs suffisants permettant de conclure à une violation de l’ordre public lors du processus d’octroi du brevet, l’office ou le tribunal compétent se doit d’en tenir compte, bien que cela puisse paraître peu probable. Mais au vu de l’étude des différentes décisions rendues à ce jour, il peut être établi que sous l’angle du respect de l’ordre public, les risques et les avantages relatifs à une invention doivent se rechercher essentiellement dans la description de celle-ci, ainsi que dans ses revendications. En effet, son contenu présente les résultats des recherches ayant justement amené l’invention à faire l’objet d’une demande de brevet. Par exemple, dans l’affaire T 19/90 (*Oncosouris/Harvard*), le degré de souffrance animale a été établi dans le descriptif même de l’invention, étant donné qu’il s’agissait d’un processus favorisant le développement d’une forme de cancer. De même, l’aspect bénéfique qui en est ressorti était que l’innovation se posait en tant qu’instrument de recherche contre le cancer. Ce fut le cas également dans la décision T 356/93 (*Plant Genetic Systems*), où les risques et inconvénients figuraient dans l’explication de l’invention elle-même.

---

<sup>552</sup> Margo A. BAGLEY, « A Global Controversy : The Role of Morality in Biotechnology Patent Law », (2007) *University of Virginia Legal Working Paper Series, Public law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper 57*, p. 330.

<sup>553</sup> Maureen L. CONDIC et Samuel B. CONDIC, « The Appropriate Limits of Science in the Formation of Public Policy », (2003) 17 *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y* 157, 161-162.

Par conséquent, une fois déterminés les inconvénients et les avantages, l'étape suivante consiste à les mettre en balance. Mais sur le plan de l'ordre public, un effet positif ne suffit pas à contrecarrer tous les effets négatifs. Encore faut-il qu'il soit d'une certaine importance. C'est dans cette optique qu'intervient le principe de proportionnalité. Selon Nozaradan, « *le principe de proportionnalité, [...], vise la mise en œuvre "optimale" du système au sein duquel il est appelé à intervenir* »<sup>554</sup>. À ce sujet, il est possible d'adopter plusieurs approches. Par exemple, nous pouvons parler de comparaison algébrique de données mesurables ; il est question ici de rapport de quantité dont la résolution se fait de manière formelle. Mais dans notre situation, les données ne sont pas forcément mesurables et mettent en rapport des choses qui sont différenciées à la fois par leur quantité et leur qualité<sup>555</sup>. On retrouve aussi d'autres expressions liées au principe de proportionnalité, tel le « bilan coût/avantage » ou le « bilan avantage/inconvénients ». Dans le cadre de l'OEB, il est également question de « la pesée des intérêts » ou de « la mise en balance des intérêts ». Nous n'avons nullement pour but d'analyser toute l'essence du principe de proportionnalité ; nous souhaitons par contre le mentionner comme étant un instrument démocratique nécessaire et utile aux institutions dans leur prise de décision. Muzny, à ce propos, déclare : « [...] *la pratique de la proportionnalité est nécessaire dans une société démocratique. Elle est nécessaire dans une société démocratique précisément parce qu'elle a pour but de consacrer le standard de comportement nécessaire conforme au cadre sociétal au sein duquel il s'inscrit : "un régime politique véritablement démocratique"* »<sup>556</sup>. D'autant plus que le système des brevets met en relation des droits fondamentaux introduits et protégés dans l'intérêt général et pouvant, selon les circonstances, entrer en conflit les uns avec les autres.

À ce stade, il est intéressant d'utiliser le raisonnement juridique employé dans la Constitution suisse lors de l'application du principe de proportionnalité en raison de

---

<sup>554</sup> Christine NOZARADAN, *loc. cit.*, note 508, p. 467.

<sup>555</sup> Petr MUZNY, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, t.1, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 24.

<sup>556</sup> *Ibid.*, p. 659.

restrictions des droits fondamentaux<sup>557</sup>. Transposée au domaine des brevets, cette approche amène trois questions : 1) L'invention est-elle apte à réaliser le but poursuivi (dans l'optique des aspects bénéfiques) ? 2) L'invention dans son état actuel préserve-t-elle le plus possible les éléments protégés par l'ordre public (par là, nous visons une certaine subsidiarité dans la revendication de l'invention) ? 3) La proportionnalité proprement dite est-elle respectée (comparaison entre la gravité de l'atteinte au droit privé – obtention du brevet – et l'intérêt public défendu) ? En d'autres termes, l'invention peut-elle satisfaire aux différents intérêts mis en opposition sous la forme décrite (par exemple une reformulation ou une réduction des revendications pourrait satisfaire cette condition) ? Dans le cas où les trois réponses sont positives, l'invention passe le « test éthique », ou ce que l'OEB appelle une « véritable » objection, selon l'article 53 a) CBE. Un tel processus est facilement intégrable dans un système de brevets, en vue de la sauvegarde de l'intérêt général, car il représente un moyen d'analyse reposant sur des éléments concrets : il s'agit d'une approche que l'on pourrait qualifier de « scientifique ».

En ce qui concerne la notion de *bonnes mœurs*, étant donné qu'elle a pour principal but la protection de la moralité publique, elle est beaucoup plus étroite. Elle se focalise essentiellement sur l'action humaine en soi, sur son aspect positif ou négatif sur une certaine conduite de vie. À l'heure actuelle, la portée de ce concept n'a plus rien à voir avec celle qui prévalait pendant le XIXe siècle par exemple, où les convenances et apparences sociales pesaient telle une chape de plomb sur la société. Celles-ci étaient surtout centrées sur des questions de sexualité, où le caractère secret, hétérosexuel et non dépourvu de finalité reproductive était considéré comme prédominant<sup>558</sup>. Ainsi, les demandes de brevets qui s'avéraient rejetées sur cette base concernaient par exemple des méthodes contraceptives. De nos jours, le principe des bonnes mœurs tend à se vider de plus en plus de son essence, dans nos sociétés libérales où l'éthique porte davantage sur la défense de l'ordre public et la juste répartition des droits fondamentaux. L'explication de cette évolution réside dans la place primordiale accordée aujourd'hui au libre choix. En effet, l'État n'a pas à dicter les comportements des personnes, dès lors qu'elles agissent dans la sphère privée. Cela ne signifie pas pour autant que la morale soit absente à ce niveau ; il est

---

<sup>557</sup> Tristan ZIMMERMANN, « Le noyau intangible des droit fondamentaux : La quête d'une définition », dans Eleanor CASHIN RITAINE et Elodie MAÎTRE ARNAUD, *Notions cadres, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Genève, Schulthess, 2008, p. 299.

<sup>558</sup> Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, *op. cit.*, note 543, p. 34.

plutôt question ici de morale privée ou de déontologie. Malgré tout, la nécessité de préserver une certaine moralité publique par l'intermédiaire d'un contrôle social demeure d'actualité. Bien que dans notre époque moderne, le libre choix apparaisse comme une évidence, il est légitime de s'interroger sur les dangers d'une société où l'intérêt individuel règne en maître et où aucune réflexion constructive n'est entreprise sur les valeurs communes nécessaires à une certaine cohésion sociale.

Toutefois, même si le principe des bonnes mœurs tel qu'on le connaissait aux siècles précédents est relégué dans les limbes du passé, cette notion tend à rester centrée sur le rapport de l'individu à son corps<sup>559</sup>. Sous l'angle de l'analyse de l'intérêt général, les bonnes mœurs se retrouvent dans la notion de « communauté de valeurs » que nous avons évoquée plus haut. La problématique inhérente à cette approche concerne son aspect essentiellement subjectif, sujet à changement selon les cultures, les opinions ou le temps. À notre avis, cette notion doit donc être appréciée avec prudence lors de son application, et nécessite que soient prises en compte les valeurs qui ont le plus grand dénominateur commun. Dans cette perspective, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, la *Convention européenne des droits de l'homme*, la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que la Constitution américaine représentent les fondations sur lesquelles se construisent et se retrouvent les valeurs communes partagées par les membres des différentes communautés. Elles constituent donc le point de départ de l'analyse du concept des bonnes mœurs. Cependant, cet examen ne suffit pas à lui seul à cerner la moralité ambiante, car ces conventions contiennent, rappelons-le, de nombreuses autres notions sujettes à interprétation, ainsi que différents droits fondamentaux pas forcément appréhendés dans un tel cadre.

C'est ici qu'intervient le juge, « oracle des mœurs », dans la détermination de ce principe « coutumier » et « évolutif »<sup>560</sup>. Cependant, comment ce magistrat peut-il évaluer un critère de moralité commune lors de sa prise de décision ? Il lui est impossible de se remettre arbitrairement sur son opinion personnelle. Il ne peut pas non plus s'en remettre à la simple application littérale des lois, vu que celles-ci le lient justement au devoir de les interpréter selon les cas. Le recours à une liste non exhaustive d'inventions non brevetables, telle

---

<sup>559</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>560</sup> Voir la définition dans Gérard CORNU (dir), *op. cit.*, note 260, s.v. « bonnes mœurs ».

qu'elle existe dans la Directive et est reprise dans le règlement d'exécution de la CBE, donne au juge une base sur laquelle appuyer son raisonnement par analogie. Mais à notre avis, cette démarche est incomplète, car le magistrat serait amené à supposer que deux inventions partageant plus ou moins les mêmes caractéristiques auraient les mêmes effets. Il n'en demeure pas moins que déterminer des notions telles que la moralité ambiante, les valeurs communes comporte une grande part de subjectivité.

Il est ainsi nécessaire de sonder l'opinion publique du moment, car comme nous le savons, les réglementations évoluent beaucoup moins rapidement que les mœurs<sup>561</sup>. C'est en matière de sondage, d'enquête d'opinion publique et de valeurs partagées que le rôle des instances d'éthique peut s'avérer très utile, tant dans l'élaboration des législations que lors de jugements confrontés à certains cas particuliers. Cependant, lorsqu'une telle question se pose, le « test éthique » doit être beaucoup plus restrictif que celui de l'ordre public. Cette approche implique que l'invention soit fortement perçue comme étant intolérable et rejetée par la société concernée. Une telle démarche est nécessaire, car elle permet de contourner le piège qui consiste à ne retenir que des idéologies propres à certains membres de la communauté, ce qui créerait indubitablement plus de tensions que de sérénité. C'est dans cette optique qu'il est intéressant d'opérer une distinction entre l'« intérêt public », qui s'incarne dans la protection d'une moralité publique, et l'« intérêt collectif », qui est propre à certains groupes souhaitant protéger leur conception de la moralité.

Il convient ici de clarifier les critiques émises au sujet des tests réalisés par l'OEB, et plus particulièrement, eu égard au sujet qui nous intéresse, sous l'angle des bonnes mœurs. L'on s'aperçoit ainsi qu'il existe une certaine confusion sur l'essence même des tests éthiques. Par exemple, Bagley fait mention de trois tests : le test de la mise en balance des intérêts<sup>562</sup> ; le test de l'« inacceptabilité »<sup>563</sup> (« *unacceptability* » test) ; et le test de la « répugnance publique »<sup>564</sup> (« *public abhorrence* » test)<sup>565</sup>. D'autres auteurs, pour leur part,

---

<sup>561</sup> L'utilisation de méthodes empiriques pour déterminer ces valeurs communes afin d'éliminer la grande part de subjectivité de cette notion est partagée par des auteurs comme Drahos et Warren-Jones. Voir Peter DRAHOS, *loc. cit.*, note 172, p. 447-448 ; Amanda WARREN-JONES, « Identifying European Moral Consensus: Why are the Patent Courts Reluctant to Accept Empirical Evidence in Resolving Biotechnological Cases? » (2006), 25 *E.I.P.R.* 26.

<sup>562</sup> Tiré de la décision *Harvard/Onco-souris*, précitée, note 288.

<sup>563</sup> Tiré de la décision *Plant Genetic Systems*, précitée, note 201.

<sup>564</sup> Tiré de la décision *Relaxin/HOWARD FLOREY INSTITUTE*, précitée, note 303.

<sup>565</sup> Margo BAGLEY, *op. cit.*, note 552, p. 332.

ne prennent en compte que deux tests : celui de l' « inacceptabilité » et de la « répugnance publique » ; le test de la mise en balance des intérêts étant inclus dans le cadre du test de l' « inacceptabilité », augmentant ainsi ce risque de confusion<sup>566</sup>. Il nous semble nécessaire de rappeler que le test de la mise en balance des intérêts concerne, comme nous avons tenté de le démontrer, la mise en application de la notion d'ordre public. Quant aux tests de l'inacceptabilité ou de la répugnance publique, ils se rapportent à la mise en œuvre de la notion de bonnes mœurs. La critique à l'encontre de ces deux derniers tests porte sur le fait qu'ils sont « inconciliables » (« *irreconcilables* »), car si un brevet peut ne pas être considéré comme *répugnant*, il peut toujours être vu comme *inacceptable*<sup>567</sup>. À notre avis, ce raisonnement implique de subtiles distinctions terminologiques, alors qu'en réalité, celles-ci ne sont pas vraiment utiles, les bonnes mœurs constituant déjà une notion bien assez complexe. En effet, peu importe qu'une invention soit perçue comme « répugnante », « inacceptable » ou « universellement scandaleuse » ; ce sont des termes à peu près équivalents ; l'essentiel est que l'invention soit perçue comme intolérable aux yeux du public. Nous pensons que le but de l'OEB n'était pas de proscrire un test plus rigoureux qu'un autre, mais plutôt d'exprimer le caractère strictement restreint du test éthique lié à la notion de bonnes mœurs lors de son application à un cas particulier. Autrement dit, le problème de l'OEB a été de trouver un courant qui s'inscrirait, au-delà d'une simple majorité, dans le rejet d'une invention sur la base du respect des bonnes mœurs. Des exemples comme les mines antipersonnel ou les lettres piégées sont particulièrement révélateurs de la quasi-unanimité qui règne dans l'opinion publique au sujet de la violation du principe des bonnes mœurs, même si l'exclusion de ces « inventions » peut aussi se fonder sur une entorse faite à l'ordre public (sécurité, stabilité, etc.).

Un autre exemple, qui démontre l'aspect beaucoup plus strict du test relatif aux bonnes mœurs, est à rechercher dans l'affaire T 1374/04 (*Cellules souches/WARF*)<sup>568</sup>, où le requérant demandait justement que son invention soit jugée sur « une mise en balance » des intérêts selon le test de l'ordre public. Son choix était motivé par la plus grande amplitude de ce dernier, car il fait intervenir plusieurs intérêts ou droits fondamentaux en les évaluant

---

<sup>566</sup> Voir Amanda WARREN, « A Mouse in Sheep's Clothing : The Challenge to the Patent Morality Criterion Posed by "Dolly" », (1998) 20 *E.I.P.R.* 445; Donna M. GITTER, « Led Astray by the Moral Compass: Incorporating Morality into European Union Biotechnology Patent Law », (2001) 19 *Berkeley J. Int'l L.* 1, 21.

<sup>567</sup> Amanda WARREN, *loc. cit.*, note 566, 445.

<sup>568</sup> *Cellules souches/WARF*, précitée, note 365.

les uns par rapport aux autres. Cependant, dans ce cas particulier, nous pouvons dénoter une tendance à considérer cette question plutôt sous l'angle des bonnes mœurs. D'ailleurs, il est possible de percevoir, dans la décision intermédiaire de la Chambre de recours, l'expression de cette nuance :

*« La Chambre doute qu'il soit éthiquement acceptable, lorsque la vie humaine est en cause, de prendre une décision en pesant, d'une part, les intérêts d'êtres humains potentiellement susceptibles de bénéficier de l'exploitation de la technologie en cause et, d'autre part, un éventuel droit des embryons humains (qu'ils puissent ou non déjà être qualifiés d'êtres humains) à voir le jour et à ne pas être détruits au profit d'autrui. »<sup>569</sup>*

On peut clairement constater le refus d'une approche dite « scientifique » dans la résolution de questions touchant aux bonnes mœurs. En effet, si l'on se plaçait uniquement sous l'optique de l'ordre public, les effets bénéfiques pourraient primer sur l'aspect négatif matérialisé par la destruction des embryons lors de l'exploitation de l'invention. Pour autant, faut-il considérer les embryons comme des titulaires d'un droit à la vie ? La question reste posée et nécessite qu'un débat soit ouvert, même si les positions à ce sujet sont souvent inconciliables.

Mais la grande interrogation en matière de moralité publique réside dans la détermination de ce que l'OEB appelle le « consensus prédominant » (« *overwhelming consensus* »). Beyleveld et Brownsword parlent, quant à eux, de « *critical cultural morality* » des États contractants – approche à ne pas confondre avec les théories de la moralité (théories de Locke, de Kant, de l'utilitarisme), la moralité personnelle de l'examineur et aussi ce qu'ils nomment la « *cultural morality* » des États contractants. Dans ce dernier cas, les auteurs désignent l'opinion publique ambiante régnant dans les États, considérée comme trop pesante car elle nécessiterait des sondages et des procédures – ce que Drahos appelle, en reprenant la distinction faite par Braithwaite, des « attitudes » appelées à changer rapidement<sup>570</sup>. La « *critical cultural morality* », quant à elle, consiste à repérer la pierre

<sup>569</sup> *Ibid.*, pt. 55 des motifs.

<sup>570</sup> Peter DRAHOS, *loc. cit.*, note 172, 447; voir aussi John BRAITHWAITE, « Community Values and Australian Jurisprudence », (1995) 17 *Sydney Law Review* 351, 354.

angulaire des engagements moraux (« *cornerstone moral commitments* ») pris par les États contractants ; c'est-à-dire à cerner leurs engagements communs avec, comme nous l'avons mentionné précédemment, des textes tels que la CEDH ou la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Tous ces éléments fourniraient les caractéristiques principales de la moralité publique. Ainsi, l'article 53 a) CBE pourrait être vu comme l'équivalent de la Charte des droits de l'homme au sein du droit des brevets<sup>571</sup>. Ce raisonnement est en grande partie valable car, rappelons-le, il est nécessaire que la communauté se retrouve autour de valeurs communes qui, en raison de la très forte hétérogénéité de nos sociétés, doivent émerger d'un courant dépassant les majorités, groupes ou autres. Ces valeurs peuvent être « cartographiées » à travers les textes de droits fondamentaux ou la Constitution. Ainsi, malgré un effacement du principe des bonnes mœurs dans leur connotation passée, l'on assiste à leur renouveau par le biais des concepts de dignité de la personne humaine et du droit à la vie, qui restent toutefois liés d'une certaine manière au rapport de l'homme avec son corps.

Cependant, nous voyons une limite à ce raisonnement. Nous contestons le fait que la détermination de la moralité publique réside dans la proportionnalité, comme dans le cas de l'ordre public, par une « pesée » des différents intérêts en jeu<sup>572</sup>. De plus, l'affirmation selon laquelle les sondages et enquêtes d'opinion organisés en vue de déterminer la « *cultural morality* » sont tout simplement des éléments « encombrants » dans cette problématique semble omettre des moyens sans doute très utiles dans une recherche de solutions. Tout d'abord, il est clair que lorsque nous nous retrouvons face à des droits fondamentaux mis en conflit, une réflexion fondée sur le principe de proportionnalité fait partie des outils nécessaires. Toutefois, dans le domaine des bonnes mœurs, nous sommes confrontés à des perceptions qui, bien qu'elles ne soient pas forcément rationnelles, n'apportent pas forcément de mauvaises solutions. La part de subjectivité qu'implique cette notion reste très forte, et de cette absence de méthode probante, il découle que la recherche d'une explication s'opère sur des bases métaphysiques ou religieuses. La problématique de la préservation d'une certaine image de l'homme et de son propre respect, la protection de la vie à ses différentes étapes sont autant d'interrogations dont les réponses ne peuvent

---

<sup>571</sup> Deryck BEYLEVELD et Roger BROWNSWORD, « Patenting Human Genes: Legality, Morality, and Human Rights », dans J.W. HARRIS (dir.), *Property Problems: From Genes to Pension Funds*, London, Kluwer Law International, 1997, p. 13.

<sup>572</sup> *Ibid.*, p. 22.



émerger que d'un débat et d'un consensus social. De plus, le principe de proportionnalité ne tient que très difficilement dans le cas des bonnes mœurs, car nous touchons là au noyau dur de ces valeurs communes. Parvenir à un accord s'avère donc nécessaire (nous pouvons par exemple noter que l'interdiction du clonage se retrouve dans la Charte des droits fondamentaux, contrairement à l'interdiction d'utiliser des embryons). N'oublions pas également que ces valeurs partagées sont le résultat d'un consensus obtenu au sein même des membres d'une société ou des États contractants. Elles sont exprimées en des termes qui se veulent larges par définition. Donc, déterminer leur contenu uniquement sur le principe de la proportionnalité relève d'un raisonnement purement subjectif (ce que les juristes appréhendent fortement). Afin d'atténuer cette subjectivité, nous pensons qu'il est nécessaire de tenir compte de l'opinion publique (« *cultural morality* ») en réalisant des sondages ayant pour objet des questionnements importants. Par exemple, la problématique relative aux embryons et à leur droit à la vie reste très controversée<sup>573</sup>, bien qu'à ce propos, des valeurs communes soient énoncées dans différents textes. Dans la décision T 1374/04 (*Cellules souches/WARF*), la Chambre de recours semble exprimer un avis personnel sur sa conception de l'utilisation d'un embryon plutôt qu'un raisonnement résultant d'une réflexion basée sur une enquête<sup>574</sup>. Sur ce point, il conviendrait de recourir à une instance d'éthique neutre capable de mener les recherches et les débats publics nécessaires afin de guider de manière éclairée les autorités décisionnelles et parvenir enfin à un consensus sur ces questions cruciales.

Concernant la liste des exemples d'inventions exclues de la brevetabilité, nous avons vu que les cas s'y rapportant sont écartés *ipso facto*<sup>575</sup>. Que ce soit dans la Directive européenne ou dans le règlement d'exécution de la CBE, les cas exposés dans la liste sont les mêmes et leur exclusion repose essentiellement sur des critères moraux<sup>576</sup>, sauf pour le dernier exemple qui reprend le test de la mise en balance des intérêts sous une forme plus restrictive<sup>577</sup>. En effet, qu'il s'agisse de procédés de clonage, de la modification de l'identité germinale de l'être humain ou de l'utilisation industrielle des embryons humains, toutes ces inventions sont ici jugées sur un ensemble de valeurs communes qui tendent à

<sup>573</sup> Stephen R. CRESPI, « The Human Embryo and Patent Law : A Major Challenge Ahead ? », (2006) 28 *E.I.P.R.* 569, 575.

<sup>574</sup> *Cellules souches/WARF*, précitée, note 365, pt. 55 des motifs.

<sup>575</sup> Cf. partie II. A. 3. d).

<sup>576</sup> Article 6 par. 2 a), b), c) de la Directive 98/44/CE, règle 28 a), b), c) CBE.

<sup>577</sup> Article 6 par. 2 d) de la Directive 98/44/CE, règle 28 d) CBE.

rejeter leur brevetabilité<sup>578</sup>. Ces techniques peuvent, dans un avenir plus ou moins proche, être parfaitement banalisées, acceptées par la société et même vues comme bénéfiques sous un certain angle ; à partir de là, elles pourront être soumises au test de l'ordre public. Ainsi, il faut garder à l'esprit qu'une telle liste est sujette à changement selon les époques et que, par conséquent, elle doit pouvoir être modifiée le cas échéant<sup>579</sup>.

À ce stade de notre étude, il convient de déterminer l'ampleur avec laquelle les notions d'ordre public et de bonnes mœurs vont s'appliquer à l'invention faisant l'objet d'une demande de brevet. Pour cela, nous allons expliciter, dans la section suivante, l'expression « exploitation commerciale », élément clef de cette problématique.

## 2. La notion d'exploitation commerciale

La notion d'exploitation commerciale est à analyser de près. En matière d'exclusions éthiques, la référence à l'exploitation commerciale de l'invention, et non plus à sa simple mise en œuvre ou exploitation, en réduit-elle la portée ? Les auteurs Pires de Carvalho et Moufang ont mis en exergue que l'utilisation de l'expression « exploitation » recouvrait plus d'incidences que celle d'« exploitation commerciale »<sup>580</sup>. Paradoxalement, la proposition de base relative à la révision de la CBE mentionne que ce changement « *n'entraînera aucune modification de la pratique de l'OEB* »<sup>581</sup>. Si nous nous penchons sur les définitions de ces termes, le mot « exploitation » désigne l'action de « *tirer parti de (une chose), en vue d'une production ou dans un but lucratif* »<sup>582</sup> ; quant au terme « commercial », il caractérise ce qui se rapporte à toute « *opération, activité d'achat et de*

<sup>578</sup> William CORNISH et David LLEWELYN, *Intellectual Property : Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2003, p. 836.

<sup>579</sup> Van Overwalle considère, lui, que cette liste devrait tout simplement être supprimée car le droit des brevets doit agir comme un filtre moral sur les mauvaises implications des brevets mais non sur les recherches scientifiques réalisées. Geertrui VAN OVERWALLE, « Legal an Ethical Aspect of Bio-Patenting : Critical Analysis of the EU Biotechnology Directive », dans Peter DRAHOS (dir.), *Death of Patents*, Londres, Lawtext Publishing, 2005, p. 222 et 226.

<sup>580</sup> Nuno PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, note 282, p. 213 ; Rainer MOUFANG, « Le défi éthique du droit des brevets en biotechnologie », dans Bernard REMICHE, *Brevet, innovation et intérêt général : Le Brevet : pourquoi et pour faire quoi ?* Bruxelles, Larcier, 2007, p. 215.

<sup>581</sup> *Proposition de base pour la révision de la CBE* du 16/10/2000, *loc. cit.*, note 280, p. 45.

<sup>582</sup> *Le nouveau petit robert*, 2009, s.v. « exploitation ».

*revente (en l'état ou après transformation) d'un produit, d'une valeur* »<sup>583</sup>. À la lecture de ces définitions, l'on peut conclure qu'en matière d'invention, le fait de passer du critère de « la mise en œuvre » ou de la simple « exploitation » à un critère d'« exploitation commerciale » réduit le champ des exclusions d'ordre éthique à un aspect essentiellement monétaire et lucratif de la production. Autrement dit, tout ce qui n'est pas en lien avec une mise sur le marché de l'invention ne peut pas être analysé sous l'angle des exclusions éthiques de la brevetabilité. Cette vision ampute le champ d'application d'une bonne partie de ces considérations morales, laissant peser un lourd fardeau sur les épaules des éventuels opposants à un brevet, à qui il incombera la difficile tâche de démontrer le caractère commercial d'une innovation. Cependant, si nous étudions attentivement la récente décision de la Grande Chambre de recours dans l'affaire *Use of embryos/WARF*<sup>584</sup>, le seul fait d'obtenir un brevet donne déjà à l'invention une connotation commerciale. En effet, le rôle du brevet consiste à poser une interdiction : l'invention ne peut être produite ou utilisée par d'autres<sup>585</sup>. La Grande Chambre précise d'ailleurs : « *L'obtention du produit revendiqué constitue une exploitation commerciale ou industrielle de l'invention même s'il est envisagé d'utiliser le produit dans de nouvelles recherches* »<sup>586</sup>. Ainsi, l'obtention d'un monopole donne une teneur commerciale à l'exploitation de l'innovation, car « *tout produit nouveau et inventif revendiqué doit d'abord être obtenu avant d'être utilisé. C'est la façon habituelle d'exploiter commercialement l'invention revendiquée, et une telle obtention relève du monopole conféré par le brevet [...]* »<sup>587</sup>. Dans ce sens, l'on peut parvenir à la conclusion suivante : dans le domaine des brevets et des exclusions d'ordre éthique, l'emploi des termes « mise en œuvre », « exploitation » ou « exploitation commerciale » ne modifie pas la portée actuelle de celles-ci. C'est le procédé de fabrication de l'invention et ses conséquences sur l'ordre public ou les bonnes mœurs qu'il convient d'examiner dans une optique industrielle, et non l'invention en elle-même ou les étapes de son développement original. L'aspect commercial provient, quant à lui, de la spécificité même du brevet, qui se traduit en un droit exclusif. À notre avis, cette solution intègre clairement les brevets dans le rôle d'incitatif commercial, sans toutefois réduire la portée des exclusions d'ordre éthique, comme l'on a pu le craindre auparavant. Celles-ci ne pourront

<sup>583</sup> *Le nouveau petit robert*, 2009, s.v. « commercial ».

<sup>584</sup> *Use of embryos/WARF*, précitée, note 371.

<sup>585</sup> *Ibid.*, pt. 25 des motifs.

<sup>586</sup> *Ibid.*

<sup>587</sup> *Ibid.*

être contournées en niant le caractère commercial de l'invention, sous le prétexte que celui-ci est de nature purement caritative ou scientifique.

Mais bien que ces notions éthiques aient été cernées de manière plus précise dans le cadre de ce travail, leur nature et les questions qu'elles induisent peuvent nécessiter une aide et une expertise impliquant des domaines de compétences ne se rencontrant pas forcément dans un office de brevets. C'est dans ce sens que des instances d'éthique pourraient contribuer de manière non négligeable à la résolution de problématiques complexes. Toutefois, il est possible de conclure que la législation sur les brevets nécessite d'être appréhendée en utilisant tous les instruments juridiques élémentaires que peut offrir et exiger un État démocratique. Le respect de l'intérêt général et la prise en compte de ses mécanismes sont des éléments essentiels au maintien du contrat social que sont les brevets.

## Synthèse

Dans cette troisième partie, nous avons tout d'abord précisé la caractéristique fondamentale du droit des brevets en tant que contrat social. Cet état de fait ressort de l'histoire même des brevets ainsi que d'une grande partie de la doctrine, qui souligne cet aspect afin de légitimer le système. Ce type de contrat implique forcément des intérêts qui peuvent diverger selon les circonstances. Dans une telle situation, son maintien ne peut être envisagé que s'il est tenu compte du respect de l'intérêt général. Bien que le droit de propriété soit un droit fondamental, celui-ci ne peut être accordé de manière absolue, d'autant plus lorsqu'il met en péril d'autres droits pouvant eux aussi être vus comme primordiaux. C'est pourquoi les intérêts de l'inventeur et ceux de la société doivent être mis en balance de manière rigoureuse et équitable. Pourtant, le constat à ce niveau est clair : les systèmes des brevets actuels tendent à se focaliser sur des concepts essentiellement utilitaristes, ne laissant aucune place à l'expression d'intérêts divergents.

Ces réflexions étant posées, nous avons tenté une analyse du concept d'intérêt général en faisant un parallèle avec le régime des brevets. Nous avons tout d'abord pu mettre en évidence que la perception de l'intérêt général diffère selon que l'on se place dans une perspective française ou anglo-saxonne. Nous avons ainsi constaté de grandes disparités entre les systèmes français ou européen d'une part, et ceux des États-Unis et du Canada, d'autre part. En effet, alors que la France voit l'intérêt général comme étant « transcendant », les États-Unis et le Canada ont tendance à le percevoir comme étant « immanent ». Toutefois, ce concept peut être appréhendé par le biais de cinq optiques exprimées selon cinq termes : processus, opinion majoritaire, utilitarisme, intérêt commun et communauté de valeurs, autant d'axes de réflexion permettant de déterminer la pertinence avec laquelle une législation incorpore la notion d'intérêt général. Dans le cas particulier du droit des brevets, l'analyse de ces éléments révèle incontestablement une lacune dans le système, qui pêche à fournir le standard capable de veiller au respect de l'intérêt général. Sur ce point, les notions d'ordre public et de bonnes mœurs ont leur rôle à jouer en tant que mécanismes de l'intérêt général, en ce qu'elles contribuent à préserver un équilibre au sein de ce contrat social. Une procédure d'opposition efficace se révèle

également nécessaire, afin de permettre aux citoyens de s'exprimer et de faire valoir leurs intérêts, créant ainsi une interaction entre les différentes parties au contrat.

Ensuite, nous nous sommes penchés sur la portée des notions que nous retrouvons généralement dans les clauses d'exclusion éthique. Dans un premier temps, nous avons examiné le concept d'ordre public, en le rapprochant de celui que nous avons appelé plus haut l'« intérêt commun ». De ces observations, il est ressorti que l'ordre public doit être différencié des bonnes mœurs même si, de manière générale, le premier peut englober les secondes. D'ailleurs, l'analyse de la notion d'ordre public s'effectue sur une base moins restreinte que celle des bonnes mœurs. Cette disparité s'explique par l'ampleur plus large des droits protégés par l'ordre public par rapport aux valeurs inhérentes aux bonnes mœurs. Lorsqu'un cas se pose vis-à-vis de l'ordre public, nous avons vu que la problématique doit être identifiée dans la description de l'invention et de ses revendications. Toutefois, si des études externes ont mis en exergue que l'invention pouvait porter atteinte à l'ordre public, il convient de les prendre en compte. Dans une telle situation, l'application du critère de l'ordre public implique de mettre en œuvre le principe de proportionnalité, élément essentiel dans toute société démocratique, afin d'évaluer équitablement tous les intérêts concernés.

Dans un deuxième temps, nous avons analysé le principe des bonnes mœurs, qui est à rapprocher de celui de la « communauté de valeurs ». Nous avons cerné l'aspect très subjectif de ce concept, qui tend à s'effacer sous les évolutions constantes de nos sociétés libérales et hétérogènes. Malgré tout, il est possible de trouver, dans les textes relatifs aux droits fondamentaux, des valeurs partagées au sein même de ces sociétés, valeurs qui peuvent également être révélées par homologie. Cependant, cette approche reste lacunaire et quelque peu subjective. L'inclusion d'exemples d'inventions rejetées par la société et la capacité d'analogie du juge, « oracle des mœurs », peuvent apporter du contenu au principe des bonnes mœurs. Parallèlement, le recours au sondage ou à l'enquête d'opinion permettrait également d'éliminer une grande part de leur subjectivité, en tenant compte de certaines études empiriques. De toute évidence, au sujet de la défense des questions éthiques, non seulement la notion de bonnes mœurs ne possède plus la même connotation que par le passé, mais qui plus est, elle a tendance à disparaître progressivement au profit de l'ordre public. Mais ce principe conserve toutefois une certaine importance dans le

traitement des cas extrêmes où, d'un côté, mettre en balance des intérêts serait plutôt vu comme une violation de certaines valeurs partagées et où, de l'autre, arriver à un consensus s'avère indispensable. Le renouveau des bonnes mœurs dans la défense de la dignité humaine et du droit à la vie décrit bien la dimension essentielle accordée à l'image de l'homme et de son rapport au corps.

Dans une dernière phase, nous avons observé la portée de la notion d'exploitation commerciale. Dans le texte de la CBE, l'on a craint que le fait de passer du terme « mise en œuvre » à « exploitation commerciale » ne diminue l'incidence des exclusions d'ordre éthique. Cependant, cette nouvelle expression ne change rien au caractère essentiellement commercial du brevet, de par son aspect de droit exclusif. Cette perspective est d'ailleurs confirmée par la récente décision de l'OEB dans l'affaire G 2/06 (*Use of embryos/WARF*). Ainsi, les exclusions éthiques des inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs doivent être analysées dans leur optique d'exploitation, sans tenir compte d'une éventuelle volonté charitable ou scientifique, le brevet ayant à lui seul un caractère commercial.

## Conclusion

Au terme de ce travail portant sur la question de l'éthique dans le processus de brevetabilité, il est possible d'affirmer qu'aucune des puissances économiques observées ne reste totalement indifférent lorsque l'on aborde la résolution de cette problématique. Chacun d'eux a dû, à un certain moment, opérer un choix quant aux questions éthiques relatives aux brevets. L'Europe a clairement pris le parti d'intégrer ces aspects dans son régime des brevets, poussant l'OEB à répondre à des questions complexes tout en élaborant une procédure afin d'asseoir une certaine jurisprudence. L'Amérique du Nord, pour sa part, a opté pour la neutralité du système, en rejetant l'ouverture éthique qu'offrait la jurisprudence passée, dans le cas des États-Unis, et le maintien d'un *statu quo*, toutefois éclairé par une conscience des enjeux réels, dans le cas du Canada. La faculté d'inverser la tendance reste aux mains des législateurs qui, malgré les indices mettant en évidence les problèmes observés, semblent se complaire dans une certaine passivité.

Pourtant, dans le régime des brevets, même si l'on peut émettre des doutes quant à l'effectivité de l'éthique vis-à-vis des technologies évoluant dans nos sociétés, l'étude de la propriété intellectuelle et de son élaboration dans ces différents pays nous a dévoilé sans conteste possible le caractère non neutre de ce domaine du droit. Que l'on considère l'histoire du système des brevets, sa justification philosophique ou la nature de sa mise en œuvre, le droit des brevets révèle un aspect imprégné d'un souci d'équilibre dans son essence et cela, afin de préserver le rapport qui lui permet de subsister. Cette relation entre l'inventeur et la société, incarnée par le droit en tant que contrat social, nécessite d'observer un certain standard afin de sauvegarder ce rapport. Les notions d'ordre public et de bonnes mœurs, qui se retrouvent généralement dans les dispositions relatives à l'éthique dans le régime des brevets, font partie des mécanismes qui permettent de veiller à l'intérêt général. Ce dernier revêt un caractère primordial dans toute législation, car son aspect fonctionnel et conceptuel se pose comme le garant de l'équilibre et de la bonne répartition des droits fondamentaux dans tout État de droit. Ainsi, dans la perspective de ce travail, l'Europe reste la seule entité à offrir le moyen de préserver et de répondre convenablement aux standards de l'intérêt général, de par sa prise en considération des questions éthiques dans



son régime des brevets. Toutefois, des améliorations restent à apporter dans l'approche même des notions d'ordre public et de bonnes mœurs.

Justement, ces dernières sont des concepts à géométrie variable par nécessité. Leur flexibilité et leur indétermination sont des atouts indispensables face à la forte imprévisibilité et au besoin d'adaptabilité qu'implique le domaine des innovations. Leurs faiblesses sont à la fois leurs forces. Plus particulièrement, la notion de bonnes mœurs a évolué : auparavant protectrice de la morale sociale et des convenances, elle est devenue la garante de la dignité humaine, aspect au demeurant plus fondamental. Cette évolution s'explique, d'un côté, par les nouvelles perceptions de nos sociétés modernes, beaucoup plus libérales, et, de l'autre, par le fort impact découlant des avancées technologiques actuelles. L'ordre public et les bonnes mœurs, bien que souvent amalgamés, doivent cependant être analysés de manière distincte afin de cerner les différents spectres de l'éthique. Ainsi, l'ordre public est une notion qui nécessite une approche plus « scientifique », offrant une palette plus large des domaines concernés et nécessitant que les intérêts en jeu soient « pesés » sur la base d'éléments concluants. Par contre, la notion de bonnes mœurs doit être appréhendée avec davantage de prudence, en raison de son caractère empreint de subjectivité. Toutefois, qu'il s'agisse de la « mise en œuvre », de « l'exploitation » ou de « l'exploitation commerciale » de l'invention, l'analyse de l'ordre public ou des bonnes mœurs ne se trouve en rien diminuée dans l'optique actuelle. En effet, l'innovation en elle-même n'a pas à être jugée selon ces critères ; seule son exploitation doit être considérée sur le plan industriel, à une échelle commerciale. Les brevets étant, de par leur essence et leur caractère unique, des droits négatifs, ils impliquent inévitablement cet aspect commercial. Ainsi, dans cet état de fait, les considérations éthiques restent des éléments indispensables dans l'établissement d'une législation des brevets qui se veut respectueuse de l'intérêt général.

Cependant, étant donné la nature très complexe des questions éthiques liées aux nouvelles technologies, il peut paraître judicieux d'accorder une place plus importante à des instances d'éthique. Espaces de débat, ces derniers peuvent représenter le lieu idéal pour qu'émerge un consensus entre les différents niveaux composant une société. Ils peuvent également aider les autorités décisionnelles à opérer des choix plus éclairés et moins subjectifs, sans porter forcément atteinte au cheminement habituel du processus de brevetabilité. Une

procédure de consultation active entre les instances d'éthique et les offices des brevets peut se révéler comme un élément déterminant, dans une volonté de préserver l'intérêt général de ce contrat social qu'est le brevet. Bien que ces instances existent déjà dans la plupart des pays, ils sont malheureusement trop rarement utilisés, laissant les offices des brevets aux prises avec des problèmes éthiques qui peuvent d'ailleurs dépasser leurs propres compétences et capacités. Il est toujours possible de s'interroger sur la composition idéale des membres de ces instances, sur leur procédure d'intervention et sur le moyen de faire participer efficacement le grand public. Ces questions sont bien légitimes et doivent aussi trouver une réponse. Cependant, cette passivité actuelle n'est en soi pas excusable.

À présent, quelle sera la voie choisie par ces protagonistes ? Bien que restant attachée aux aspects éthiques de son système de brevets, l'Europe va-t-elle poursuivre la mise en place d'un brevet communautaire en prenant conscience des enjeux et acquis de l'OEB ? Les États-Unis auront-ils le courage d'ouvrir un débat devenu nécessaire sur leur système de brevets et ce, en passant outre les lobbies ? Le législateur canadien, bien au fait des enjeux en présence, prendra-t-il le risque de traiter ces questions dans sa législation sans céder à la tentation des priorités économiques ? Quoi qu'il en soit, il reste encore un long chemin à parcourir et de nombreux débats à mener. Cependant, gardons à l'esprit que les questions auxquelles nous avons tenté d'apporter des réponses demeurent encore très controversées. Qui plus est, les technologies futures risquent d'amener avec elles de plus en plus de questions éthiques cruciales. Ce constat est d'autant plus valable dans le domaine des nanotechnologies qui, associées aux technologies actuelles, peuvent engendrer des problèmes éthiques considérables : fusion du vivant et du non-vivant, mécanisation de l'esprit... Autant de questions qui, en l'absence d'une réflexion en profondeur, peuvent bouleverser à nouveau nos rapports au monde et à nous-mêmes, comme ce fut le cas avec les biotechnologies. Arrivés au terme de cette étude, il est intéressant de rappeler à nos sociétés ultra-libérales une réflexion qui peut se résumer par une citation d'Hegel : « *Le droit, l'ordre éthique, l'État constituent la seule réalité positive et la seule satisfaction de la liberté.* »<sup>588</sup>

---

<sup>588</sup> Georg W. F. HEGEL, *La raison dans l'histoire : introduction à la philosophie de l'histoire*, Paris, Plon, 1982.

## **Bibliographie**

### **Lois et règlements.**

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement des Etats-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 n° 2.*

*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce, (1994) Annexe 1 C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce.*

*Acte concernant les Brevets d'Invention, S.C. 1869, ch. 11.*

*An Act to encourage the progress of useful Arts within this Province, S.U.C. 1826, ch.5.*

*An Act to promote the progress of useful Arts in this Province, S.L.C. 1824, ch. 25.*

*Acte pour refondre et amender les lois relatives aux patentes ou brevets d'invention en cette province, S. Prov. C. 1849, ch. 24.*

*Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, (2000/C 364/01).*

*Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la loi constitutionnelle de 1982.*

*Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 .XI. 1950.*

*Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973.*

*Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention, 27.XI.1963.*

*Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 20 mars 1883 révisée. disponible sur [http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/paris/pdf/trtdocs\\_wo020.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/paris/pdf/trtdocs_wo020.pdf).*

*Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948.*

*Directive relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, disponible sur <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/guiex/f/index.htm>.*

*Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la production juridique des inventions biotechnologiques, CE, [1998] J.O. L 213/13.*

*Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), c. P-4.*

*Patent Act, article 35 du United States Code, parties I à IV.*

*Projet de loi C-115, loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, S.C. vol. III, ch. 44.

*Règlement d'exécution de la Convention sur la délivrance de brevets européens* du 5 octobre 1973, tel qu'adopté par décision du Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets en date du 7 décembre 2006, disponible sur <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/2000/f/ma2.html>.

*Statutes of Monopolies*, 21 Ja. 1, c. 3 (1623).

### **Table des jugements.**

#### Jugements européens :

Affaire T 19/90 du 3 octobre 1990, *Harvard/Onco-souris*, Chambre de recours de l'OEB, *J.O. O.E.B.*, 1990, 476.

Affaire V 6/92 du 3 avril 1992, *Harvard/Onco-souris*, Division d'examen, *J.O. O.E.B.*, 589.

Affaire T 356/93 du 21 février 1995, *Plant Genetic Systems*, Chambre de recours de l'OEB, *J.O. O.E.B.*, 1995, 545.

Affaire G 1/98 du 20 décembre 1999, *Plante transgénique/NOVARTIS II*, Grande Chambre de recours de l'OEB, *J.O. O.E.B.*, 2001, 111.

C.J.C.E. *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, C-377/98, [2001] E.C.R. I-7079.

Affaire T 272/95 du 23 octobre 2002, *Relaxin/HOWARD FLOREY INSTITUTE*, Chambre de recours de l'OEB, non publié, disponible sur : <http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t950272eu2.pdf>.

Affaire T 315/03 du 6 juillet 2004, *Animaux transgéniques/Harvard*, Chambre de recours de l'OEB, *J.O. O.E.B.*, 2006, 15.

Affaire T 866/01 du 11 mai 2005, *Euthanasia Compositions/ Michigan State University*, Chambre de recours de l'OEB, non publié, disponible sur : <http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t010866eu1.pdf>.

Affaire T 1374/04 du 7 avril 2006, *Cellules souches/WARF*, Chambre de recours technique de l'OEB, *J.O. O.E.B.*, 2007, 313.

Affaire G 2/06 du 25 novembre 2008, *Use of embryos/WARF*, Grande Chambre de recours de l'OEB, *J.O. O.E.B.*, 2009, 306.

Jugements américains :

*Bedford v. Hunt*, 1 Mason 302, 3 F.Cas. 37, No. 1217 (Circuit Court, Massachusetts, 1817).

*Brenner v. Manson*, 383 U.S. 519 (1966).

*Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980)

*Ex parte Murphy*, 200 USPQ 801 (1977).

*Fuller v. Berger*, 120 F. 274 (1903).

*Hotchkiss v. Greenwood*, 52 U.S. 248 (1850).

*In re Fisher*, 421 F. 3d 1365 (2005).

*Juicy Whip Inc. v. Orange Bang Inc. and Unique Beverage Dispensers Inc.*, 185 F. 3d 1364 (1999).

*Lowell v. Lewis*, 1 Mason 182, 15 F.Cas. 1018, No. 8568 (Circuit Court, Massachusetts, 1817).

*Rickard v. Du Bon*, 103 F. 868 (2D Cir. 1900).

Jugements canadiens :

*CCH Canadian Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339.

*Harvard College c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 45.

*Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302.

*President and Fellows of Harvard College*, [2000] 4 C.F. 528.

*Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc*, [2002] 2 R.C.S. 336.

**Monographies.**

- AZÉMA, Jacques et Jean-Christophe GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006.
- BELTRAN, Alain et Sophie CHAUVEAU, Gabriel GALVEZ-BEHAR, *Des Brevets et des Marques*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2001.
- BENOÎT-ROHMER, Florence et Heinrich KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique paneuropéen*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1879.
- BERGMANS, Bernhard, *La protection des innovations biologiques : Une étude de Droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 1991.
- BOUJU, André, *Le brevet américain, protéger et valoriser l'innovation aux Etats-Unis*, Paris, Jupiter, 1998.
- BRONZO, Nicolas, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, 2007.
- BUYDENS, Mireille, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 1999.
- CHEMTOB-CONCÉ, Marie-Catherine, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Tec & Doc, 2006.
- CHOATE, Robert A., *Cases and Materials on Patent Law also Including : Trade secrets – Copyrights– Trademarks*, St-Paul, West Publishing, 1973.
- CLERET DE LANGAVANT, Ghislaine, *Bioéthique : méthode et complexité*, Québec, Presses de L'Université de Québec, 2001.
- CORNISH, William et David LLEWELYN, *Intellectual Property : Patents, copyright, trade marks and allied rights*, 5<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2003.
- CORNU, Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2007.
- DALAÏ LAMA, *Sagesse ancienne, monde moderne : éthique pour le nouveau millénaire*, Paris, Fayard, 1999.
- DE CARVALHO, Nuno Pires, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 2005.

*Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.

DOLLAT, Patrick, *Droit européen et droit de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2007.

DRAHOS, Peter, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1996.

DUTFIELD, Graham et Uma SUTHERSANEN, *Global Intellectual Property Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2008.

DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries : A Twentieth Century History*, Aldershot, Ashgate, 2003.

DUVERGIER, J. B., *Collection complète des Lois, Décrets, Règlements, Avis du Conseil d'État*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1834.

EMINESCU, Yolanda, *La protection des inventions dans les pays socialistes européens*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977.

FAGNIEZ, Pierre-Louis, *Cellules souches et choix éthiques : Rapport du Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 2006.

FOLSOM, Ralph, *Accord de Libre Échange Nord-Américain*, Paris, Pedone, 2004.

FOX, Harold G., *Monopolies and Patents : A Study of the History and Future of the Patent Monopoly*, Toronto, The University of Toronto press., 1947.

FOX, Harold G., *The Canadian Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1969.

FOYER, Jean et Michel VIVANT, *Le droit des brevets*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

FRIEDMAN, Lawrence M., *A History of American Law*, New York, Simon and Schuster, 1973.

FUKUYAMA, Francis, *La fin de l'homme: Les conséquences de la révolution biotechnique*, traduit par Denis-Armand CANAL, Paris, La table ronde, 2002.

GERVAIS, Daniel, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2008.

GOURDIN-LAMBLIN, Anne-Sophie, *Le régime juridique du brevet dans l'Union européenne*, Paris, TEC & DOC, 2003.

HALBERT, Debora J., *Resisting Intellectual Property*, New York, Routledge, 2005.

HALPERN, Sheldon W., Craig Allen NARD et Kenneth L. PORT, *Fundamentals of United States Intellectual Property Law : Copyright, Patent, and Trademark*, La Haye, Kluwer law international, 1999.

HARRIS, J. W., *Property and Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

HEGEL, Georg. W. F., *Elements of the philosophy of right*, trad. par H.B. NISBET, Cambridge, Cambridge University Press, New York, 1991.

HEGEL, Georg W. F., *La raison dans l'histoire : introduction à la philosophie de l'histoire*, Paris, Plon, 1982.

HERMITTE, Marie-Angèle, *Le brevet et ses exclusions : Considérations techniques et choix de société*, Genève, Société Suisse d'éthique biomédicale, 1991.

ILARDI, Alfredo, *La propriété intellectuelle : Principes et dimension internationale*, Paris, L'Harmattan, 2005.

ILBERT, Hélène et Laurence TUBIANA, *Protection juridique des inventions biotechnologiques : Analyse de la directive européenne et propositions*, Montpellier, Solagral, 1992.

JOYE, Charle, *Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité*, Genève, Schulthess, 2002.

KAMSTRA, Gerald et Mark DÖRING, Nick SCOTT-RAM, Andrew SHEARD, Henry WIXON, *Patents on Biotechnological Inventions : The E.C. Directive*, Londres, Sweet & Maxwell, 2002.

KAUFER, Erich, *The Economics of the Patent System*, Chur, Harwood Academic Publishers, 1989.

*La propriété intellectuelle en question(s), regards croisés européens*, Colloque institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, Paris, Litec, 2005.

*Le contentieux de la propriété industrielle en Europe*, Colloque Cour d'appel de Paris-Ordre des Avocats à la Cour de Paris A.A.P.I., Paris, Litec, 1999.

LEITH, Philip, *Harmonisation of Intellectual Property in Europe : A case study of patent procedure*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998.

LESSNOFF, Michael (dir.), *Social Contract Theory*, New York, New York University Press, 1990.

LÉVÊQUE, François et Yann MÈNIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris, La Découverte, 2003.

LOCKE, John, *The Second Treatise of Civil Government and A Letter Concerning Toleration*, Oxford, Basil Blackwell, 1948.



- MACKAAY, Ejan, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008.
- MACPHERSON, Crawford B., *The Political Theory of Possessive Individualism, Hobbes to Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1962.
- MATHÉLY, Paul, *Le droit européen des brevets d'invention*, Paris, Journal des Notaires et des Avocats, 1978.
- MARX, Karl, *Grundrisse*, New York, Penguin Classics, 1993.
- MASCLET, Jean-Claude, *Où en est l'Europe politique*, Paris, La Documentation française, 1994.
- MÉTAYER, Michel, *La philosophie éthique : Enjeux et débats actuels*, Saint-Laurent, Éditions du Renouveau Pédagogique Inc., 1997.
- MEKKI, Mustapha, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004.
- MERGES, Robert P. et Jane C. GINBURG, *Foundations of Intellectual Property*, New York, Foundation Press, 2004.
- MILLS, Oliver, *Biotechnological inventions : Moral restraints and patent law*, Aldershot, Ashgate Publishing Limited, 2004.
- MORIN, Jean-Frédéric, *Le bilatéralisme américain : La nouvelle frontière du droit international des brevets*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- MOUSSERON, Jean-Marc, *Traité des brevets*, Paris, Librairies technique, 1984.
- MUNZER, Stephen R., *A theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- MUZNY, Petr, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, t.1, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.
- OUDEMANS, G., *The Draft European Patent Convention*, Londres, Stevens & Sons, 1963.
- OLIVA, Cécile, *Breveter l'humain?*, Paris, L'Harmattan, 2006.
- PATERSON, Gérald, *A Concise Guide to European Patents : Law and Practice*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995.
- PAYRAUDEAU, Clément, *La Convention sur le brevet européen*, Paris, Litec, 1999.

PIOTRAUT, Jean-Luc, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé (France, Allemagne, Royaume-Uni, Etats-Unis)*, Paris, Tec & Doc, 2007.

PLAISANT, Marcel, *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1949.

PLASSERAUD, Yves et François SAVIGNON, *L'État et l'invention, histoire des brevets*, Paris, La Documentation Française, 1986.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric, *La brevetabilité des inventions: Etude comparative de jurisprudence France-OEB*, Paris, L'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, 1997.

RANGEON, François, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986.

RICHARDS, Donald G., *Intellectual Property Rights and Global Capitalism : The Political Economy of the TRIPS Agreement*, Armonk, M.E. Sharpe, 2004.

ROUBIER, Paul, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952.

ROUX-VAILLARD, Stanislas, *Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003.

RYAN, Alan, *Property and Political Theory*, New York, Blackwell, 1984.

SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna et Jean-Luc PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Litec, 1996.

SCOTCHMER, Suzanne, *Innovation and Incentives*, Cambridge, The MIT Press, 2004.

SHIVA, Vandana, *La vie n'est pas une marchandise : Les dérives des droits de propriété intellectuelle*, Paris, Enjeux planète, 2001.

STERCKX, Sigrid (dir.), *Biotechnology, Patents and Morality*, 2<sup>e</sup> éd., Aldershot, Ashgate, 2000.

TAKACH, George Francis, *Patents : A Canadian Compendium of Law and Practice*, Edmonton, Juriliber, 1993.

THORLEY, Simon, Richard MILLER, Guy BURKILL, Colin BIRSS et Douglas CAMPBELL, *Terrell on the Law of Patents*, 6<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2006.

TRITTON, Guy, Richard DAVIS, Michel EDENBOROUGH, James GRAHAM, Simon MALYNICS et Ashley ROUGHTON, *Intellectual Property in Europe*, Londres, Sweet & Maxwell, 2008.

TROLLER, Kamen, *Précis du droit suisse des biens immatériels*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000.

TULLY, James, *A Discourse on Property: John Locke and His Adversaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

VAN EMPEL, M., *The Granting of European Patents*, Leyden, A.W. Sijhoff, 1975.

VILLEY, Michel, *Philosophie du droit : Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001.

VIVANT, Michel, *Le droit des brevets*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005.

WALTERSCHEID, Edward C., *The Nature of the Intellectual Property Clause : A Study in Historical Perspective*, Buffalo, William S. Hein & Co., 2002.

WESTERLUND, Li, *Biotech Patents : Equivalency and exclusions under European an US patent law*, New York, Kluwer Law International, 2002.

### **Articles et Périodiques.**

ADAMS, Wendy A., « The Myth of Ethical Neutrality: Property, Patents, Animal Rights and Animal Welfare in *Commissioner of Patents v. President and Fellows of Harvard College* », (2003) 39 *Can. Bus. L. J.* 181.

ALEPIN, Marie-Josée et Claudine BIENVENU, « À la frontière de l'éthique et du droit : Mythe et réalité », dans *À la frontière de l'éthique et du droit : 1992, prix Charles-Coderre pour l'avancement du droit social*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1993.

ATKINSON, Ryan J., « Mixed Messages: Canada's Stance on Patentable Subject Matter in Biotechnology », (2006) 19 *I.P.J.* 1.

ATTAS, Daniel, « Lockean Justifications of Intellectual Property », dans Axel GOSSERIES, Alain MARCIANO et Alain STROWEL (dir.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, New York, Palgrave Macmillan, 2008.

BAGLEY, Margo A., « A Global Controversy: The Role of Morality in the Biotechnology Patent Law », (2007) *University of Virginia Legal Working Paper Series, Public law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper 57*.

BAGLEY, Margo A., « Patent First, Ask Questions Later: Morality and Biotechnology in Patent Law », (2003) 45 *Wm and Mary L. Rev.* 469.

BAGLEY, Margo A., « Stem Cells, Cloning and Patents: What's Morality Got to Do with It ? », (2005) 39 *New Eng. L. Rev.* 501.

BARRIGAR, Robert H. Et Christopher ROBINSON, « Some Notes on the Historical Development of the Patent Law in Colonial Canada and Other British Colonies », (1990) 5 *I.P.J.* 391.

BEAUREGARD, Gaëlle, « L'éthique et le régime des brevets, une question d'actualité », (2006) 18 *C.P.I.* 13.

BENTHAM, Jeremy, « Manual of Political Theory of Property », dans John BOWRING (dir.), *The Works of Jeremy Bentham*, New York, Russel and Russel, 1962.

BEYLEVELD, Deryck et Roger BROWNSWORD, « Patenting Human Genes: Legality, Morality, and Human Rights », dans J. W. HARRIS, *Property Problems: From Genes to Pension Funds*, London, Kluwer Law International, 1997.

BRAENDLI, P., « Le système du brevet européen et sa contribution à la coopération européenne », dans *Mélanges dédiés à Paul MATHÉLY*, Paris, Litec, 1990.

BRAITHWAITE, John, « Community Values and Australian Jurisprudence », (1995) 17 *Sydney Law Review* 351.

CAULFIELD, Timothy, « Gene Patents, Human Clones, and Biotechnology Policy : the Challenges Created by Globalization », (2003) 41 *Alta. L. Rev.* 713.

CHILD, James W., « The Moral Foundations of Intangible Property », dans Adam D. MOORE (dir.), *Intellectual Property: Moral, Legal, and International Dilemmas*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

CHONG, Stephanie, « The relevancy of ethical concerns in the patenting of life forms », (1993) 10 *C.I.P.R.* 189.

CHURCHILL, Jane, « Patenting Humanity: The Development of Property Rights in the Human Body and the Subsequent Evolution of Patentability of Living Things », (1994) 8 *I.P.J.* 249.

CLARK, Joan, « Rétrospective des événements marquants au Canada dans le domaine des brevets d'invention », (1997) 10 *C.P.I.* 119.

CONDIC, Maureen L. et Samuel B. CONDIC, « The Appropriate Limits of Science in the Formation of Public Policy », (2003) 17 *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y* 157.

CORREA PEREIRA, Karina, « L'application des théories philosophiques justifiant la propriété intellectuelle dans les situations d'urgence », (2006) 18 *C.P.I.* 455.

COUGHLIN, Sean M., « The Newman Application and the USPTO's Unnecessary Response : Patentability of Humans and Human Embryos », 5 *Chi.-Kent J. Intell. Prop.* 90.

CRESPI, Stephen R., « Biotechnology Patenting : The Wicked Animal Must Defend Itself », (1995) 17 *E.I.P.R.* 431.

CRESPI, Stephen R., « The Human Embryo and Patent Law : A Major Challenge Ahead? », (2006) 28 *E.I.P.R.* 569.

CROWNE MOHAMMED, Emir Aly, « Cat in the Hat, a Mouse in the House – Comparative Perspective on Harvard Mouse », (2005) 18 *I.P.J.* 169.

CURLEY, Duncan et Andrew SHARPLES, « Patenting Biotechnology In Europe : The Ethical Debate Moves On », (2002) 24 *E.I.P.R.* 565.

DHADDA, Baljit K., « Patenting Human Genetic Information. Is Nothing Sacred? », dans Lionel BENTLY et Spyros M. MANIATIS, *Intellectual Property and Ethics*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998.

DRAHOS, Peter, « Biotechnology Patents, Markets and Morality », (1999) 21 *E.I.P.R.* 441.

DRASSINOWER, Abraham, « Property, Patents and Ethics: A Comment on Wendy Adams “The Myth of Ethical Neutrality” », (2003) 39 *Can. Bus. L. J.* 214.

FISHER, William, « Theories of Intellectual Property », dans Stephen MUNZER (dir.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « L'évolution conceptuelle et technique du cadre juridique européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur les médicaments et le vivant », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE et Alexandra ABELLO (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005.

GALLOUX, Jean-Christophe, « La directive dans l'ordre international », dans *Les inventions biotechnologiques : Protection et exploitation*, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois avec l'Académie de droit européen de Trèves, Paris, Librairies Techniques, 1999.

GAUMONT-PRAT, Hélène, « Étique et inventions biotechnologiques », dans *La propriété intellectuelle en question(s) : Regards croisés européens, Colloque, 16-17 juin 2005*, Paris, Litec, 2006.

GITTER, Donna M., « Led Astray by the Moral Compass: Incorporating Morality into European Union Biotechnology Patent Law », (2001) 19 *Berkeley J. Int'l L.* 1.

GOLD, Richard E., « Biomedical Patents and Ethics: A Canadian Solution », (2000) 45 *R.D. McGill* 413.

GOLD, Richard E., « The Reach of Patent Law and Institutionnal Competence », (2003-2004) 1 *UOLTJ* 263.

GOLDSMITH, Immanuel, « Patentable Subject-Matter : Traditional Subject-Matter », dans Gordon F. HENDERSON (dir.), *Patent Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1994.

GOODMAN, Adam, « The Origins of the Modern Patent in the Doctrine of Restraint of Trade », (2006) 19 *I.P.J.* 297.

GOYARD-FABRE, Simone, « Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui », dans François DERMANGE ET Laurence FLACHON (dir.), *Éthique et droit*, Genève, Labor et Fides, 2002.

HÉBERT, Martin, « L'éthique ou la morale de l'an 2000 », dans Joanne COTÉ, Louis FALARDEAU, Nacia FAURE, Jean GRENIER, Martin HÉBERT, Pierre Marc JOHNSON, Louise OTIS et Jean-Claude SCRAIRE (dir.), *L'Éthique au quotidien*, Montréal, Québec/Amérique, 1990

HETTINGER, Edwin C., « Justifying Intellectual Property », dans Adam D. MOORE (dir.), *Intellectual Property: Moral, Legal, and International Dilemmas*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

HOFFMASTER, Barry, « The Ethics of Patenting Higher Life Forms », (1989) 4 *I.P.J.* 1.

HUGUES, Justin, « The Philosophy of Intellectual Property », (1998) 77 *Geo. L.J.* 287.

JANICKE, Paul M., « Contemporary Issues in Patent Damages », (1993) 42 *American University Law Review* 691.

JOHNSON, Douglas S., « Utility: A Mixed Question of Fact and Construction », dans Gordon F. HENDERSON, Howard P. KNOPF, John R. RUDOLPH, David WATSON, James D. KOKONIS et Donald M. MCRAE, *Patent Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1994.

LAPOINTE, Serge, « L'histoire des brevets », (2000) 12 *C.P.I.* 633.

LONG, Pamela O., « Invention, Authorship, 'Intellectual Property', and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History », (1991) 32 *Technology and culture* 846.

MALLOY, Robin Paul, « Adam Smith and the Modern Discourse of Law and Economics », dans Robin Paul MALLOY et Jerry EVENSKY (dir.), *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1994.

MANDELKER, Barry Steven, « Harvard College v. Canada », (1999) 13 *I.P.J.* 87.

MARTIN, Brian, « Against Intellectual Property », (1995) 21 *Philosophy and Social Action* 7.

MCCALLUM, Jennifer, « The Reality of Restricting Patent Rights on Morally Controversial Subject Matter », (2005) 39 *New Eng. L. Rev.* 517.

MERGES, Robert P., « Commercial Success and Patent Standards : Economic Perspectives on Innovation », (1988) 76 *California Law Review* 803.

MIZERA, Adam, « Définir un critère d'inventivité pour les brevets: ce n'est pas évident », (2007) 19 *C.P.I.* 1155.

MORIN, Eileen, « Of Mice and Men : The Ethics of Patenting Animals », (1997) 5 *Health L.J.* 147.

MORROW, Joy D., « Patentable Subject-Matter : Emerging Technologies », dans Gordon F. HENDERSON (dir.), *Patent Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1994.

MOSSOFF, Adam, « Who cares what Thomas Jefferson thought about Patents? Reevaluating the Patent “Privilege” in Historical Context », (2007) 92 *Cornell L. Rev.* 953.

MOUFANG, Rainer, « Le défi éthique du droit des brevets en biotechnologie », dans Bernard REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour faire quoi ?*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2007.

MULLER, Roland, « Évolution et perspectives du droit des brevets à la suite des travaux réalisés dans le cadre du Conseil de l’Europe », dans Mélanges offerts à Polys Modinos, *Problèmes des droits de l’homme et de l’unification européenne*, Paris, Éditions A. Pedone, 1968.

NOZARADAN, Christine, « Brevet et intérêt général », dans Bernard REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour faire quoi ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 445.

O’CONNOR, Kevin, « Patenting Animals and Other Living Things », (1991) 65 *S. Cal. L. Rev.* 597.

OST, Vincent, « Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques », dans Bernard REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour faire quoi ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 131.

PASHUKANIS, Evgeny B., « The General Theory of Law and Marxism », dans J. HAZARD (dir.), *Soviet Legal Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1951.

PEREIRA, Karina C., « L’application des théories philosophiques justifiant la propriété intellectuelle dans les situations d’urgence », (2006) 18 *C.P.I.* 455.

PLANTY, Alain, « Définition et principes de l’ordre public », dans Raymond POLIN (dir.), *L’ordre public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

PRAGER, Frank D., « Historic Background and Foundation Of American Patent Law », (1961) 5 *Am. J. Legal Hist.* 309.

PRITCHARD, Robert W., « The Future Is Now – The Case for Patent Harmonisation », (1995) 20 *N.C.J. Int’l L. & Com. Reg.* 291.

RATANASEANGSUANG, Paul, « Patent Pending: Are Higher Life Forms Patentable? », (1998) 4 *Appeal* 14.

SHERMAN, Brad et Lionel BENTLY, « The Question of Patenting Life », dans Lionel BENTLY et Spyros M. MANIATIS, *Intellectual Property and Ethics*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998.

SMITH, Andrew R., « Monsters at the Patent Office: The Inconsistent Conclusion of Moral Utility and The Controversy of Human Cloning », (2003) 53 *DePaul Law Review* 159.

SPECTOR, Horacio M., « An Outline of a Theory Justifying Intellectual and Industrial Property Rights », (1989) 8 *E.I.P.R.* 270.

SPECTOR, Horacio M., « IP Skepticism », (1991) 6 *International Journal of Applied Philosophy* 65.

SÉNÉCHAL, Lyne LÉTOURNEAU et Thomas DE KONINCK, « Manifestations de la responsabilité sociale des chercheurs à travers l'éthique de la recherche », dans Lyne LÉTOURNEAU (dir.), *Bio-ingénierie et responsabilité sociale*, Montréal, Thémis, 2006.

SPRIGINGS, Warren N., « The Impact of the NAFTA Amendment Act on Canadian IP Statutes », (1993) 10 *C.I.P.R.* 746.

STERCKX, Sigrid, « Some Ethically Problematic Aspects of the Proposal for a Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions », (1998) 20 *E.I.P.R.* 123.

SUEUR, Thierry et Jacques COMBEAU, « Un monument en péril : le système des brevets en Europe », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE et Alexandra ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005.

THAMBISETTY, Sirvaramjani, « Understanding Morality as a Ground for Exclusion From Patentability Under European Law », (2002) 12 *Eubios Journal of Asian and International Bioethics* 48.

TIROLE, Jean, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE et Alexandra ABELLO (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005.

VAN OVERWALLE. Geertrui, « Legal and Ethical Aspects of Bio-Patenting : Critical Analysis of the EU Biotechnology Directive », dans Peter DRAHOS, *Death of Patents*, Londres, Lawtext Publishing, 2005.

VAVER, David, « Intellectual Property Today : Of Myths and Paradoxes », (1990) 69 *Canadian Bar Review* 98.

VIVANT, Michel, « Propriété intellectuelle et ordre public », dans *Jean Foyer auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit*, Écrits en hommage à Jean Foyer, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.



WALTER, Carrie F., « Beyond the Harvard Mouse: Current Patent Practice and the Necessity of Clear Guidelines in the Biotechnology Patent Law », (1999) 31 *Intellectual Property L. Rev.* 195.

WALTERSCHEID, Edward C., « To Promote the Progress of Science and Useful Arts : The Background and Origin of the Intellectual Property Clause of the United States Constitution », (1994) 2 *J. Intell. Prop. L.* 1.

WARREN, Amanda, « A Mouse in Sheep's Clothing: The Challenge to the Patent Morality Criterion Posed by "Dolly" », (1998) 20 *E.I.P.R.* 445.

WARREN-JONES, Amanda, « Identifying European Moral Consensus: Why are the Patent Courts Reticent to Accept Empirical Evidence in Resolving Biotechnological Cases? », (2006) 28 *E.I.P.R.* 27.

WELLS, Angus J., « Patenting New Life Forms : An Ecological Perspective », (1994) 16 *E.I.P.R.* 111.

WHITTAKER, Peter, « Stem Cells, Patents and Ethics », dans Jennifer GUNNING et Soren HOLM (dir.), *Ethics, Law and Society, volume I*, Burlington, Ashgate, 2005.

WINTER, Gerd, « Patent Law Policy in Biotechnology », (1992) 4 *Journal of Environmental Law* 167.

ZIMMERMAN, Colleen Spring, « Intellectual Property – The New Global Currency », dans Melvin SIMENKSY, Lanning G. BRYER, Neil J. WILKOF (dir.), *Intellectual Property in the Global Marketplace*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 1, New York, John Wilkof & Sons, 1999.

ZIMMERMANN, Tristan, « Le noyau intangible des droits fondamentaux : La quête d'une définition », dans Eleanor CASHIN RITAINE et Élodie MAÎTRE ARNAUD, *Notions cadres, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Genève, Schulthess, 2008.

### **Autres documents.**

Avis n°3 du Groupe de conseillers pour l'éthique de la biotechnologie auprès de la Commission européenne (GEE), *Avis sur les questions éthiques soulevées par la proposition de la Commission pour une Directive du conseil concernant la protection juridique des inventions biotechnologiques*, du 30 septembre 1993.

Avis n° 16 du Groupe de conseillers pour l'éthique de la biotechnologie auprès de la Commission européenne (GEE), *Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines*, du 7 mai 2002.

*Brevets européens délivrés au cours de la période 1999-2008*, disponible sur [http://www.epo.org/about-us/office/statistics/patent-granted\\_fr.html](http://www.epo.org/about-us/office/statistics/patent-granted_fr.html).

*Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office*, 5<sup>e</sup> éd., décembre 2006, sur <http://www.epo.org/patents/appeals/case-law.html>.

Comité consultatif canadien de la biotechnologie, *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes*, Ottawa, Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du Gouvernement du Canada, 2002.

*Conférence internationale du Conseil de l'Europe sur les questions éthiques soulevées par l'application de la biotechnologie*, actes, vol. 2, Oviedo (Espagne), 16-19 mai 1999.

France, Sénat, Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (1) sur le projet de loi relatif à la protection des inventions biotechnologiques, par M. Jean BIZET, Rapport n° 30, 19 octobre 2004.

GOLD, Richard E., *The Unexamined Assumptions of Intellectual Property : Adopting an Evaluative Approach to Patenting Biotechnological Innovation*, Badia Fiesolana, European University Institute, EUI Working Paper RSCAS n° 2004/45, disponible sur [http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/04\\_45.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/04_45.pdf).

*Index du comité législatif sur le Projet de loi C-115, Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, Chambre des Communes, Fascicules n° 1-9, 1991-1993, 3<sup>e</sup> Session, 34<sup>e</sup> Législature.

JOHANSEN, David, *Le droit à la propriété et la Constitution*, Division du droit et du gouvernement, octobre 1991. disponible sur <http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp268-f.htm>.

*L'achèvement du marché intérieur*, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, Milan, le 28-29 juin 1985, pt. 145 et suiv., disponible sur [http://europa.eu/documents/comm/white\\_papers/pdf/com1985\\_0310\\_f\\_fr.pdf](http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_fr.pdf).

*La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 5<sup>e</sup> éd., Horn, Office européen des brevets, Service de recherche juridique des Chambres de recours, 2006, p. 47, disponible sur [http://www.epo.org/patents/appeals/case-law\\_fr.html](http://www.epo.org/patents/appeals/case-law_fr.html).

LENOIR Noëlle, « L'Europe et la marchandisation du vivant », compte-rendu de la conférence-débat du 15 octobre 2001, dans *Les Entretiens d'Europartenaires*.

*Manual of Patent Examining Procedure*, 8<sup>e</sup> Edition, August 2001, Latest Revision July 2008, disponible sur <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/mpep.htm>.

*Opinion on ethical aspects of patenting inventions involving human stem cells*, European group on ethics in sciences and new technologies to the European Commission, Luxembourg, European Communities, 2002.

PAL Leslie A. et Judith MAXWELL, *Le point sur l'intérêt public au XXI<sup>e</sup> siècle : Un cadre de référence*, Gouvernement du Canada, Comité consultatif externe sur la législation intelligente (CCERI), 2004, disponible sur <http://www.smartregulation.gc.ca>.

*Procès-verbal de la réunion du Comité « Droit des brevets »* du 3 au 6 juillet 2000, CA/PL PV 14, pt. 152, 157-158, disponible sur [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9A7AF6226DB5E572C1257280004937AB/\\$File/capl\\_pv014\\_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9A7AF6226DB5E572C1257280004937AB/$File/capl_pv014_fr.pdf).

*Proposition de base pour la révision de la CBE* du 16/10/2000, MR/2/00, p. 45, disponible sur [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/43f40380331ce97cc125727a0039243c/\\$file/00002a\\_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/43f40380331ce97cc125727a0039243c/$file/00002a_fr.pdf).

*Proposition de décision du Conseil attribuant à la Cour de justice la compétence pour connaître des litiges relatifs au brevet communautaire*, [COM (2003) 827 final], disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003PC0827:FR:HTML>.

Rapport du Président de l'Office européen des brevets, *Révision de la CBE : article 53 a) CBE*, du 23 février 1999, CA/PL 8/99, p. 7., disponible sur [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/99ce13d44476e8b6c1257280003dfbd2/\\$file/capl\\_99008\\_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/99ce13d44476e8b6c1257280003dfbd2/$file/capl_99008_fr.pdf).

*Réflexion sur l'intérêt général*, Conseil d'État, Rapport public 1999, sur [http://www.conseil-etat.fr/ce/rappor/index\\_ra\\_li9902.shtml](http://www.conseil-etat.fr/ce/rappor/index_ra_li9902.shtml).

*Utility Examination Guidelines*, 66 Fed.Reg. 1092, disponible sur <http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/notices/utilexmguide.pdf>.

