

**Rapport explicatif  
concernant le choix du régime de l'épuisement en droit des  
brevets**

du 18 avril 2007

---

## **Condensé**

### **Contexte**

*Dans son arrêt rendu le 7 décembre 1999, le Tribunal fédéral a formulé le principe de l'épuisement national en matière de droit des brevets. Selon ce principe, le titulaire du brevet peut s'opposer à l'importation en Suisse de produits brevetés qui ont été commercialisés à l'étranger, à condition que l'exercice de son droit ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle au sens de la loi sur les cartels. L'arrêt a soulevé une controverse toujours d'actualité.*

*Le Conseil fédéral s'est déterminé sur l'épuisement en droit des brevets dans trois rapports. Dans les trois, il rejette le passage à l'épuisement international ou régional en droit des brevets, estimant que l'utilité économique escomptée ne saurait compenser les désavantages d'un changement de régime. Il s'est donc prononcé en faveur du régime de l'épuisement national en vigueur, tout en préconisant des mesures empêchant l'invocation abusive d'un brevet. Le message du 23 novembre 2005 concernant la modification de la loi sur les brevets et l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution (FF 2006 I) propose une manière d'inscrire ce point de vue dans la loi.*

*Le 20 décembre 2006, le Conseil national a décidé de dissocier la question de l'épuisement de ce projet législatif et a approuvé une motion chargeant le Conseil fédéral de traiter ce point dans un message séparé et de formuler une proposition d'ici à la fin 2007. Le 14 mars 2007, le Conseil des Etats a approuvé lui aussi cette motion.*

### **Contenu du projet**

*Le projet mis en consultation présente la problématique de l'épuisement en droit des brevets sous tous ses aspects, le propos étant de sonder les milieux intéressés sur la cohérence et l'opportunité des solutions envisageables, et de se faire une idée de l'adhésion qu'elles sont susceptibles de recueillir. Cette consultation fournira ainsi toutes les informations nécessaires en vue de choisir le régime d'épuisement en toute connaissance de cause.*

*Partant des analyses de la question menées à ce jour par le Conseil fédéral, le présent projet expose point par point les solutions, développant les arguments pour et contre, avant de les soumettre à une appréciation juridique et économique. Aucune option n'a donc été écartée d'emblée.*

## Tables des matières

<b>Condensé</b>	<b>2</b>
<b>1 Généralités</b>	<b>6</b>
1.1 Contexte	6
1.2 But du projet soumis	7
1.3 Définitions	7
1.3.1 Epuisement	7
1.3.2 Importations parallèles	9
1.4 Débat sur la cherté en Suisse et rôle de l'épuisement national en droit des brevets	10
<b>2 Solutions envisagées</b>	<b>14</b>
2.1.1 Epuisement national	14
2.1.1.1 Option de base : épouséement national sans exceptions	14
2.1.1.2 Variante : exception en faveur des moyens de production et des biens d'investissement agricoles (épouséement international)	16
2.1.1.3 Variante : exception en faveur des moyens de production agricoles (épouséement régional)	18
2.1.1.4 Variante : exception en faveur de marchés présentant des conditions de commercialisation comparables	19
2.1.2 Epouséement régional	21
2.1.2.1 Option de base : épouséement régional sans exceptions	21
2.1.2.2 Variantes	24
2.1.3 Epouséement international	24
2.1.3.1 Option de base : épouséement international sans exceptions	24
2.1.3.2 Variante : exceptions en faveur des marchés à prix administrés	26
2.1.3.3 Variante : exceptions en faveur des marchés présentant des conditions-cadres divergentes	28
2.1.4 Restriction en faveur de l'accès au marché conformément à la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce	29
2.2 Droit comparé et rapport avec le droit européen	31
2.2.1 Droit comparé	31
2.2.2 Rapport avec le droit européen	32
<b>3 Conséquences</b>	<b>33</b>
3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	33
3.2 Conséquences économiques	33
3.2.1 Nécessité d'agir	33
3.2.2 Conséquences pour l'économie dans son ensemble	34
3.2.3 Conséquences pour les différents acteurs économiques	35
<b>4 Aspects juridiques</b>	<b>36</b>
4.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	36
4.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	37
4.3 Forme de l'acte à adopter	39

<b>Annexe</b>	<b>40</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>43</b>

## Abréviations

Accord sur les ADPIC	Accord du 15 avril 1994 sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce); RS <i>0.632.20</i>
CE	Communauté européenne
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.); RS <i>101</i>
EEE	Espace économique européen
GATT 1994	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (Annexe 1A de l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce); RS <i>0.632.20</i>
LAgr /Loi sur l'agriculture	Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (loi sur l'agriculture, LAgr); RS <i>910.1</i>
LBI /Loi sur les brevets	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (loi sur les brevets, LBI); RS <i>232.14</i>
LCart /Loi sur les cartels	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels; LCart); RS <i>251</i>
LETC/Loi sur les entraves techniques au commerce	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC); RS <i>946.51</i>
OMC	Organisation mondiale du commerce avec siège à Genève

# Rapport explicatif

## 1 Généralités

### 1.1 Contexte

Le droit suisse des brevets ne règle pas l'épuisement des droits exclusifs conférés par le brevet sur le produit breveté. Dans son arrêt rendu le 7 décembre 1999 dans l'affaire opposant Kodak SA à Jumbo-Markt AG<sup>1</sup>, le Tribunal fédéral a consacré le principe de l'épuisement national en droit des brevets, comblant ainsi cette lacune législative. Selon ce principe, le titulaire du brevet est autorisé à s'opposer à l'importation en Suisse de produits brevetés qui ont été commercialisés à l'étranger, à condition que l'exercice de son droit ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle au sens de la loi sur les cartels. L'arrêt a soulevé une controverse toujours d'actualité.

Le Conseil fédéral s'est prononcé sur le régime de l'épuisement en droit des brevets dans trois rapports<sup>2</sup>. Se fondant sur des études externes fouillées, il a rejeté le passage à l'épuisement international ou régional en droit des brevets, estimant que l'utilité économique escomptée ne saurait compenser les désavantages d'un changement de système. Il s'est prononcé en faveur du régime de l'épuisement national en vigueur, tout en préconisant des mesures empêchant l'invocation abusive du brevet, parmi lesquelles figure la clarification de l'application de la loi sur les cartels aux restrictions aux importations. La teneur de l'art. 3, al. 2, de la loi sur les cartels (LCart) a donc été modifiée<sup>3</sup>. Le Conseil fédéral s'est en outre dit prêt à régler par le biais de la loi sur les brevets les conflits nés de la divergence des régimes d'épuisement lorsqu'un produit est protégé par plusieurs droits de propriété intellectuelle. Cette réglementation prévoit d'annuler la possibilité, qui existe aujourd'hui, d'empêcher les importations parallèles licites de produits protégés par le droit des marques ou le droit d'auteur sous prétexte qu'on leur a ajouté un élément breveté d'importance accessoire. Elle fait l'objet du message du 23 novembre 2005 concernant la modification de la loi sur les brevets<sup>4</sup>.

Le Conseil national a décidé à l'unanimité d'entrer en matière sur le projet de modification de la loi sur les brevets<sup>5</sup>. Ayant cependant décidé de traiter séparément la question de l'épuisement des droits conférés par le brevet, il a rejeté la proposition du Conseil fédéral d'inscrire l'épuisement national dans la loi sur les brevets (art. 9a, al. 1, 2 et 4 du projet de modification de la loi). Le Conseil national a approuvé la réglementation des conflits entre les différents systèmes d'épuisement pour les marchandises qui font l'objet d'une protection multiple (art. 9a, al. 3 du projet de

<sup>1</sup> ATF 126 III 129.

<sup>2</sup> *Importations parallèles et droit des brevets*, rapport du Conseil fédéral du 8 mai 2000; *Importations parallèles et droit des brevets*, rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2002; *Importations parallèles et droit des brevets : épuisement régional*, rapport du Conseil fédéral du 3 décembre 2004.

<sup>3</sup> FF 2003 4061

<sup>4</sup> Message du 23 novembre 2005 concernant la modification de la loi sur les brevets et l'arrêt fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution, FF 2006 1.

<sup>5</sup> 05.082 – Traité sur le droit des brevets. Approbation et règlement d'exécution ainsi que modification de la loi sur les brevets.

modification de la loi). Cette réglementation limite le régime actuel de l'épuisement national en droit des brevets. Par la même occasion, il a approuvé la motion du 3 novembre 2006 émanant de sa commission des affaires juridiques<sup>6</sup> qui charge le Conseil fédéral de traiter la question de l'épuisement des droits conférés par le brevet dans un message séparé à présenter au Parlement d'ici à la fin 2007. Dans ce message, il devra apporter des réponses exhaustives à toute une série de questions en relation avec les différentes options envisageables. La motion charge donc le Conseil fédéral de dresser un tableau complet de l'épuisement en droit des brevets.

Le Conseil national était majoritairement d'avis qu'il était nécessaire de procéder à une analyse fouillée des différents aspects de l'épuisement des droits conférés par le brevet avant de pouvoir opter pour un système. Il craignait que le projet de modification de la loi sur les brevets – primordiale pour l'économie du fait qu'il fixe des conditions-cadres équilibrées pour la protection des inventions biotechnologiques et qu'il permet d'éviter les abus dans ce domaine – ne s'enlise ou, pire, ne capote uniquement en raison de la question de l'épuisement. Retirer ce point du projet de révision, c'était réunir les meilleures conditions pour assurer un traitement sans délai de la protection – importante d'un point de vue économique – des droits de propriété intellectuelle sur les inventions biotechnologiques et pour faire en sorte que cette réglementation tant attendue soit inscrite dans la loi. Cette façon de faire s'avérait également judicieuse pour le cas où le référendum serait : en cas de rejet du projet de modification de la loi sur les brevets, il aurait été en effet compliqué d'interpréter le vote populaire.

Le 14 mars 2007, le Conseil des Etats a approuvé lui aussi cette motion.

## **1.2 But du projet soumis**

Le projet soumis en consultation vise à donner une vue d'ensemble de la problématique complexe de l'épuisement en droit des brevets, comme le demande la motion.

Partant des analyses de la question menées à ce jour par le Conseil fédéral, le projet expose point par point les solutions, développant les arguments pour et contre, avant de les soumettre à une appréciation juridique et économique. Aucune option n'a donc été écartée d'emblée.

Le Conseil fédéral maintient cependant sa position. Se fondant sur les différents rapports qu'il a établis, il se prononce en faveur de l'épuisement national.

## **1.3 Définitions**

### **1.3.1 Epuisement**

L'épuisement des droits conférés par le brevet définit le rapport entre les droits du titulaire du brevet d'interdire notamment la mise en circulation du produit breveté (appelés ci-après « droits d'interdiction »), d'une part, et les droits d'utilisation de l'acquéreur du produit breveté, d'autre part. Si le détenteur du brevet vend un produit protégé par son brevet, ses droits d'interdiction en relation avec ce produit, que lui confère son titre de protection, se heurtent aux droits de propriété que le droit réel donne à l'acquéreur du produit. La doctrine et la jurisprudence appréhendent diffé-

<sup>6</sup> 06.3633 M Clarification des possibilités et des conséquences en matière d'épuisement du droit des brevets (CN 20.12.2006, Commission des affaires juridiques CN (05.082; CE pas encore traité).

remment ce conflit entre propriété immatérielle et propriété matérielle en vue de trouver un équilibre entre les intérêts du titulaire du brevet et ceux de l'acquéreur du produit. Selon le *principe de l'épuisement*, les droits d'interdiction portant sur le produit breveté, qui découlent du titre de protection, sont considérés comme consommés, en l'occurrence épuisés, dès que le détenteur du brevet a commercialisé le produit ou qu'il a donné son accord à sa mise sur le marché. En mettant le produit breveté en circulation, le titulaire du brevet perd la prérogative de donner son aval à l'*utilisation* à des fins commerciales et à toute *aliénation* ultérieure de ce produit par son acquéreur. La question peut aussi être appréhendée sous un autre angle : le droit de l'acquéreur légitime d'utiliser et de revendre le bien à son gré procède d'une *autorisation ou licence d'utilisation tacite (implied license)* que lui aurait donné le titulaire du brevet. Selon cette approche, c'est la finalité de l'acquisition qui détermine l'étendue de cette autorisation.

La pratique juridique européenne actuelle adhère à la doctrine de l'épuisement, mais ne l'applique pas à toutes les situations d'acquisition. Ainsi, lors de l'aliénation d'un dispositif permettant l'utilisation d'un procédé breveté, l'autorisation de l'acquéreur légitime d'utiliser le procédé breveté dérive de ce qu'on appelle une licence tacite. Il en va de même dans le cas d'une multiplication de matière biologique acquise légitimement.

La controverse autour de l'épuisement des droits conférés par le brevet (cf. ch. 1.1) concerne la *portée territoriale* du principe de l'épuisement. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si les droits de défense découlant du brevet prenant effet en Suisse sont épuisés si le produit breveté a été mis en circulation en dehors de la Suisse par le titulaire du brevet ou avec son accord. Il existe trois possibilités : l'épuisement national, l'épuisement régional ou l'épuisement international. Dans le débat politique, ces trois possibilités de base sont complétées par des variantes obtenues à la faveur de restrictions ou de dérogations formulées dans l'intérêt de certaines branches ou catégories de produits. Les trois possibilités de base sont définies ci-après.

### **Epuisement national**

Selon l'épuisement national, les droits d'interdiction conférés par un titre de protection délivré pour le territoire d'un Etat s'épuisent lorsque le produit protégé par ce titre est mis sur le marché *dans ce pays* avec l'aval du titulaire du brevet. L'acquéreur légitime du produit se voit ainsi conférer le droit d'utiliser et de revendre le produit à son gré. Si le produit protégé est mis en circulation *à l'étranger*, les droits de propriété intellectuelle ne s'épuisent pas sur le territoire de l'Etat pour lequel la protection a été accordée. L'importation du produit mis sur le marché à l'étranger requiert donc l'accord du détenteur des droits de protection.

### **Epuisement régional**

Selon l'épuisement régional, les droits d'interdiction découlant d'un titre de protection délivré pour les pays constitutifs d'un espace économique commun, par exemple la Communauté européenne (CE) ou l'Espace économique européen (EEE), s'épuisent lorsque le produit protégé par ce titre est mis en circulation *dans cet espace économique* avec le consentement du titulaire du brevet. Celui-ci ne peut pas s'opposer à la vente ultérieure des produits protégés dans cette zone. Si ces produits sont mis sur le marché à l'extérieur de ce territoire, les droits d'interdiction que le



brevet confère à son titulaire ne s'épuisent pas dans les pays composant cet espace économique.

### **Epuisement international**

Selon l'épuisement international, les droits d'interdiction conférés par un titre de protection délivré pour le territoire national d'un Etat s'épuisent lorsque le produit protégé par ce titre est mis sur le marché soit dans *cet Etat*, soit dans *un autre pays* avec l'accord du titulaire du brevet. Celui-ci ne peut donc pas s'opposer au commerce transfrontalier des produits mis en circulation à l'étranger.

#### **1.3.2 Importations parallèles**

Au *sens large*, le terme d'importations parallèles désigne le commerce transfrontalier qui permet à l'importateur de tirer avantage de la différence de prix avec l'étranger; il importe un produit acheté à l'étranger pour le revendre sur le marché indigène en marge des réseaux de distribution du producteur. C'est donc au niveau de la distribution que l'importateur parallèle est en concurrence avec le fabricant du produit et de ses distributeurs. Pour le premier, le principal attrait de cette pratique réside dans l'écart entre le prix d'achat à l'étranger et le prix de vente appliqué sur le marché indigène, taxes étatiques, marge et coûts inclus. Les différences de prix ne sont cependant pas une condition suffisante pour inciter les acteurs privés à faire appel à cette possibilité d'arbitrage. Ceux-ci n'ont ainsi pas recours aux importations parallèles lorsque, par exemple, des prescriptions étatiques (comme des exigences divergentes posées aux produits ou d'autres entraves techniques au commerce) paralysent le commerce international de marchandises, même s'il existe des écarts de prix. Dans les limites du droit des cartels les systèmes de distribution peuvent aussi être un frein aux importations parallèles, par exemple lorsque le fabricant définit le cercle des revendeurs ou empêche que certains réseaux de commerçants se situant hors d'un territoire de vente assigné ne soient livrés. Toutefois, le propos du présent projet n'est pas de passer en revue ces obstacles aux importations parallèles.

Au *sens strict*, le terme d'importations parallèles désigne le commerce transfrontalier de produits protégés par des droits de propriété intellectuelle. L'importation parallèle de ces produits dépend notamment, mais pas exclusivement de l'épuisement des droits immatériels. Le système de l'épuisement international dans le droit des marques ou dans le droit d'auteur a permis de réduire le prix de quelques produits (par exemple dans le domaine des disques compacts et des voitures) par rapport à l'Union européenne (UE). Ce système d'épuisement n'a cependant pas eu pour effet d'éliminer globalement les différences de prix avec l'étranger des produits protégés par des marques ou des droits d'auteur. Les vêtements, les chaussures et les livres sont nettement plus chers en Suisse que dans l'UE.

Selon la jurisprudence actuelle, c'est le régime de l'épuisement national qui s'applique en droit suisse des brevets. Le titulaire du brevet peut dès lors interdire l'importation de produits brevetés qu'il a mis sur le marché à l'étranger. Les importations parallèles ne sont donc pas interdites *de par la loi*. Il incombe au détenteur du brevet d'obtenir l'application des restrictions à l'importation; son action est soumise à la surveillance des autorités de la concurrence. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les importations parallèles de produits brevetés sont néanmoins possibles dans certaines circonstances en dépit du principe de l'épuisement national.

En conclusion, le terme d'importations parallèles n'étant pas univoque et comme il ne saurait être assimilé à la question de l'épuisement en droit des brevets, il sera évité par la suite.

## **1.4 Débat sur la cherté en Suisse et rôle de l'épuisement national en droit des brevets**

La formation des prix est en relation étroite avec la négociabilité d'un bien sur le plan international. Si les marchandises ne sont pas librement négociables au niveau international (par exemple zone artisanale en location), les prix diffèrent selon les marchés. Les écarts de prix sont imputables à plusieurs causes quand il s'agit de marchandises librement négociables. Il ressort de la comparaison entre les prix pratiqués en Suisse et ceux de l'UE (annexe, figures 1 et 2) que les différences les plus marquées existent dans les secteurs où l'Etat exerce une forte influence (santé publique, domaine de l'infrastructure, produits alimentaires). Parmi les sources étatiques causant des différences de prix, il faut citer notamment les taxes et les entraves techniques au commerce.<sup>7</sup> Les facteurs de localisation (prix du sol ou de location, étroitesse du marché, plurilinguisme, taux de change), les coûts salariaux, les différences de qualité et les stratégies de marché privées (prestations de service et de garantie différenciées, différenciations des produits, échelonnement de l'introduction des produits) ont cependant également une influence sur le niveau des prix. En fonction de la nature du bien et de la structure du marché, les divers facteurs jouent un rôle plus ou moins important.

Parmi les facteurs sur lesquels l'Etat a prise, on cite souvent les droits de propriété intellectuelle. Or cette mise en cause pose problème à plusieurs égards :

- Premièrement, les facteurs étatiques appartiennent au droit public, alors que les droits de propriété intellectuelle, et notamment ceux conférés par le brevet, relèvent du droit privé. Comme dans le cas de la propriété matérielle, la garantie de la propriété restreint l'intervention de l'Etat (cf. ch. 4.1). A ce propos, il faut relever que parmi les droits conférés par le brevet suisse il existe le droit absolu et exclusif de mettre des produits brevetés sur le marché; ce droit est garanti par l'ordre juridique et économique suisse.<sup>8</sup>
- Deuxièmement, le titulaire du brevet peut, grâce à ses droits de défense, exclure des concurrents de la commercialisation de produits innovants pendant la durée de protection de son brevet et imposer des prix plus élevés s'il existe une demande pour ces produits. Les gains ainsi réalisés lui permettent de financer des activités de recherche et de développement, indispensables s'il a l'intention de maintenir sa position sur le marché. Ils représentent une récompense pour les activités d'innovation et stimulent la concurrence dans ce secteur. Ils sont l'essence même du droit des brevets. Or, lorsqu'on compare les prix de produits brevetés, on ne peut pas prendre suffisamment en considération la compétitivité mise en place par le système des brevets dans le domaine de l'innovation. Dans le cadre d'une telle comparaison, on a tendance à faire abstraction non seulement de la plus-value que les consommateurs retirent des innovations, mais aussi de l'effet de prospérité de l'innovation pour l'économie. Sur la base de

<sup>7</sup> *Importations parallèles et droit des brevets : épuisement régional*, rapport du Conseil fédéral du 3 décembre 2004, p. 5 ss.

<sup>8</sup> ATF 126 III 129, consid. 8c dd.

comparaisons de ce genre, on serait enclin à encourager les activités de recherches et de développement sur des marchés à l'étranger.

- Troisièmement, sous le régime de l'épuisement national des brevets, le titulaire est en situation d'imposer des prix différents dans les pays de commercialisation. Il peut optimiser son offre en l'ajustant aux conditions générales locales, aux coûts de la commercialisation ainsi qu'à l'offre et à la demande. Les prix et le produit varient donc de pays en pays. Cela ne veut pas dire que la concurrence est écartée à cause des brevets. Le consommateur peut souvent acheter des produits fabriqués par d'autres producteurs qui sont comparables aux produits brevetés, car les brevets n'offrent pas une protection contre les produits concurrents similaires (concurrence intermarques). L'exclusivité que le droit des brevets confère sur une invention ne saurait donc créer une position dominante ou un monopole de durée limitée favorisant un verrouillage du marché préjudiciable à l'économie de manière générale mais seulement dans des cas individuels. En conséquence, les différences de prix induites par les moyens qu'offre le droit des brevets ne peuvent pas être *en soi* qualifiées de néfastes pour l'économie. Elles ne font que refléter la diversité des conditions prévalant sur les marchés, ce qui permet à des pays dotés d'un faible pouvoir d'achat de disposer néanmoins de produits innovants. En cas de différences de prix dans des pays dotés d'un fort pouvoir d'achat comme la Suisse, ce sont tendanciellement les fabricants et non les demandeurs qui profitent des gains. Si les fabricants travaillent à l'étranger, les écarts de prix peuvent avoir un effet néfaste sur l'économie à cause de la structure du marché extérieur suisse. Cela irait à l'encontre de la finalité économique de la protection conférée par le brevet, si l'on voulait contester au titulaire du brevet sa prérogative d'imposer des prix plus élevés, pour profiter du pouvoir d'achat et récupérer son rendement d'innovation.

Les chiffres dont on dispose démontrent que le niveau élevé des prix en Suisse et les écarts avec l'étranger sont rarement imputables aux brevets uniquement. L'exemple de l'industrie suisse des biens d'investissement (industries métallurgique, électrique et des machines) permet de l'illustrer. Ce secteur économique a beau présenter une forte activité de recherche et de brevetage (annexe, figure 3),<sup>9</sup> il n'en reste pas moins qu'en moyenne, il n'y a pas d'écarts de prix avec les pays voisins (annexe, figure 2),<sup>10</sup> en dépit du fait que la relative absence de standardisation limite la cessibilité de ces biens et, par conséquent, le commerce transfrontalier.<sup>11</sup> La comparabilité des prix est certainement due à la forte concurrence internationale régnant entre des produits certes très pointus, mais qui restent substituables.<sup>12</sup> Les clients qui sont face à des concurrents étrangers sur des marchés intégrés vont faire pression sur les fournisseurs des consommations intermédiaires et des biens d'investissement pour qu'ils leurs accordent au moins les mêmes termes de livraison qu'à leurs concurrents. Cette démarche risque de mieux fonctionner pour les grandes sociétés que pour les petites et moyennes entreprises.

L'industrie automobile est un autre exemple. Les voitures individuelles figurent au nombre des biens de consommation qui (dans une faible proportion) sont protégés

<sup>9</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 84 s. et 94 s.

<sup>10</sup> Elias/Balastèr 2006, p. 51, tableau 51.

<sup>11</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 97.

<sup>12</sup> Eichler et al., Les différences de prix entre la Suisse et l'UE par branche économique, La Vie économique, 7/2003, p. 15; Frontier Economics/Plaut 2002, p. 100 s.

par des brevets (annexe, figure 4)<sup>13</sup>; il n'empêche que le niveau de prix en Suisse est inférieur à celui dans l'UE (annexe, figures 1 et 2).<sup>14</sup> C'est la suppression d'entraves techniques au commerce et le durcissement du droit de la concurrence qui ont permis de baisser les prix.<sup>15</sup> Ce niveau de prix plus bas montre que les brevets n'ont pas servi à imposer des prix plus élevés. Ceci est probablement dû à l'effet préventif de la loi sur les cartels renforcée. Depuis la convention consensuelle dans le cas Citroën, la branche doit accepter que les restrictions d'importations qui se basent sur des droits de brevets représentent une restriction de la concurrence au sens de la loi sur les cartels. S'il est vrai que l'on observe une forte hétérogénéité des prix entre la Suisse et l'UE dans d'autres secteurs, force est de constater que les brevets ne sauraient en être la cause. En effet, ils ne jouent qu'un rôle secondaire, voire marginal, dans les secteurs de l'alimentation, du logement, des loisirs et de la culture (annexe, figure 4).<sup>16</sup> Les écarts de prix entre la Suisse et l'UE pour les produits alimentaires sont très élevés. Ils résultent principalement de la forte protection tarifaire accordée à la production indigène.<sup>17</sup> Le régime de l'épuisement national ne saurait expliquer les écarts de prix.

Il ressort d'une étude commandée par le Conseil fédéral qu'à côté de l'industrie des biens d'investissement, l'industrie chimique et pharmaceutique, le secteur des instruments et de l'électronique<sup>18</sup>, mais aussi certaines catégories de biens de consommation comme les machines de bureau, les appareils radio, les téléviseurs, les appareils ménagers et de cuisine ainsi que les articles de photographie sont des domaines présentant une intense activité de brevetage. S'il existe un potentiel d'arbitrage pour les médicaments et certains biens de consommation pertinents du point de vue des brevets, celui-ci est plutôt faible par rapport aux dépenses de consommation totales.<sup>19</sup> S'agissant des biens de consommation, il faut de surcroît tenir compte du fait que bon nombre des produits appartenant à des catégories pour lesquelles on a relevé une intense activité de brevetage ne sont protégés par aucun brevet. Aujourd'hui déjà, ils peuvent être commercialisés sans aucune restriction découlant du droit des brevets. Le passage à un autre régime de l'épuisement des brevets ne changerait donc rien.<sup>20</sup>

Comment expliquer dès lors la cherté de ces produits ? Il existe plusieurs causes possibles. En raison de l'interdépendance des facteurs déterminant les prix, il est extrêmement périlleux d'évaluer dans quelle mesure l'épuisement national joue un rôle. Force est de constater que plus les entraves techniques au commerce sont élevées, plus les écarts de prix avec les pays voisins de la Suisse sont marqués.<sup>21</sup> Ces obstacles qui résultent souvent de prescriptions étatiques dans les domaines du social, de la santé et de l'environnement peuvent donc être considérés comme des facteurs importants à l'origine du niveau élevé des prix en Suisse. <sup>22</sup> A ce jour, aucune étude méthodique par branches n'a été réalisée sur les causes du niveau plus

<sup>13</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 86 et 96.

<sup>14</sup> OCDE, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation, Suisse : Saisir les opportunités de croissance; Paris 2006, p. 36; Elias/Balastèr 2006, p. 50 et 51.

<sup>15</sup> Elias/Balastèr 2006, p. 50.

<sup>16</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 87.

<sup>17</sup> Elias/Balastèr 2006, S. 48.

<sup>18</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 85 ss.

<sup>19</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 84 ss.

<sup>20</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 130.

<sup>21</sup> Elias/Balastèr 2006, p. 51.

<sup>22</sup> Plaut 2004b, p. 44.

élevé des prix en Suisse. On ignore également dans quelle mesure les différents facteurs qui poussent les prix à la hausse sont à l'origine des écarts de prix. Le rôle de l'épuisement national des droits conférés par le brevet par rapport aux facteurs sur lesquels l'Etat a prise a pu être établi approximativement dans une étude commandée par le Conseil fédéral se consacrant au changement de régime de l'épuisement.<sup>23</sup> Il existe toutefois des indices permettant de conclure que l'épuisement national des droits conférés par les brevets ne joue qu'un rôle mineur et que les prix élevés en Suisse sont imputables à d'autres facteurs.<sup>24</sup> La plupart du temps, plusieurs facteurs interdépendants déterminent le niveau des prix.

Des mesures susceptibles d'influencer positivement le niveau de prix en Suisse ont déjà été mises en œuvre ou sont en cours de préparation. Le droit des cartels a été renforcé, notamment en présumant que les ententes verticales représentent une restriction de la concurrence et en introduisant des sanctions directes. Avec la consultation en cours sur la révision de la loi fédérale sur les entraves au commerce, le Conseil fédéral s'engage en faveur d'un démantèlement systématique des obstacles de droit public entravant l'accès au marché suisse. Les entraves douanières continueront d'être réduites dans le cadre des négociations internationales. A l'avenir, les restrictions aux importations fondées sur le droit des brevets pourraient donc gagner en importance en tant qu'entrave au commerce restante.

*En résumé :*

- Plusieurs facteurs sont à l'origine des écarts de prix avec l'étranger, qui ne sont pas le seul fait du régime de l'épuisement national des droits conférés par le brevet. Parmi les facteurs à mettre sur le compte de l'Etat, les taxes douanières et les entraves techniques au commerce occupent une place prépondérante.
- Les différences de prix les plus marquées sont relevées dans les secteurs dans lesquels le droit des brevets ne joue aucun rôle ou alors qu'un rôle secondaire.
- Les brevets sont un facteur influant principalement dans les industries chimique et pharmaceutique et dans le secteur des biens d'investissement (métallurgie, industrie électrique et des machines), de même que dans celui des instruments et de l'électronique, mais aussi pour certaines catégories de biens de consommation comme les machines de bureau, les appareils radio, les téléviseurs, les appareils ménagers et de cuisine ainsi que les articles de photographie.
- Pour ce qui est des médicaments – un secteur qui se caractérise par une intense activité de brevetage – et de certains biens de consommation pertinents du point de vue des brevets (ordinateurs, électronique de divertissement, appareils ménagers, automobiles et montres), il existe un potentiel d'arbitrage, même s'il est plutôt faible par rapport aux dépenses de consommation totales.
- Dans les secteurs dans lesquels les brevets revêtent une grande importance, les écarts de prix sont dus à une majorité de facteurs qui poussent les prix à la hausse, notamment aux entraves techniques au commerce; l'épuisement national des droits conférés par les brevets ne joue qu'un rôle mineur.

<sup>23</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 126 ss.

<sup>24</sup> Plaut 2004b, p. 44.

## 2 Solutions envisagées

### 2.1.1 Epuisement national

#### 2.1.1.1 Option de base : épuisement national sans exceptions

Dans sa jurisprudence<sup>25</sup>, le Tribunal fédéral a consacré l'épuisement national en droit des brevets. Le droit des cartels, dont l'applicabilité a été reconnue par la Cour suprême<sup>26</sup>, fixe toutefois des limites à ce principe. Cette jurisprudence a été inscrite dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels<sup>27</sup>, à l'art. 3, al. 2, lequel prévoit une subordination des restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle à la loi sur les cartels. Autrement dit, le titulaire du brevet peut s'opposer à l'importation en Suisse de produits protégés par un brevet uniquement si – et à la différence de la conception juridique traditionnelle – son interdiction n'est pas assimilable à une restriction de la concurrence au sens de la loi sur les cartels.

Si on inscrivaient le principe de l'épuisement national dans la loi sur les brevets, la teneur de l'article serait la suivante :

#### *Art. 9a* II. En particulier

<sup>1</sup> Lorsqu'une marchandise brevetée est mise en circulation en Suisse par le titulaire du brevet ou avec son accord, elle peut être utilisée ou revendue à titre professionnel.

<sup>2</sup> Lorsqu'un dispositif permettant l'utilisation d'un procédé breveté est mis en circulation en Suisse par le titulaire du brevet ou avec son accord, le premier acquéreur ou tout acquéreur ultérieur de ce dispositif est autorisé à utiliser ce procédé.

<sup>3</sup> Lorsque de la matière biologique brevetée est mise en circulation en Suisse par le titulaire du brevet ou avec son accord, elle peut être multipliée pour autant que cela soit nécessaire à l'utilisation conforme à son but. La matière ainsi obtenue ne doit pas être utilisée pour une multiplication ultérieure. L'art. 35a<sup>28</sup> est réservé.

Le Conseil fédéral maintient sa position en faveur de cette solution.

Le projet de modification de la loi sur les brevets<sup>29</sup> prévoit de plus une disposition régissant les conflits nés de la divergence des régimes d'épuisement pour les marchandises protégées par plusieurs droits immatériels (protection multiple). Il faut éviter d'entraver les importations parallèles licites – selon la législation en vigueur – de produits protégés par des marques ou des droits d'auteur sous prétexte qu'on leur a ajouté un élément breveté d'importance accessoire. Cette proposition ayant été approuvée par le Conseil national, elle ne fait pas l'objet du présent projet et ne figure pas dans l'article susmentionné. Par analogie à la doctrine allemande<sup>30</sup> selon laquelle un produit n'est pas protégé par le brevet de l'élément breveté qu'on lui a ajouté si la fonction technique de ce dernier est d'une importance accessoire pour le

<sup>25</sup> ATF 126 III 129.

<sup>26</sup> ATF 126 III 129, consid. 9.

<sup>27</sup> RS 251

<sup>28</sup> FF 2004 3929

<sup>29</sup> 05.082 – Traité sur le droit des brevets. Approbation et règlement d'exécution ainsi que modification de la loi sur les brevets, FF 2006 1

<sup>30</sup> Georg Benkard/Uwe Scharen, Patentgesetz, 10. Aufl., München 2006, § 9 N 30.

produit, il y a aura peut-être lieu d'étendre cette réglementation des conflits découlant de la protection multiple aux produits pour les caractéristiques fonctionnelles desquels l'élément breveté revêt une importance moindre.

**Arguments pour :**

- Sous le régime de l'épuisement national des droits conférés par le brevet, le titulaire peut, en fonction de la demande, imposer des prix différents dans les pays dans lesquels il écoule ses produits. Il a ainsi la possibilité d'adapter les prix à la grande diversité des conditions économiques et juridiques locales. Adapter les prix en fonction des marchés permet de réaliser des gains qui contribuent au financement des activités de recherche et de développement, indispensables si l'on entend maintenir sa position sur le marché. Aussi cette pratique est-elle conforme aux principes fondamentaux du droit de la concurrence et de celui des brevets.
- L'épuisement national permet de préserver les effets positifs induits par les écarts de prix, par exemple l'approvisionnement en produits innovants de pays qui disposent d'un faible pouvoir d'achat. Les ententes verticales ne constituent pas une réelle alternative aux droits immatériels puisqu'elles sont assorties de coûts de transaction élevés et soumises au droit des cartels.
- Les écarts de prix avec l'étranger ont plusieurs causes et ne peuvent être mis sur le seul compte du régime de l'épuisement national des brevets. Parmi les facteurs sur lesquels l'Etat a prise, les taxes douanières et les entraves techniques au commerce jouent un rôle prépondérant dans le domaine du commerce transfrontalier de produits commercialisés à l'étranger.
- Pour les produits dont les prix sont administrés à l'étranger, l'épuisement national évite une concurrence des réglementations qui aurait pour conséquence non pas de mettre fin aux distorsions de prix mais d'éroder les décisions politiques prises par un pays qui doivent trouver un équilibre entre les intérêts sociaux-politiques d'une part et les attraits d'innovation d'autre part. Si les prix ne sont pas soumis au jeu de l'offre et de la demande en raison de réglementations étatiques et qu'ils sont fixés ou contrôlés par des organes étatiques, il n'est pas sûr que les avantages découlant des différences de prix seront attribués au consommateur. C'est par exemple le cas dans le domaine des médicaments, notamment pour les médicaments dont les coûts sont pris en charge par les assurances maladie.
- Dans la majorité des cas, un brevet ne permet pas à son titulaire d'atteindre une position dominante sur le marché, mais seulement dans des cas individuels. Or on trouve souvent sur le marché des produits de remplacement pour les produits brevetés, ce qui garantit la concurrence entre produits substituables (concurrence intermarques).
- Depuis la révision de la loi sur les cartels, la formation du prix par le titulaire du brevet est soumise au contrôle des abus inscrit dans le droit de la concurrence. L'effet conjugué du nouvel art. 5, al. 4, LCart et de la nouvelle teneur de l'art. 3, al. 2, LCart et le rôle préventif des sanctions directes inscrites à l'art. 49a LCart permettent d'enrayer les restrictions à l'importation fondées sur le droit des brevets préjudiciables à la concurrence. Il s'agit là d'une mesure préventive efficace; il n'en demeure pas moins que les restrictions à l'importation se basant sur le droit des brevets doivent être appréciées au cas par cas.

- L'épuisement national est compatible avec les obligations internationales de la Suisse, et notamment avec l'Accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC). Dans la doctrine, un avis minoritaire soutient même que l'accord impose l'épuisement national en droit des brevets tout en excluant cette question au règlement des différends qu'il prévoit.<sup>31</sup> On ne saurait toutefois fonder le choix du régime de l'épuisement national sur cet avis minoritaire.

#### **Arguments contre :**

- Si l'épuisement national est inscrit dans la loi, le titulaire du brevet pourra continuer à imposer localement des prix différents. Il peut en résulter un cloisonnement des marchés sur lesquels les produits brevetés sont commercialisés pendant la durée de protection des brevets, et, de ce fait, une diminution, du moins partielle, des effets positifs de l'élimination de tous les autres facteurs qui poussent les prix à la hausse. Si l'on entend donc faire disparaître tous les facteurs influençables qui tirent les prix vers le haut, l'abandon ou la restriction de l'épuisement national en droit des brevets s'impose.
- Ce sont les fabricants et non les demandeurs qui profitent des gains provenant des différences de prix favorisées par l'épuisement national. Compte tenu de la structure du marché extérieur suisse, il faut partir du principe que les demandeurs suisses seront perdants et que les fabricants étrangers réaliseront des bénéfices plus importants. Ceci est d'autant plus vrai si l'on ne prend en considération que les produits dont les prix ne sont pas administrés.
- L'efficacité de la loi sur les cartels comme moyen correctif à l'épuisement national est controversée. Il faudra attendre le rapport établi sur la base de l'art. 59a LCart, attendu pour 2008, pour faire le point.<sup>32</sup>

#### **2.1.1.2 Variante : exception en faveur des moyens de production et des biens d'investissement agricoles (épuisement international)**

Il est possible d'assortir l'option de base de variantes prévoyant des dérogations au principe de l'épuisement national pour certaines catégories de marchandises, auxquelles s'appliquerait l'épuisement international et/ou régional. Un avis de droit<sup>33</sup> commandé par le Conseil fédéral confirme certes la compatibilité avec l'Accord sur les ADPIC d'un système prévoyant divers régimes d'épuisement pour différentes catégories de produits, mais il conclut qu'il n'est pas possible en plus de différencier unilatéralement par pays (cf. ch. 2.1.2 pour de plus amples explications).

Dans le cadre de la politique agricole 2011<sup>34</sup>, le Conseil national et le Conseil des Etats ont voté le nouvel art. 27b de la loi sur l'agriculture (LAg), lequel prévoit une exception à l'épuisement national en droit des brevets en faveur des moyens de

<sup>31</sup> Christian von Kraak, TRIPS oder Patentschutz weltweit: Zwangslizenzen, Erschöpfung, Parallelimporte, Diss. Bonn 2005, Berlin 2006, p. 62.

<sup>32</sup> Cf. 06.3633 M Clarification des possibilités et des conséquences en matière d'épuisement du droit des brevets (CN 20.12.2006, Commission des affaires juridiques CN (05.082; CE par encore traité).

<sup>33</sup> Straus/Katzenberger 2002, p. 42.

<sup>34</sup> 06.038 Politique agricole 2011. Evolution future.



production et des biens d'investissement agricoles protégés par un brevet, auxquels s'appliquerait l'épuisement international. Voici la teneur de cet article :

Section 7 : Moyens de production et biens d'investissement protégés par un brevet

*Art. 27b*

<sup>1</sup> L'importation, la revente et l'utilisation à titre professionnel d'un moyen de production ou d'un bien d'investissement agricole sont autorisées si le titulaire d'un brevet a mis ces derniers en circulation en Suisse ou à l'étranger ou a donné son consentement à leur mise en circulation.

<sup>2</sup> Sont considérés comme agricoles les biens d'investissement destinés en majeure partie à une utilisation dans l'agriculture comme les tracteurs, les machines, les équipements et les installations ainsi que leurs composants.

#### **Arguments pour :**

- Il existe dans l'agriculture suisse un potentiel d'économies considérable à exploiter grâce à une utilisation plus efficace des moyens et facteurs de production. C'est exactement le but poursuivi par la politique agricole 2011. La pression économique qu'elle exercera sur l'agriculture incitera celle-ci à mieux tirer avantage des capacités, des économies d'échelle et du progrès technique en vue de réduire les coûts. Une série de mesures doit permettre d'atteindre cet objectif. Il s'agit d'exploiter tous les moyens disponibles, notamment le passage à l'épuisement international pour les moyens de production et les biens d'investissement agricoles protégés par un brevet. On attend de ce passage, conjugué aux autres mesures, qu'il contribuera à abaisser le niveau des prix en Suisse.
- Les groupes d'intérêts évaluent les économies induites par le changement de régime de l'épuisement à quelque 25 millions de francs par année dans le meilleur des cas (0,45 % de la consommation intermédiaire), à 20 millions dans le domaine des produits phytosanitaires (ce qui équivaut à 65 % de la différence estimée des coûts par rapport à l'étranger) et à 5 millions dans celui des médicaments vétérinaires (qui sont exclus du champ d'application de l'art. 27b LAgr). Jusqu'à présent, aucun calcul n'a été réalisé concernant le potentiel d'économies réalisables dans le secteur des biens d'investissement agricoles, mais il s'avérerait bien plus faible.
- L'intégration croissante des marchés pour les produits agricoles en Europe exige que la concurrence puisse bénéficier de possibilités d'achat comparables. C'est pourquoi il est important qu'il existe une cohérence en matière de droits de propriété intellectuelle dans les différents marchés.

#### **Arguments contre :**

- La consommation intermédiaire dans l'agriculture ne subit pas de renchérissement résultant des brevets sur les moyens de production et les biens d'investissement agricoles. La protection des brevets ne figure pas parmi les principales sources des différences de prix dans le domaine des moyens de production et des biens d'investissement agricoles. L'agriculture est en effet un des

secteurs en Suisse où l'intensité des brevets est insignifiante.<sup>35</sup> Les principaux produits dans ce domaine concernés par le droit des brevets sont les produits phytosanitaires et les médicaments vétérinaires. Ceux-ci ne sont cependant pas pris en compte par l'art. 27b LAg. Les engrais ne sont que rarement brevetés, et les semences relèvent le plus souvent de la protection des obtentions végétales.<sup>36</sup> Il n'existe aucune étude pour les biens d'investissement agricoles. Mais rien ne laisse supposer que les brevets revêtent une grande importance dans ce domaine. L'impact des moyens de production et des biens d'investissement agricoles protégés par des brevets sur les coûts de production totaux est donc faible. L'art. 27b LAg ne parviendra guère à faire baisser de manière significative les coûts de production dans le domaine de l'agriculture. Il est encore moins en mesure de faire descendre les prix de production, sans parler des prix à la consommation .

- L'art. 27b LAg n'est pas favorable aux agriculteurs, mais aux intermédiaires au détriment des entreprises qui investissent dans la recherche et le développement.
- S'agissant du matériel végétal de multiplication, à savoir les semences, il arrive qu'il relève du droit des brevets, mais il est le plus souvent soumis à la loi sur la protection des obtentions végétales. Jusqu'à présent, l'épuisement du droit de l'obteneur n'a pas été réglé dans la loi sur la protection des variétés. Dans le message du 23 juin 2004 concernant l'approbation de la Convention internationale révisée pour la protection des obtentions végétales et la modification de la loi sur la protection des variétés<sup>37</sup>, il y a lieu de combler cette lacune. Le Conseil fédéral propose de laisser en suspens la question du champ d'application géographique. C'est donc l'interprétation conforme au droit international qui fait foi et, partant, l'épuisement national qui s'applique. Dès lors, le titulaire d'une obtention végétale peut, en vertu de ses droits, s'opposer à l'importation de matériel de multiplication. Si la Suisse adhère à la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales, dans sa version révisée de 1991, ses engagements internationaux feraient obstacle au passage à l'épuisement international. La Convention n'accepte des exceptions de l'épuisement national que dans le cadre d'une affiliation à une organisation interétatique.<sup>38</sup>

### **2.1.1.3 Variante : exception en faveur des moyens de production agricoles (épuisement régional)**

Au cours des sondages effectués par la Suisse auprès de l'UE dans la perspective d'un accord de libre-échange pour des produits agricoles et des produits alimentaires, le Département fédéral de l'économie (DFE), qui est en charge du dossier, a également abordé la question de l'épuisement régional des brevets sur les moyens de production agricoles dont la Suisse souhaiterait bénéficier. La Commission européenne s'est dite prête à discuter de la possibilité d'un épuisement régional réciproque, tout en rappelant à la Suisse que la CE appliquait le même régime d'épuisement

<sup>35</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 80 s.

<sup>36</sup> Martin Raaflaub/Marco Genoni, Preise für landwirtschaftliche Produktionsmittel in der Schweiz, Schlussbericht der Schweizerischen Hochschule für Landwirtschaft (SHL); Bern 2005, p. 24.

<sup>37</sup> FF 2004 3929

<sup>38</sup> Art. 16, al. 1 et 3, de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales, révisée (<http://www.admin.ch/ch/fr/rs/i2/0.232.161.fr.pdf>).

à tous les droits de propriété intellectuelle. Il est en conséquence peu probable que la Suisse obtienne l'épuisement régional des brevets pour certains produits ou certaines catégories de produits. Si l'on écarte les incertitudes liées à la faisabilité de cette variante, il reste les avantages et les inconvénients de l'épuisement international des brevets pour les moyens de production et les biens d'investissement agricoles (cf. ch. 2.1.1.2). Cette option impliquant en outre que la Suisse engage des négociations avec la CE, il est tout à fait plausible que cette dernière formule des revendications en contrepartie (cf. 2.1.2.1). Il faut en particulier s'attendre à ce qu'elle demande à la Suisse de passer de l'épuisement international à l'épuisement régional en droit des marques et en droit d'auteur et de reprendre l'intégralité de l'acquis communautaire en matière de propriété intellectuelle. Il est en outre envisageable que la CE étende les négociations à d'autres domaines politiques. Pour toutes ces raisons, cette variante est abandonnée d'autant plus que les seuls cas où la Suisse aurait besoin de l'épuisement régional des brevets sur les moyens de production agricoles seraient ceux relevant de l'art. 27b LAgr.

#### **2.1.1.4 Variante : exception en faveur de marchés présentant des conditions de commercialisation comparables**

Dans son arrêt Kodak, le Tribunal fédéral a soutenu que le droit du titulaire du brevet d'interdire les importations lui conférait un « pouvoir juridique supérieur » (*überschiessende Rechtsmacht*) quand les conditions juridiques et économiques générales de mise sur le marché à l'étranger sont similaires à celles appliquées en Suisse.<sup>39</sup> Il a conclu que, dans ces cas, les restrictions aux importations fondées sur le droit des brevets doivent être soumises à la surveillance des autorités de la concurrence.

En développant cette approche, le contrôle des abus prévu par le droit des cartels peut être déclaré comme une exception à l'épuisement national. Le titulaire de brevet ne peut pas s'opposer à l'importation de produits provenant de marchés présentant des conditions économiques (notamment le pouvoir d'achat) et juridiques (notamment le niveau de la protection des brevets) semblables à celles prévalant en Suisse.

Cette approche mène à écarter le système de l'épuisement national si la formation des prix pour un produit breveté se crée dans le jeu de l'offre et de la demande.

Le titulaire de brevet peut cependant toujours exercer ses droits d'interdiction si les prix sont fixés ou contrôlés par des organes étatiques en Suisse ou dans le pays où le produit a été mis sur le marché, ce qui permet d'éviter des distorsions de prix. Il n'est pas sûr que les consommateurs soient bénéficiaires des avantages qui résultent des différences de prix. L'épuisement national reste applicable si le titulaire de brevet n'est pas en mesure d'organiser librement les conditions de distribution pour un produit breveté en raison d'une protection insuffisante de son invention à l'étranger. Enfin, il s'agit d'assurer l'approvisionnement de pays dotés d'un faible pouvoir d'achat en produits innovants. Cette approche permet également d'éviter que la réputation des entreprises soit ternie. En effet, une entreprise qui décide de ne pas approvisionner les milieux dans le besoin avec une quantité suffisante de produits à prix réduit par peur que ces produits puissent être détournés sur les marchés de pays

<sup>39</sup> ATF 126 III 129, consid. 9.

dotés d'un fort pouvoir d'achat où les frais de recherche et de développement sont censés être recouverts, pourrait subir un tel préjudice.

Voici la teneur de l'article si on voulait inscrire cette variante dans la loi sur les brevets:

*Art. 9a* II. En particulier

<sup>1</sup> Lorsqu'une marchandise brevetée est mise en circulation en Suisse par le titulaire du brevet ou avec son accord, elle peut être utilisée ou revendue à titre professionnel.

<sup>2</sup> Lorsqu'un dispositif permettant l'utilisation d'un procédé breveté est mis en circulation en Suisse par le titulaire du brevet ou avec son accord, le premier acquéreur ou tout acquéreur ultérieur de ce dispositif est autorisé à utiliser ce procédé.

<sup>3</sup> Lorsque de la matière biologique brevetée est mise en circulation en Suisse par le titulaire du brevet ou avec son accord, elle peut être multipliée pour autant que cela soit nécessaire à l'utilisation conforme à son but. La matière ainsi obtenue ne doit pas être utilisée pour une multiplication ultérieure. L'art. 35a<sup>40</sup> est réservé.

<sup>4</sup> L'accord du titulaire du brevet pour la mise en circulation en Suisse n'est pas nécessaire pour des produits brevetés qui ont été distribués à l'étranger de manière légal, si:

- a) le prix du produit n'est pas imposé par l'Etat, ni en Suisse ni dans le pays de mise en circulation;
- b) si les inventions sont protégées de manière adéquate dans le pays de mise en circulation; et
- c) si les marchandises n'ont pas été mises sur le marché pour subvenir aux besoins des populations avec un faible pouvoir d'achat.

**Arguments pour :**

- Dans son champ d'application, l'exception de l'épuisement national correspond en grande partie à la variante de l'épuisement international avec exception en faveur des marchés présentant des conditions-cadres divergentes. Nous renvoyons aux arguments en faveur de cette option (cf. ch. 2.1.3.3).
- Cette variante facilite le commerce transfrontalier des produits brevetés dont les prix sont formés, en Suisse et à l'étranger, dans le cadre de la concurrence et d'une protection par brevet semblable au niveau de protection appliqué en Suisse. Dans ces conditions, la Suisse et les pays étrangers contribuent de manière égale au reflux nécessaire des ressources pour les activités de recherche et de développement.
- Si les prix sont imposés ou contrôlés par l'Etat et ne sont pas soumis au jeu de l'offre et de la demande, l'épuisement national des brevets entrave une compétition entre régulations. De ce fait, on n'échappe pas, dans le cas des prix réglementés, à la pesée politique, à l'intérieur du pays, des intérêts sociopolitiques, d'une part, et des intérêts d'innovation, d'autre part. C'est notamment le cas pour

<sup>40</sup> FF 2004 3929

la part du marché suisse des médicaments dont les prix sont imposés par l'Etat. Les prix administrés doivent dès lors également être considérés comme base pour pouvoir empêcher des importations parallèles.

- Cette variante est conséquente du point de vue de la politique de la réglementation: L'épuisement national en droit des brevets n'est restreint que si les prix des produits brevetés peuvent être fixés dans des conditions de commercialisation comparables en Suisse et à l'étranger en profitant du jeu de l'offre et de la demande.
- Dans cette variante, les droits réels de propriété de l'acquéreur et la liberté économique dans le commerce ne l'emportent sur le droit de propriété conféré par le brevet que lorsque celui-ci a été indemnisé comme il aurait dû l'être s'il n'y avait pas eu de limitation territoriale du droit suisse et des conditions prévalant en Suisse.

#### **Arguments contre:**

- Dans son champ d'application, l'exception de l'épuisement national correspond en grande partie à la variante de l'épuisement international avec exception en faveur des marchés présentant des conditions-cadres divergentes. Nous renvoyons aux arguments parlant contre cette option (cf. ch. 2.1.3.3).
- Cette réglementation est tellement complexe et floue qu'elle serait préjudiciable à la sécurité juridique.
- Depuis la révision de la loi sur les cartels, la formation du prix par le titulaire du brevet est soumise au contrôle des abus inscrit dans le droit de la concurrence. L'effet conjugué du nouvel art. 5, al. 4, LCart et de la nouvelle teneur de l'art. 3, al. 2, LCart et le rôle préventif des sanctions directes inscrites à l'art. 49a LCart permettent d'enrayer les restrictions à l'importation fondées sur le droit des brevets qui sont préjudiciables à la concurrence. Il s'agit là d'une mesure préventive efficace; il n'en demeure pas moins que les restrictions à l'importation se basant sur le droit des brevets doivent être appréciées au cas par cas. Il n'est dès lors pas nécessaire de renforcer le contrôle d'abus par une restriction de l'épuisement national. Il n'est pas justifié que le fardeau de la preuve incombe au détenteur du brevet.

### **2.1.2 Epuisement régional**

#### **2.1.2.1 Option de base : épuisement régional sans exceptions**

Pour la Suisse, il serait surtout intéressant d'instaurer l'épuisement régional avec la CE, plus précisément avec les Etats membres de l'EEE. L'importance de ces zones économiques pour le commerce suisse, mais aussi la comparabilité des conditions juridiques générales plaident pour cette option qui prévoit de varier la règle de l'épuisement en fonction des pays. L'épuisement régional se limiterait à la CE et à l'EEE et ne serait pas étendu à d'autres Etats.

En effet, les experts sont majoritairement d'avis que le régime de l'épuisement régional nécessite une base de réciprocité, c'est-à-dire qu'il ne peut être instauré que dans le cadre d'un accord; c'est ce qui ressort également d'un rapport externe<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Straus/Katzenberger 2002, p. 43 ss.

commandé par le Conseil fédéral. Certains juristes vont jusqu'à dire qu'en égard aux obligations internationales de la Suisse, l'épuisement régional bilatéral appelle même la création d'une union douanière.<sup>42</sup> Quoiqu'il en soit, ils sont une majorité à conclure que la Suisse violerait le principe de la nation la plus favorisée inscrit dans l'Accord sur les ADPIC si elle instaurait unilatéralement le régime de l'épuisement régional (cf. ch. 4.2). Le Conseil fédéral ne saurait faire fi de ces sérieuses objections d'ordre juridique et mettre en péril de manière irréfléchie la réputation de la Suisse en tant que partenaire fiable sur le plan international. Aussi est-il d'avis que l'instauration de l'épuisement régional ne pourra se faire que sur la base de négociations avec la CE et les Etats membres de l'EEE.

Dans son rapport du 3 décembre 2004, le Conseil fédéral a conclu qu'il ne serait certainement pas possible de négocier l'épuisement régional à l'égard de la CE et de l'EEE pour les brevets uniquement, mais qu'il faudrait abandonner l'épuisement international en droit des marques et en droit d'auteur pour passer à l'épuisement régional et reprendre l'acquis communautaire en matière de propriété intellectuelle, voire peut-être dans d'autres domaines politiques horizontaux également. Les sondages que la Suisse a effectués dans la perspective d'un accord agricole avec l'UE et les contacts qu'elle a eus à l'été 2006 avec la Direction Générale Marché intérieur en charge de cette question ne fournissent pas d'indices pour une appréciation différente. En fin de compte, seule l'issue de longues négociations sur les exigences réclamées à titre de réciprocité permettra à la Suisse d'acquiescer à une certitude à ce propos.

#### **Arguments pour :**

- Il faut s'attendre à ce que le passage à l'épuisement régional fasse baisser le niveau des prix à la consommation pour les produits pour lesquels la protection conférée par les brevets est significative (médicaments, ordinateurs, électronique de divertissement, appareils de cuisine, automobiles et montres). L'économie dans son ensemble en profitera aussi. Selon une étude mandatée par le DFE, l'introduction du régime régional apporterait un gain de l'ordre de 0,0 % à 0,1 % du produit intérieur brut.<sup>43</sup>
- Le changement de régime privera le titulaire du brevet de la possibilité d'imposer des prix différents sur la base de son droit. Pour pratiquer des prix différents, le détenteur du brevet devra mettre en place des systèmes sélectifs de distribution, dont les coûts se répercuteront sur sa chaîne de valeur ajoutée et ne grèveront pas les finances publiques. Associée à une bonne concurrence intermarques, cette mesure devrait se traduire, du point de vue macroéconomique, par une différenciation optimale des prix et des prestations, à condition, bien sûr, que les autorités de la concurrence interviennent à l'encontre de systèmes sélectifs de distribution et d'autres ententes verticales uniquement lorsqu'ils constituent une grave entrave à la concurrence intermarques.
- Les conditions économiques et juridiques générales des Etats membres de la CE et de l'EEE sont très semblables à celles prévalant en Suisse. En considération de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il serait donc légitime de contester

<sup>42</sup> Thomas Cottier, La révision de la loi sur les brevets: un contexte européen et mondial déterminant, *La Vie économique*, 7/8 2006, p. 12.

<sup>43</sup> Plaut 2004b, p. 48 ss.

au titulaire du brevet son droit d'interdire le commerce transfrontalier de produits brevetés avec ces Etats..

**Arguments contre :**

On peut néanmoins affirmer que, dans les secteurs où les brevets jouent un rôle significatif l'épuisement national des droits conférés par les brevets ne joue qu'un rôle mineur dans les différences de prix par rapport à l'étranger (ch. 1.4). Les écarts de prix sont imputables à une série d'autres facteurs et pas en premier lieu à l'épuisement national en droit des brevets. Parmi les facteurs à mettre sur le compte de l'Etat, les taxes douanières et les entraves techniques au commerce occupent une place prépondérante. Il y a fort à parier que le passage à l'épuisement régional des droits conférés par le brevet n'ait pas d'effet sur la baisse du niveau des prix aussi longtemps que les principales causes des écarts de prix ne sont pas éliminées. Il faut donc commencer par là.

- Sur le plan macroéconomique, l'impact du passage à l'épuisement régional en droit des brevets sera certes positif mais faible, et ce en dépit du fait que les études en la matière se soient fondées sur des prémisses conduisant plutôt à une surévaluation du volume commercial et des écarts de prix.<sup>44</sup> Vu la difficulté à établir avec précision les différentes causes, le risque est grand que le passage au régime de l'épuisement régional n'ait que très peu d'effets positifs sur le plan macroéconomique.
- La mise en œuvre de cette option implique l'ouverture de négociations avec la CE et/ou avec les Etats membres de l'EEE.
- Si la Suisse passe à l'épuisement régional avec la CE, il faut s'attendre à ce que celle-ci lui demande, en contrepartie, d'appliquer ce régime en droit des marques et en droit d'auteur également; la Suisse se retrouvera alors en porte-à-faux avec ses obligations découlant du GATT 1994.<sup>45</sup> D'un point de vue économique et par rapport à la situation actuelle (à savoir l'épuisement international en droit des marques et des droits d'auteur, d'une part, et l'épuisement national des brevets, de l'autre), la Suisse n'y gagnerait pas à devoir appliquer le même régime d'épuisement à tous les droits de propriété intellectuelle.
- La possibilité du titulaire de brevet d'imposer des prix différents pour garantir son avance dans le domaine de l'innovation en mettant en place des systèmes sélectifs de distribution implique elle aussi une intervention de l'Etat. En effet, en cas de litige, il incombera aux tribunaux d'imposer les systèmes sélectifs de distribution de sorte que l'Etat devra supporter en grande partie les coûts de ces systèmes. Si l'on veut que ces ententes garantissent véritablement l'avance de la Suisse dans le domaine de l'innovation, il faudra veiller à ce que les coûts de transaction de ces systèmes ne soient pas trop élevés et que les autorités de la concurrence autorisent ces accords. En effet, une intervention des autorités de la concurrence ne se justifierait que dans les cas où les ententes entraveraient sérieusement la concurrence intermarques.

<sup>44</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. xiv et 159.

<sup>45</sup> *Importations parallèles et droit des brevets : épuisement régional*, rapport du Conseil fédéral du 3 décembre 2004, p. 18.

### **2.1.2.2 Variantes**

Eu égard à l'homogénéité des régimes d'épuisement des différents droits de propriété intellectuelle dans la CE (cf. ch. 2.2.2), toute variante à l'épuisement régional prévoyant des exceptions en faveur de l'épuisement national de certaines catégories de produits protégés par des brevets semble irréaliste. Se reporter à ce propos aux considérations sur les variantes à l'épuisement international (cf. ch. 2.1.3.2).

### **2.1.3 Epuisement international**

#### **2.1.3.1 Option de base : épuisement international sans exceptions**

La Suisse pourrait mettre en œuvre l'épuisement international de façon autonome. Un avis de droit<sup>46</sup> commandé par le Conseil fédéral conclut que ce changement serait compatible avec les engagements internationaux de la Suisse. Ce constat reflète l'opinion de la majorité des experts s'étant penchés sur la question. Un avis minoritaire soutient toutefois que l'Accord sur les ADPIC prescrit l'épuisement national en droit des brevets, mais qu'il exclut cette question du règlement des différends.<sup>47</sup>

Voici la teneur de l'article si on voulait inscrire cette variante dans la loi sur les brevets:

#### *Art. 9a II. En particulier*

<sup>1</sup> Lorsqu'une marchandise brevetée est mise en circulation en Suisse ou à l'étranger par le titulaire du brevet ou avec son accord, elle peut être importée, utilisée ou revendue à titre professionnel.

<sup>2</sup> Lorsqu'un dispositif permettant l'utilisation d'un procédé breveté est mis en circulation en Suisse ou à l'étranger par le titulaire du brevet ou avec son accord, le premier acquéreur ou tout acquéreur ultérieur de ce dispositif est autorisé à utiliser ce procédé.

<sup>3</sup> Lorsque de la matière biologique brevetée est mise en circulation en Suisse ou à l'étranger par le titulaire du brevet ou avec son accord, elle peut être importée et multipliée à titre professionnel pour autant que cela soit nécessaire à l'utilisation conforme à son but. La matière ainsi obtenue ne doit pas être utilisée pour une multiplication ultérieure. L'art. 35a<sup>48</sup> est réservé.

#### **Arguments pour :**

- Le passage à l'épuisement international fera vraisemblablement baisser le niveau des prix à la consommation pour les produits pour lesquels la protection conférée par les brevets est significative (médicaments, ordinateurs, électronique de divertissement, appareils de cuisine, automobiles et montres). L'économie dans son ensemble en profitera aussi. Selon une étude mandatée

<sup>46</sup> Straus/Katzenberger 2002, p. 38 ss.

<sup>47</sup> Christian von Kraak, TRIPS oder Patentschutz weltweit: Zwangslizenzen, Erschöpfung, Parallelimporte, Diss. Bonn 2005, Berlin 2006.

<sup>48</sup> FF 2004 3929



par le Conseil fédéral, le changement de régime apporterait un gain de l'ordre de 0,0 % à 0,1 % du produit intérieur brut.<sup>49</sup>

- Le passage à l'épuisement international en droit des brevets s'impose si l'on entend supprimer tous les facteurs influençables qui poussent les prix à la hausse. Le titulaire du brevet se verra privé de la possibilité d'imposer des prix différents en invoquant son brevet. Pour les appliquer, il sera alors obligé de mettre en place des systèmes sélectifs de distribution, dont les coûts se répercuteront sur sa chaîne de valeur ajoutée et ne grèveront pas les finances publiques. Associée à une bonne concurrence intermarques, cette mesure devrait se traduire, du point de vue macroéconomique, par une différenciation optimale des prix et des prestations.
- Cette option permettrait de mettre en place une réglementation homogène de l'épuisement des droits pour l'ensemble du domaine de la propriété intellectuelle.

### **Arguments contre :**

- Dans les secteurs où les brevets jouent un rôle significatif l'épuisement national des droits conférés par les brevets ne joue qu'un rôle mineur dans les différences de prix par rapport à l'étranger (ch. 1.4). Les écarts de prix sont imputables à une série d'autres facteurs et pas en premier lieu à l'épuisement national en droit des brevets. Parmi les facteurs à mettre sur le compte de l'Etat, les taxes douanières et les entraves techniques au commerce occupent une place prépondérante. Il y a fort à parier que le passage à l'épuisement international des droits conférés par le brevet n'ait pas d'effet sur la baisse du niveau des prix aussi longtemps que les principales causes des écarts ne sont pas éliminées. Il faut donc commencer par s'attaquer aux sources du problème.
- Sur le plan macroéconomique, les effets du passage à l'épuisement international en droit des brevets seront positifs mais faibles, et ce en dépit du fait que l'étude en la matière se soit fondée sur des prémisses conduisant plutôt à une surévaluation du volume commercial et des différences de prix.<sup>50</sup> Comme l'origine des écarts de prix n'est pas clairement établie, on peut craindre que les répercussions positives du passage à l'épuisement international sur le plan macroéconomique soient faibles.
- Le changement de système profitera nettement plus au secteur axé sur la demande intérieure et à celui des biens de consommation qu'à l'exportation et aux biens d'investissement.
- Il ne sera plus possible d'exploiter systématiquement les effets positifs déployés par les différences de prix (notamment en vue d'approvisionner des pays en développement en médicaments à des prix très bas). La communauté internationale devrait redoubler d'efforts pour réduire les prix des médicaments pour ces pays.
- La question de l'impact du passage à l'épuisement international en droit des brevets sur la recherche en Suisse divise les experts. A la lumière des données disponibles, on ne peut pas dire avec certitude que le changement aura des répercussions négatives sur les dépenses de recherche et de développement et sur

<sup>49</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. xvi ss.

<sup>50</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. xiv et 159.

la recherche en Suisse, mais il n'est pas non plus possible d'écartier l'hypothèse d'une éventuelle corrélation. Si l'on considère le marché mondial, le passage à l'épuisement international peut, à terme, avoir pour conséquence un recul de la prospérité, car les investissements dans la recherche et le développement diminueraient en raison des pertes de revenus : l'innovation et le progrès seraient en panne. Le fait qu'aucun pays industrialisé n'applique l'épuisement international en droit des brevets vient corroborer cette hypothèse.

- La possibilité du titulaire de brevet d'imposer des prix différents pour garantir son avance dans le domaine de l'innovation en mettant en place des systèmes sélectifs de distribution nécessite elle aussi une intervention de l'Etat. En effet, en cas de litige, il incombera aux tribunaux d'imposer les systèmes sélectifs de distribution de sorte que l'Etat devra supporter en grande partie les coûts de ces systèmes. Si l'on veut que ces ententes assurent véritablement l'avance de la Suisse dans le domaine de l'innovation, il importe de veiller à ce qu'elles ne génèrent pas des coûts de transaction trop élevés et qu'elles soient admises par les autorités de la concurrence. Une intervention des autorités de la concurrence ne se justifierait que dans les cas où les ententes entraveraient sérieusement la concurrence intermarques.
- Les entreprises nationales et internationales détentrices de brevets s'adapteront aux nouvelles conditions-cadres créées par l'épuisement international (p. ex. différenciation additionnelle de leurs produits, importations échelonnées d'innovations, renonciation aux exportations dans certains pays, intégration verticale). Ces ajustements peuvent avoir une forte incidence sur le potentiel de réduction des prix. Et bien qu'ils aient été pris en compte dans les études de la Confédération, on ne saurait évaluer avec certitude leur portée et leur impact. On ignore également dans quelle mesure le commerce intermédiaire répercutera les baisses de prix. Il se peut tout à fait que les pronostics ne se vérifient pas et qu'il n'y ait aucun effet positif sur les prix et l'économie.
- Pour les produits dont les prix sont administrés à l'étranger, l'épuisement international aboutit à une concurrence des réglementations et non à une concurrence par les prix. Si les prix ne sont pas soumis au jeu de l'offre et de la demande en raison de réglementations étatiques et qu'ils sont fixés ou contrôlés par des organes étatiques, il n'est pas sûr que les avantages découlant des différences de prix seront attribués au consommateur. C'est par exemple le cas dans le domaine des médicaments, notamment pour les médicaments dont les coûts sont pris en charge par les assurances maladie.
- Compte tenu de l'insignifiance des effets positifs attendus, la restriction importante des droits d'interdiction du titulaire de brevet représente une restriction de sa propriété privée disproportionnée. Les entreprises établies dans notre pays ayant une forte activité de brevetage pourraient voir dans le passage à l'épuisement international un manque de volonté politique de la Suisse à protéger de manière appropriée les droits de propriété intellectuelle.

### **2.1.3.2 Variante : exceptions en faveur des marchés à prix administrés**

Le passage à l'épuisement international (option de base) ne permettant pas d'instaurer une concurrence par les prix sur les marchés à prix administrés, une variante serait de prévoir une exception en faveur de l'épuisement national pour les

produits commercialisés sur ces marchés: les produits brevetés dont les prix sont fixés ou contrôlé par un organe étatique en Suisse ou dans le pays d'où ils proviennent sont soumis à l'épuisement national. Cette exception est significative pour les médicaments si leurs prix sont administrés. En Suisse, il existe des prix maximums imposés par l'Etat pour les médicaments qui suite à une requête figurent dans la liste des spécialités. Dans le domaine des médicaments, on reprend actuellement de manière restreinte les régulations de l'étranger à la suite des comparaisons de prix.

Voici la teneur de l'article si on voulait inscrire cette variante dans la loi sur les brevets :

*Art. 9a II. En particulier*

<sup>1</sup> Lorsqu'une marchandise brevetée est mise en circulation en Suisse ou à l'étranger par le titulaire du brevet ou avec son accord, elle peut être importée, utilisée ou revendue à titre professionnel.

<sup>2</sup> Lorsqu'un dispositif permettant l'utilisation d'un procédé breveté est mis en circulation en Suisse ou à l'étranger par le titulaire du brevet ou avec son accord, le premier acquéreur ou tout acquéreur ultérieur de ce dispositif est autorisé à utiliser ce procédé.

<sup>3</sup> Lorsque de la matière biologique brevetée est mise en circulation en Suisse ou à l'étranger par le titulaire du brevet ou avec son accord, elle peut être importée et multipliée à titre professionnel pour autant que cela soit nécessaire à l'utilisation conforme à son but. La matière ainsi obtenue ne doit pas être utilisée pour une multiplication ultérieure. L'art. 35a<sup>51</sup> est réservé.

<sup>4</sup> Nonobstant les al. 1 à 3, une marchandise brevetée ne peut être mise en circulation en Suisse qu'avec l'accord du titulaire du brevet lorsqu'en Suisse ou dans le pays de mise en circulation le prix de cette marchandise est imposé par l'Etat.

**Arguments pour :**

- Il en découlera vraisemblablement une baisse des prix à la consommation des biens de consommation brevetés dont les prix sont fixés ou contrôlés par des organes étatiques en Suisse ou à l'étranger. Par rapport à l'option de base, il est très probable que les retombées positives escomptées sur le niveau des prix et l'éventuel avantage sur le plan macroéconomique soient plus faibles, l'exception réduisant le volume commercial concerné.
- Cette variante prend en considération le caractère distinctif des marchés à prix administrés.
- Un changement de régime ne compromettra pas l'approvisionnement des pays en développement en médicaments figurant dans la liste des spécialités.
- Pour le reste, les autres arguments en faveur de l'option de base gardent toute leur validité (cf. ch. 2.1.3.1).

<sup>51</sup> FF 2004 3929

### Arguments contre :

- Cette exception concerne uniquement certains domaines du marché des médicaments. Le critère de l'administration des prix par l'Etat ne prend en considération que de manière insuffisante le caractère particulier de ce marché. La négociabilité et la commercialisation des médicaments sont restreintes pour des raisons de protection de la santé. La fixation de conditions de commercialisation (p. ex. prescription médicale obligatoire) s'effectue indépendamment d'une administration de prix.
- Dans la pratique, l'application de cette exception pourrait s'avérer difficile étant donné qu'il n'est pas toujours clair si le prix d'un produit a été fixé ou contrôlé par l'Etat ou pas.
- De plus, cette variante se heurte aux mêmes objections formulées à l'encontre de l'option de base (cf. ch. 2.1.3.1), à l'exception de celle excluant le passage à l'épuisement international pour les produits dont les prix sont imposés à l'étranger pour des raisons économiques.

### 2.1.3.3 Variante : exceptions en faveur des marchés présentant des conditions-cadres divergentes

Dans son arrêt Kodak, le Tribunal fédéral a soutenu que le droit du titulaire du brevet d'interdire les importations lui conférerait un « pouvoir juridique supérieur » (*überschiessende Rechtsmacht*) quand les conditions juridiques et économiques générales de mise sur le marché à l'étranger sont similaires à celles appliquées en Suisse.<sup>52</sup> Il a conclu que, dans ces cas, les restrictions aux importations fondées sur le droit des brevets doivent être soumises à la surveillance des autorités de la concurrence. Il reconnaît à l'inverse la légitimité des droits de défense du titulaire du brevet lorsque les conditions juridiques et économiques générales de mise sur le marché à l'étranger diffèrent de celles en Suisse. Les écarts de prix et les différenciations de produits par pays qui en résultent sont le signe d'une adaptation optimale – et conforme au droit de la concurrence – à la divergence des conditions générales. Pratiquer des prix différents est même une nécessité, par exemple, lorsqu'il s'agit d'assurer l'approvisionnement de pays dotés d'un faible pouvoir d'achat. Il est donc envisageable de prévoir une dérogation au régime de l'épuisement international pour les produits importés de pays dont les conditions économiques (en particulier le pouvoir d'achat) et juridiques (notamment le niveau de la protection par brevet) générales s'écartent de celles prévalant en Suisse. Les modalités pourront être réglées par voie d'ordonnance.

Voici la teneur de l'article si on inscrirait cette variante dans la loi sur les brevets :

#### Art. 9a II. En particulier

<sup>1</sup> Lorsqu'une marchandise brevetée est mise en circulation en Suisse ou à l'étranger par le titulaire du brevet ou avec son accord, elle peut être importée, utilisée ou revendue à titre professionnel.

<sup>2</sup> Lorsqu'un dispositif permettant l'utilisation d'un procédé breveté est mis en circulation en Suisse ou à l'étranger par le titulaire du brevet ou avec son accord, le premier acquéreur ou tout acquéreur ultérieur de ce dispositif est

autorisé à utiliser ce procédé.

<sup>3</sup> Lorsque de la matière biologique brevetée est mise en circulation en Suisse ou à l'étranger par le titulaire du brevet ou avec son accord, elle peut être importée et multipliée à titre professionnel pour autant que cela soit nécessaire à l'utilisation conforme à son but. La matière ainsi obtenue ne doit pas être utilisée pour une multiplication ultérieure. L'art. 35a<sup>53</sup> est réservé.

<sup>4</sup> Nonobstant les al. 1 à 3, une marchandise brevetée ne peut être mise en circulation en Suisse qu'avec l'accord du titulaire du brevet lorsque les conditions économiques et juridiques générales, notamment le revenu dans les ménages privés réservé à la consommation ou la protection des inventions, dans le pays de mise sur le marché diffèrent sensiblement des conditions prévalant en Suisse.

#### **Arguments pour :**

- Cette variante maintient les effets positifs induits par les différences de prix, notamment la fourniture de produits innovants aux pays à faible pouvoir d'achat (plus particulièrement l'approvisionnement de pays en développement en médicaments à des prix très bas).
- L'exception tient compte du fait que les différences de prix et de produits sur les divers marchés sont le signe d'une adaptation optimale – et conforme au droit de la concurrence – de l'offre à la divergence des conditions générales, et que les droits de défense du titulaire du brevet constituent un moyen efficace d'imposer ces différences.
- Pour le reste, les autres arguments en faveur de l'option de base gardent toute leur validité (cf. ch. 2.1.3.1).

#### **Arguments contre :**

- L'application de l'exception générera une insécurité juridique. Sa mise en œuvre pose d'épineux problèmes de délimitation.
- Les produits dont les prix sont administrés continuent d'être soumis au régime de l'épuisement international. Cette variante conduit donc à une compétition entre régulations et non à une concurrence par les prix, ce qui pourrait être évité si on lui associait la variante précédente (cf. ch. 2.1.3.2).
- Pour ce qui est du champ d'application de l'épuisement international, cette variante se heurte aux mêmes objections formulées à l'encontre de l'option de base (ch. 2.1.3.1).

### **2.1.4 Restriction en faveur de l'accès au marché conformément à la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce**

La loi fédérale sur les entraves techniques au commerce prévoit l'application de règles uniformes dans les domaines où la Confédération est compétente pour légiférer, visant à empêcher la création d'entraves techniques au commerce, à les éliminer

<sup>52</sup> ATF 126 III 129, consid. 9.

<sup>53</sup> FF 2004 3929

ou à les réduire. Elle doit être complétée par des prescriptions régissant l'accès au marché (principe dit « Cassis de Dijon »). Par exemple, l'ouverture *unilatérale* du marché à des produits qui ne sont pas conformes aux prescriptions techniques suisses, mais qui ont été mis en circulation légalement dans un Etat membre de la CE ou de l'EEE ainsi que dans des pays avec lesquels la Suisse a conclu des accords de reconnaissance mutuelle de procédures d'évaluation de la conformité. Ces marchandises seront librement négociables en Suisse.

La majeure partie des importations en Suisse – l'équivalent de près de 150 milliards de francs – est soumise à de sévères prescriptions techniques. Celles-ci constituent, suivant les secteurs, des obstacles plus ou moins élevés aux échanges commerciaux. Il ne fait dès lors aucun doute que sur le plan macroéconomique, la suppression des entraves injustifiées au commerce serait d'un grand intérêt. Les nouvelles dispositions régissant l'accès au marché permettront de lever les obstacles techniques verrouillant l'accès au marché suisse. L'introduction du principe « Cassis de Dijon » permettra de supprimer la cause majeure du niveau élevé des prix en Suisse et de tendre vers une convergence des conditions de commercialisation sans passer toutefois par une harmonisation des prescriptions techniques.

L'épuisement national a beau ne pas être une des principales sources des différences de prix avec l'étranger, s'il était maintenu sans être assorti d'une exception, il pourrait diminuer, du moins partiellement, l'impact positif de la levée des entraves techniques au commerce. En effet, dans les domaines où les brevets sont significatifs en tant que droits de protection il existe souvent des entraves techniques au commerce. L'introduction du principe « Cassis de Dijon », qui permet d'éliminer ces obstacles, pourrait être assortie d'une mesure d'accompagnement visant à empêcher la limitation ou le verrouillage de l'accès au marché au sens du nouvel art. 16a à 16d LETC sur la base du droit des brevets.

Voici la teneur de l'article si on voulait inscrire cette variante dans la loi sur les brevets :

*Art. 9b III. Accès au marché conformément à la LETC*

Si une marchandise brevetée qui a été commercialisée légalement à l'étranger accède au marché suisse en vertu des art. 16a à 16d de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce, cet accès ne peut être ni limité, ni interdit sur la base de droits conférés par un brevet.

**Arguments pour :**

- En raison de l'interaction qui existe fréquemment entre les éléments déterminant les prix, il est très difficile d'évaluer dans quelle mesure ils jouent un rôle dans les écarts de prix. On relève tout de même que plus les entraves techniques au commerce sont élevées, plus les différences de prix avec les pays voisins sont marquées. La cherté en Suisse est donc principalement imputable à ces prescriptions techniques. Il paraît dès lors logique d'éliminer tout d'abord ces entraves injustifiées au commerce de nature technique.
- Le principe « Cassis de Dijon » facilitera les échanges commerciaux : les prescriptions techniques nationales ne constitueront plus à l'avenir, dans de nombreux secteurs, des entraves injustifiées au commerce. Les prix des

biens de consommation devraient donc baisser. L'économie dans son ensemble en profitera aussi. L'épuisement national n'étant pas la principale source des différences de prix, il est tout à fait concevable de l'assortir d'une dérogation par le biais d'une mesure d'appoint. Dans de nombreux secteurs, l'application du principe permettra de s'affranchir des conditions de commercialisation spécifiques au marché suisse dictées par les prescriptions techniques nationales et donc de supprimer une des principales causes des différences de prix. En inscrivant dans la loi sur les brevets une restriction des droits conférés par le brevet, on crée les conditions permettant d'éviter que le droit des brevets ne contrecarre les effets positifs déployés par le principe « Cassis de Dijon ».

- La mise en œuvre de cette restriction ne pose pas problème puisqu'elle vise le même but que celui visé par le principe « Cassis de Dijon ».

### **Arguments contre :**

- Les secteurs dans lesquels le principe « Cassis de Dijon » s'appliquera, pour lesquels la protection conférée par les brevets est significative et où il existe un potentiel d'arbitrage (cf. ch. 1.4) sont peu nombreux. Il est de ce fait exagéré de restreindre le droit de protection de la sorte.
- On ne fait plus la distinction entre droits de propriété et entraves au commerce de droit public; les droits de propriété sont restreints. L'impact sur les dépenses de recherche et de développement ainsi que sur les activités de recherche en Suisse sera vraisemblablement négatif.
- Cette approche offre des solutions arbitraires: La protection conférée par le brevet dépend de l'existence de réglementations d'intérêt publiques pouvant s'opposer au commerce libre des produits brevetés. Il n'est par conséquent pas approprié d'assortir les droits de propriété d'entraves au commerce de droit publique.

## **2.2 Droit comparé et rapport avec le droit européen**

### **2.2.1 Droit comparé**

En comparaison internationale, l'épuisement national en droit des brevets est le régime que l'on rencontre le plus fréquemment. En Amérique latine et en Asie de l'Est, l'épuisement international gagne cependant du terrain, mais aucun pays industrialisé ne s'est encore doté de ce régime.

Le principe de l'épuisement national est appliqué par les Etats d'Europe continentale ainsi que par le Brésil, le Mexique, la Corée et Hong Kong, tandis que l'épuisement international est le régime choisi par plusieurs pays d'Amérique latine (Bolivie, Equateur, Colombie, Pérou, Venezuela, Argentine, Paraguay et Uruguay) et d'Asie de l'Est (Taiwan, Inde, Indonésie, Malaisie, Singapour et Thaïlande). Il existe par ailleurs des pays qui n'ont pas adopté la doctrine de l'épuisement. Le Royaume-Uni, par exemple, préconise la licence tacite (*implied license*, cf. ch. 1.3.1), selon laquelle il incombe au titulaire du brevet d'empêcher les importations parallèles; cette doctrine présente des analogies avec l'épuisement national.<sup>54</sup> Le Japon possède un système similaire. Aux Etats-Unis, le principe de l'épuisement correspond à la

<sup>54</sup> Straus/Katzenberger 2002, p. 14 ss.

doctrine du *first sale* aux termes de laquelle le titulaire du brevet peut s'opposer aux importations parallèles au moyen de stratégies de commercialisation et de mesures contractuelles. Dans les faits, le système américain a très souvent les mêmes effets que l'épuisement national.<sup>55</sup>

Les pays de l'UE et de l'EEE appliquent entre eux l'épuisement régional, une forme élargie de l'épuisement national que l'on rencontre traditionnellement dans les Etats d'Europe continentale. Ce régime découle des art. 28 et 30 CE réglant la libre circulation des marchandises dans le Marché commun. Il s'applique également au Royaume-Uni dans ses rapports avec les autres Etats de l'UE (de l'EEE), le principe de l'épuisement régional des droits de brevets prenant le pas sur la doctrine de la licence tacite. L'épuisement régional n'est inscrit dans aucun accord de libre-échange.<sup>56</sup>

### 2.2.2 Rapport avec le droit européen

C'est principalement dans sa jurisprudence relative à la libre circulation des marchandises que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a développé le principe de l'épuisement des droits immatériels. Selon celle-ci, le titulaire du droit de protection n'est pas autorisé à interdire la distribution d'un produit protégé par un droit immatériel dans un Etat membre s'il l'a déjà mis en circulation dans un autre Etat membre.<sup>57</sup> S'il les a mis en circulation dans des pays tiers, il peut par contre s'opposer à leur importation dans un Etat membre.<sup>58</sup> La CJCE s'est donc prononcée en faveur de l'épuisement régional, en l'occurrence en faveur d'un épuisement européen. Elle a précisé dans sa jurisprudence que l'épuisement régional s'appliquait également aux produits dont les prix étaient administrés par l'Etat.<sup>59</sup>

Le principe de l'épuisement régional dans les différents domaines de propriété immatérielle a également des retombées dans le droit communautaire secondaire.<sup>60</sup> S'agissant du droit des brevets, le principe de l'épuisement régional figure dans la

<sup>55</sup> Straus/Katzenberger 2002, p. 29 s.

<sup>56</sup> Straus/Katzenberger 2002, p. 16 ss.

<sup>57</sup> Arrêt dans l'affaire Centrafarm contre Sterling Drug, aff. 15/74, Rec. 1974, p. 1147

<sup>58</sup> Arrêt dans l'affaire Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG contre Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, aff. C-355/96, Rec. 1998, p. I-4799.

<sup>59</sup> CJCE, aff. jointes C-267/95 et C-268/95, Merck/Primecrown, Rec. 1996, 6371.

<sup>60</sup> Cf. art. 7 de la Première directive 89/104/CEE rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (JO L 40 du 11.02.1989, p. 1); art. 13 du Règlement (CE) n° 40/94 sur la marque communautaire (JO L 11 du 14.1.1994, p. 1); art. 4, al. 2, de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit de la propriété intellectuelle et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167 du 22.6.2001, p. 10); art. 9, al. 2, de la Directive 92/100/CEE relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 346 du 27.11.1992, p. 61); art. 4, let. c, 2° phrase, de la Directive 91/250/CEE sur la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 122 du 17.05.1991, p. 42); art. 15 de la Directive 98/71/CE du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles (JO L 289 du 28.10.1998, p. 28); art. 8 du Règlement (CE) n° 6/2002 du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires (JO L 3 du 05.01.2002, p. 1).



Directive sur la biotechnologie<sup>61</sup> et dans l'actuelle proposition de règlement du brevet communautaire<sup>62</sup>.

### **3 Conséquences**

#### **3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes**

Le projet de loi ne crée pas de nouvelles tâches d'exécution de sorte qu'il n'a pas de conséquences directes pour la Confédération, les cantons et les communes.

#### **3.2 Conséquences économiques**

##### **3.2.1 Nécessité d'agir**

Il existe des indices indiquant que de toutes les causes de la cherté en Suisse, le régime de l'épuisement national est la moins importante et que les prix élevés sont imputables à d'autres facteurs (cf. ch. 1.4).

Compte tenu de ce qui précède, abandonner l'épuisement national en droit des brevets ne saurait être une priorité. Et se limiter à changer de régime d'épuisement n'aurait quasiment aucun effet positif sur le niveau des prix et sur le plan macroéconomique. Si l'on veut prendre des mesures concrètes et efficaces, il faut donc commencer par s'attaquer, dans chaque secteur, aux facteurs dont l'élimination est susceptible d'avoir le plus grand effet.

On pourrait certes objecter que le passage à l'épuisement international en droit des brevets s'impose si l'on entend supprimer tous les facteurs poussant les prix à la hausse sur lesquels l'Etat a prise.

Des mesures susceptibles d'influencer positivement le niveau de prix en Suisse ont déjà été mises en œuvre ou sont en cours de préparation. Le droit des cartels a été renforcé, notamment en présument que les ententes verticales représentent une restriction de la concurrence et en introduisant des sanctions directes. Avec la consultation en cours sur la révision de la loi fédérale sur les entraves au commerce, le Conseil fédéral s'engage en faveur d'un démantèlement systématique des obstacles de droit public entravant l'accès au marché suisse. Les entraves douanières continueront d'être réduites dans le cadre des négociations internationales. Des réformes ont également été amorcées ou envisagées dans le domaine de la santé, qui inclut le secteur des produits pharmaceutiques caractérisé par une intense activité de brevetage; celles-ci devraient avoir des répercussions positives sur le niveau des prix indépendamment du choix du régime de l'épuisement. A l'avenir, les restrictions aux importations fondées sur le droit des brevets pourraient donc gagner en importance en tant qu'entrave au commerce restante.

<sup>61</sup> Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (JO L 213 du 30.7.1998, p. 13).

<sup>62</sup> Conseil de l'Union européenne, proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire du 8 mars 2004 (Doc. n° 7114/04), consultable sur Internet à l'adresse <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/04/st07/st07119.de04.pdf>.

**Remarques préliminaires**

Deux études économétriques ont tenté de déterminer, pour la Suisse, les incidences macroéconomiques d'un passage à l'épuisement international ou régional en droit des brevets.<sup>63</sup> Chacune d'elle a pris comme scénario de référence le *statu quo*. La pertinence de leurs conclusions dépend pour l'essentiel de la fiabilité avec laquelle il a été possible d'établir les volumes commerciaux concernés par les brevets, les écarts de prix existant pour ces volumes et la mesure dans laquelle les divers facteurs influant sur les prix jouent un rôle dans les différences de prix. Tant l'étude qui s'est intéressée aux conséquences d'un changement de régime sur le plan macroéconomique que la seconde analyse qui se fonde sur cette première étude ont formulé, pour le modèle mathématique, des hypothèses tendant à une surestimation des effets d'un nouveau système d'épuisement. Ces deux études concluent que, sur le plan macroéconomique, un changement de régime d'épuisement en droit des brevets aura certes des effets positifs, mais ils demeureront modestes. En raison des impondérables inhérents aux hypothèses de départ, il ne faut pas exclure l'éventualité que les retombées positives sur les prix et l'économie soient quasiment nulles. Quoiqu'il en soit, le volume commercial théorique maximal concerné ne pourra pas être exploité si les entraves tarifaires et non tarifaires au commerce ne sont pas éliminées.<sup>64</sup>

Les études faites à ce jour n'ont en outre pas examiné l'impact du passage à l'épuisement international sur les principaux pays industrialisés dans le sillage de la Suisse. Si l'on considère le marché mondial, le passage à l'épuisement international peut, à terme, avoir pour conséquence un recul de la prospérité, car les investissements dans la recherche et le développement diminueraient en raison des pertes de revenus : l'innovation et le progrès seraient en panne.

S'agissant du passage à l'épuisement régional, il convient de dire que les analyses économiques ne confirment pas l'hypothèse selon laquelle le système de l'épuisement régional de tous les droits de propriété intellectuelle, appliqué dans la CE, soit plus intéressant que le régime en vigueur en Suisse qui combine épuisement international en droit des marques et en droit d'auteur, d'une part, et épuisement national en droit des brevets, d'autre part.

Voici les conclusions auxquelles aboutissent les études précitées; dans la mesure du possible, le présent rapport procède à une ventilation des résultats pour les variantes.

**Passage à l'épuisement international**

Partant des hypothèses susmentionnées, l'étude sur les conséquences d'un changement de régime sur le plan macroéconomique parvient aux estimations suivantes. Pour un volume commercial de 2,7 à 4,5 milliards de francs, le passage à l'épuisement international occasionnerait une diminution du niveau des prix à la consommation de 6 à 11 % en moyenne pour les produits pour lesquels la protection conférée par les brevets est significative (médicaments, ordinateurs, électronique de divertissement, appareils de cuisine, automobiles et montres).. Les prix des médicaments baisseraient de 8 à 18 %, tandis que ceux des biens de consommation brevetés fléchiraient de 2 à 4 %. Selon cette étude, les effets sur le plan macroéconomique

<sup>63</sup> Frontier Economics/Plaut 2002; Plaut 2004a.

<sup>64</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 164.

seraient positifs; on enregistrerait un gain du produit intérieur brut de l'ordre de 0,0 % à 0,1 % au maximum.<sup>65</sup> Dans la *variante* prévoyant une exception en faveur des marchés à prix administrés (cf. ch. 2.1.3.2), le volume commercial pertinent pour les prix à la consommation diminue de 1,6 à 2,3 milliards de francs : il est alors de l'ordre de 1,1 à 2,2 milliards de francs. Dans ce cas, le changement de régime apporterait une baisse de prix de 2 à 4 %.<sup>66</sup>

Quant à la variante avec exception en faveur des marchés présentant des conditions-cadres divergentes (cf. ch. 2.1.3.3), il est impossible, sur la base des études faites à ce jour, de tirer des conclusions sur le volume commercial concerné et les éventuelles incidences sur les prix. Les chiffres seront toutefois bien inférieurs à ceux calculés pour l'option de base.

### **Passage à l'épuisement régional**

Une seconde étude a évalué les effets induits par un passage à l'épuisement régional en se fondant sur des hypothèses de base comparables.<sup>67</sup> Pour un volume commercial de 1,8 à 5 milliards de francs, le passage à l'épuisement régional entraînera vraisemblablement une diminution du niveau des prix à la consommation de 3,5 à 7,5 % en moyenne pour les produits pour lesquels la protection conférée par les brevets est significative (médicaments, ordinateurs, électronique de divertissement, appareils de cuisine, automobiles et montres). Selon cette seconde étude, les prix des médicaments baisseraient de 5 à 11,5 %, tandis que ceux des autres biens de consommation brevetés fléchiraient de 2,5 à 6 %.

## **3.2.3 Conséquences pour les différents acteurs économiques**

### **Passage à l'épuisement international**

Si les scénarios esquissés ci-dessus (cf. ch. 3.2.2) se vérifient, un changement de régime aurait, selon l'étude sur les conséquences macroéconomiques, les incidences suivantes pour les différents acteurs économiques.<sup>68</sup>

- Suite à la diminution des prix à la consommation et à l'importation, les ménages privés auront à disposition un revenu réel plus élevé. Cet effet – ainsi que tous les autres – sera toutefois relativement modeste vu le volume commercial concerné.
- L'augmentation du revenu disponible entraînera une légère progression de la consommation privée. Au total, elle dépassera le niveau induit par la demande. En raison de l'effet stimulant de la baisse des prix à l'importation, les importations viendront satisfaire cette demande supplémentaire de la consommation privée pour une part disproportionnée. Mais la consommation de biens produits en Suisse s'accroîtra légèrement elle aussi et, dans son sillage, le produit intérieur brut. A court terme, l'accroissement de la production suisse profitera en premier lieu aux entreprises, lesquelles réaliseront des gains plus élevés; à

<sup>65</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. xvi ss et 150.

<sup>66</sup> Cf. Frontier Economics/Plaut 2002, p. 137.

<sup>67</sup> Plaut 2004b, p. 48 ss.

<sup>68</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 151.

moyen et à long terme, la plus forte demande des consommateurs stimulera la production, ce qui aura des retombées positives sur l'emploi et les salaires.

- Un changement de régime profitera davantage au secteur axé sur la demande intérieure et à celui des biens de consommation qu'à l'exportation et aux biens d'investissement. En d'autres termes, les grands gagnants seront les commerces de gros et de détail alors que les entreprises investissant dans la recherche et le développement ne tireront qu'un moindre bénéfice du passage à l'épuisement international.<sup>69</sup>
- Les fabricants étrangers seront les perdants du passage à l'épuisement international : ils pâtiront plus ou moins fortement de ce changement en fonction de l'importance du marché suisse pour eux.

Dans la *variante* prévoyant une exception en faveur des marchés à prix administrés (cf. ch. 2.1.3.2), les conséquences pour les différents acteurs seront identiques, seule leur ampleur s'avérerait moindre. Le changement de régime ne concernera pas l'industrie pharmaceutique; elle ne doit donc pas craindre d'en pâtir. Par contre, dans ce cas aussi, les intérêts du commerce l'emportent sur ceux des secteurs ayant une forte activité de recherche, industrie pharmaceutique mise à part.

Dans la *variante* avec une exception en faveur des marchés présentant des conditions-cadres divergentes (cf. ch. 2.1.3.3), un changement de régime profitera proportionnellement davantage au secteur axé sur la demande intérieure et à celui des biens de consommation. Les exceptions à l'épuisement international permettent de donner plus de poids aux intérêts des secteurs ayant une intense activité de recherche; on évite une inégalité de traitement entre ces secteurs.

## **Passage à l'épuisement régional**

L'épuisement régional aura les mêmes conséquences pour les différents acteurs économiques que l'épuisement international.

## **4 Aspects juridiques**

### **4.1 Constitutionnalité et conformité aux lois**

#### **Base légale**

Le présent projet de loi se fonde sur l'art. 122 Cst.

#### **Compatibilité avec les droits fondamentaux**

Conformément à la doctrine et à la pratique, la garantie de la propriété (art. 26, al. 1, Cst.) garantit les droits immatériels<sup>70</sup>. Toute réglementation de l'épuisement restreint les droits reconnus au titulaire du brevet. Comme il s'agit de droits fondamentaux, leur restriction doit être fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public et proportionnée au but visé (art. 36 Cst.).

L'appréciation de l'intérêt public et de la proportionnalité de la restriction des droits du titulaire du brevet doit se faire à la lumière du constat que l'épuisement génère un conflit entre droits fondamentaux. En effet, lorsque celui-ci vend un produit breveté, les droits d'interdiction découlant de son brevet se heurtent aux droits que le droit

<sup>69</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, p. 150 et 151.

<sup>70</sup> ATF 126 III 129, consid. 8a avec d'autres références.



distinction entre les liens juridiques qui unissent les Etats membres d'une communauté, d'une part, et ceux que ces Etats entretiennent avec des pays tiers, d'autre part. Il est donc légitime de se demander si ce système est compatible avec la réserve formulée à l'art. 6 de l'Accord sur les ADPIC.

Conformément au principe du traitement national, chaque Etat membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) doit accorder aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle. Dès lors, seul le traitement qui accorde une meilleure protection au titulaire d'un droit de protection est considéré comme plus favorable. Le passage de l'épuisement national à l'épuisement régional ou international n'aurait pas pour conséquence un traitement plus favorable du titulaire puisque celui-ci aurait moins de droits sous les régimes de l'épuisement régional ou international. La question de l'épuisement ne dépend par ailleurs pas de la nationalité du titulaire des droits, mais du lieu de la première mise en circulation du produit protégé par un droit de propriété intellectuelle. Si la Suisse passait à l'épuisement régional ou international, les ressortissants étrangers ne seraient pas lésés par rapport aux titulaires de brevets suisses. Aussi les différents régimes d'épuisement sont-ils compatibles avec le principe du traitement national.

Conformément au principe de la nation la plus favorisée (ci-après clause MFN), tous les avantages accordés par un Etat membre de l'OMC aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres pays membres. Cette clause se fonde sur la nationalité du titulaire du droit de propriété intellectuelle. L'épuisement dépendant du lieu de la première mise sur le marché et non de la nationalité du titulaire du droit, le passage à l'épuisement régional avec l'UE ou à l'épuisement international ne violerait pas la clause MFN de l'Accord sur les ADPIC. En effet, tous les titulaires de brevets seraient soumis au même régime, quelle que soit leur nationalité. Il demeurerait néanmoins un élément indirect de discrimination si l'on part du principe que les titulaires de brevets tendent à mettre leurs produits sur le marché en premier lieu dans leur pays. Ainsi, en cas de passage à l'épuisement régional, une entreprise ayant son siège dans un Etat tiers (p. ex. une entreprise américaine) serait avantagée par rapport à une société établie dans l'UE ou l'EEE (p. ex. une entreprise allemande), car, dès qu'elle a mis en circulation un produit sur son marché indigène, pour lequel elle détient aussi un brevet suisse, elle peut s'opposer aux importations parallèles de celui-ci en Suisse alors que l'entreprise allemande n'a pas cette possibilité. En passant unilatéralement à l'épuisement régional, la Suisse violerait la clause MFN au préjudice des ressortissants de l'UE et de l'EEE étant donné que les titulaires de brevets qui mettent leur produit en circulation dans cet espace économique (considéré comme leur marché indigène) pour la première fois bénéficieraient d'une moins bonne protection. Selon l'avis de droit<sup>74</sup> commandé par le Conseil fédéral, le système de l'épuisement régional ne peut être mis en place que sur une base de réciprocité, à savoir dans le cadre d'un accord (qualifié) avec l'UE et les Etats de l'EEE. Cet accord ne serait pas en mesure d'éliminer la discrimination des entreprises européennes par rapport à celles d'Etats tiers, mais la violation de la clause MFN ne serait pas répréhensible étant donné qu'en droit international un acte interdit devient licite s'il est accompli avec

<sup>74</sup> Straus/Katzenberger 2002, p. 43 ss.

l'accord de l'Etat concerné.<sup>75</sup> D'aucuns sont d'avis que l'épuisement régional bilatéral exige l'aménagement d'une union douanière.<sup>76</sup>

Sous l'angle du GATT 1994, le passage unilatéral à l'épuisement régional des droits conférés par le brevet constituerait un avantage, car les importations parallèles en provenance de l'UE et de l'EEE seraient autorisées; il permettrait par ailleurs de lever une entrave au commerce. La clause MFN du GATT 1994, qui interdit toute discrimination en fonction de la provenance des marchandises, exigerait que cette libéralisation du commerce soit étendue à tout Etat membre qui en ferait la demande. Pour éviter cette extension, il faudrait prévoir un accord bilatéral avec la CE et les Etats de l'EEE respectant l'art. XXIV GATT 1994, lequel autorise la création d'unions douanières ou de zones de libre-échange en vue de faciliter le commerce entre les territoires constitutifs. Il permettrait d'échapper à la clause MFN pour les produits en provenance d'autres pays membres de l'OMC aux conditions strictes suivantes : primo, il importe que l'accord concerne l'essentiel des échanges commerciaux entre les parties contractantes, pas uniquement un domaine particulier; deuzio, il faut supprimer tous les droits de douane et autres réglementations commerciales restrictives; tertio, les réglementations ne doivent dans leur ensemble pas être plus rigoureuses à l'encontre des Etats tiers qui ne sont pas parties à l'accord qu'elles ne l'étaient à leur égard avant l'existence de l'accord. On pourrait ainsi considérer les conditions comme remplies si un accord sur l'épuisement régional des brevets avec la CE était rattaché à l'Accord de libre-échange entre la Suisse et la Communauté européenne du 22 juillet 1972.<sup>77</sup>

### **4.3 Forme de l'acte à adopter**

Le présent projet vise à fournir les bases nécessaires au choix du régime de l'épuisement des droits conférés par le brevet. Il contient donc des dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de l'art. 164, al. 1, Cst., dont la mise en œuvre exige l'adoption d'une loi fédérale. La compétence de l'Assemblée fédérale découle de l'art. 163, al. 1, Cst.

<sup>75</sup> Straus/Katzenberger 2002, p. 45 s avec d'autres références.

<sup>76</sup> Thomas Cottier, La révision de la loi sur les brevets: un contexte européen et mondial déterminant, *La Vie économique*, 7/8 2006, p. 12.

<sup>77</sup> *Importations parallèles et droit des brevets : épuisement régional*, rapport du Conseil fédéral du 3 décembre 2004, p. 17 et 18.

# Annexe

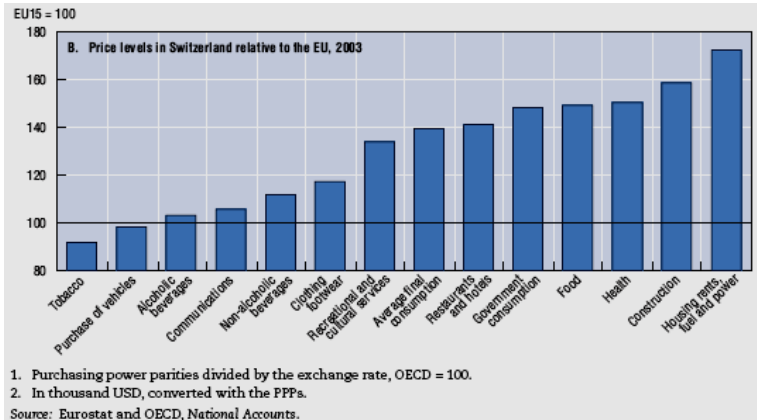


Figure 1<sup>78</sup>

## Vergleich Schweiz - EU-15: Preise für 14 konsumnahe Produktgruppen

Preisniveau Schweiz gegenüber EU-15	1995	2004
2.1 Brot und Getreide	+27.4%	+25.3%
2.2 Fleisch	+44.5%	+49.2%
2.3 Milch, Käse und Eier	+30.0%	+17.0%
2.4 Andere Nahrungsmittel	+20.8%	+24.6%
2.5 Nichtalkoholische Getränke	+13.3%	+8.2%
2.6 Kleider und Schuhe	+13.3%	+10.3%
2.7 Miete, Wasser, Elektrizität, Gas, Brennstoffe	+48.2%	+38.1%
2.8 Möbel, Haushaltsgegenstände und Unterhalt	+22.0%	+10.9%
2.9 Gesundheit	+40.5%	+26.8%
2.10 Transport	+18.7%	+3.1%
2.11 Persönliche Transportmittel	-3.3%	-8.5%
2.12 Freizeit und Kultur	+25.4%	+16.6%
2.13 Andere Güter und Dienstleistungen	+35.3%	+17.0%
2.14 Maschinen und Apparate	+14.3%	0%

Quelle: Eurostat, Seco / Die Volkswirtschaft

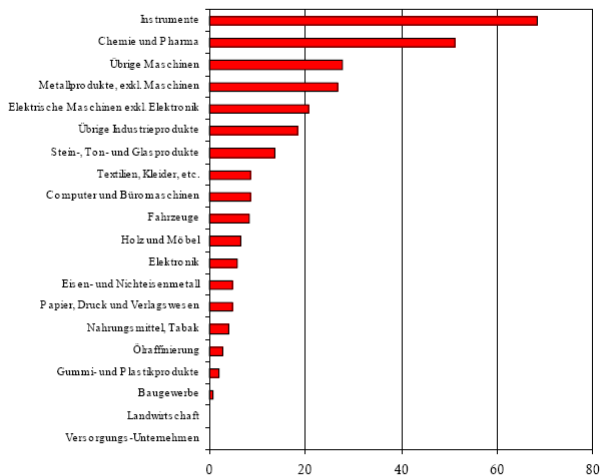
Figure 2<sup>79</sup>

<sup>78</sup> OECD, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation, Suisse: Saisir les opportunités de croissance; Paris 2006, p. 36.

<sup>79</sup> Elias/Balastèr 2006, p. 51.



**Abbildung 29: Patentintensität verschiedener Sektoren im Verhältnis zur Wertschöpfung (1999–2000)**

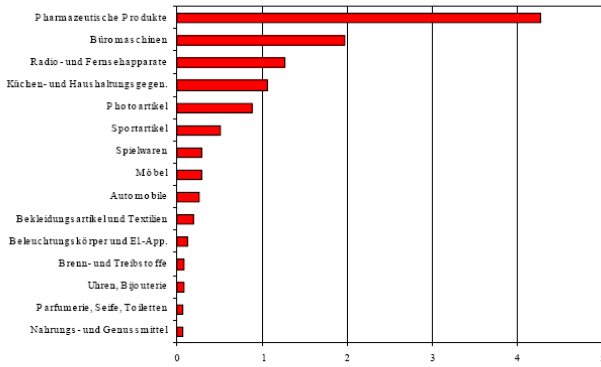


*Bemerkung: Patentintensität definiert als Anzahl Patente mit Wirkung in der Schweiz (Stand 1.1.2000) im Verhältnis zur aggregierten Wertschöpfung in den Ländern Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Japan, Schweiz und USA im Jahr 1999, in Mrd. CHF, zu Preisen von 1995.*

*Quelle: IGE; Frontier Economics; PLAUT; BAK*

**Figure 380**

Abbildung 30: Patentintensität der Konsumgüter in der Schweiz (2000)



Bemerkung: Patentintensität definiert als Anzahl Patente mit Wirkung in der Schweiz (Stand 1.1.2000) im Verhältnis zum Detailhandelsumsatz in der Schweiz im Jahr 2000 in Mio. CHF.  
Quelle: IGE; Frontier Economics; PLAUT; BAK

Figure 4<sup>81</sup>

81 Frontier Economics/Plaut 2002, p. 85.

## **Bibliographie**

Frontier Economics/Plaut, Erschöpfung von Eigentumsrechten: Auswirkungen eines Systemwechsels auf die Schweizer Volkswirtschaft, Bern 2002      Frontier Economics/Plaut 2002

Elias Jiri/Peter Balastèr, L'influence de l'Etat sur la formation des prix dans le commerce de détail, La Vie économique, 10/2006, p. 48 ss.      Jiri/Balastèr 2006

Plaut, Auswirkungen eines Wechsels zur regionalen Erschöpfung im Patentrecht, Bern 2004      Plaut 2004a

Plaut, Warum erodieren Parallelimporte die Preisinsel Schweiz nicht stärker? Ermittlung der Rolle der geistigen Schutzrechte anhand exploratorischer Expertengespräche, Bern 2004      Plaut 2004b

Joseph Straus/Paul Katzenberger, Rechtsgrundlagen zur Erschöpfung im Patentrecht, Bern 2002      Straus/Katzenberger 2002