

Importations parallèles et droit des brevets

Assemblée générale de l'AIPPI Suisse – Zurich, 12 juin 2003 – Rapport sur la session de l'après-midi

DANIEL E. KRAUS* / LORENZA FERRARI HOFER**

En deuxième partie de l'assemblée générale de l'AIPPI suisse, les membres ont été invités à prendre part à une discussion sur le sujet, toujours d'actualité, des importations parallèles de produits brevetés.

Après une introduction par le Président, qui a audacieusement présenté le thème du jour comme étant en réalité un... non-sujet – l'épuisement des brevets devant par nature être national en raison de la territorialité des brevets – l'audience a pu assister à plusieurs présentations de grande qualité:

- Dr Ingo Meitinger, de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle dans des ordres juridiques étrangers, y compris la Communauté européenne (CE);
- Prof. Dr Walter Stoffel, président de la Commission de la concurrence (Comco), sur le thème du «droit de la concurrence et la protection conférée par les brevets»;
- Dr Georg Rauber, avocat, sur le thème de la limite imposée par les droits de propriété intellectuelle aux mesures prises sous l'angle du droit de la concurrence («Immaterialgüterrechtliche Grenze der wettbewerbsrechtlichen Massnahmen»).

Comme premier orateur, Dr Meitinger a commencé par nous rappeler que la jurisprudence de la Communauté européenne prévoit l'épuisement régional des droits de propriété intellectuelle, interdisant aux membres d'appliquer l'épuisement international tant au droit des marques (la Cour de Justice européenne a interprété de cette manière l'art. 7 al. 1 de la première directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques dans sa décision «Silhouette») qu'au droit d'auteur et aux droits voisins, dans lesquels le droit communautaire est harmonisé. Dans tous ces domaines, les décisions de la Cour ont été motivées par des raisonnements d'ordre politique, liés à l'intégration européenne.

L'harmonisation du droit des brevets au niveau communautaire pour sa part est moins avancée que dans les domaines précités. Alors que la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques prévoit l'épuisement régional mais sans expressément exclure l'épuisement international, la dernière proposition de règlement sur le brevet communautaire reconnaît l'épuisement régional tout en excluant de façon relativement claire (mais pas explicite) la possibilité d'application par les États membres de l'épuisement international des brevets. La jurisprudence, qui s'est uniquement prononcée jusqu'à présent sur le rapport entre l'épuisement national et l'épuisement régional, impose le second. Les seuls cas dans lesquels les droits découlant du brevet ne sont pas épuisés sont ceux qui se présentent lorsque le produit protégé a été mis sur le marché d'un État membre sans le consentement du titulaire, notamment par le biais d'une licence obligatoire ou d'une obligation juridique réelle et actuelle de commercialiser le produit. Les États membres sont donc encore libres, selon le Dr Meitinger, d'admettre ou non les importations parallèles de produits brevetés en provenance d'États tiers. Une étude comparative montre cependant que l'ensemble des États parties à l'Espace économique européen interdit les importations parallèles de produits brevetés en provenance de pays tiers, par le biais de l'épuisement national. Le résultat est le même au Royaume-Uni, qui applique la théorie de la licence implicite.

Après une présentation extensive du système communautaire, Dr Meitinger a étendu son tour d'horizon au reste du monde: Aux États-Unis, la situation est quelque peu compliquée, du fait d'une part que le système se fonde sur le case-law et d'autre part que la lettre de la législation sur les

brevets est particulièrement peu claire. Les pays en développement, notamment d'Amérique latine et de l'Asie orientale, appliquent pour la plupart l'épuisement international aux brevets, à l'exception notable du Brésil. Enfin, le Royaume-Uni, le Japon et Hong Kong appliquent le système des licences implicites, selon lequel le titulaire du brevet peut décider contractuellement, mais avec effet à l'égard des tiers, des lieux où il entend interdire les importations parallèles. Dr Meitinger conclut en soulignant que la situation au niveau global n'est pas uniforme et qu'une dichotomie assez claire peut être constatée entre les pays industrialisés et les pays en développement.

Le Professeur Walter Stoffel, Président de la Comco, a souligné pour sa part l'importance du droit des cartels pour raviver l'économie suisse, en particulier dans le secteur des importations. Il reconnaît l'importance de la propriété intellectuelle en tant que moteur de l'innovation et des progrès scientifiques

et industriels qui en résultent, pour autant que les systèmes de distribution de ces produits ne mènent pas

à l'isolation du marché suisse. Il constate que les différences de prix ne sont pas dues aux brevets, mais aux ententes verticales. C'est dans ce contexte que le Professeur Stoffel place le nouvel art. 3 al. 2 de la loi sur les cartels (LCart). Le législateur a ainsi clairement marqué son désir de placer les restrictions aux importations sous le contrôle de la LCart. La Comco avait certes déjà examiné des contrats de distribution avant la modification de la loi (cf. les af-

aires «Minolta» (1995), «Volkswagen» (2000) et «Citroën» (2002)). La Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 18 février 2002 condamnait en outre déjà la fixation de prix minimaux et la répartition géographique des marchés. La nouvelle mouture de l'art. 3 al. 2 LCart constitue ainsi plus une codification de la pratique de la Comco qu'une modification du droit actuel. Le Professeur Stoffel a expliqué pour terminer la nouvelle teneur de l'art. 5 al. 4 LCart, qui étend dorénavant la présomption de restriction de la concurrence aux ententes verticales et en particulier à l'imposition de prix minimaux ou fixes ou à la répartition géographique des marchés.

Comme dernier orateur, Me Georg Rauber a, quant à lui, une fois de plus effectué un vibrant plaidoyer en faveur de l'épuisement national des brevets. Commencant par un historique de la jurisprudence suisse dans les différents domaines de la propriété intellectuelle, il a identifié les tensions existant entre la propriété intellectuelle et la concurrence: Les uns estiment que la concurrence inter-brand ne suffit pas, alors que les importations parallèles stimulent la concurrence intra-brand en offrant au consommateur final des produits plus avantageux; de ce point de vue, la compartimentalisation des marchés serait donc mauvaise. Les autres soutiennent que les importations parallèles réduisent la valeur des droits de propriété intellectuelle, que le développement de réseaux de distribution sélective augmente le bien-être social et que l'admission des importations parallèles affaiblit les pays les plus pauvres. Me Rauber a ensuite présenté le raisonnement de l'arrêt «Kodak». Le Tribunal fédéral y confirme l'application de l'épuisement national aux brevets, tout en admettant un correctif sous l'angle du droit des cartels lorsque les conditions dans le marché de première mise en circulation sont semblables à celles de la Suisse. Dans ces cas, les importations parallèles devraient être admises, car le titulaire du brevet disposerait d'une puissance juridique supérieure (überschiessende Rechtsmacht). Or il faut se mettre d'accord à quelles conditions précises la LCart, également dans sa version révisée, s'applique. Dans ce contexte, Me Rauber note que le nouvel art. 3 al. 2 LCart va plus loin que l'arrêt «Kodak», car il s'applique également au droit des marques et au droit d'auteur et admet des importations parallèles aussi depuis des pays qui n'ont pas des conditions juridiques et économiques semblables à celles de la Suisse. A l'avenir, il soutient que des solutions différenciées seront nécessaires. Quoi qu'il en soit, il faudra éviter que les autorités administratives et judiciaires utilisent les droits de propriété intellectuelle pour pallier aux défaillances du droit de la concurrence.

Les présentations ont suscité de nombreuses questions et ont été suivies par une discussion de panel à laquelle s'est également joint le soussigné qui, se référant aux présentations, a appelé les membres à suivre activement les débats relatifs aux importations parallèles de produits brevetés, tant au niveau législatif que jurisprudentiel. Il appartient également à une association telle que l'AIPPI de participer activement aux discussions sur l'interprétation et l'application des nouvelles dispositions légales touchant à la réglementation des marchés afin de s'assurer que les intérêts des titulaires de brevets, et donc d'une Suisse innovatrice, soient préservés.

- * dr en droit, avocat, LL.M., Institut Fédéral de la Propriété intellectuelle Berne.
- ** dr en droit, avocat, Zurich.