

08.010

Message
relatif à la modification de la loi sur les brevets
(Choix du régime de l'épuisement en droit des brevets)

du 21 décembre 2007

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de modification de la loi sur les brevets, en vous proposant de l'adopter.

Par la même occasion, nous vous proposons de classer l'intervention parlementaire suivante:

2007 M 06.3633 Clarification des possibilités et des conséquences en matière
d'épuisement du droit des brevets
(CN 20.12.06, Commission des affaires juridiques CN
[05.082]; CE 14.3.07)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,
l'assurance de notre haute considération.

21 décembre 2007

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Le principe de l'épuisement national appliqué actuellement est inscrit dans la loi sur les brevets.

Contexte

Dans son arrêt du 7 décembre 1999, le Tribunal fédéral a formulé le principe de l'épuisement national en droit des brevets. Selon ce principe, le titulaire du brevet peut s'opposer à l'importation en Suisse de produits protégés par des brevets 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. Il a rejeté le passage à l'épuisement international ou régional, estimant que l'utilité économique escomptée ne saurait compenser les désavantages d'un changement de régime. Depuis, il a confirmé à plusieurs reprises sa position, tout en préconisant des mesures propres à empêcher l'invocation abusive d'un brevet. Il a proposé les modifications législatives correspondantes dans son 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).

Le 20 décembre 2006, le Conseil national a décidé de dissocier la question de l'épuisement de ce projet et a approuvé une motion chargeant le Conseil fédéral d'élaborer un message séparé sur ce sujet et de soumettre une proposition aux Chambres fédérales d'ici fin 2007. Le Conseil des Etats lui a emboîté le pas le 14 mars 2007.

Contenu du projet

Le Conseil fédéral réaffirme sa préférence pour le principe de l'épuisement national. Il est favorable à son inscription dans la loi sur les brevets.

Il propose en outre d'étendre le champ d'application de la réglementation des conflits de régimes d'épuisement dans les cas de protection multiple, inscrite à l'art. 9a de la loi sur les brevets dans sa version du 22 juin 2007 (FF 2007 4363 4367), aux produits qui comportent un élément breveté lequel ne revêt qu'une importance moindre pour les caractéristiques fonctionnelles desdits produits. Il propose enfin d'améliorer l'efficacité de cette réglementation au moyen d'une règle de preuve.

Table des matières

Condensé	258
Abréviations	261
1 Présentation de l'objet	262
1.1 Contexte	262
1.2 Epuisement et importations parallèles	263
1.2.1 Epuisement	263
1.2.2 Importations parallèles	264
1.3 Débat sur la cherté en Suisse et rôle de l'épuisement national en droit des brevets	265
1.3.1 Considérations économiques sur le droit des brevets	265
1.3.2 Origines des différences de prix	267
1.3.3 Rôle de l'épuisement national	268
1.4 Solutions examinées	271
1.4.1 Epuisement national	271
1.4.1.1 Option de base: épuisement national sans exceptions	271
1.4.1.2 Variante: exception en faveur des moyens de production et des biens d'investissement agricoles (épuisement international)	273
1.4.1.3 Variante: exception en faveur des moyens de production agricoles (épuisement régional)	275
1.4.1.4 Variante: exception en faveur de marchés présentant des conditions de commercialisation comparables	276
1.4.2 Epuisement régional	277
1.4.2.1 Option de base: épuisement régional sans exceptions	277
1.4.2.2 Variantes	279
1.4.3 Epuisement international	280
1.4.3.1 Option de base: épuisement international sans exceptions	280
1.4.3.2 Variante: exception en faveur des marchés à prix administrés	283
1.4.3.3 Variante: exception en faveur des marchés présentant des conditions-cadres divergentes	284
1.4.4 Restriction en faveur de l'accès au marché conformément à la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce	285
1.5 Résultats de la procédure de consultation	286
1.6 Solution proposée	290
1.7 Motivation et appréciation de la solution proposée	290
1.8 Droit comparé et rapport avec le droit européen	293
1.8.1 Droit comparé	293
1.8.2 Rapport avec le droit européen	294
1.9 Classement d'interventions parlementaires	295
2 Commentaire	295
3 Conséquences	297
3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	297

3.2 Conséquences pour l'économie nationale	297
4 Liens avec le programme de la législature	297
5 Aspects juridiques	298
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	298
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	299
5.3 Forme de l'acte à adopter	299
Bibliographie	303
Loi fédérale sur les brevets d'invention (<i>Projet</i>)	305

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 (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 dont le siège est à Genève

Message

1 Présentation de l'objet

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 AG¹, 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 protégés par des brevets 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 le régime de l'épuisement en droit des brevets dans trois rapports². Se fondant sur des études externes, 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. Depuis, il a confirmé à plusieurs reprises sa position, tout en préconisant des mesures empêchant l'invocation abusive d'un 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, LCart a donc été modifiée³. Le Conseil fédéral s'est en outre dit prêt à régler par le biais de la loi sur les brevets les conflits de régimes d'épuisement lorsque des marchandises sont protégées par plusieurs droits de propriété intellectuelle afin qu'il ne soit pas possible d'interdire les importations parallèles de produits protégés par le droit des marques ou le droit d'auteur, autorisées aux termes de la loi actuelle, sous prétexte qu'on leur a ajouté un élément breveté d'importance accessoire. La disposition correspondante vient d'être adoptée par les Chambres fédérales à la faveur de la révision de la loi sur les brevets (art. 9a LBI dans sa version du 22 juin 2007⁴).

Lors du débat sur le projet de révision de la loi sur les brevets⁵, le Conseil national a décidé de dissocier la question de l'épuisement des droits conférés par le brevet du projet et a approuvé la motion du 3 novembre 2006 émanant de sa Commission des affaires juridiques⁶, qui charge le Conseil fédéral d'élaborer un projet législatif séparé sur ce sujet à l'intention du Parlement avant la fin 2007. Le 14 mars 2007, le Conseil des Etats a lui aussi approuvé cette motion.

1 ATF 126 III 129

2 Importations parallèles et droit des brevets, rapport du Conseil fédéral du 8.5.2000;
Importations parallèles et droit des brevets, rapport du Conseil fédéral du 29.11.2002;
Importations parallèles et droit des brevets: épuisement régional, rapport du Conseil fédéral du 3.12.2004.

3 FF 2003 4061

4 FF 2007 4363 4367

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

6 06.3633 M Clarification des possibilités et des conséquences en matière d'épuisement du droit des brevets (CN 20.12.06, Commission des affaires juridiques CN [05.082]; CE 14.3.07).

1.2 Epuisement et importations parallèles

1.2.1 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 différemment 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. Autrement dit, dès qu'il a mis le produit breveté en circulation, le titulaire du brevet n'est plus en droit d'autoriser l'*utilisation* à des fins commerciales et toute *aliénation* ultérieure du produit par l'acquéreur dudit produit. 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 lorsque 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 situations de base sont complétées par des variantes résultant de restrictions ou de dérogations formulées dans l'intérêt de certaines branches ou catégories de produits. Les trois cas de figure principaux sont définis 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.

Épuisement 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 un des pays de 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.

Épuisement 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.

1.2.2 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 et 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 recourir à cet arbitrage. Ceux-ci n'ont ainsi pas recours aux importations parallèles, même si les écarts de prix sont importants, lorsque, par exemple, des dispositions étatiques (comme des exigences divergentes posées aux produits ou d'autres entraves techniques au commerce) paralysent le commerce international de marchandises. Le propos du présent message n'est toutefois pas de passer en revue les 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 et dans le droit d'auteur a permis de réduire le prix de quelques produits (p. ex. 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 de manière générale les différences de prix des produits protégés par des marques ou des droits d'auteur. Ainsi, les vêtements, les chaussures et les livres sont nettement plus chers en Suisse que dans l'UE. Ce constat montre bien que la formation des prix dans le commerce dépend d'une multitude de facteurs; il peut aussi être révélateur du fait que favoriser la concurrence intramarques par un changement de régime peut conduire à des prestations économiquement inefficaces.

Selon la jurisprudence suisse actuelle, c'est le régime de l'épuisement national qui s'applique en droit 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.

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

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

1.3.1 Considérations économiques sur le droit des brevets

Les brevets pallient une déficience du marché

Les inventions appartiennent au savoir technique et, à ce titre, elles ont les caractéristiques d'un bien public. A la différence d'autres biens économiques, un bien public a une particularité: on ne peut pas réellement interdire son utilisation par des tiers. En raison de cette particularité, il n'est pas possible de garantir l'approvisionnement d'un marché soumis aux lois de la libre concurrence en biens publics. Une fois que le bien public a été développé et créé, les autres agents économiques peuvent se l'approprier et l'exploiter à des fins économiques sans avoir participé aux coûts de son développement (problème du «resquillage»). Les coûts liés au développement d'un bien public étant généralement élevés, le marché régi par l'offre et la demande n'offre pas les incitations nécessaires à la création de tels biens en raison du risque de resquillage.

La création de biens publics étant néanmoins souhaitable, il faut prévoir des mécanismes qui permettent d'interdire leur utilisation par des tiers ou de contraindre ces derniers à contribuer aux coûts de création. Les brevets et les droits qu'ils confèrent constituent un de ces mécanismes. La reconnaissance et l'attribution de droits exclusifs transférables confèrent temporairement au savoir les caractéristiques d'un bien privé: il devient négociable et exploitable à des fins économiques. Les resquilleurs, qui ne paient pas, sont exclus de son utilisation. Les brevets offrent donc les incitations nécessaires aux investissements dans la recherche et le développement. L'obligation de divulguer l'invention dans la demande de brevet contribue à une diffusion précoce de ces connaissances techniques, lesquelles tombent dans le domaine public, autrement dit deviennent librement utilisables par tous, dès l'expiration de la durée de protection du brevet.

Les brevets: plus qu'un rempart contre les contrefaçons

On qualifie parfois la protection conférée par les brevets de protection contre les copies. Cette définition réductrice ne tient pas compte du fait que les droits conférés par le brevet ne se réduisent pas à celui de pouvoir interdire la fabrication à des fins commerciales de l'invention à ceux qui ne sont pas au bénéfice d'une licence. Le brevet confère à son titulaire un droit absolu et exclusif d'exploiter l'invention à des fins économiques, qui le met en position d'exclure ses concurrents de l'avantage compétitif qu'il s'est assuré.

Une panoplie de droits de défense permet au titulaire du brevet d'interdire à ses concurrents l'utilisation de son invention à des fins économiques jusqu'à l'expiration de la durée de protection du titre. Par utilisation, il faut entendre la fabrication et la vente, mais aussi l'importation de produits protégés par le brevet. La protection du droit d'importation découlant du brevet donne à son titulaire les moyens d'interdire l'importation de produits portant atteinte à son brevet. L'interdiction d'importer est un droit essentiel conféré par le brevet.

Sous le régime de l'épuisement national, le droit d'interdire les importations vise à garantir la protection de l'invention lorsque les marchandises ont été mises sur le marché à l'étranger avec l'accord du titulaire du brevet suisse dans des conditions non comparables à celles régnant sur le marché national. Le titulaire a ainsi la possibilité d'optimiser son offre en l'ajustant aux conditions locales générales et en tenant compte des coûts de commercialisation ainsi que de l'offre et de la demande dans les différents pays. Les prix et le produit varient donc de pays en pays. Cette possibilité ne signifie pas que les brevets éliminent la concurrence, car le droit d'interdire les importations, même sous un régime d'épuisement national, ne confère pas automatiquement un monopole (d'importation) sur un marché de produits. En effet, en fixant le prix du produit breveté, le titulaire du brevet ne peut pas faire abstraction de ses concurrents, ses produits étant en règle générale en concurrence avec des produits substituables (du point de vue du consommateur) proposés par des autres concurrents. C'est le cas normal d'une concurrence *intermarques* opérationnelle.

Sous le régime de l'épuisement national, le droit d'interdire les importations garantit une marge de manœuvre économique au titulaire du brevet. La restriction de la concurrence *intramarques* inhérente à l'épuisement national vise à protéger les investissements et, de ce fait, la propriété. Ainsi, le titulaire du brevet n'est pas obligé de partager son avantage compétitif avec le commerce, ni les investissements qu'il a faits pour se l'assurer; il n'est pas non plus condamné à conserver son avance par des moyens moins efficaces qui renchérissent les produits (p. ex. par le biais d'une intégration verticale). Ainsi, l'épuisement national empêche que le commerce ne s'approprie la valeur ajoutée créée par le titulaire du brevet pour lui faire concurrence. L'abandon de l'épuisement national réduirait l'interdiction d'importer à une simple protection contre les contrefaçons.

Sans brevets l'innovation ne serait pas récompensée

Grâce à ses droits exclusifs, le titulaire du brevet peut imposer des prix plus élevés pour ses innovations s'il y a suffisamment de demande. Mais le brevet n'est pas la garantie du succès commercial d'un produit car il ne le soustrait pas aux lois de l'offre et de la demande.

Les gains réalisés grâce aux prix plus élevés permettent au titulaire du brevet de financer les activités de recherche et de développement sans lesquelles il ne peut pas maintenir sa position sur le marché. Ils sont donc récompense et incitation à la fois puisqu'ils stimulent l'innovation. Ils sont le fondement même du brevet et, en tant que tel, ils sont légitimes.

Lorsque des produits brevetés sont en cause, la comparaison des prix ne prend pas suffisamment en compte la stimulation de la concurrence par les brevets dans le domaine de l'innovation. Elle a tendance à négliger non seulement la valeur ajoutée qu'apportent les innovations aux consommateurs, mais aussi l'effet porteur d'une industrie innovatrice sur l'économie nationale.

Les brevets ne confèrent pas des rentes de monopole

Les brevets n'offrent pas de protection contre les produits concurrents substituables (concurrence intermarques). Habituellement, les consommateurs ont le choix entre le produit breveté et des produits similaires proposés par d'autres fabricants. La concurrence s'exerce non seulement par le prix, mais aussi par l'innovation. Si le produit breveté présente des caractéristiques novatrices qui lui confèrent une valeur ajoutée, les consommateurs sont libres de décider de payer la différence de prix demandée pour cette innovation ou s'ils préfèrent se rabattre sur un produit concurrent meilleur marché. Si la concurrence entre produits substituables ne permet pas en soi d'éviter la cherté des prix, elle empêche néanmoins la réalisation de rentes de monopole.

L'exclusivité que le brevet confère sur l'invention conduit à une position dominante ou à un monopole uniquement s'il n'existe pas, dans un segment du marché, de produits substituables en plus des produits protégés par le brevet. Il est par conséquent faux de prétendre que les brevets fondent automatiquement des monopoles éliminant la concurrence et favorisant un cloisonnement du marché préjudiciable du point de vue macroéconomique. Si c'était vrai, cela reviendrait à dire que le marché pertinent se limite au produit breveté, ce qui serait une hérésie. Les prix élevés des produits brevetés ne sont donc pas imputables à un cloisonnement artificiel et volontaire du marché par le biais du système des brevets. Ils sont plutôt l'expression d'un avantage compétitif fondé sur l'innovation et récompensé par les consommateurs. Le gain d'innovation qui en résulte n'est pas une rente de monopole. Il récompense les investissements et encourage le financement des activités de recherche et de développement. En termes économiques, il n'est pas possible de déterminer de manière concluante le gain d'innovation optimal.

L'arbitrage entre les différences de prix et les différences de conditions du marché relève du droit de la concurrence. L'arsenal législatif a été durci par l'inscription de sanctions directes dans la loi sur les cartels (art. 49a). Il permet en outre d'intervenir en cas de prix abusifs. L'art. 3, al. 2, LCart a en effet été complété par une deuxième phrase qui prévoit expressément que la loi sur les cartels s'applique aux restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle.

1.3.2 Origines des différences de prix

La formation des prix est en étroite relation avec la négociabilité d'un bien sur le plan international. Si les marchandises ne sont pas librement négociables au niveau international (p. ex. zone artisanale en location), les prix diffèrent selon les marchés. Quand il s'agit de marchandises librement négociables, les écarts de prix sont imputables à plusieurs causes limitant la négociabilité. Il ressort de la comparaison entre les prix pratiqués en Suisse et ceux de l'UE (annexe, figures 1 et 2) que l'on enregistre les différences les plus marquées dans les secteurs où l'Etat exerce une forte influence (santé publique, domaine de l'infrastructure, produits alimentaires). Parmi les causes étatiques expliquant les différences de prix, il faut citer notamment les taxes et les entraves techniques au commerce.⁷ Les facteurs de localisation (prix du sol ou de location, exigüité du marché, plurilinguisme, taux de change), les coûts

⁷ Importations parallèles et droit des brevets: épuisement régional, rapport du Conseil fédéral du 3.12.2004, p. 5 ss

salariaux, les différences de qualité et les stratégies de marché privées (variabilité des prestations de service et de garantie, différenciations des produits, échelonnement de l'introduction des produits) influent cependant également 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.

Les écarts de prix entre pays ne peuvent pas être globalement qualifiés d'arbitraires et d'anticoncurrentiels. Bien au contraire. Il est normal qu'un même bien n'ait pas la même valeur suivant les pays, ne serait-ce que parce que les besoins, les exigences ou les attentes des consommateurs varient.

1.3.3 Rôle de l'épuisement national

Sous le régime de l'épuisement national des brevets, le titulaire est en mesure d'imposer des prix différents dans les pays de commercialisation. Ces différences de prix sont le reflet de la diversité des conditions prévalant sur les marchés. Dans l'hypothèse normale d'une concurrence (intermarques) opérationnelle, le fait que les produits protégés par des brevets soient plus chers ne signifie nullement que les brevets et l'épuisement national cassent la concurrence. C'est plutôt le signe que les consommateurs sont enclins à payer davantage.

Il convient de relativiser cette affirmation pour le marché des médicaments qui présente certaines particularités par rapport aux marchés de biens de consommation. On constate une double déficience du marché, tant du côté de la demande (effets externes, information imparfaite, élasticité-prix limitée) que de celui de l'offre (recherche = bien public, multiplication de monopoles dans certains secteurs). Les conditions présidant au bon fonctionnement des lois du marché ne sont donc pas réunies pour les médicaments. C'est pourquoi l'Etat a créé une réglementation permettant de pallier ces déficiences. L'effet régulateur exercé par l'Etat poursuit des buts économiques, mais aussi sanitaires et sociaux. Les principaux objectifs visés par l'intervention étatique sont la sécurité et la qualité des médicaments, l'approvisionnement généralisé, l'accès aux traitements pour tous.⁸

L'analyse du rapport entre intensité de brevets et différences de prix avec l'étranger démontre 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 présente une forte activité de recherche et de brevetage (annexe, fig. 2)⁹, mais en moyenne il n'y a pas d'écarts de prix avec les pays voisins (annexe, fig. 1), en dépit du fait que l'absence relative de standardisation limite la cessibilité de ces biens et, par conséquent, le commerce transfrontalier¹⁰. La comparabilité des prix est certainement due à la forte concurrence internationale régnant entre des produits très pointus mais qui restent substituables¹¹.

⁸ En relation avec ce sujet: Infrabas/SYS, Auswirkungen staatlicher Eingriffe auf das Preisniveau im Bereich Humanarzneimittel, Berne 2002, p. 32 ss

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

¹⁰ Frontier Economics/Plaut 2002, p. 97

¹¹ 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.

L'industrie automobile est un autre exemple. Les voitures figurent au nombre des biens de consommation qui (dans une faible proportion) sont protégés par des brevets¹²; il n'empêche que le niveau des prix en Suisse est inférieur à celui dans l'UE (annexe, fig. 1). C'est la suppression d'entraves techniques au commerce et le durcissement du droit de la concurrence qui ont fait baisser les prix¹³. Ce ne sont donc pas les brevets qui ont servi à imposer des prix plus élevés; c'est probablement le renforcement de la loi sur les cartels qui a dû avoir un effet préventif. Depuis l'accord amiable dans l'enquête sur le réseau de distribution Citroën¹⁴, la branche doit en effet accepter que les restrictions aux importations fondées sur des 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, fig. 3)¹⁵. 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 indigène¹⁶. 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'électronique¹⁷, 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 totales¹⁸. 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 d'épuisement ne changerait donc rien¹⁹.

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 difficile 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.²⁰ Ces obstacles qui résultent souvent de la législation 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 Suisse²¹. A ce jour, aucune étude systématique par branche n'a été réalisée sur les causes du niveau des prix en Suisse.

12 Frontier Economics/Plaut 2002, p. 86 et 96.

13 Elias/Balastèr 2006, p. 50.

14 Système de distribution Citroën, DPC 2002/3, p. 455

15 Frontier Economics/Plaut 2002, p. 87

16 Elias/Balastèr 2006, p. 48

17 Frontier Economics/Plaut 2002, p. 85 ss

18 Frontier Economics/Plaut 2002, p. 84 ss

19 Frontier Economics/Plaut 2002, p. 130

20 Elias/Balastèr 2006, p. 51

21 Plaut 2004b, p. 44

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 à tous les autres facteurs influant sur les prix a pu être établi approximativement dans une étude commandée par le Conseil fédéral sur le changement de régime d'épuisement²². 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 facteurs²³. La plupart du temps, plusieurs facteurs interdépendants déterminent le niveau des prix.

Des mesures susceptibles d'influencer positivement le niveau des 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 entraves de droit public à l'accès au marché suisse. Les entraves douanières continueront d'être réduites dans le cadre des négociations internationales. En tant que dernière entrave au commerce, les restrictions aux importations fondées sur le droit des brevets pourraient donc gagner relativement en importance à l'avenir.

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.
- Ont relèvent les différences de prix les plus marquées dans les secteurs où le droit des brevets ne joue aucun rôle ou alors qu'un rôle secondaire.
- Les brevets sont un facteur déterminant 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), le potentiel d'arbitrage existe, 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

²² Frontier Economics/Plaut 2002, p. 126 ss

²³ Plaut 2004b, p. 44

national des droits conférés par les brevets ne joue en revanche qu'un rôle mineur.

1.4 Solutions examinées

1.4.1 Epuisement national

1.4.1.1 Option de base: épuisement national sans exceptions

Dans sa jurisprudence²⁴, 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 suprême²⁵, fixe toutefois des limites à ce principe. Lors de la révision de la loi sur les cartels²⁶, cette jurisprudence a été inscrite à l'al. 2 de l'art. 3 par l'ajout d'une deuxième phrase, laquelle 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 des brevets mais, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, seulement si son interdiction n'est pas assimilable à une restriction de la concurrence au sens de la loi sur les cartels.

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 l'épuisement national est-il 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.
- L'analyse du rapport entre intensité de brevets et différences de prix avec l'étranger révèle que les brevets peuvent être considérés comme un facteur déterminant pour les variations de prix dans quelques secteurs de marché seulement. Dans les secteurs dans lesquels les brevets revêtent une grande importance, les écarts de prix sont principalement dus à des facteurs qui poussent les prix à la hausse, notamment les entraves techniques au commerce. L'épuisement national des brevets ne joue en revanche qu'un rôle mineur.
- Lorsque les prix sont imposés ou contrôlés par l'Etat et soustraits au jeu de l'offre et de la demande, l'épuisement national des brevets empêche la com-

²⁴ ATF 126 III 129

²⁵ ATF 126 III 129, consid. 9

²⁶ RS 251

pétition entre mécanismes régulateurs et contribue à garantir, dans le pays, une pesée entre les intérêts sociopolitiques, d'une part, et les incitations à l'innovation, d'autre part. C'est notamment le cas pour le secteur du marché suisse des médicaments où les prix sont imposés par l'Etat.

- Les brevets ne donnent pas automatiquement une position dominante sur le marché, seulement dans certains cas. Or, comme on trouve souvent des produits de remplacement pour les produits brevetés, la concurrence entre produits substituables (concurrence intermarques) est garantie (cf. ch. 1.3.1).
- L'arbitrage entre les prix et les conditions du marché relève du droit de la concurrence. 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. Cette mesure préventive est 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 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 soustrayant cette question au règlement des différends qu'il prévoit²⁷. 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 consommateurs qui profitent des différences de prix favorisées par l'épuisement national. Compte tenu de la structure du marché extérieur suisse, les consommateurs suisses seront perdants et 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.
- Le passage à un autre régime d'épuisement n'a aucune influence sur la protection contre les contrefaçons. Quel que soit le système retenu, un concurrent n'est pas autorisé à copier un produit breveté, ni à le commercialiser. Même si le régime d'épuisement changeait, les titulaires de brevets pour-

²⁷ Christian von Kraak, TRIPS oder Patentschutz weltweit: Zwangslizenzen, Erschöpfung, Parallelimporte, Diss. Bonn 2005, Berlin 2006, p. 62

raient continuer de demander un prix adéquat pour leur innovation. L'abandon de l'épuisement national limiterait uniquement la possibilité de varier les prix en fonction des pays et impliquerait une adaptation des stratégies de fixation des prix sur les marchés internationaux. La prime à l'innovation serait répartie différemment entre les divers marchés.

- L'efficacité de la loi sur les cartels comme 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 avoir des indications à ce sujet.²⁸

1.4.1.2 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 ou régional. Un avis de droit²⁹ commandé par le Conseil fédéral confirme 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. 1.4.2 pour de plus amples explications).

Dans le cadre de la politique agricole 2011, le Conseil national et le Conseil des Etats ont voté le nouvel art. 27b de la loi sur l'agriculture³⁰, lequel prévoit une exception à l'épuisement national en droit des brevets en faveur des moyens de production et des biens d'investissement agricoles protégés par des brevets, auxquels s'appliquerait l'épuisement international.

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 des brevets. On attend de ce passage, conjugué aux autres mesures, qu'il contribue 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), soit 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 5 millions dans celui

²⁸ Cf. 06.3634 P Rapport sur les accords verticaux illicites d'après la loi sur les cartels (CN 20.12.2006, Commission des affaires juridiques CN [05.082]).

²⁹ Straus/Katzenberger 2002, p. 42

³⁰ FF 2007 4449 4451

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'économie 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 les concurrents bénéficient de possibilités d'achat comparables. C'est pourquoi la cohérence est importante 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 moyens de production et des biens d'investissement agricoles protégés par des brevets. La protection des brevets ne figure pas parmi les principales causes 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 insignifiante³¹. Les principaux produits concernés par le droit des brevets dans ce domaine sont les produits phytosanitaires et les médicaments vétérinaires. L'art. 27b de la loi sur l'agriculture ne s'applique cependant pas à ces derniers. Le marché des produits phytosanitaires s'élève à 120 millions de francs; les produits protégés par des brevets représentent un peu plus de la moitié (70 millions). Par rapport à ce volume, un potentiel de baisse des coûts de 20 millions de francs paraît peu réaliste. Les engrais ne sont que rarement brevetés, et les semences relèvent le plus souvent de la protection des obtentions végétales³². 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 de la loi sur l'agriculture 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 diminuer les prix de production, sans parler des prix à la consommation.
- Une étude réalisée par la Haute école suisse d'agronomie sur mandat de l'Office fédéral de l'agriculture³³ contredit l'affirmation selon laquelle on enregistre des différences de prix plus marquées pour les produits brevetés que pour les autres. Ces écarts de prix ne sont pas à mettre en premier lieu sur le compte de l'exercice de droits de défense conférés par le brevet, mais s'expliquent pas d'autres facteurs de coût propres au marché (taille modeste de l'agriculture suisse, densité du système de vulgarisation, emballages spéciaux, etc.).

³¹ Frontier Economics/Plaut 2002, p. 84

³² Martin Raaflaub/Marco Genoni, Preise für landwirtschaftliche Produktionsmittel in der Schweiz, Schlussbericht der Schweizerischen Hochschule für Landwirtschaft (SHL); Bern 2005, p. 24.

³³ Martin Raaflaub/Marco Genoni, Preise für landwirtschaftliche Produktionsmittel in der Schweiz, Schlussbericht der Schweizerischen Hochschule für Landwirtschaft (SHL); Berne 2005.

- L’art. 27b de la loi sur l’agriculture 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 relève parfois du droit des brevets, mais il est le plus souvent soumis à la loi fédérale du 20 mars 1975 sur la protection des obtentions végétales³⁴. Jusqu’à présent, l’épuisement du droit de l’obtenteur n’a pas été réglé expressément dans la loi. La loi révisée sur la protection des variétés dans sa version du 5 octobre 2007³⁵ et la Convention internationale révisée pour la protection des obtentions végétales dans sa version de 1991³⁶ comblent cette lacune. Comme la loi ne règle pas la question du champ d’application territorial, c’est 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 feront obstacle au passage à l’épuisement international. La Convention n’accepte des dérogations à l’épuisement national qu’en cas d’affiliation à une organisation interétatique³⁷.

1.4.1.3 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 à tous les droits de propriété intellectuelle. Il est dès lors 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. 1.4.2.1). 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. 1.4.2.1). Il est possible 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.

³⁴ RS 232.16

³⁵ FF 2007 6811 6813

³⁶ FF 2004 3977

³⁷ Art. 16, al. 1 et 3, de la Convention internationale révisée pour la protection des obtentions végétales (FF 2004 3977 3984)

1.4.1.4

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 prévalant en Suisse³⁸. Il a conclu que, dans ces cas, les restrictions aux importations fondées sur le droit des brevets devaient être soumises à la surveillance des autorités de la concurrence.

En développant cette approche, il est possible de remanier le mécanisme de contrôle des abus prévu par le droit des cartels, aménagé comme une réglementation applicable au cas par cas, pour en faire une exception abstraite à l'épuisement national d'application générale. Le titulaire du brevet ne pourrait dès lors pas s'opposer à l'importation de produits qui ont été mis en circulation à l'étranger avec son accord:

- a. si le prix de ces produits n'est administré par l'Etat ni en Suisse, ni dans le pays de mise en circulation,
- b. si les inventions sont protégées de manière appropriée dans le pays de mise en circulation, et
- c. si les produits n'ont pas été mis en circulation à l'étranger pour subvenir aux besoins des populations au faible pouvoir d'achat.

Cette approche casse le système de l'épuisement national si le prix d'un produit breveté est formé par l'offre et la demande en Suisse comme à l'étranger.

Le titulaire du brevet peut cependant continuer à 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. L'épuisement national reste applicable si le titulaire du 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 à faible pouvoir d'achat en produits innovants. Cette approche permet également d'éviter que la réputation d'une entreprise soit ternie. Ce serait le cas si une entreprise décidait de ne pas fournir une quantité suffisante de produits à prix réduit à une population nécessaire par peur que ces derniers puissent être détournés vers des pays dotés à fort pouvoir d'achat censés couvrir les frais de recherche et de développement.

Arguments pour:

- Dans son champ d'application, l'exception à 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. Se reporter aux arguments en faveur de cette option (cf. ch. 1.4.3.3).
- Cette variante facilite le commerce transfrontalier des produits brevetés dont les prix se forment, en Suisse et à l'étranger, dans des conditions de concurrence et de protection des brevets comparables à celles prévalant en Suisse.

³⁸ ATF 126 III 129, consid. 9

Dans ce cas, la Suisse et les pays étrangers contribuent de manière égale au reflux nécessaire des ressources vers les activités de recherche et de développement.

- Si les prix sont imposés ou contrôlés par l'Etat et soustraits de ce fait au jeu de l'offre et de la demande, l'épuisement national des brevets empêche la compétition entre mécanismes régulateurs et contribue à garantir, dans le pays, une pesée entre les intérêts sociopolitiques, d'une part, et les incitations à l'innovation, d'autre part. C'est notamment le cas pour la partie du marché suisse des médicaments où les prix sont imposés par l'Etat.
- Cette variante est cohérente du point de vue réglementaire: l'épuisement national 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 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 à 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. Se reporter aux arguments en défaveur de cette option (cf. ch. 1.4.3.3).
- Depuis la révision de la loi sur les cartels, la formation du prix par le titulaire du brevet est soumise au contrôle du 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. Cette mesure préventive est 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 des abus par une restriction de l'épuisement national. Faire porter le fardeau de la preuve au détenteur du brevet ne se justifie pas.

1.4.2 Epuisement régional

1.4.2.1 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. Les considérations ci-après se limitent à l'épuisement régional à l'égard des pays membres de la CE et de l'EEE puisqu'il 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 externe³⁹ commandé par le Conseil fédéral. A leur sens, 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, et elle ne pourrait le faire que sur la base de négociations avec la CE et les Etats membres de l'EEE. Deux avis de droit plus récents⁴⁰ remettent en question cette position, défendue par une majorité d'experts. Ils concluent qu'il serait possible pour la Suisse d'instaurer un épuisement différencié en fonction des pays sans violer ses engagements découlant de l'Accord sur les ADPIC et du GATT 1994. Estimant que ces deux avis ne permettent pas de dissiper les incertitudes relatives à l'instauration unilatérale de l'épuisement régional, le Conseil fédéral maintient le point de vue qu'il a défendu jusqu'à présent (cf. ch. 1.7).

Dans son rapport du 3 décembre 2004, le Conseil fédéral a conclu qu'il serait possible mais pas certain que la Suisse puisse négocier l'épuisement régional à l'égard de la CE et de l'EEE pour les brevets uniquement et qu'elle doive 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. En fin de compte, seule l'issue de longues négociations sur la réciprocité permettra à la Suisse d'acquérir la 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 des 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 une croissance de l'ordre de 0,0 % à 0,1 % du produit intérieur brut.⁴¹
- S'il est vrai que le changement de régime privera le titulaire du brevet de la possibilité d'imposer des prix différents sur la base de son droit uniquement dans les échanges avec les pays membres de la CE ou les Etats membres de l'EEE, il ne l'empêchera pas de tirer avantage des effets positifs de la différenciation des prix, l'approvisionnement des pays en développement en produits innovateurs n'étant pas compromis.
- Les conditions économiques et juridiques générales des pays 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 au titulaire du brevet son droit d'interdire le commerce transfrontalier de produits brevetés avec ces Etats.

³⁹ Straus/Katzenberger 2002, p. 43 ss

⁴⁰ Andreas R. Ziegler, Regionale Erschöpfung und Meistbegünstigung im Rahmen der WTO, Genève 2007; Christophe Rapin, Importations parallèles et produits thérapeutiques, Genève 2007.

⁴¹ Plaut 2004b, p. 48 ss

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 (cf. ch. 1.3). Les écarts de prix sont imputables à une série de facteurs et non 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 ne ferait pas baisser les prix si 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 serait positif mais faible, 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 prix⁴². Vu la difficulté à établir avec précision les différentes causes, le risque serait 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 nécessiterait l'ouverture de négociations avec la CE ou avec les Etats membres de l'EEE.
- Si la Suisse passait à l'épuisement régional avec la CE, il faudrait 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 1994⁴³. D'un point de vue économique et par rapport à la situation actuelle (épuisement international en droit des marques et en droit d'auteur, d'une part, et épuisement national en droit des brevets, de l'autre), la Suisse ne gagnerait rien à appliquer le même régime d'épuisement à tous les droits de propriété intellectuelle.
- Le régime de l'épuisement régional dans la CE s'insère obligatoirement dans un espace économique et juridique homogène (marché intérieur), sans quoi la diversité des dispositions conduirait à des distorsions de marché.

1.4.2.2 Variantes

Eu égard à l'homogénéité des régimes d'épuisement des différents droits de propriété intellectuelle dans la CE (cf. ch. 1.8.2), 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 (cf. ch. 1.4.3.2).

⁴² Frontier Economics/Plaut 2002, p. xiv et 159

⁴³ Importations parallèles et droit des brevets: épuisement régional, rapport du Conseil fédéral du 3.12.2004, p. 18

1.4.3 Épuisement international

1.4.3.1 Option de base: épuisement international sans exceptions

La Suisse pourrait mettre en œuvre l'épuisement international de façon autonome. Un avis de droit⁴⁴ 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 soustrait cette question au règlement des différends⁴⁵.

Arguments pour:

- Le passage à l'épuisement international fera vraisemblablement baisser le niveau des prix à la consommation des 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 Conseil fédéral, le changement de régime apporterait une croissance de l'ordre de 0,0 % à 0,1 % du produit intérieur brut⁴⁶. Il pourrait aussi conduire à une baisse générale des coûts de production en Suisse, car les installations, les appareils, les moyens de production ainsi que les additifs et les auxiliaires technologiques pourraient être importés à des prix plus favorables. Les conséquences à long terme de l'épuisement international seraient cependant plus importantes que celles générées par une approche statique, à court terme: à long terme, l'effet dynamique de ce régime générerait des baisses de prix grâce à un surcroît de concurrence.
- 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 sur la base de 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, l'efficacité accrue des systèmes de distribution devrait se traduire, du point de vue macroéconomique, par une différenciation optimale des prix et des prestations.
- Il ne faut pas s'attendre à des répercussions négatives sur les dépenses de recherche et de développement, ni sur le pôle de recherche suisse étant donné que les consommateurs suisses ne génèrent qu'un infime pourcentage du chiffre d'affaires mondial de la branche, que les effets d'une libéralisation sur les prix en Suisse seraient modestes, que les facteurs de localisation de la recherche et du développement sont bien plus nombreux, et que les centres

⁴⁴ Straus/Katzenberger 2002, p. 38 ss

⁴⁵ Christian von Kraak, TRIPS oder Patentschutz weltweit: Zwangslizenzen, Erschöpfung, Parallelimporte, Diss. Bonn 2005, Berlin 2006.

⁴⁶ Frontier Economics/Plaut 2002, p. xvi ss

de recherche des sociétés pharmaceutiques sont répartis aux quatre coins du monde.

- Le passage du régime de l'épuisement national à celui de l'épuisement international n'entraînerait pas de problèmes juridiques. Il ne se heurterait ni à l'Accord sur les ADPIC, ni au GATT 1994.
- En vertu de la liberté économique (art. 27 Cst.), les vendeurs qui commercialisent des produits brevetés doivent pouvoir accéder librement à différentes sources d'approvisionnement pour profiter des meilleures offres en termes de prix.
- 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 (cf. ch. 1.3). Les écarts de prix sont imputables à une série de facteurs et non 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'aurait pas d'effet sur la baisse des prix si 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, 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 prix⁴⁷. 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 des 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 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 la recherche en Suisse, mais il n'est pas non plus possible d'écarter l'hypothèse d'une éventuelle corrélation. Si l'on considère le marché mondial, le passage

⁴⁷ Frontier Economics/Plaut 2002, p. xiv et 159

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, pour le titulaire du 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 intermarque.
- 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.
- Lorsque les prix sont imposés ou contrôlés par l'Etat et soustraits de ce fait au jeu de l'offre et de la demande, l'épuisement international aboutit à une concurrence des réglementations et non à une concurrence par les prix. Il n'y a plus de pesée entre les intérêts sociopolitiques, d'une part, et les incitations à l'innovation, d'autre part.
- La restriction des droits de défense du titulaire de brevet représente une restriction disproportionnée de sa liberté économique et de sa propriété privée. Malgré une concurrence intermarques opérationnelle, le titulaire du brevet est obligé de partager son avantage compétitif et les investissements qu'il a faits pour se l'assurer avec le commerce ou est condamné à conserver son avance par des moyens moins efficaces qui renchérissent les produits (p. ex. par le biais d'une intégration verticale). L'instauration de l'épuisement international comme moyen de favoriser la concurrence intramarques ne conduit pas à des prestations économiquement plus performantes.

1.4.3.2 Variante: exception 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 contrôlés 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 maximaux imposés par l'Etat pour les médicaments qui, suite à une requête, figurent dans la liste des spécialités. Pour ces médicaments, la comparaison des prix à l'étranger exerce déjà un effet régulateur.

Arguments pour:

- Cette variante entraînera 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 les particularités 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 arguments en faveur de l'option de base gardent toute leur validité (cf. ch. 1.4.3.1).

Arguments contre:

- Cette exception ne concerne que 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 protéger de la santé. Les conditions de commercialisation (p. ex. prescription médicale obligatoire) sont fixées indépendamment de l'administration des prix.
- Dans la pratique, l'application de cette exception pourrait s'avérer difficile étant donné qu'on ne peut pas toujours déterminer si le prix d'un produit a été fixé ou contrôlé par l'Etat et dans quelle mesure.
- De plus, cette variante se heurte aux objections formulées à l'encontre de l'option de base (cf. ch. 1.4.3.1), 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.

1.4.3.3

Variante: exception 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 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 prévalant en Suisse⁴⁸. Il a conclu que, dans ces cas, les restrictions aux importations fondées sur le droit des brevets devaient 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 à la diversité des conditions générales conforme au droit de la concurrence. Pratiquer des prix différents est même une nécessité, par exemple, lorsqu'il s'agit d'assurer l'approvisionnement de pays à 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 protection conféré par le brevet) générales s'écartent de celles prévalant en Suisse. Les titulaires de brevets pourraient continuer de s'opposer aux importations provenant de ces pays. Les modalités pourraient être réglées par voie d'ordonnance.

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 de l'offre à la diversité des conditions générales conforme au droit de la concurrence 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. 1.4.3.1).

Arguments contre:

- L'application de l'exception nuirait à la sécurité de droit. 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 la compétition entre mécanismes régulateurs et non à une concurrence par les prix, ce qui pourrait être évité si on lui associait la variante précédente (cf. ch. 1.4.3.2).

⁴⁸ ATF 126 III 129, consid. 9

- Pour ce qui est du champ d’application de l’épuisement international, cette variante se heurte aux objections formulées à l’encontre de l’option de base (cf. ch. 1.4.3.1).

1.4.4 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 légifère dans le but d’éviter des entraves techniques au commerce, de les éliminer ou de les réduire. Elle doit être complétée par des dispositions régissant l’accès au marché (principe «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 et dans des pays avec lesquels la Suisse a conclu des accords de reconnaissance mutuelle des procédures d’évaluation de la conformité. Ces marchandises seront librement négociables en Suisse.

La majeure partie des importations en Suisse – l’équivalent de 177 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 au commerce injustifiées 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. La mise en œuvre du principe «Cassis de Dijon» permettra de supprimer la cause principale du niveau des prix élevé 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. La mise en œuvre 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 des nouveaux art. 16a à 16d du projet de LETC sur la base du droit des brevets.

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 vie chère en Suisse est donc principalement imputable à ces prescriptions techniques. Il paraît dès lors logique d’éliminer tout d’abord les entraves au commerce injustifiées 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 au commerce injustifiées. Le prix des biens

de consommation devrait 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 en guise de 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 du principe «Cassis de Dijon».

- La mise en œuvre de cette restriction ne pose pas problème puisqu'elle vise le même but que celui du 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. 1.3) sont peu nombreux. Il est de ce fait disproportionné de restreindre la protection.
- 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 conduit à des solutions arbitraires. La protection conférée par le brevet dépend de l'existence de réglementations d'intérêt public pouvant s'opposer au libre commerce des produits brevetés. Il n'est par conséquent pas approprié d'assortir les droits de propriété d'entraves au commerce de droit public.

1.5 Résultats de la procédure de consultation

Epuisement national

13 cantons, 2 partis (PRD et UDC), des associations économiques œuvrant à l'échelle nationale et régionale, des entreprises actives dans les secteurs du développement et de la production, des prestataires de services dans le domaine de la santé et d'autres organisations approuvent le régime de l'épuisement national sans exceptions. 7 cantons, 3 partis (PDC, PS et PEV), 3 organisations faïtières, des organisations de consommateurs et la CFC, des entreprises et des organisations actives dans les secteurs de l'agriculture, du commerce de détail et de l'hôtellerie, la Comco et d'autres organisations s'y opposent.

Les partisans de l'épuisement national relèvent l'importance de la protection des brevets pour une économie axée sur le savoir et la recherche. Selon eux, l'épuisement national constitue la norme dans les pays industrialisés et concourt au financement des activités de recherche et de développement qui sont nécessaires au maintien tant de la position des entreprises sur le marché qu'à celui de leur compétitivité. L'analyse du rapport entre intensité de brevets et différences de prix avec l'étranger fait apparaître que les brevets ne sont pas un facteur déterminant pour les variations de prix. C'est pourquoi l'abandon de l'épuisement national ne fera pas

baisser le coût de la vie et les frais d'acquisition en Suisse, mais empiètera de manière disproportionnée sur les droits de propriété.

Les détracteurs de l'épuisement national soulignent l'importance de l'ouverture des marchés et du libre-échange de marchandises et de services. A leur sens, le droit d'importation exclusif restreint la concurrence par les prix en raison d'une barrière à l'importation, et le régime de l'épuisement national verrouille le marché et contribue à la cherté des prix. Il assure aux titulaires de brevets des monopoles d'importation et des rentes de monopole. Autoriser les importations parallèles est donc à leurs yeux une mesure essentielle de politique économique qui, au même titre que d'autres qu'elles soient nouvelles ou anciennes – vise à stimuler la concurrence. Les importations parallèles permettent d'élargir l'offre de produits à bon prix et ont un impact favorable sur l'économie nationale sans que la recherche en Suisse en pâtisse.

Les variantes au régime de l'épuisement national, y compris celle prévoyant une exception en faveur des moyens de production et des biens d'investissement protégés par des brevets en vertu de l'art. 27b de la loi sur l'agriculture⁴⁹, ont été majoritairement rejetées lors de la consultation. Mettre en place des régimes d'épuisement différenciés selon les produits conduirait à une inégalité de traitement des produits ou des technologies et, partant, des titulaires des brevets. En outre, ce système soulèverait, en pratique, d'épineuses questions de délimitation, qui exposeraient la réglementation à des controverses et, en fin de compte, compromettraient la sécurité du droit. Par ailleurs, l'art. 27b de la loi sur l'agriculture est, de l'avis des participants à la consultation, problématique parce qu'il ne permet pas de réaliser le potentiel de réduction des coûts visé. Il crée une dérogation de plus en faveur d'une branche qui profite déjà d'innombrables réglementations spéciales de nature politique. 3 cantons (ZG, SO, JU), le PDC, l'USP et Prométerre sont par contre en faveur de l'art. 27b de la loi sur l'agriculture. Les milieux favorables à cette mesure soulignent son potentiel de réduction des coûts en faveur de l'agriculture suisse. Ils relèvent que l'exception en faveur des moyens de production et des biens d'investissement agricoles s'inscrirait dans la stratégie globale visant à faire baisser les coûts de production en Suisse.

Epuisement régional

2 cantons, 2 partis (PDC et PEV) et 4 autres participants à la consultation sont en faveur de l'épuisement régional sur la base d'un accord avec la CE ou avec les Etats membres de l'EEE. Pour 2 cantons, le PS et 3 autres organisations, ce régime fondé sur la réciprocité serait la deuxième meilleure approche; le PS va même jusqu'à évoquer la voie unilatérale. 1 canton, le PRD et 2 associations n'excluent pas la possibilité que la Suisse passe ultérieurement au régime de l'épuisement régional. La majorité des organismes consultés rejettent néanmoins l'épuisement régional *sur la base d'un accord* avec la CE ou avec les Etats membres de l'EEE.

Les défenseurs de l'épuisement régional avancent que, si la Suisse appliquait ce régime avec la CE ou avec les Etats membres de l'EEE, les pays disposant de conditions-cadres économiques et juridiques comparables auraient un accès limité et contrôlé au marché suisse. Le régime de l'épuisement régional permettrait de faire baisser les prix des produits protégés par des brevets. Les effets sur l'ensemble de l'économie seraient aussi positifs. Globalement, le site de production suisse en serait sensiblement renforcé.

⁴⁹ FF 2007 4449 4451

Les adversaires de l'épuisement régional fondent leur opposition principalement sur le fait qu'en cas de négociations il faut s'attendre à des revendications compensatoires. La CE pourrait ainsi exiger de la Suisse l'abandon du régime de l'épuisement international en droit des marques et en droit d'auteur au profit de l'épuisement régional. Enfin, des revendications compensatoires pourraient être formulées dans d'autres domaines politiques également (notamment en matière de fiscalité de l'épargne, d'imposition et de secret bancaire). Indépendamment de cela, les chances d'aboutir rapidement à une mise en place de ce régime seraient minces.

Epuisement international

4 cantons, le PS, Travail Suisse, des organisations de consommateurs, des entreprises et des organisations actives dans les secteurs de l'agriculture, du commerce de détail et de l'hôtellerie souscrivent à l'épuisement international sans exceptions. La Comco verrait d'un bon œil l'instauration à terme de ce régime, tout en préconisant momentanément une exception en faveur des marchés présentant des conditions-cadres divergentes. 2 cantons, le PEV, 2 organisations faïtières et la CFC rejettent l'épuisement international sans exceptions et approuvent donc diverses dérogations audit régime. 9 cantons, 2 partis (PRD et UDC), des associations économiques œuvrant à l'échelle nationale et régionale, des entreprises actives dans les secteurs du développement et de la production et d'autres organisations rejettent l'option de l'épuisement international sans exceptions.

Les partisans font observer que le passage à l'épuisement international induirait une diminution des prix à la consommation de 6 à 11 % pour un volume commercial se situant entre 2,7 et 4,5 milliards de francs. Ce changement de régime pourrait aussi conduire à une baisse générale des coûts de production en Suisse, car les installations, les appareils, les moyens de production ainsi que les additifs et les auxiliaires technologiques pourraient être importés à des prix plus favorables. A leur sens, les dépenses de recherche et de développement ainsi que les activités de recherche en Suisse ne devraient pas en pâtir. Le passage du régime de l'épuisement national à celui de l'épuisement international ne poserait pas de problèmes juridiques.

Les adversaires de l'épuisement international objectent qu'il n'existe aucun indice fiable pour dire que le coût de la vie diminuerait significativement à la faveur de l'instauration de ce régime. Comparé à l'effet multiplicateur des investissements dans des produits novateurs à haute valeur ajoutée, le simple encaissement de marges commerciales et les éventuelles économies pour le consommateur rapporteraient moins en termes de prospérité. Le passage du régime de l'épuisement national à celui de l'épuisement international se traduirait par un affaiblissement notable de la propriété intellectuelle, qui est vitale pour la place économique suisse.

Seule une partie des participants à la consultation s'est prononcée sur les variantes.

2 cantons, le PEV, 3 organisations faïtières, le commerce de détail et d'autres organisations sont favorables à la variante de l'épuisement international assorti d'une exception en faveur des marchés à prix administrés. Le PS, 2 organisations de consommateurs et un autre participant à la consultation rejettent l'idée consistant à exclure les produits à prix administrés (médicaments) du champ d'application du régime de l'épuisement international. 2 cantons, le PRD, des associations économiques et des entreprises actives dans les secteurs du développement et de la production rejettent cette variante la plupart d'entre eux en raison des désavantages que

présente l'épuisement international ou en bloc avec d'autres exceptions et variantes aux options de base.

3 cantons, une association faîtière, le commerce de détail, la Comco et d'autres organisations sont favorables à une dérogation au principe de l'épuisement international pour les marchés présentant des conditions-cadres différentes. Le PS et 3 organisations s'y opposent. 1 canton, le PRD, des associations économiques et des entreprises actives dans les secteurs du développement et de la production rejettent cette variante la plupart d'entre eux en raison des désavantages que présente l'épuisement international ou en bloc avec d'autres exceptions et variantes aux options de base.

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

Seuls quelques participants à la consultation se sont prononcés sur cette option. A une exception près, ils la rejettent tous. Ils sont d'avis que cette solution se solderait par l'abandon de la distinction entre les droits de propriété qui relèvent du droit privé et les entraves techniques au commerce qui ressortissent au droit public, et ils critiquent le fait que, si cette variante était retenue, des réglementations d'intérêt public détermineraient si le produit breveté peut être importé librement ou non. Ils refusent par conséquent que des droits privés soient restreints par des normes de droit public.

Autres solutions

2 cantons, 3 partis (PDC, PS et PEV), une organisation de consommateurs, des entreprises du commerce de détail et d'autres organisations évoquent la possibilité d'instaurer *unilatéralement* le régime de l'épuisement régional avec la CE ou avec les Etats membres de l'EEE. Ils demandent que cette solution soit approfondie, compte tenu de deux récents avis de droit⁵⁰ qui concluent que cette approche serait compatible avec les engagements internationaux de la Suisse, notamment ceux découlant de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Divers participants suggèrent que l'on opte pour un régime d'épuisement international limité à un cercle d'Etats.

Enfin, le PDC et d'autres organisations proposent que l'on améliore le règlement des conflits de régimes d'épuisement pour les produits qui font l'objet d'une protection multiple inscrite à l'art. 9a LBI dans sa version du 22 juin 2007⁵¹ en l'étendant à toutes les marchandises pour les caractéristiques fonctionnelles desquelles la protection découlant du brevet revêt une importance moindre et en réglant le fardeau de la preuve.

⁵⁰ Andreas R. Ziegler, Regionale Erschöpfung und Meistbegünstigung im Rahmen der WTO, Genève 2007; Christophe Rapin, Importations parallèles et produits thérapeutiques, Genève 2007.

⁵¹ FF 2007 4363 4367

1.6 Solution proposée

Épuisement national

Le Conseil fédéral confirme sa préférence pour le principe de l'épuisement national. Il propose d'inscrire ce régime dans la loi sur les brevets.

Pour le domaine de l'agriculture, le Parlement a adopté l'art. 27*b* de la loi sur l'agriculture dans sa version du 22 juin 2007⁵², qui prévoit une dérogation au principe de l'épuisement national. Par respect pour la volonté du législateur, le Conseil fédéral propose de ne pas revenir sur cette décision malgré la critique formulée à l'égard de cette exception lors de la consultation.

Extension du règlement des conflits de régimes d'épuisement

Lors de la révision de la loi sur les brevets, les Chambres fédérales ont approuvé le règlement des conflits nés de la divergence des régimes d'épuisement lorsque des marchandises sont protégées par plusieurs droits de propriété intellectuelle proposé par le Conseil fédéral (art. 9*a* LBI dans sa version du 22 juin 2007⁵³). En vertu de cette disposition, il n'est plus possible d'interdire les importations parallèles – autorisées aux termes de la loi – 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. Le Conseil fédéral prévoit d'étendre le champ d'application de cette disposition aux produits achetés légalement à l'étranger qui comportent un élément breveté lequel revêt une importance moindre pour les caractéristiques fonctionnelles desdits produits. Afin d'améliorer l'efficacité de cette disposition, il propose non seulement de renverser le fardeau de la preuve mais aussi de l'alléger: il suffirait que le titulaire du brevet rende crédible que l'élément breveté ne revêt pas une importance moindre pour les caractéristiques fonctionnelles de la marchandise.

1.7 Motivation et appréciation de la solution proposée

Épuisement national

Il n'y a pas d'avantages compétitifs sans innovation, et pour qu'il y ait de l'innovation, il faut que l'innovateur puisse s'assurer que le fruit de son travail reste sa propriété. Il doit donc être possible d'exclure les tiers qui n'ont pas participé à leurs coûts de développement de l'exploitation des innovations. Les brevets et les droits qu'ils confèrent sont à cet égard un aspect essentiel et indispensable de la promotion de l'innovation.

Le droit du titulaire du brevet d'interdire les importations et le principe de l'épuisement national n'empêchent pas la concurrence opérationnelle. Pour les produits substituables de différents fabricants, celle-ci se fait en effet généralement tant au niveau des prix que de celui de l'innovation. Lorsqu'il fixe le prix de ses produits, le titulaire du brevet ne peut se soustraire au jeu de l'offre et de la demande et faire abstraction des autres agents économiques. Dans l'hypothèse d'une concurrence intermarques opérationnelle, il ne peut pas non plus élever artificiellement les prix

⁵² FF 2007 4449 4451

⁵³ FF 2007 4363 4367

en Suisse sans offrir une contrepartie. Des prix élevés présupposent que les consommateurs sont enclins à payer davantage.

Les détracteurs de ce régime pensent à tort que le droit du titulaire du brevet d'interdire les importations et l'épuisement national confèrent automatiquement une position dominante, voire un monopole, sur le marché (cf. ch. 1.3.1). Véritable pierre angulaire de l'argumentaire en défaveur de l'épuisement national, cette hypothèse est aussi erronée que les conclusions que l'on en tire. L'Etat n'accorde aucun monopole d'importation aux titulaires de brevets ni par le biais de leur droit d'interdire les importations, ni par celui de l'épuisement national de leurs droits. On ne peut donc pas prétendre de l'Etat qui est à l'origine de distorsions du marché et encore moins demander qu'il cesse d'intervenir.

L'épuisement national donne la priorité aux entreprises déployant des activités de recherche et de développement sur celles qui font du commerce et leur évite de devoir de partager avec le commerce l'avantage en termes de compétitivité et d'innovation qu'elles tirent d'un produit breveté. Cette approche est non seulement cohérente, parce que l'utilisation de l'invention à des fins économiques devrait globalement rester réservée au titulaire du brevet, mais aussi légitime compte tenu du fait que le commerce absorberait, du moins en partie, le gain d'innovation sans investir dans la recherche et le développement. Le passage à un autre régime d'épuisement aurait pour conséquence une redistribution forcée des rentes d'innovation des producteurs au commerce et aux consommateurs sans garantie d'une meilleure exploitation du potentiel d'innovation. Le passage à un autre régime comme moyen de favoriser la concurrence intramarques ne conduit pas à des prestations économiquement plus performantes. Il inciterait plutôt les innovateurs à assurer leurs investissements par des moyens moins efficaces, qui renchériraient les produits (p. ex. par le biais d'une intégration verticale).

Depuis qu'elle a été révisée, la loi sur les cartels dispose expressément que les restrictions aux importations fondées sur les droits de propriété intellectuelle doivent être appréciées à la lumière du droit des cartels. Du point de vue de la politique réglementaire, cette approche est judicieuse: il paraît en effet raisonnable de réprimer les abus par le biais du droit des cartels. L'Etat ne doit pas, par sa politique de la concurrence, intervenir directement dans le mécanisme de formation des prix afin que ceux-ci soient considérés comme appropriés ou équitables. Il lui incombe plutôt de promouvoir l'existence d'une saine concurrence qui permette la formation des prix par le jeu de l'offre et de la demande. Le droit du titulaire du brevet d'interdire les importations et le principe de l'épuisement national ne compromettent pas la concurrence. A la lumière du droit de la concurrence, un changement de régime d'épuisement ne se justifie donc pas.

Le correctif prévu par la loi sur les cartels nécessite, dans chaque cas, une analyse rigoureuse des critères d'intervention, et les décisions ne sont rendues qu'au terme d'une longue procédure. Les mesures préconisées dans un cas d'espèce peuvent cependant avoir un effet plus général. Les décisions revêtant un caractère de référence sont tout à fait susceptibles d'avoir un effet préventif. Une décision rendue par la Comco sur le prix de médicaments⁵⁴ illustre bien que le contrôle exercé par les titulaires de brevets sur la formation des prix par le biais du droit des cartels n'est

⁵⁴ Medikamentenprei Thalidomid, DPC 2006/3, p. 433

pas qu'un abstrait. Elle révèle également qu'un prix élevé n'est pas forcément abusif et anticoncurrentiel.

L'analyse du rapport entre intensité de brevets et différences de prix avec l'étranger révèle que les brevets peuvent être considérés comme un facteur déterminant pour les variations de prix dans quelques secteurs de marché seulement. Dans les secteurs dans lesquels les brevets revêtent une grande importance, les écarts de prix sont principalement dus à des facteurs qui poussent les prix à la hausse, notamment les entraves techniques au commerce. L'épuisement national des brevets ne joue en revanche qu'un rôle mineur. Si la Suisse se limitait à changer de régime d'épuisement, seuls quelques rares biens de consommation – et encore – verraient leur prix baisser, et la diminution escomptée des prix des biens de consommation, notamment des biens de consommation courante n'aurait sans doute pas lieu. Pour répondre à la volonté légitime de l'économie suisse de baisser le coût de la vie et les frais d'acquisition en Suisse, il faut donc éliminer les barrières douanières et les entraves techniques au commerce et non affaiblir la protection conférée par les brevets.

Compte tenu de ces considérations, le Conseil fédéral estime qu'un changement de régime d'épuisement constituerait une atteinte disproportionnée aux droits de propriété des titulaires de brevets.

Extension du champ d'application du règlement des conflits de régimes d'épuisement

Lors de la consultation, on a fait remarquer à raison qu'il y avait moyen d'accroître l'efficacité du correctif apporté à l'épuisement national inscrit à l'art. 9a LBI dans sa version du 22 juin 2007⁵⁵ en élargissant quelque peu son champ d'application. C'est ce que propose le Conseil fédéral dans le présent projet; ce faisant, il répond également à la motion du 5 octobre 2007⁵⁶ du conseiller national Thomas Müller.

Rejet du passage à l'épuisement régional unilatéral

Invoquant deux récents avis de droit⁵⁷, plusieurs participants à la consultation ont avancé la solution d'un épuisement régional *unilatéral* (que ce soit avec la CE ou les Etats membres de l'EEE ou encore avec d'autres pays industrialisés qui sont des partenaires commerciaux de la Suisse). S'appuyant sur une expertise⁵⁸ qu'il avait commandée, le Conseil fédéral rejette cette voie. Cette expertise conclut que, de l'avis d'une majorité d'experts, le système de l'épuisement régional nécessite une base de réciprocité et donc qu'il ne peut être instauré que sur la base d'un accord. La question de la compatibilité d'un régime d'épuisement régional unilatéral avec le droit de l'OMC ayant suscité de nouvelles discussions, l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle a commandé un avis⁵⁹, lequel conclut que l'instauration unilatérale de l'épuisement régional est contestable aux termes du droit de l'OMC et qu'elle comporte donc des risques sur le plan de la politique économique extérieure.

⁵⁵ FF 2007 4363 4367

⁵⁶ 07.3752 M Empêcher les abus dans le domaine du droit des brevets (pas encore traitée au CN ni au CE)

⁵⁷ Andreas R. Ziegler, Regionale Erschöpfung und Meistbegünstigung im Rahmen der WTO, Genève 2007; Christophe Rapin, Importations parallèles et produits thérapeutiques, Genève 2007

⁵⁸ Straus/Katzenberger 2002, p. 43 ss

⁵⁹ Thomas Cottier / Rachel Liechti, Ist die einseitig statuierte regionale Erschöpfung im schweizerischen Patentrecht mit dem WTO-Recht vereinbar?, Berne 2007

Selon cet avis, l'épuisement régional unilatéral n'est pas compatible avec l'Accord sur les ADPIC, mais il est peu probable que la CE le conteste. Il serait par contre compatible avec le GATT 1994, mais il n'est possible de savoir si les tribunaux de l'OMC seraient de cet avis.

Etant donné qu'il n'est pas possible d'obtenir un avis contraignant de l'OMC sur cette question et que la doctrine n'est pas unanime, des doutes considérables demeurent sur la compatibilité de cette solution avec les engagements internationaux de la Suisse. Le Conseil fédéral ne saurait faire fi de ces objections juridiques sérieuses et mettre en péril de manière irréfléchie la réputation de la Suisse en tant que partenaire fiable sur le plan international. C'est pourquoi il refuse de s'engager plus avant sur la voie de l'épuisement régional unilatéral.

Outre les considérations de nature juridique, il existe des objections d'ordre matériel: le régime de l'épuisement régional dans la CE présuppose un espace économique et juridique homogène (marché intérieur), sans quoi la diversité des dispositions conduirait à des distorsions du marché.

1.8 Droit comparé et rapport avec le droit européen

1.8.1 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, 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 (Taiwan, Inde, Indonésie, Malaisie, Singapour et Thaïlande). Certains pays 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 national⁶⁰. Le Japon possède un système similaire. Aux Etats-Unis, c'est la doctrine du *first sale* qui équivaut au principe de l'épuisement; aux termes de cette doctrine, 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 national⁶¹.

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 du traité CE sur 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

⁶⁰ Straus/Katzenberger 2002, p. 14 ss

⁶¹ Straus/Katzenberger 2002, p. 29 s.

licence tacite. L'épuisement régional n'est inscrit dans aucun accord de libre-échange⁶².

1.8.2 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 elle, 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 membre⁶³. S'il l'a mis en circulation dans des pays tiers, il peut par contre s'opposer à son importation dans un Etat membre⁶⁴. La CJCE s'est donc prononcée en faveur de l'épuisement régional dans la CE. Elle a précisé dans sa jurisprudence que l'épuisement régional s'appliquait également aux produits dont les prix étaient administrés par l'Etat⁶⁵.

Le principe de l'épuisement régional dans les différents domaines de propriété immatérielle a également des retombées dans le droit communautaire secondaire⁶⁶. S'agissant du droit des brevets, le principe de l'épuisement régional figure dans la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques⁶⁷ et dans l'actuelle proposition de règlement du brevet communautaire⁶⁸.

⁶² Straus/Katzenberger 2002, p. 16 ss

⁶³ Arrêt de la CJCE du 31.10.1974, Centrafarm BV et Adriaan de Peijper contre Sterling Drug Inc., aff. 15/74, Rec. 1974, p. 1147

⁶⁴ Arrêt de la CJCE du 16.7.1998, Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG contre Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, aff. C-355/96, Rec. 1998, p. I-4799

⁶⁵ Arrêt de la CJCE du 5.12.1996, Merck & Co. Inc et al. contre Primecrown Ltd et al., aff. jointes C-267/95 et C-268/95, Rec.1996, p. 6285

⁶⁶ 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^e 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).

⁶⁷ JOCE L 213 du 30.7.1998, p. 13

⁶⁸ Conseil de l'Union européenne, proposition de règlement du Conseil du 8.3.2004 sur le brevet communautaire, consultable sur Internet à l'adresse <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/04/st07/st07119.de04.pdf>.

1.9 Classement d'interventions parlementaires

La motion 06.3633 (Commission des affaires juridique CN [05.082])⁶⁹ charge le Conseil fédéral de traiter l'épuisement des droits conférés par le brevet dans un message séparé avant la fin 2007. Par le présent projet de modification législative, le Conseil fédéral propose d'inscrire l'épuisement national dans le droit des brevets. Le présent message expose les différentes options et variantes examinées et répond à la motion (cf. ch. 1.4, celle-ci peut être classée).

2 Commentaire

L'art. 9a, al. 1, inscrit l'épuisement national dans la loi sur les brevets. Ce principe ne s'applique cependant pas de manière absolue. En effet, l'exercice des droits de défense découlant du brevet continue d'être soumis à la réserve de l'appréciation à la lumière du droit des cartels, en l'occurrence l'art. 3, al. 2, 2^e phrase, de la loi sur les cartels⁷⁰.

L'art. 9a, al. 2, régit les cas où un dispositif permettant l'utilisation d'un procédé breveté est mis en circulation en Suisse par le titulaire du brevet ou avec son accord. En vendant le dispositif *en Suisse*, le titulaire du brevet cède à l'acquéreur le droit d'utiliser le procédé protégé. Si le dispositif n'est ni fabriqué ni mis en circulation par le titulaire du brevet sur le procédé, ce dernier ne pourra pas être utilisé, même si le dispositif lui-même n'est pas protégé.

Conformément à l'art. 10 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques⁷¹, l'art. 9a, al. 3, autorise la multiplication de matière biologique brevetée qui a été mise en circulation *en Suisse* par le titulaire du brevet ou avec son accord, pour autant que cette multiplication soit nécessaire à une utilisation conforme à son but et que la matière ainsi obtenue ne soit pas utilisée pour être multipliée ultérieurement. Cette disposition prévoit donc une exception à la prérogative du titulaire du droit d'interdire la multiplication de matière biologique protégée, prérogative que lui confère son brevet sur un produit ou un procédé de fabrication (art. 8a dans sa version du 22 juin 2007⁷²). Elle limite en outre les droits d'interdiction du titulaire découlant de l'art. 8b dans sa version du 22 juin 2007⁷³. Les réserves correspondantes sont inscrites aux art. 8a et 8b LBI dans leur version du 22 juin 2007⁷⁴.

L'al. 4 de l'art. 9a autorise l'importation de marchandises brevetées si celles-ci ont été mises en circulation à l'étranger par le titulaire du brevet ou avec son accord et si la protection découlant du brevet revêt une importance moindre pour les caractéristiques fonctionnelles de ces marchandises. Cette disposition s'inspire de la doctrine allemande⁷⁵ selon laquelle un produit n'est pas protégé par le brevet de l'élé-

⁶⁹ 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 14.3.2007).

⁷⁰ RS 251

⁷¹ JOCE L 213 du 30.7.1998, p. 13

⁷² FF 2007 4363 4367

⁷³ FF 2007 4363 4367

⁷⁴ FF 2007 4363 4367

⁷⁵ Georg Benkard/Uwe Scharen, Patentgesetz, 10^e édition, Munich 2006, § 9 N 30

ment breveté qu'on lui a ajouté si ce dernier revêt une importance accessoire pour la fonction technique du produit. Cette extension du champ d'application du règlement des conflits de régimes d'épuisement prévue par l'art. 9a LBI dans sa version du 22 juin 2007⁷⁶ a été suggérée notamment par le PDC; la motion 07.3752 (Müller Thomas)⁷⁷ propose également cette adaptation.

Lors de la consultation, on a fait remarquer qu'en vertu des règles générales de preuve il incombait à l'importateur – qui invoquait la dérogation au principe de l'épuisement national – de fournir la preuve que la protection découlant du brevet revêtait une importance moindre pour les caractéristiques fonctionnelles de la marchandise importée. Cette règle pourrait affaiblir l'efficacité de la réglementation si l'importateur dépendait, pour fournir la preuve, de faits auxquels il n'a pas accès. Le simple renversement du fardeau de la preuve pourrait cependant rendre plus difficile pour le titulaire du brevet l'obtention de mesures provisionnelles. Aussi le Conseil fédéral propose-t-il en plus d'alléger le fardeau de la preuve. Ainsi, le titulaire du brevet qui invoque, dans une procédure de mesures provisionnelles ou dans la procédure principale, la violation de ses droits découlant du brevet par l'importateur de marchandises protégées par brevet doit rendre vraisemblable que le brevet qu'il fait valoir ne revêt pas une importance moindre pour les caractéristiques techniques de la marchandise si l'importateur s'oppose à la demande de mesures provisionnelles ou à la demande en justice en vertu de l'al. 4. Si le titulaire rend vraisemblable son point de vue, l'importateur a toujours la possibilité d'apporter la preuve du contraire.

L'art. 9a, al. 4, LBI, qui prévoit une exception de droit civil au principe de l'épuisement national en droit des brevets, ne modifie en rien la loi du 15 décembre 2000 sur les produits thérapeutiques (LPTh)⁷⁸. Il ne crée en particulier pas d'autres conditions que celles énoncées à l'art. 14, al. 2 et 3, LPTh, qui régissent l'autorisation de mise sur le marché de préparations originales importées visées à l'art. 14, al. 2, LPTh. Autrement dit, l'autorisation de mise sur le marché continuera de n'être délivrée que si le médicament qui doit être importé n'est plus protégé par un brevet; c'est au titulaire du brevet qu'il incombe de rendre vraisemblable la protection par brevet. Pour l'application de l'art. 14, al. 3, LPTh – et à la différence de l'art. 9a, al. 4, LBI –, ce qui est déterminant, c'est le fait que la préparation originale en question soit encore protégée par un brevet et non l'importance du brevet pour le médicament. Il ressort de la réserve énoncée dans la dernière phrase de l'art. 9a, al. 4, LBI que cette disposition ne l'emporte par sur l'art. 14, al. 3, 1^{re} phrase, LPTh et qu'elle ne doit pas non plus être interprétée comme une exception à cet article. D'égale importance, les art. 9a, al. 4, LBI et 14, al. 3, 1^{re} phrase, LPTh coexistent donc en parallèle. La réserve prévue à l'art. 9a, al. 4, LBI n'implique donc aucune restriction supplémentaire de l'importation de préparations originales par rapport à l'art. 14, al. 3, 1^{re} phrase, LPTh, pas plus qu'elle ne soumet l'autorisation de mise sur le marché de génériques ou de dispositifs médicaux à des conditions plus strictes.

⁷⁶ FF 2007 4363 4367

⁷⁷ 07.3752 M Empêcher les abus dans le domaine du droit des brevets (pas encore traitée au CN ni au CE).

⁷⁸ RS 812.21

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 pour la Confédération, les cantons et les communes. Le surcroît de travail lié aux interventions de l'Administration fédérale des douanes et l'augmentation du personnel qui en découle ont été exposés dans le message du 23 novembre 2005 relatif à la modification de la loi sur les brevets⁷⁹. Le choix du régime d'épuisement sera pris en compte lors de la création des nouveaux postes.

3.2 Conséquences pour l'économie nationale

Des indices montrent 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. 1.3).

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 les prix 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.

Des mesures susceptibles d'influencer positivement le niveau de prix en Suisse ont déjà été mises en œuvre ou sont en préparation. Le droit des cartels a été renforcé, notamment par la présomption que les ententes verticales sont une restriction de la concurrence et par 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 du démantèlement systématique des obstacles de droit public à 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 les prix indépendamment du choix du régime d'épuisement. En tant que dernière entrave au commerce, les restrictions aux importations fondées sur le droit des brevets pourraient donc gagner relativement en importance à l'avenir.

4 Liens avec le programme de la législature

Le projet est mentionné dans le rapport sur le programme de la législature 2003 à 2007⁸⁰ comme partie intégrante de la révision de la loi sur les brevets⁸¹. Le mandat d'élaborer un message séparé sur le sujet découle des débats parlementaires

⁷⁹ FF **2006** I 128 s.

⁸⁰ FF **2004** 1035

⁸¹ FF **2004** 1035 1048 1079

sur la révision de la loi sur les brevets et de l'adoption de la motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 3 novembre 2006⁸² (cf. ch. 1.1).

5 Aspects juridiques

5.1 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 immatériels⁸³. 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, être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 36 Cst.).

L'appréciation de l'intérêt public et de la proportionnalité doit tenir compte du fait que l'épuisement génère un conflit entre droits fondamentaux. En effet, lorsque le titulaire du brevet vend un produit breveté, les droits d'interdiction découlant de son brevet se heurtent au droit de propriété de l'acquéreur (cf. ch. 1.2.1). Il y a donc une atteinte tant à la garantie de la propriété du titulaire du brevet qu'à celle de l'acquéreur. Dans le commerce (transfrontalier) de produits brevetés, il faut de surcroît tenir compte de la liberté économique (art. 27 Cst.). Le titulaire du brevet peut invoquer son droit d'adapter, en tant que producteur, son offre aux différentes conditions de commercialisation. Le vendeur qui commercialisera des produits brevetés pourra, quant à lui, revendiquer le droit d'accéder librement à différentes sources d'approvisionnement pour profiter des meilleures offres en termes de prix. Il faut prendre en considération, enfin, la protection des consommateurs (art. 97 Cst.): leur défense doit respecter les intérêts généraux de l'économie suisse et de la liberté de la concurrence. Il convient de mettre en balance ces divers intérêts afin de tendre au meilleur équilibre possible entre les différentes normes constitutionnelles. Les variantes exposées dans le présent rapport permettent-elles d'atteindre ce but et justifient-elles l'ingérence dans la garantie de la propriété? La réponse à ces questions dépendra surtout de l'appréciation des problèmes économiques et de leur interaction. Plusieurs études ont été faites sur ce sujet en Suisse et en Europe; leurs résultats varient. La complexité des problèmes économiques globaux, la difficulté de les traduire en chiffres et les données lacunaires dont on dispose ne permettent pas de se prononcer définitivement sur les conséquences du passage à l'épuisement international ou régional en droit des brevets. L'appréciation de la constitutionnalité de la réglementation prévue sera en conséquence tributaire de la plausibilité des pronostics et de son évaluation.

⁸² 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 14.3.2007).

⁸³ ATF 126 III 129, consid. 8a avec d'autres références

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Toute réglementation de l'épuisement doit être examinée en particulier à la lumière de sa compatibilité avec l'Accord sur les ADPIC. Cet accord laisse aux Etats contractants le libre choix du régime d'épuisement⁸⁴.

L'art. 6 de l'Accord sur les ADPIC formule toutefois une réserve en faveur du principe du traitement national (art. 3 Accord sur les ADPIC)⁸⁵ et de celui de la nation la plus favorisée (art. 4 Accord sur les ADPIC)⁸⁶. L'épuisement national étant compatible avec ces principes, il l'est aussi avec l'Accord sur les ADPIC.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le présent projet vise à fonder le 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.

⁸⁴ Straus/Katzenberger 2002, p. 39

⁸⁵ Conformément au principe du traitement national, chaque Etat membre de l'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.

⁸⁶ Conformément au principe de la nation la plus favorisée, 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.

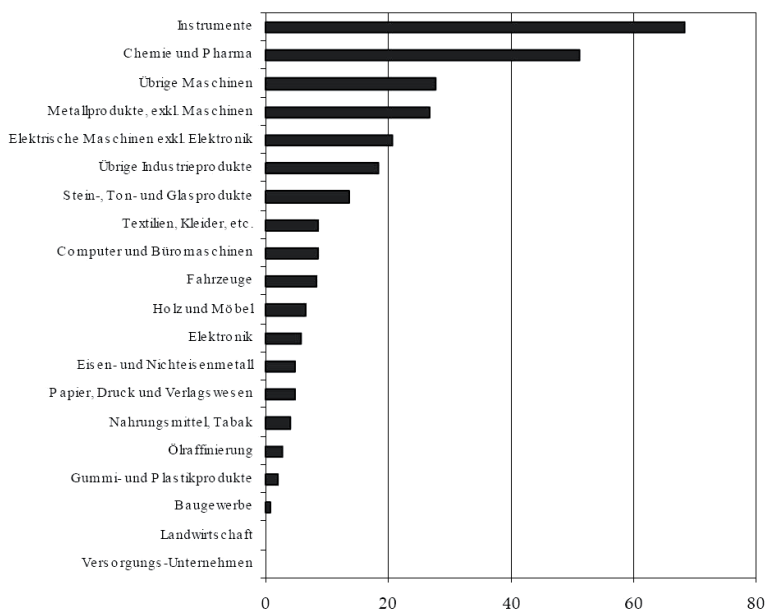
Indices comparatifs au niveau des prix (EU15=100)

	1995	2005
Produits alimentaires et boissons non alcoolisées	146.3	138.2
Produits alimentaires	149.4	141.5
– Pain et céréales	138.8	138.2
– Viande	190.1	180.4
– Poisson	147.5	147.5
– Lait, fromage et œufs	144.5	126.1
– Huiles et graisses	169.6	170.9
– Fruits, légumes, pommes de terre	137.9	122
– Autres produits alimentaires	127.4	131.8
Boissons non alcoolisées	116.9	106.7
Boissons alcoolisées, tabac et stupéfiants	115.4	90.6
Boissons alcoolisées	136.3	95.6
Tabac	99.1	93.4
Habillement et chaussures	112.2	117.5
Logement, eau, électricité, gaz et autres combustibles	187.3	158.1
Ameublement, équipement ménager et entretien	122.2	115.6
Santé	153.8	135.7
Transport	119.5	107.3
Moyens de transport privés	95.3	91.2
Communication	127.7	124.1
Loisirs et culture	134.7	118.9
Enseignement	181.1	143
Hôtels, cafés et restaurants	143.6	120.9
Autres biens et services	147.5	131.1
Machines et appareils	114.3	101.6
Construction	151.6	144.8

Source: EUROSTAT

Figure 2

Relation entre intensité de brevets et création de valeur dans différents secteurs

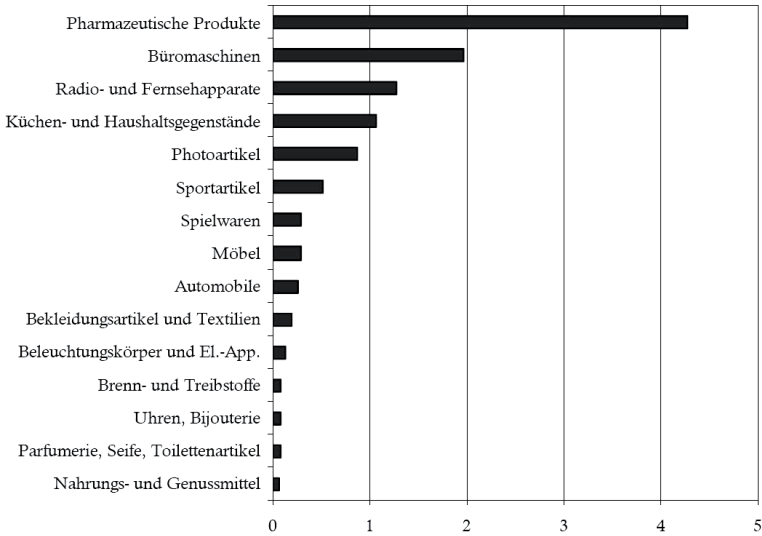


Bemerkung: Patentintensität definiert als Anzahl Patente mit Wirkung in der Schweiz (Stand 1.1.2000) im Verhältnis zur aggregierten Wertschöpfung in den Ländern Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Japan, Schweiz und USA im Jahr 1999, in Mrd. CHF, zu Preisen von 1995.

Source: Frontier Economics/Plaut 2002, p. 84

Figure 3

Intensité de brevets pour les biens de consommation en Suisse (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.

Source: Frontier Economics/Plaut 2002, p. 85

Bibliographie

- Elias/Balastèr 2006 Elias, Jiri/Balastèr, Peter, L'influence de l'Etat sur la formation des prix dans le commerce de détail, La Vie économique, 10/2006, p. 48 ss.
- Frontier Economics/
Plaut 2002 Frontier Economics/Plaut, Erschöpfung von Eigentumsrechten: Auswirkungen eines Systemwechsels auf die Schweizer Volkswirtschaft, Berne 2002
- Plaut 2004a Plaut, Auswirkungen eines Wechsels zur regionalen Erschöpfung im Patentrecht, Berne 2004
- Plaut 2004b Plaut, Warum erodieren Parallelimporte die Preisinsel Schweiz nicht stärker? Ermittlung der Rolle der geistigen Schutzrechte anhand exploratorischer Expertengespräche, Berne 2004
- Straus/Katzenberger
2002 Straus, Joseph /Katzenberger, Paul, Rechtsgrundlagen zur Erschöpfung im Patentrecht, Berne 2002

