

Importations parallèles et droit des brevets

**Rapport du Conseil fédéral du 8 mai 2000
en réponse à la question de la
Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER)
du 24 janvier 2000**

Sommaire

1	Remarques liminaires	1
1.1	Problématique et but du rapport	1
1.2	Exposé des concepts	1
1.3	La structure du présent rapport	3
2	Les aspects juridiques de la question	3
2.1	L'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Kodak	3
2.3	Les importations parallèles et le droit de la concurrence	8
3	Les aspects économiques du problème	11
3.1	L'importance économique de la réglementation des importations parallèles de produits brevetés	11
3.2	Les aspects économiques du droit des brevets	13
3.3	La problématique de la différenciation des prix	14
3.4	Les marchés dont les prix sont réglementés	15
4	Les domaines spéciaux	16
4.1	Les médicaments	17
4.2	Les dispositifs médicaux	19
4.3	Les produits toxiques	20
5	La législation internationale	20
5.1	La perspective du droit comparé	20
5.2	Les rapports avec le droit européen et les aspects de la politique d'intégration	21
5.3	L'OMC	21
5.4	Le droit de la concurrence	23
5.5	Conclusion	23
6	Variantes sur la réglementation des importations parallèles au niveau législatif	24
6.1	Option 1 : système de l'épuisement national avec des correctifs en droit de la concurrence en cas d'«überschiessende Rechtsmacht» du titulaire du brevet	24
6.2	Option 2 : système de l'épuisement régional (ou bilatéral)	28
6.3	Option 3 : système d'une réglementation de l'épuisement pratiquant une différenciation selon les produits	29
6.4	Option 4 : système d'un épuisement international	30
7	Appréciation générale et conclusions	31

1 Remarques liminaires

1.1 Problématique et but du rapport

Le présent rapport¹ répond à une question de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER) du 24 janvier 2000 (voir annexe 1), dans laquelle celle-ci invite le Conseil fédéral à lui présenter, d'ici le 9 juin 2000, un rapport complet sur la problématique des importations parallèles.

L'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Kodak contre Jumbo-Markt du 7 décembre 1999 est à l'origine de la question de la CER (voir annexe 2). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a comblé une lacune de la législation en matière de droit des brevets en se prononçant en faveur du principe de l'épuisement national, et en interdisant, par là même, les importations parallèles de produits brevetés contre la volonté de leur titulaire. Bien que l'arrêt du Tribunal fédéral ne s'écarte pas de la solution préconisée, de manière générale, tant par la doctrine que par la jurisprudence cantonale, il a donné lieu, parfois, à des débats très vifs. En date du 22 décembre 1999, la conseillère nationale Simonetta Sommaruga a déposé une interpellation (99.3647 Importations parallèles et libre concurrence), invitant le Conseil fédéral à se prononcer sur l'arrêt du Tribunal fédéral, ainsi que sur l'éventualité d'une intervention du législateur dans ce domaine. Dans sa réponse du 6 mars 2000 (voir annexe 3), le Conseil fédéral se déclare prêt, eu égard à la dimension politico-économique des importations parallèles, à examiner la nécessité d'une solution législative au problème de l'épuisement dans le domaine du droit des brevets d'invention d'une part, ainsi que les diverses solutions au problème présentées dans le présent rapport d'autre part.

La CER invite le Conseil fédéral à présenter l'état de droit qui prévaut suite à l'arrêt du Tribunal fédéral en tenant compte des aspects d'économie publique et les principes de base du droit des brevets et du droit de la concurrence dans le but de disposer de différentes alternatives législatives. Par ailleurs, le Conseil fédéral est prié de prendre position sur la nécessité d'une intervention du législateur dans le domaine des importations parallèles.

Le point de départ du problème, à savoir l'épuisement des droits liés au brevet, relève du droit des biens immatériels. Il serait néanmoins erroné de ne rechercher la réponse à la question de la licéité ou de la prohibition des importations parallèles uniquement dans ce domaine. En effet, la réponse dépend également des aspects de la politique économique (inter)nationale, du droit de la concurrence, de la politique d'intégration, de la politique en matière d'innovations et de sécurité publique (plus particulièrement en matière de santé publique). Le présent rapport traitera donc également de ces différents aspects.

1.2 Exposé des concepts

Épuisement des droits : la première mise en circulation - du fait du titulaire des droits lui-même ou avec son consentement - d'un bien protégé par le droit de la propriété intellectuelle a pour effet d'utiliser, de consommer ou d'épuiser les droits du titulaire sur cet objet. La question est alors de savoir si l'épuisement des droits, conférés par chaque législation nationale, se limite aux importations ou s'étend également aux exportations.

¹ Élaboré par un groupe de travail interne à l'administration, sous l'égide de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, avec la collaboration du Secrétariat général du Département fédéral de l'économie publique, du Secrétariat d'État à l'économie, du Secrétariat de la Commission de la concurrence, du Surveillant des prix, de l'Office fédéral de l'agriculture, du Bureau de l'intégration DFAE/DFE, du Secrétariat général du Département fédéral des affaires étrangères, du Secrétariat général du Département fédéral de l'intérieur, de l'Office fédéral de la santé, de l'Office fédéral des assurances sociales, de l'Office fédéral de la culture, de l'Office fédéral de la justice, de l'Administration fédérale des douanes ainsi que de l'Office intercantonal de contrôle des médicaments.

Épuisement national : la première mise en circulation, du fait du titulaire des droits lui-même ou avec son consentement, d'un produit dans l'État qui confère la protection (par exemple la Suisse) fait perdre à son titulaire les droits liés à ce produit. La mise en circulation sur le territoire d'un autre État n'a, en revanche, aucune incidence sur les droits du titulaire dans l'État qui confère la protection.

Épuisement international : le titulaire perd les droits liés à son produit dans l'État qui confère la protection (par exemple la Suisse) que la première mise en circulation, du fait du titulaire des droits lui-même ou avec son consentement, ait lieu dans l'État qui confère la protection (par exemple la Suisse) ou sur le territoire d'un autre État.

Épuisement régional : le titulaire perd les droits liés à son produit dans les États d'un espace économique commun (par exemple l'UE ou l'EEE) lorsque la première mise en circulation, du fait du titulaire des droits lui-même ou avec son consentement, a lieu dans l'espace considéré. La mise en circulation sur le territoire d'un État tiers non partie à l'espace commun n'a, en revanche, aucune incidence sur les droits du titulaire dans les États membres de l'espace considéré.

Importations parallèles au sens étroit : il faut comprendre par là l'importation d'une marchandise protégée par le droit de la propriété intellectuelle (par exemple par le droit des brevets), et qui, du fait du titulaire des droits lui-même ou avec son consentement, a été mise en circulation dans un pays tiers. Les importations parallèles ne sont licites que lorsque prévaut la règle de l'épuisement international ou régional, et, dans ce dernier cas, uniquement à l'intérieur de l'espace économique concerné. Elles ont surtout lieu lorsque les prix pratiqués dans le pays d'importation sont plus élevés que dans le pays tiers dans lequel le produit a été mis en circulation.

Les importations parallèles au sens large² : un État peut, par le biais de procédures d'autorisation relevant de la sécurité publique, exercer une influence sur les conditions-cadres de mise sur le marché de substances toxiques ou dangereuses pour l'environnement. L'emploi, dans ce contexte, du terme «importations parallèles», ne se réfère aucunement à l'existence de droits de propriété intellectuelle sur ce produit. Dans ce cas précis, une importation parallèle consiste à importer sur le territoire national, sans aucune procédure d'autorisation connexe, ou le cas échéant, en conformité avec une procédure d'autorisation simplifiée, un produit normalement soumis à autorisation, lorsqu'à l'étranger ce produit serait soumis à une procédure d'autorisation analogue³.

Ce terme prend, ici, un sens différent de celui donné aux importations parallèles au sens étroit. L'existence de procédures d'autorisation à des fins de sécurité publique empêchent l'importation parallèle, au sens large du terme, de produits protégés par le droit de la propriété intellectuelle.

Les marchés dits « libres » et les marchés réglementés par l'État : les conditions-cadres des marchés de produits divergent selon les États : ainsi l'effet des importations parallèles sur l'économie publique diverge-t-il aussi selon les pays. A cet égard, on distingue deux types de marchés :

1. les marchés dits «libres»,
2. les marchés dont les prix sont réglementés par l'État.

Sur les marchés dits «libres», les prix des produits se forment essentiellement par le jeu de l'offre et de la demande. L'État n'influe pas sur la formation des prix.

² Cette notion prend toute son importance au ch. 4.

³ Voir par ex. FF 1999 III 3168.

Sur les marchés réglementés, l'État fixe *grosso modo* les prix, soit directement avec précision, soit en fixant une fourchette ou bien encore un plafond à ne pas dépasser. Le marché des médicaments représente un exemple typique de marché où les prix sont fixés par l'État.

1.3 La structure du présent rapport

Le ch. 2 du rapport, est consacré à l'examen du caractère licite ou illicite des importations parallèles d'un point de vue juridique. L'étude du droit des brevets et du droit de la concurrence actuels se fera en partant de l'arrêt Kodak. Le ch. 3 du rapport traitera, avec l'aide de réflexions de théories économiques, des répercussions des importations parallèles sur l'économie publique, en accordant une importance particulière à la différenciation entre les marchés dits libres et ceux dont les prix sont réglementés. Ceux-ci feront l'objet, au ch. 4, d'une analyse approfondie qui les mettra en relation avec les procédures d'autorisation dictées par la sécurité publique. Le ch. 5 décrit l'environnement international dans lequel se meut la Suisse et examine, la marge de manœuvres existante, à la lumière des accords multilatéraux et bilatéraux auxquels la Suisse est partie (plus particulièrement dans le cadre des accords passés dans le cadre de l'OMC et avec l'UE). Le ch. 6 propose une présentation synoptique des variantes qui formera la base des conclusions et recommandations du Conseil fédéral exprimées au ch. 7. Celles-ci entendent tenir compte au mieux de tous les aspects évoqués dans le rapport.

2 Les aspects juridiques de la question

2.1 L'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Kodak

Le problème de l'épuisement national ou international n'est réglé ni par le droit des brevets suisse ni par les traités internationaux auxquels la Suisse est partie. La doctrine traditionnelle suisse défend, en droit des brevets, la règle de l'épuisement national (sans limitation)⁴. La jurisprudence cantonale a, également, retenu dans sa majorité, jusqu'à présent, la règle de l'épuisement national⁵. Cependant, une partie de la doctrine défend depuis peu la règle de l'épuisement international, arguant de la liberté du commerce et de l'industrie, de l'environnement économique international ainsi que de l'intérêt des consommateurs⁶.

Dans son arrêt du 7 décembre 1999, le Tribunal fédéral conclut à l'application de la règle de l'épuisement national en matière de droit des brevets. Il a, cependant, posé une limitation importante, en ce sens qu'il a déclaré que s'appliquaient, en l'espèce, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels; LCart, RS 251). Le titulaire d'un brevet se prévalant de cet arrêt peut ainsi interdire les importations parallèles en Suisse de marchandises brevetées mais uniquement, et cela contrairement à la conception juridique traditionnelle, dans la mesure où cette interdiction ne constitue pas une entrave à la concurrence contraire aux dispositions de la loi sur les cartels. Le tribunal a donc posé des limites à la règle de l'épuisement national, et a opté pour une solution nuancée dans le conflit d'intérêts entre les différents acteurs économiques concernés à propos de la délimitation entre droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence⁷. Pour autant que les conditions économiques et juridiques d'une première mise en circulation sont comparables sur le territoire national et à l'étranger, le droit des brevets confère à son titulaire, par le contrôle des importations, une «überschiessende Rechtsmacht». Ce dernier pourrait, notamment, s'opposer à l'importation de produits brevetés mis en circulation à l'étranger avec son consentement, tout en

⁴ Arrêt Kodak, cons. 5a avec des arguments supplémentaires.

⁵ Arrêt Kodak, cons. 5c avec des arguments supplémentaires.

⁶ Arrêt Kodak, cons. 5b avec des arguments supplémentaires.

⁷ Arrêt Kodak, cons. 9.

profitant de la valeur marchande que le droit des brevets garantit à son invention. Cette «überschiessende Rechtsmacht», ne découle cependant pas uniquement du droit des brevets. L'art. 3, al. 2, LCart⁸ n'exclut pas dans ce cas l'application de la loi sur les cartels, et autorise la répression, par le biais des moyens prévus dans ladite loi, des abus commis dans une «überschiessende Rechtsmacht». A cet égard, le Tribunal fédéral a confirmé, que, lors de la première mise en circulation de marchandises brevetées, des différences de prix importantes entre le territoire national et l'étranger dans des conditions économiques et juridiques comparables, laissent supposer un abus de position dominante au sens de la loi sur les cartels. C'est pourquoi le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que la situation juridique, en l'espèce, ne permettait pas de déterminer, «en quoi la concurrence souhaitée, au niveau commercial, après la première mise en circulation de marchandises brevetées, serait moins bien favorisée par la loi sur les cartels que par le biais des importations parallèles» (traduction libre)⁹.

Ce qui a emporté la décision du Tribunal fédéral a été, en outre, le fait qu'une décision penchant unilatéralement en faveur de l'épuisement international n'aurait pas tenu compte des conflits d'intérêts entre les différents acteurs économiques concernés, et n'aurait pas pu conférer à une invention la valeur marchande que lui garantit le droit des brevets suisse¹⁰. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a également attiré l'attention sur le fait que le droit des brevets retient traditionnellement la règle de l'épuisement national¹¹, et que les différences entre le droit des marques et le droit d'auteur d'une part, et le droit des brevets d'autre part, ne font pas apparaître la nécessité d'une réglementation identique¹². En conclusion, le Tribunal fédéral a fait remarquer, dans une perspective de droit comparé, que la quasi totalité des États appliquent la règle de l'épuisement national ou de l'épuisement régional au sein de l'espace économique européen¹³.

2.2 Les importations parallèles et le droit des brevets d'invention

2.2.1 Les aspects de droit constitutionnel

La doctrine et les praticiens du droit sont unanimes à reconnaître que la propriété intellectuelle fait l'objet d'une protection constitutionnelle par la garantie de la propriété (art. 26, al. 1, de la Constitution fédérale du 18 avril 1999; Cst. féd., RS 101)¹⁴. Les titulaires d'un brevet peuvent, par conséquent, se prévaloir d'un droit constitutionnel dans l'exercice de leurs droits découlant du brevet. Dans le cas des importations parallèles, ce droit s'oppose aux intérêts des consommateurs et des commerçants, qui, en ce qui concerne les biens matériels achetés, peuvent se prévaloir de la garantie de la propriété ainsi que de la liberté économique dans le cadre de l'exercice de leur activité économique (art. 27 Cst. féd.).

Il conviendra dès lors, au cours de la discussion, de prendre en considération ce conflit de droits constitutionnels. Cependant, il faut tenir compte du fait que le droit suisse des brevets, reconnaît, à l'instar des systèmes juridiques et économiques suisses, au titulaire du brevet, et cela de façon inconditionnelle, une position de monopole lors de la première mise en circulation de produits brevetés¹⁵.

⁸ L'art. 3, al. 2, LCart précise : «La présente loi n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle».

⁹ Arrêt Kodak, cons. 9c.

¹⁰ Arrêt Kodak, cons. 8.

¹¹ Arrêt Kodak, cons. 5.

¹² Arrêt Kodak, cons. 6.

¹³ Arrêt Kodak, cons. 7.

¹⁴ Arrêt Kodak, cons. 8a avec des arguments supplémentaires.

¹⁵ Arrêt Kodak, cons. 8c dd.

2.2.2 Le traitement différencié des droits de propriété intellectuelle

Le Tribunal fédéral a reconnu, dans l'affaire Chanel pour le droit des marques¹⁶ ou dans l'affaire Nintendo pour le droit d'auteur¹⁷, que les droits des titulaires sont épuisés dès lors que des marchandises protégées par le droit d'auteur ou par le droit des marques ont été, du fait des titulaires de ces droits ou avec leur consentement, mises en circulation sur le territoire d'un autre État (principe de l'épuisement international). On recourt souvent à la solution adoptée dans le domaine du droit d'auteur ou du droit des marques, dans un effort d'uniformisation de tous les droits de propriété intellectuelle¹⁸. Il convient cependant de prendre en compte les particularités suivantes du droit des brevets :

La fonction du brevet :

Une marque a pour fonction d'opérer une distinction entre les produits et services d'une société et ceux de ses concurrents. Ainsi, contrairement au brevet, sa fonction est de décrire un produit ou d'indiquer sa provenance, et non de promouvoir une invention. La finalité des marques n'est pas influencée par les importations parallèles¹⁹.

Le droit d'auteur a pour fonction de promouvoir la création d'œuvres de l'esprit artistiques, et non pas de promouvoir une innovation technique (hormis le cas des programmes d'ordinateurs, dont la protection par le droit des brevets est en cours de discussion).

Par contre, la protection accordée par le brevet se conçoit comme une incitation ou une récompense de l'effort créateur d'innovations à forte valeur ajoutée dans le secteur technique. Le droit des brevets contribue, de ce fait, à la promotion du progrès technique dans l'intérêt de la collectivité, qui tirera profit des résultats des recherches et des développements publiés dans les fascicules du brevet.

La courte durée de protection du brevet :

La législation sur les marques permet au titulaire de la marque de renouveler indéfiniment le dépôt de sa marque. En cas de renouvellement régulier par son titulaire, la marque ne tombera jamais dans le domaine public. Ainsi, le titulaire d'une marque jouit d'une protection d'une durée illimitée.

Le droit d'auteur confère aux auteurs, ainsi qu'à leurs héritiers, une protection s'étendant jusqu'à 70 ans après le décès de l'auteur (jusqu'à 50 ans pour les programmes d'ordinateur), cela représente une durée d'exploitation très longue.

Le délai de protection d'un brevet est, par contre, limité à 20 ans. En ce qui concerne les médicaments et les produits phytosanitaires, la durée de protection peut être prolongée pour 5 ans au maximum par le biais de certificats complémentaires de protection. Ces certificats complémentaires ont pour but de compenser une partie de la perte de la durée effective de protection, induite par la procédure officielle de mise sur le marché, dispendieuse de temps. A titre comparatif, on peut dire que le titulaire d'un brevet dispose d'un délai relativement court pour amortir ses investissements. Après l'expiration du délai de protection, l'invention tombe dans le domaine public, où quiconque est en mesure d'en faire librement usage.

¹⁶ ATF 122 III 469.

¹⁷ ATF 124 III 321.

¹⁸ Dans le cadre de la révision totale de la Loi fédérale sur le cinéma, la Commission d'experts Moor a également été confrontée à la problématique des importations parallèles d'œuvres audiovisuelles. Le projet de Loi fédérale du 6 avril 1999 sur la production et la culture cinématographiques propose, dans ses dispositions finales (voir art. 35 du projet), de retenir le principe de l'épuisement national dans le domaine des œuvres audiovisuelles – et donc pour une partie des droits d'auteur. La modification proposée de la réglementation de l'épuisement des droits en matière d'œuvres audiovisuelles a rencontré, lors de la procédure de consultation, une quasi-unanimité.

¹⁹ Arrêt Kodak, cons. 6a.

Le coût du brevet :

On constate, de manière générale, que les investissements de recherche et de développement des innovations sont élevés. Particulièrement dans le domaine des produits thérapeutiques et celui des nouvelles technologies, les investissements nécessaires seront souvent plus élevés que ceux effectués pour acquérir et conserver un droit de marque, ou pour créer une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur. Les investissements dans les programmes d'ordinateurs, qui sont protégés par le droit d'auteur, peuvent être comparés aux coûts de développement d'une invention brevetée. Dans ce cas particulier, il existe d'ailleurs des liens avec le droit des brevets d'invention, c'est pourquoi la protection des programmes d'ordinateurs par le droit des brevets est en cours d'étude. Dans le domaine des œuvres de l'esprit traditionnellement protégées par le droit d'auteur, comme par exemple dans la branche de l'industrie cinématographique, les investissements élevés pourront être amortis par une exploitation échelonnée dans le temps (projection de films, location et vente de cassettes vidéo). Une appréciation différenciée qui prendrait en compte la comparaison de la rentabilité entre les produits protégés par le droit des brevets, le droit d'auteur et le droit des marques paraît indiquée en l'espèce.

En cas de traitement différencié de l'épuisement entre le droit des brevets d'une part et le droit des marques et du droit d'auteur, d'autre part, il est à craindre que le titulaire d'une marque soit tenté d'interdire, à l'avenir, les importations parallèles de marchandises protégées par le droit des marques, en intégrant à ces marchandises des composants brevetés, afin de pouvoir, en se basant sur le droit des brevets, s'opposer aux importations parallèles des produits de marque. Ces considérations ne paraissent pas injustifiées. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la double protection, déjà possible actuellement, n'a pas encore – à notre connaissance pour le moins – été utilisée dans le but de s'opposer à l'importation de produits de marque, quand bien même le domaine des marques retient traditionnellement la règle de l'épuisement international, alors que le droit des brevets opte généralement pour celle de l'épuisement national. De plus, de tels agissements pourraient constituer un abus de droit, et par la même être illégaux notamment lorsque le composant breveté n'aurait qu'une importance mineure pour le produit fini. Dans ces conditions, une protection double par le biais du droit des marques et par le droit des brevets ne saurait constituer un argument décisif en faveur d'une uniformisation de la règle de l'épuisement pour tous les droits de propriété intellectuelle.

Pour conclure, on retiendra que, du fait des différences existant entre le droit des marques et le droit d'auteur, d'une part, et le droit des brevets, d'autre part, un traitement uniformisé de la question de l'épuisement des droits ne semble pas requis.

2.2.3 Les aspects en matière de politique de l'innovation

2.2.3.1 Généralités

Les inventeurs, qui font profiter la collectivité d'un progrès technique, se voient conférer un droit d'exclusivité limité du point de vue de la durée (20 ans maximum), du territoire (dans l'État conférant le brevet) et du contenu (limitation à l'invention brevetée). Ce droit confère à son titulaire le droit exclusif d'utilisation industrielle de son invention. L'utilisation comprend, outre l'emploi et l'exécution, la mise en vente, la vente, la mise en circulation et l'importation à ces fins (art. 8 de la loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention; LBI, RS 232.14). Ce droit d'utilisation exclusive «ne représente rien d'autre qu'une récompense pour l'enrichissement de la technique, et est censé octroyer à l'inventeur une compensation en contrepartie de la publication de l'invention au bénéfice de la collectivité. Ce monopole, limité dans le temps, doit permettre au breveté de réaliser un bénéfice et d'amortir ses frais et vise par là à promouvoir la recherche par l'attrait

économique qu'il représente» (traduction libre)²⁰. A l'expiration du délai de protection, chacun sera en mesure d'utiliser industriellement l'invention, bien que celle-ci ait déjà été portée à la connaissance de la collectivité lors de la délivrance du brevet. Cette protection représente ainsi un équilibre entre l'intérêt de l'inventeur, d'une part, et celui de la collectivité, d'autre part. Le droit des brevets trouve ici sa justification économique et, de par sa composante de promotion de l'innovation, poursuit des buts importants de politique économique. Toute réglementation des importations parallèles devrait, au-delà des aspects de politique de la concurrence, du commerce et d'intégration, inclure ceux liés à la politique d'innovation.

Le problème posé, à savoir si le fait de statuer en faveur de l'épuisement international pourrait concilier les intérêts divergents des titulaires de droits, des commerçants et des consommateurs, de façon à ce que l'incitation à innover soit effective, fait l'objet d'appréciations différentes. Le Tribunal fédéral défend le point de vue suivant : une protection efficace de l'activité inventive exige que les importations parallèles en provenance de pays dont les systèmes économiques et juridiques ne sont pas comparables avec ceux du territoire suisse fassent l'objet d'une interdiction. Le Tribunal fédéral a résumé cela dans les deux phrases-clé suivantes : «le droit des brevets suisse consacre, de manière intangible, une position de monopole lors de la première mise en circulation de marchandises brevetées, et ce aux conditions prévues par les systèmes économique et juridique suisses. Le titulaire du brevet pourra aussi bénéficier de ce monopole sur son territoire national lorsque, avec son accord, des marchandises sont mises en circulation à l'étranger dans des conditions économiques et juridiques non comparables» (traduction libre)²¹.

2.2.3.2 Les marchés réglementés

Les différences de prix, au niveau international, de marchandises brevetées ne peuvent pas être, globalement, qualifiées de barrières arbitraires sur les prix, mais elles peuvent aussi être imputées à des conditions-cadres économiques et juridiques différentes, telles qu'un pouvoir d'achat plus faible, une protection des brevets inexistante, ou encore une fixation des prix étatique dans le pays de la première mise en circulation²². C'est ici que le droit des brevets se distingue des autres droits de propriété intellectuelle, en ce que l'objet breveté vise, généralement, à satisfaire des besoins de première nécessité. Il ne s'agit pas seulement de produits de consommation courante. Leur commercialisation (prix, mise sur le marché) fait ainsi souvent l'objet d'une réglementation étatique. Dans le domaine des médicaments, par exemple, les prix sont souvent revus à la baisse en recourant à des plafonds, afin de tenir compte des coûts en matière de santé et de la nécessité d'assurer des soins médicaux de base²³. Il convient dès lors, avant de se prononcer sur la licéité des importations parallèles, et afin d'éviter des restrictions de concurrence non souhaitables, de tenir compte de conditions-cadres économiques et juridiques différentes ainsi que d'une éventuelle régulation étatique du marché en question. Le Tribunal fédéral a justifié le principe d'un traitement différencié des importations parallèles, dans le cadre d'une délimitation entre le droit des brevets et le droit de la concurrence, au moyen du critère des conditions-cadres économiques et juridiques comparables sur le territoire national et à l'étranger.

2.2.4 Conclusion

En conclusion, des considérations relevant à la fois du droit de la propriété intellectuelle et de la politique d'innovation conduisent à rejeter une application non-différenciée du principe de l'épuisement international en droit des brevets. Par ailleurs, sur les marchés réglementés,

²⁰ Arrêt Kodak, cons. 8a.

²¹ Arrêt Kodak, cons. 8c dd., voir aussi les aspects économiques exprimés au ch. 3.2.

²² Arrêt Kodak, cons. 8c cc.

²³ Voir ch. 5.

l'application du principe de l'épuisement international aboutirait à des restrictions de concurrence non désirées. A l'inverse, une solution retenant le principe de l'épuisement national, dans la perspective d'intérêts plus largement compris, confère, selon les cas, au titulaire du brevet une «überschiessende Rechtsmacht». Ces propos parlent en faveur d'une solution nuancée, garante des principes de la propriété intellectuelle sans pour autant négliger les aspects de politique de la concurrence.

2.3 Les importations parallèles et le droit de la concurrence

2.3.1 Problématique

La loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence - totalement révisée -, entrée en vigueur au 1er juillet 1996, a pour but de promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral. Le Surveillant des prix empêche ou supprime, pour sa part, les augmentations et le maintien de prix abusifs (art. 4, al. 2, de la loi fédérale concernant la surveillance des prix; LSPr, RS 942.20). L'interdiction des importations parallèles, que ce soit sur la base de l'épuisement national dans le domaine du droit des brevets, ou par le biais d'ententes entre particuliers, peut engendrer des discriminations sur les prix et aboutir, de ce fait, à une restriction de la concurrence.

Il est fait état, ci-dessous, des moyens offerts par la loi sur les cartels et par la loi fédérale concernant la surveillance des prix pour parer à ce type de restrictions à la concurrence. Il sera porté un accent particulier aux rapports existant entre le droit de la propriété intellectuelle et la loi fédérale sur les cartels.

2.3.2 Domaine d'application et applicabilité de la loi sur les cartels

Les rapports entre la loi sur les cartels et le droit de la propriété intellectuelle sont réglés par l'art. 3, al. 2, LCart. Aux termes de cet article, «les effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle» ne sont pas régis par la loi sur les cartels. Cette réserve doit être interprétée de façon restrictive, dans la mesure où seuls les effets sur la concurrence qui ressortent «exclusivement» du droit de la propriété intellectuelle ne tombent pas dans le champ d'application de la loi. Avant l'arrêt Kodak, il n'existait pas de jurisprudence du Tribunal fédéral concernant cette disposition.

2.3.2.1 Situation juridique selon l'arrêt Kodak

Le Tribunal fédéral a, dans l'affaire Kodak, reconnu le principe de l'épuisement national dans le domaine du droit des brevets, mais a simultanément décidé, en référence à l'art. 3, al. 2, LCart, que le monopole d'importation conféré ainsi par le droit des brevets équivaut pour son titulaire à une «überschiessende Rechtsmacht», chaque fois que les conditions-cadres juridiques et économiques lors de la première mise en circulation à l'étranger sont comparables aux conditions prévalant en Suisse. Dans ces cas, la loi sur les cartels trouve application nonobstant la règle de l'épuisement national retenue en droit des brevets.

En prenant comme exemple l'état de fait retenu par le Tribunal fédéral dans l'affaire Kodak, la défenderesse, la société Jumbo, aurait pu faire valoir que, les conditions-cadres juridiques et économiques entre la Suisse et le Royaume-Uni étant comparables lors de la première mise en circulation, le titulaire du brevet (la société Kodak) se voyait dès lors conférer, par le monopole d'importation garanti par le droit des brevets, une «überschiessende Rechtsmacht» et, que de ce fait, la société Jumbo était en droit de se prévaloir des dispositions de la loi sur les cartels.

Par ailleurs, d'après le Tribunal fédéral, une «différence de prix essentielle» par rapport aux prix pratiqués à l'étranger, lors d'une première mise en circulation en Suisse, constituerait un abus au sens de la loi sur les cartels, lorsque les conditions-cadres juridiques et économiques sont comparables.

Certaines questions de détail concernant l'application de la loi sur les cartels, en relation avec l'arrêt Kodak, n'ont pas encore trouvé de réponse. La pratique montrera dans quelle mesure la loi sur les cartels peut remplir le rôle qui lui est dévolu, à savoir corriger les abus en matière de prix issus de l'application de la règle de l'épuisement national. Dans un premier temps, il conviendra de définir plus précisément les deux expressions «différence de prix essentielle» et «conditions-cadres juridiques et économiques comparables». En dépit du silence du Tribunal fédéral, il n'est pas question de conclure, systématiquement à un abus au sens de la loi sur les cartels en présence des deux conditions mentionnées ci-dessus, sans vérifier simultanément si les autres conditions d'application de la loi sur les cartels sont données²⁴.

Il convient de garder en mémoire qu'en cas d'application de la règle de l'épuisement national - contrairement à la règle de l'épuisement international décrite ci-dessous - le titulaire d'un brevet pourra, dans un premier temps, s'opposer aux importations parallèles. Le droit des brevets peut, en quelque sorte, agir comme une «barrière étatique à l'accès au marché»²⁵. Il incombera dès lors aux importateurs parallèles de saisir la Commission de la concurrence ou le juge civil, afin d'annuler l'interdiction dont les importations parallèles font l'objet, en se prévalant des dispositions de la loi sur les cartels.

2.3.2.2 La situation juridique en cas d'épuisement international en droit des brevets

L'application de la règle de l'épuisement international en droit des brevets conduit à se priver des dispositions de la législation sur les brevets pour ne pas s'opposer à l'importation de marchandises non encore présentes sur le marché concerné. La loi sur les cartels s'appliquerait ainsi pleinement dans les cas d'interdiction d'importations parallèles, comme par exemple, en matière d'accords contractuels entre producteurs et vendeurs, dans lesquels ceux-ci s'obligent à ne vendre les marchandises acquises qu'à l'intérieur d'un territoire déterminé (ententes verticales). En cas d'application de la règle de l'épuisement international, il n'est plus possible de faire jouer au droit des brevets un rôle de «barrière d'accès au marché publique».

2.3.2.3 Conditions d'application de la loi sur les cartels

L'interdiction des importations parallèles ne constitue une infraction, au sens de la loi sur les cartels, qu'à partir du moment où les conditions mentionnées aux art. 5 ou 7 LCart sont réalisées. Il faut ainsi prouver que l'on est en présence soit d'un accord en matière de concurrence illicite, soit de pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante.

Il est généralement reconnu que le fait d'empêcher des importations parallèles est licite du point de vue de la loi sur les cartels, pour autant qu'une concurrence effective est garantie. Il devrait en

²⁴ Voir les conditions d'application de la LCart au ch. 2.3.2.3.

²⁵ Par barrières d'accès au marché, il faut comprendre l'ensemble des facteurs qui, du point de vue des entreprises, leur permettent de repousser la pression de concurrents potentiels. Du point de vue des concurrents potentiels, il s'agit des frais encourus dans le but d'accéder au marché et qui réduisent ainsi les gains escomptés. Aux barrières d'accès au marché issues de décisions des acteurs économiques (barrières d'accès au marché privées), il faut ajouter celles créées par le législateur sous forme de conditions-cadres d'exercice de l'activité économique ou de mesures concrètes de politique économique (barrières d'accès au marché publiques) (voir Ingo Schmidt, «Wettbewerbspolitik und Kartellrecht», 5^{ème} édition, Stuttgart 1996, p. 64 s.).

être ainsi, en particulier, chaque fois qu'il sera possible d'acquérir en Suisse suffisamment de produits de substitution au produit dont on veut éviter l'importation.

L'interdiction d'exportation figurant dans un contrat, au moyen duquel un fabricant interdit à des distributeurs étrangers de revendre ses marchandises brevetées afin d'empêcher des importations parallèles en Suisse, pourraient constituer un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart. De telles conventions sont illicites au sens de l'art. 5 LCart, lorsqu'elles engendrent une restriction importante de la concurrence, lorsqu'elles ne sont pas justifiées par des motifs d'efficacité économique, ou enfin lorsqu'elles offrent la possibilité de supprimer toute concurrence. Dans le cas de figure décrit par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Kodak, le titulaire d'un brevet suisse ne pourrait plus se prévaloir du droit des brevets pour s'opposer à des importations parallèles.

Les faits constituant des abus, aux dires du Tribunal fédéral, se rapportent à l'art. 7 LCart, et présupposent, par conséquent, une position dominante au sens de l'art. 4, al. 2, LCart. Le droit d'exclusivité aménagé par la loi sur les brevets n'entraîne pas *per se* une telle position. Pour juger, selon les cas, si l'on est en présence d'une position dominante, il s'agit d'apprécier l'importance du produit sur son marché respectif, en d'autres termes il faut tenir compte d'éventuels produits de substitution. L'existence d'une position dominante est une condition préalable à la preuve d'un comportement abusif, comme par exemple la fixation de prix surfaits au sens de l'art. 7, al. 2, let. c, LCart. Dans un cas de position dominante, il appartient au concurrent de rapporter la preuve du comportement abusif. Or l'ayant droit pourra toujours arguer du fait que les différences dans la politique des prix sont justifiées par des impératifs commerciaux (*legitimate business reasons*) et ne constituent dès lors point un comportement abusif²⁶.

Dans le cas Kodak, il conviendrait de déterminer si la société Kodak bénéficie d'une position dominante sur le marché des films couleurs et des caméras jetables. Il conviendrait également d'examiner avec une attention particulière la présence sur le marché suisse d'entreprises offrant d'autres films couleurs ou caméras jetables (ou susceptibles d'accéder rapidement au marché suisse) et qui seraient ainsi en mesure de limiter le pouvoir de la société Kodak sur ce marché, ce qui exclurait par là même, des abus dans la fixation des prix. Au cas où la Commission de la concurrence venait à conclure à l'existence d'une position dominante encore resterait-il à examiner si les différences de prix constatées entre le Royaume-Uni et la Suisse ne se justifient pas pour des motifs objectifs (par ex. frais d'organisation de la distribution, publicité). En l'absence de motifs pertinents, le commerçant suisse serait en droit d'exiger, d'après le Tribunal fédéral, sur la base de la loi sur les cartels la conclusion de contrats de distribution conformes au marché.

2.3.3 Application de la loi fédérale concernant la surveillance des prix

A la différence de la loi fédérale sur les cartels, la loi fédérale concernant la surveillance des prix ne prévoit aucune réserve explicite qui exclurait de son champ d'application les droits de propriété intellectuelle. Un abus en matière de prix de la part d'une entreprise puissante reste en principe un abus en matière de prix, quel que soit le statut de cette entreprise. La recherche préalable et les innovations peuvent, le cas échéant, justifier une augmentation de prix conformément à l'art. 13, al. 1, let. d, LSPr.

Toujours à propos de la LSPr, il faut remarquer qu'une marchandise brevetée est, en règle générale, soumise à la concurrence d'autres produits. Il s'en suit que la loi concernant la surveillance des prix (à l'instar de la LCart²⁷) ne trouve pas une application automatique en matière de marchandises brevetées.

²⁶ Voir FF 1995 I p. 570.

²⁷ Voir ch. 2.3.2.3.

2.3.4 Conclusion

La présence dans un marché donné d'une quantité suffisante de produits de substitution à un produit breveté ne permet pas au titulaire du brevet d'entraver ou d'empêcher, en invoquant les droits liés au brevet, une concurrence efficace. Ce type de marché ne requiert pas l'intervention du législateur par le biais de mesures correctives. Dans d'autres marchés, le titulaire du brevet peut être tenté d'abuser de l'«überschiessende Rechtsmacht» que lui confère son brevet. L'arrêt Kodak démontre que, sous certaines conditions, les dispositions de droit matériel de la loi sur les cartels trouvent application. Il appert ainsi qu'il existe une possibilité de s'attaquer à un usage abusif d'une «überschiessende Rechtsmacht». Un tel usage peut se produire lorsque s'applique la règle de l'épuisement national en matière de brevets. Il appartient cependant à la pratique de montrer, à l'avenir, dans quelle mesure la loi sur les cartels peut jouer ce rôle correctif qu'on lui a attribué.

3 Les aspects économiques du problème

Le ch. 3.1 analyse la valeur économique représentée par les brevets et sur quels marchés les importations parallèles sont potentiellement susceptibles de provoquer des baisses de prix. Le ch. 3.2 décrit l'arrière-plan économique du droit des brevets. Le ch. 3.3 présente quelques réflexions sur les avantages et désavantages de la différenciation des prix et détermine ensuite dans quelle mesure les importations parallèles sont susceptibles de faire baisser les prix. Les marchés de produits ne sont pas toujours soumis à un encadrement étatique identique, les répercussions des importations parallèles varient ainsi également. Dans une perspective économique, il est d'usage de distinguer deux types principaux de marchés, à savoir les marchés libres et les marchés réglementés²⁸. Le ch. 3.4 du rapport examine en conséquence, si les réflexions développées dans les parties précédentes du rapport valent aussi pour les marchés réglementés

3.1 L'importance économique de la réglementation des importations parallèles de produits brevetés

Il convient de débiter l'analyse économique en essayant d'abord de voir sur quels marchés les marchandises brevetées jouent un rôle important et en essayant ensuite de déterminer dans quelle mesure il existe, au niveau international, des différences de prix sur ces marchés. Malheureusement, les données statistiques sont insuffisantes pour répondre à cette question. A cela s'ajoute le fait que les seules données pertinentes ne sont pas accessibles en raison du secret lié à certaines données statistiques, fiscales ou du secret de fonction. Ce n'est dès lors que de manière indirecte, par le biais d'indicateurs provenant de statistiques proches, qu'il faudra rechercher des éléments de réponse.

La Suisse est un centre important d'activités de recherche et de développement. D'après les résultats des dernières enquêtes de l'Office fédéral des statistiques, la Suisse a investi, en 1996, près de 10 milliards de francs dans les activités de recherche et de développement. Le secteur privé a contribué à raison de 71% du total de ces investissements, ce qui représente plus de 7 milliards de francs. Ce montant correspond à 2,75% du produit intérieur brut. A titre comparatif, ces investissements en matière de recherche et de développement, relativement élevés par rapport au produit intérieur brut, placent la Suisse, après la Suède, le Japon et la Corée, en quatrième position des pays ayant les dépenses les plus élevées en matière de recherche, et la font

²⁸ Voir ch. 1.2.

même précéder les États-Unis dans ce domaine²⁹. Par ailleurs, la Suisse possède la plus haute densité au monde en matière de brevets (nombre de brevets déposés par habitant)³⁰.

Comme le montrent les statistiques en matière de recherche et de développement, en Suisse, 82% des investissements en matière de recherche et développement (R & D) ont été effectués dans les secteurs de la chimie, de l'électrotechnique et de l'industrie des machines, en 1992. Selon des données de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), la structure des investissements de R & D par branches est plus équilibrée, la chimie et les technologies créées par des ingénieurs arrivent également en tête. Le nombre de brevets déposés par secteur de recherche confirment les indications données par les investissements en R & D : le secteur de la chimie, agrochimie comprise, vient en tête au niveau mondial pour le nombre de brevets enregistrés, suivent l'industrie pharmaceutique (techniques médicales incluses), la biotechnologie, les techniques utilisant des senseurs, l'électrotechnique et l'électronique, les matériaux nouveaux, l'optique et la métallurgie.

Les statistiques en matière de prix donnent une indication sur les produits et services qui confèrent à la Suisse l'image d'un pays où les prix sont élevés. Les différences de prix entre la Suisse et l'UE sont particulièrement importantes dans les secteurs suivants : alimentation, transports publics, construction de logements, service public, santé, loisirs et culture. Or le droit des brevets ne joue qu'un rôle marginal dans les secteurs mentionnés ci-dessus. Il en va tout autrement seulement dans le secteur de la santé où les prix sont réglementés. Les différences de prix constatées ne trouvent donc pas leur origine dans la protection des brevets

Les différences de prix entre les pays membres de l'UE peuvent également présenter un intérêt dans le cadre de ce rapport, mais la protection des brevets n'a aucune incidence sur ces disparités en raison de l'application de la règle de l'épuisement régional au sein de l'UE. Les indications d'EUROSTAT démontrent qu'il existe encore des différences de prix importantes au sein de l'UE. On peut en conclure que mettre en cause les modalités de protection des brevets ne constitue pas un argument suffisant pour expliquer les différences de prix entre les régions.

Il convient donc de trouver la cause prépondérante des différences de prix au niveau international:

- La formation des prix est en relation étroite avec la négociabilité d'un bien au niveau international. Si un produit, qui n'est pas négociable, permet de maintenir sans difficulté de grandes différences de prix entre les régions. Les produits brevetés sont par essence négociables.
- Si des différences de prix persistent en dépit de la nature commercialisable des biens, elles émanent aussi de la politique économique des États. Les comparaisons de la Suisse avec l'UE à ce sujet font ressortir des différences de prix importantes dans le secteur des produits alimentaires, qui sont dues principalement à un très fort protectionnisme tarifaire aux frontières. Penser que le prix élevé des produits agricoles, éventuellement causé par les impératifs de protection par brevet des produits agrochimiques, pourrait expliquer ces différences, constitue de nos jours une explication peu satisfaisante.
- Les procédures d'accès au marché poursuivant des buts de sécurité publique, les conditions d'acceptation de substances présentant des dangers pour la santé et l'environnement ainsi que la réglementation des prix par l'État constituent des éléments supplémentaires d'explication des différences de prix.

²⁹ Voir Office fédéral de la statistique, Science et Technologie en Suisse, Vue d'ensemble 1996/97, Neuchâtel 1998, p. 38.

³⁰ B. Hotz-Hart / C. Küchler, Technologieportfolio und Wettbewerbsfähigkeit des Industriestandortes Schweiz, eine Patentanalyse, Berne 1992, p. 21ss.

- Les conditions existant sur les marchés habituels de biens d'investissement indiquent que le droit des brevets, arrive, au mieux, au quatrième rang en tant que facteur expliquant une différence de prix. Bien que le secteur de l'industrie des machines injecte beaucoup d'argent dans la R & D, les différences de prix demeurent minimes pour ce type de produits. Cela peut être mis sur le compte d'une forte concurrence entre des produits certes très spécialisés, mais facilement remplaçables par des produits de substitution.

Pour autant que cela s'avère possible, au vu des données disponibles, les premières conclusions sont les suivantes :

- En Suisse, les brevets jouent un rôle essentiellement dans les secteurs de l'industrie pharmaceutique, de la chimie (agrochimie incluse), de l'électrotechnique et de l'industrie des machines.
- Les différences de prix les plus importantes existent dans des secteurs dans lesquels la protection octroyée par les brevets ne joue aucun rôle ou un rôle marginal.
- Une exception à cette règle est constituée par le marché de l'industrie pharmaceutique, où les brevets jouent un rôle important et dont les prix sont réglementés. Il convient de procéder à une étude plus approfondie afin de déterminer si les différences de prix constatées dans ce secteur sont à mettre au compte de la structure du droit des brevets.

3.2 Les aspects économiques du droit des brevets

L'explication économique du droit d'exclusivité conféré par le droit des brevets³¹ repose sur la constatation du caractère «public» des biens relevant du droit de la propriété intellectuelle. Un bien «public» présente, par rapport à d'autres biens économiques, des caractéristiques particulières, notamment le fait qu'il n'est pas possible d'interdire à des tiers d'utiliser ces biens, de sorte que, sur un marché libre, il n'est pas possible d'empêcher que des acteurs du marché retirent des avantages économiques de produits créés par d'autres, sans avoir participé à leurs coûts de développement (problématique dite «du train pris en marche» ou «Trittbrettfahrerproblematik»).

En raison des caractéristiques spécifiques mentionnées ci-dessus, la mise à disposition d'un bien «public», effectuée conformément aux seules règles du marché, aura pour conséquence un sous-appvisionnement du marché : une fois l'activité de développement effectuée, les biens «publics» pourront être reproduits et offerts à bas prix. Comme, en principe, les coûts de production d'un tel bien sont élevés, s'il n'existait pas de protection en matière de propriété intellectuelle permettant d'exclure des tiers de l'utilisation du bien, il n'y aurait plus d'incitation à produire des biens de ce type. On se trouverait en présence d'un phénomène de défaillance du marché. Or, la reconnaissance et l'octroi de droits exclusifs transmissibles a pour effet d'exclure l'utilisation d'un bien par des tiers n'ayant pas participé au financement de ce bien. Seul le droit d'exclusivité conféré par le brevet permet de donner à l'innovation le caractère d'un bien privé, et d'apporter ainsi une solution au problème posé par le caractère «public» des biens. En l'absence de ce droit d'exclusivité, il y aurait moins d'innovations. Dans ce sens, on peut dire que le droit des brevets a pour effet d'éviter une défaillance du marché. L'essence même du droit des brevets, dans une perspective économique, consiste à protéger le titulaire d'un brevet contre les imitations par des tiers non autorisés.

Pour le marché suisse, le principe de l'épuisement limite le droit d'exclusivité du titulaire du brevet à la première mise en circulation du bien breveté. En ce qui concerne l'importation de ce bien, le titulaire du brevet peut, sur la base de la règle de l'épuisement national, s'opposer à l'importation de biens qui, avec son consentement, auraient été mises en circulation à l'étranger dans le but

³¹ Pour les considérations juridiques voir ch.2.3.3.1.

d'empêcher une revente. Il est loisible de se demander dans quelle mesure ce droit contribue à éviter une défaillance du marché telle que mentionnée ci-dessus. Le titulaire du brevet ne s'oppose, par là même, qu'à l'importation de ses propres produits, qui ne sont pas des imitations. Il est dès lors permis d'affirmer que les importations parallèles ne mettent pas en péril le principe, ancré dans le droit des brevets, de l'interdiction des imitations.

Il sera question ici de l'argument selon lequel la règle de l'épuisement national a pour but de favoriser la recherche sur le territoire suisse. A ce sujet, le Tribunal fédéral constate qu'une protection efficace des activités innovatrices passe par la possibilité de s'opposer aux importations parallèles provenant de pays dont les conditions-cadres économiques et juridiques ne sont pas comparables avec celles valant pour la Suisse³². A la lumière des théories économiques cette constatation paraît quelque peu douteuse. Quant au rapport existant entre les importations parallèles et les coûts en matière de recherche, il convient de faire remarquer que les répercussions sur le marché suisse resteraient sûrement minimales en raison de la taille du marché suisse. La plus grande partie des inventions développées en Suisse et ayant une forte valeur économique sont vendues sur les marchés internationaux. Le retour sur investissement pour le développement du produit breveté doit être apprécié en fonction du rendement global. Il ne dépend ainsi que de façon limitée du prix fixé sur le marché suisse.

De même, l'affirmation selon laquelle une autorisation illimitée des importations parallèles de biens brevetés aurait pour conséquence une délocalisation des activités de recherche, est sujette à caution à la lecture de la doctrine économique. Les paramètres liés au lieu d'implantation, tels que, par exemple, la présence d'un nombre important de chercheurs hautement qualifiés, des impôts modérés et une qualité de vie élevée jouent un rôle non négligeable pour les centres de recherches. La possibilité d'empêcher les importations parallèles ne devrait jouer qu'un rôle mineur lors du choix d'un lieu d'implantation, même si une bonne protection dans ce domaine peut constituer un critère de décision.

Il faut cependant noter que les répercussions éventuelles en cas d'autorisation des importations parallèles sur le choix de la Suisse comme lieu d'implantation pour effectuer des recherches n'a, à ce jour, pas encore fait l'objet d'études empiriques. Ainsi, il ne peut tout au plus être question que d'affirmations théoriques, en l'absence d'études empiriques, sur les conséquences d'un passage à la règle de l'épuisement international.

3.3 La problématique de la différenciation des prix

Par différenciation des prix, on entend la vente de biens identiques à des prix différents. La différenciation des prix peut agir en faveur comme en défaveur de la prospérité. La différenciation des prix a des effets stimulants lorsqu'elle donne la possibilité de maintenir une offre, alors même que le prix unitaire trop élevé en raison d'une demande trop faible ne le permettrait pas. Si, par exemple, un fabricant est en mesure d'exiger un prix élevé pour son produit dans un secteur A, et peut simultanément isoler le secteur A d'un secteur B, il pourra, sous certaines conditions, approvisionner également le secteur B, en dépit du fait que le niveau des prix du secteur B est plus bas.

Cet argument est digne d'intérêt lorsque entrent en jeu des considérations éthiques. On peut notamment penser à la situation dans laquelle le fabricant se voit obligé, sous la pression de la collectivité, d'approvisionner des marchés à des prix adaptés au faible pouvoir d'achat existant dans ces pays (par exemple, la livraison de produits agrochimiques vitaux à des pays en voie de développement). Si, dans ce cas de figure, on retient simultanément la règle de l'épuisement international et l'interdiction d'ententes verticales, on pourrait effectuer, à des prix très bas, des im-

³² Voir ch. 2.2.3.1.

portations parallèles à partir de ces pays. Toutefois, ceux-ci ne seraient alors probablement plus approvisionnés, ce qui n'est pas vraiment défendable d'un point de vue éthique.

Cependant, si un isolement survient entre des pays aux conditions de vie comparables (concernant le pouvoir d'achat, préférences des consommateurs, etc.), le pays où les prix sont plus élevés a tout intérêt à autoriser les importations parallèles. Cela servira les intérêts des consommateurs et la concurrence aura des effets positifs sur l'efficacité de la production et de la distribution. L'État ne doit pas et ne peut pas prendre, de façon systématique, des mesures contre la différenciation des prix. Les réglementations étatiques favorisant les différences de prix sont à éliminer lorsque cela sert les intérêts de l'économie en générale. Pour autant que les conditions exigées du point de vue du droit de la concurrence sont données, l'État devra aussi réprimer les ententes privées ayant pour but d'introduire une différenciation des prix. Toutefois, il semble que, sur les marchés libres, une concurrence de produits similaires (concurrence de substitution) devrait suffire, afin d'éviter des différences de prix trop élevées.

Il est loisible de penser que, sur les marchés libres et lorsque les conditions sont comparables, l'épuisement international devrait, à court terme, provoquer des baisses de prix, pour autant qu'il ne règne pas déjà sur ces marchés une concurrence efficace. Les entreprises devraient, toutefois, réagir aux nouvelles conditions-cadres. Les entreprises peuvent, par exemple, opérer une différenciation de leurs produits dans le temps et/ou dans l'espace³³, ou encore diminuer les écarts entre les prix, en les augmentant dans les pays où les prix sont bas et en les laissant inchangés dans les pays où ils sont élevés³⁴. Les producteurs peuvent également se charger eux-mêmes de la distribution et procéder ainsi à des intégrations verticales, et maintenir, par ce biais, des différences de prix entre les pays. Ils peuvent également retirer des produits de certains marchés³⁵, ou encore restreindre leur offre³⁶.

On ne peut pas prédire avec certitude dans quelle mesure l'application du principe de l'épuisement international risquerait d'entraîner des réactions de ce type en Suisse et dans les pays d'où proviennent les importations parallèles.

Dans une perspective de théorie économique et d'ordre politique, l'épuisement international apparaît, en principe, comme souhaitable. Toutefois, l'absence d'études empiriques ne permet pas d'émettre une opinion tranchée au sujet des répercussions d'un tel changement de système sur l'économie publique. Plus particulièrement, il est difficile d'évaluer dans quelle mesure un changement en faveur de l'épuisement international dans le domaine du droit des brevets en Suisse mènerait effectivement à une baisse des prix. De même, il n'est pas possible de prévoir dans quelle proportion d'éventuelles différences de prix sont à attendre.

3.4 Les marchés dont les prix sont réglementés

Les réglementations étatiques ont des origines diverses ainsi que des formes variées. Un État pourra, par exemple, exercer une influence sur les conditions-cadres d'un marché par le biais de

³³ Ainsi, c'est un fait connu que les entreprises du secteur pharmaceutique n'introduisent leurs nouveaux produits sur le marché de l'UE, au plus tard, que lorsque les prix des médicaments sont au plus bas car réglementés (voir à ce sujet Tim Booer *et al.* 1999, 262). Les entreprises ont également la possibilité de rendre la comparaison des produits plus difficile en diversifiant notamment les emballages, les quantités par unité, les conditionnements (voir aussi Ahlberg *et al.* 1999).

³⁴ Il existe des indices qui montrent que l'industrie automobile applique exactement cette politique ou, du moins, essaie de l'appliquer (voir IP/99/60 du 1^{er} février 1999 concernant le rapport de la Commission européenne sur les prix des automobiles).

³⁵ En réaction à une décision de l'UE de 1978, la société Distillers Company Limited a cessé d'offrir sa marque Red Label Scotch sur le territoire du Royaume-Uni, afin qu'il ne puisse pas y avoir d'échanges commerciaux entre le Royaume-Uni, où cette marque pouvait être achetée moins cher, et le continent (voir Duijm 1996).

³⁶ Dans le rapport Remit de 1992 à l'UE (cité dans Malueg et Schwartz 1993), il a été constaté que les fabricants de produits pharmaceutiques réduisent leur offre à dessein dans les pays où les prix sont bas.

procédures d'accès au marché à des fins de sécurité publique pour des substances dangereuses pour la santé et l'environnement. Ces procédures spécifiques seront exposées au ch. 4. Il convient d'analyser plus en détail les marchés sur lesquels les prix sont réglementés par l'État.

Les réglementations en matière de prix sont particulièrement fréquentes dans le domaine des médicaments. Les différences de prix constatées au ch. 3.1 ci-dessus permettent de constater que, même au sein de l'UE, qui autorise les importations parallèles sur la base de l'épuisement régional, les interventions étatiques sur ce type de marchés sont importantes. Dans ces conditions, il ne faut pas s'attendre à des échanges commerciaux équitables. C'est pourquoi, plusieurs éléments penchent en faveur de l'application, dans un premier temps, du principe de l'épuisement national sur le marché des médicaments, pour permettre ainsi aux titulaires de brevets de s'opposer aux importations parallèles en provenance de pays ne présentant pas des conditions-cadres économiques et juridiques comparables.

On pourrait, certes, penser à appliquer le principe de l'épuisement international sur ces marchés, mais un tel changement ne pourra être envisagé qu'après avoir procédé à une analyse économique complémentaire approfondie de la situation. Cette analyse devrait démontrer que l'application du principe de l'épuisement international n'entraîne pas une concurrence (nuisible) entre les diverses réglementations étatiques, mais a pour but d'introduire une concurrence pour disposer de produits à des prix avantageux. Toutefois, on ne pourra s'attendre à une vraie concurrence sur les prix, au sens de la loi sur les cartels, que si, du côté de la demande, on procède à des incitations efficaces pour acheter des médicaments à des prix avantageux. Pour l'instant, du fait du remboursement de nombreux médicaments par les caisses maladie, le consommateur n'est pas incité à acheter au moindre prix. L'application du principe de l'épuisement international sur les marchés réglementés par l'État pourrait avoir pour conséquence de favoriser en premier lieu les intermédiaires, qui tirent profit des différences de prix.

Il conviendrait d'étudier de façon plus approfondie dans quelle mesure la réglementation des prix par l'État a une influence sur le caractère licite d'accords privés.

Enfin, la différenciation des prix des médicaments devra être étudiée en tenant compte des aspects éthiques exposés au ch. 3.3 ci-dessus. Il faut remarquer, par ailleurs, que les considérations de caractère social ou éthique ne touchent pas seulement les pays à faible pouvoir d'achat, mais ont également vocation à jouer un rôle important dans les pays industrialisés.

En conclusion, on pourra retenir que, même dans les marchés sur lesquels les prix sont réglementés par l'État, on ne peut pas prévoir, de façon certaine, dans quelle mesure les importations parallèles conduiraient à des baisses de prix. Ces marchés doivent faire l'objet d'études approfondies, qui vont au-delà des questions concernant le droit des brevets.

4 Les domaines spéciaux

Les domaines spéciaux comprennent les marchés dont les produits, pour des raisons politiques, font l'objet de réglementations de la part de l'État, ou qui, du fait du danger qu'ils représentent pour la santé de l'homme et des animaux ou pour l'environnement, sont soumis à des autorisations administratives de mise sur le marché suisse.

Les médicaments, les substances chimiques et certains produits utilisés dans le secteur agricole font partie de ces catégories de produits. Il faudra s'assurer, concernant ces produits, que les risques d'atteinte à la santé ne sont pas accrus par les importations parallèles, c'est-à-dire que la sécurité des produits puisse être garantie par des mesures appropriées. Les importations parallèles³⁷ pourraient représenter un danger pour la santé et l'environnement dans les cas où la qua-

³⁷ Il s'agit ici d'importations parallèles au sens large, voir ch. 1.2.

lité, ou encore le mode de production d'un produit mis en circulation sur le territoire d'un autre État, ne correspond pas nécessairement à ceux d'un produit mis en circulation en Suisse (par exemple du fait de différences de qualité entre plusieurs lieux de fabrication).

Si on applique le principe de l'épuisement national, cela relativise le problème pour les produits brevetés, dans la mesure où le titulaire du brevet se fonde sur son droit d'exclusivité pour s'opposer aux importations parallèles. Par contre, cette protection, toute relative, n'a plus d'effet sur les produits non brevetés ou dont le brevet a expiré. Afin de garantir une protection contre les importations parallèles de produits dangereux pour la santé ou pour l'environnement, il faudrait, indépendamment de la législation en matière de brevets, et par le biais de lois spécifiques, prévoir des mesures réglementant la fabrication et l'autorisation de mise sur le marché dans le domaine de la santé, de la chimie ou de l'agriculture. Dans la mesure où ces réglementations existent, la protection contre la vente de produits dangereux pour la santé ou pour l'environnement (médicaments, produits phytosanitaires, substances chimiques) est assurée, indépendamment de la législation en matière de brevets. Toutefois, un accroissement des importations parallèles, dû à un passage à l'épuisement régional ou international, impliquerait également une augmentation de la charge de travail des autorités chargées de l'application de ces réglementations. Par ailleurs, une grande partie du marché des médicaments est réglementée par l'État. Les prix des médicaments obligatoirement remboursés par les caisses maladie sont fixés par l'Office fédéral des assurances sociales. Les prix des médicaments remboursables sont fixés par l'État de façon analogue dans presque tous les pays (sauf aux USA) et sont pour partie maintenus artificiellement à la baisse.

4.1 Les médicaments

4.1.1 La protection de la santé

Le droit intercantonal, actuellement en vigueur pour la plupart des médicaments, prévoit qu'un produit donné ne peut être distribué, sur le marché des médicaments suisse, que par une seule entreprise. Cette réglementation exclut les importations parallèles de médicaments. C'est pourquoi, dans la situation juridique actuelle, que le droit des brevets prévoit l'application du principe de l'épuisement national, régional, ou international, n'a aucune incidence sur la mise en circulation des médicaments sur le marché suisse.

Le projet de la nouvelle loi sur les produits thérapeutiques, soumis les 8 et 13 mars 2000, en premier lieu, au Conseil national prévoit, à son art. 14, al. 2, sous certaines conditions, une simplification de la procédure d'accès au marché pour des motifs de santé publique et, vise par ce biais, à faciliter l'importation de certains médicaments. Cette procédure simplifiée de mise sur le marché est nécessaire pour assurer la sécurité des produits thérapeutiques et la protection des patients. Elle a pour but de garantir que les risques d'atteintes à la santé ne sont pas accrus du fait des importations parallèles. Les pouvoirs publics devraient garantir, par des mesures de contrôle appropriées, que les produits importés sont identiques à ceux déjà autorisés en Suisse, et veiller à exclure les dangers que représente une qualité insuffisante des produits ou des informations incomplètes ou inexacts sur les produits.

Les autorisations simplifiées de mise sur le marché sont applicables, en principe, autant aux médicaments brevetés qu'aux médicaments non brevetés. Cependant, aussi longtemps que le titulaire du brevet fait usage de son droit pour s'opposer aux importations parallèles de son médicament, l'autorisation simplifiée de mise sur le marché de médicaments brevetés ne sera pas accordée. Dans la mesure où le droit de la propriété intellectuelle autorise les importations parallèles (après l'expiration de la protection par le brevet ou en cas d'application du principe d'épuisement régional ou international), l'importation des médicaments sur le marché national pourra certes être effectuée, mais sera subordonnée, pour des raisons de la santé publique, à la

délivrance d'une autorisation simplifiée de mise sur le marché, sur la base de la législation sur les produits thérapeutiques. Le message est cependant clair³⁸, et souligne à ce propos que l'autorisation de mise sur le marché, au titre de santé publique, d'une importation parallèle au sens large³⁹ n'empêche pas le titulaire de droit de la propriété intellectuelle de s'opposer aux importations parallèles. L'art. 14, al. 3, du projet de loi sur les produits thérapeutiques prévoit que la procédure simplifiée d'accès au marché ne porte pas atteintes aux règles de droit de la propriété intellectuelle. Le Conseil national, au cours de la session de printemps 2000, a corroboré cette approche et a voté en faveur d'un article qui autorise, sous certaines conditions, les importations parallèles au sens large de médicaments, mais qui exclue, explicitement, les questions de droit de la propriété intellectuelle⁴⁰. Avec 89 voix pour et 86 voix contre, une opinion majoritaire sur ce point n'a été atteinte que de justesse.

Les médicaments présentent de nombreux risques d'atteinte à la santé. D'une part, le produit en soi représente une source de danger potentiel. La présence d'impuretés, ou bien une teneur insuffisante en substances actives, peuvent avoir des conséquences mortelles, de même qu'une utilisation non conforme. Un médicament n'est pas utile ou nuisible par nature, mais toujours par rapport à l'utilisation qui en est faite (indications, dosage, posologie etc.). C'est pourquoi, un médicament est indissociable de son mode d'emploi, sous forme de notice explicative destinée au personnel spécialisé et au consommateur. Cette notice explicative doit être rédigée de façon claire et précise dans la langue propre au pays de vente et être jointe au médicament. Pour garantir le respect de ces exigences, les médicaments, avant de pouvoir être mis sur le marché, font l'objet d'un contrôle administratif dans tous les pays ayant un système de santé comparable.

Ces exigences doivent également être respectées lors d'importations parallèles au sens large. C'est pourquoi les pouvoirs publics devront, au minimum, contrôler que le produit faisant l'objet d'une importation parallèle soit identique au produit enregistré. C'est la seule façon de s'assurer que le produit faisant l'objet d'une importation parallèle a déjà été contrôlé. Lors de cette procédure, il faudra contrôler dans quelle mesure les deux produits devront être rigoureusement identiques et, dans quels cas, une différence mineure pourra rester sans conséquence pour la santé.

Les responsabilités doivent être clairement déterminées. Toute personne physique ou morale désirant effectuer l'importation parallèle de médicaments devra posséder une autorisation conforme, et sera responsable de la mise en circulation ainsi que de la surveillance du marché, des campagnes publicitaires, de l'existence de la mention obligatoire des effets secondaires, des retraits de médicaments, etc. Il faudra pouvoir garantir que les produits importés en parallèle seront distribués dans le même emballage et avec la même notice explicative que ceux de la prépa-

³⁸ FF 1999 III 3151 ss.

³⁹ Voir à ce sujet *supra* ch. 1.2.

⁴⁰ Dans la version retenue par le Conseil national, les dispositions sont les suivantes :

Art. 14 Procédure simplifiée d'autorisation de mise sur le marché

1 ...

2 Il [l'Institut] prévoit une procédure simplifiée d'autorisation de mise sur le marché pour toute demande émanant d'un autre responsable de la mise sur le marché d'un médicament importé parallèlement à partir d'un État ayant institué un système équivalent d'autorisation de mise sur le marché :

- a. si ce médicament fait déjà l'objet d'une autorisation de mise sur le marché dans l'État en question et en Suisse;
- b. si son identité est suffisamment établie;
- c. si les exigences concernant l'étiquetage et l'information sur le médicament mentionnées à l'art. 11 sont respectées;
- d. si aucune exigence en matière de sécurité ne s'y oppose.

³ Ces dispositions sont sans préjudice des règles du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle.

⁴ Les importations parallèles peuvent, à titre exceptionnel, être interdites si:

- a. les conditions posées dans la présente loi ne sont pas remplies;
- b. le pays exportateur a un système de régulation des prix.

ration originale déjà autorisée. Ce dernier point est particulièrement important pour le consommateur⁴¹.

4.1.2 Les prix des médicaments

Nous ne possédons pas, pour la Suisse, d'études ou de statistiques susceptibles de nous donner des indications sur le volume potentiel des importations parallèles et sur les économies réalisables à ce sujet pour les médicaments remboursables par les caisses maladie. Il est même difficile de procéder à des estimations fiables dans ce domaine. Si l'on se base sur un montant annuel de 2,9 milliards de francs pour les médicaments remboursés par les caisses maladie⁴², et si l'on tient compte de la pression exercée sur le niveau des prix en Suisse, qui a toujours été élevé, et si on escompte que les premiers à mettre les médicaments en circulation réduiront d'eux-mêmes les prix de leurs médicaments pour empêcher les importations parallèles, on arrive à un montant possible, non vérifiable du point de vue statistique, de 10 à 15% d'économies réalisables du fait des importations parallèles, soit environ 300 millions de francs. Cependant, des expériences effectuées dans d'autres pays montre que ce montant calculé sur des bases purement théoriques n'est, en général, pas atteint dans la pratique.

Nous ne disposons pas d'informations récentes sur les importations parallèles au sein de l'UE. Il existe en Allemagne une étude concernant les importations parallèles de médicaments⁴³, d'après laquelle en Allemagne, en 1998, les importations parallèles de médicaments représentaient 13,4% d'un nombre total de 16 082 médicaments (sans les méthodes de diagnostic). Le pourcentage important des importations parallèles de médicaments n'est reflété ni par les ventes, ni par le chiffre d'affaires. Par ailleurs, cette étude fait remarquer que, en règle générale, il n'existe pas de concurrence sur les prix entre les importateurs parallèles. Cependant, comme, au sein de l'UE, les conditions dans lesquelles s'effectuent les importations parallèles sur le marché des médicaments sont différentes, et que les mécanismes de régulation des prix et des marchés ne sont pas comparables, nous ne sommes pas en mesure de tirer, sur la base de rapports étrangers, des conclusions pertinentes pour la Suisse.

4.2 Les dispositifs médicaux

Les importations parallèles au sens large de dispositifs médicaux, qui font partie des produits thérapeutiques, sont déjà autorisées actuellement, sous réserve de l'application du droit de la propriété intellectuelle. Les dispositifs médicaux sont soumis à un système de contrôle («New and Global Approach») qui ne se base pas sur des autorisations administratives de mise sur le marché, mais dans lequel un mécanisme d'auto-contrôle joue un rôle majeur, par le biais de l'apposition d'une vignette spéciale. Ce système est valable pour les «produits originaux» comme pour les produits ayant fait l'objet d'une importation parallèle. Si les accords bilatéraux sont ratifiés, la Suisse va prochainement reconnaître la vignette CE de l'UE, ce qui aura pour conséquence de rendre inutile la mention obligatoire de l'adresse de l'importateur exigée en Suisse.

⁴¹ La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, Recueil 1976, 613 = NJW 1976, p.1575 – de Peijper) a jugé qu'un médicament ayant fait l'objet d'une importation parallèle ne devait pas présenter de «différences essentielles du point de vue thérapeutique». Il n'est donc pas licite d'exiger une identité à 100% du produit «original» avec le produit ayant fait l'objet d'une importation parallèle. Étant donné que la plupart du temps les importateurs n'ont pas accès aux documents nécessaires pour l'autorisation du médicament importé, il incombe aux autorités chargées de délivrer les autorisations de se procurer les informations nécessaires soit de leur propre chef, soit, par exemple, auprès des autorités d'autres États membres ou encore auprès du fabricant (Communiqué de la Commission, Doss. CE N° C 115 du 6.5.1982, p. 5).

⁴² Voir Das Gesundheitswesen in der Schweiz, Pharma Information 1999, Basel.

⁴³ J. M. Fox / Merz + Co., Gibt es in Deutschland zu viele Arzneimittel?, Pharm Ind. 61, N° 9, 1999, voir p. 774ss.

4.3 Les produits toxiques

Dans le cadre du projet «Politique agricole 2002», de nouvelles dispositions de la loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (Loi sur l'agriculture; LAgr, RS 910.1) et de la loi fédérale du 21 mars 1969 sur le commerce des toxiques (Loi sur les toxiques; LTox, RS 813.0) ont vu le jour, dont l'art. 160, al. 7, LAgr et l'art. 3a LTox. Par ce biais, on espère rendre possible les importations parallèles au sens large de produits phytosanitaires, dans le but de faire baisser les coûts de production du secteur agricole. Les ordonnances d'exécution concernant ces deux articles de la loi sur l'agriculture et de la loi sur les toxiques, l'ordonnance du 23 juin 1999 sur les autorisations de mise sur le marché des produits phytosanitaires (ordonnance sur les produits phytosanitaires, RS 916.161) ou la modification de l'ordonnance sur les toxiques du 19 septembre 1983 (Otox, RS 813.01), prévoient une inscription par les autorités fédérales des produits phytosanitaires qui sont importables librement sur une liste dite «positive». L'ordonnance sur les produits phytosanitaires (art. 15, al. 5, Otox), ainsi que la loi sur les toxiques (art. 17a, al. 3, LTox) mentionnent cependant que l'inscription sur cette liste positive libérera certes de l'obligation de suivre la procédure administrative ordinaire, mais que l'exercice des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence ne seront pas touchés. S'il existe un droit découlant du brevet sur un produit de la liste positive, son titulaire pourra, en revendiquant le principe de l'épuisement national du droit des brevets, s'opposer aux importations parallèles de son produit.

Le passage au système de l'épuisement international n'aurait, en rapport avec les importations parallèles de toxiques, pas de conséquences immédiates sur l'étendue de la protection, vu qu'il n'a aucun effet sur les procédures actuelles d'enregistrement et d'autorisation de mise sur le marché des toxiques. Les importateurs seraient dans l'obligation, comme auparavant, dans l'intérêt de la santé publique, de se plier à toutes les exigences de la loi sur les toxiques.

De même, en ce qui concerne le domaine d'application de la loi sur les produits chimiques, qui, pour le moment, est en cours d'élaboration par la CSSS du Conseil des États, un changement du système d'épuisement n'aurait pas de conséquences immédiates sur l'étendue de la protection. Les dispositions de la loi sur les produits chimiques prévoient que les importations parallèles au sens large de substances chimiques et de préparations seront, du point de vue de la législation sur les produits chimiques, plus faciles qu'actuellement, car il est prévu de supprimer les procédures d'enregistrement et d'autorisation de mise sur le marché qui, pour l'instant, sont obligatoires. Les importateurs, cependant, devront effectuer le contrôle de leur propre chef. Ils porteront l'entière responsabilité de l'évaluation, du classement et du conditionnement, emballage et étiquetage, d'après leur toxicité, des substances chimiques importées.

5 La législation internationale

5.1 La perspective du droit comparé

Si l'on compare les législations au niveau international, le principe de l'épuisement national dans le domaine du droit des brevets est prédominant. Seuls l'Argentine et Hong Kong donnent la préférence à l'épuisement international, et, par conséquent, autorisent les importations parallèles de marchandises brevetées. Tous les autres États appliquent le principe de l'épuisement national, ou bien autorisent le titulaire du brevet, sur la base de la théorie dite de l'*implied license*, à restreindre par contrat les droits de revente du produit breveté, lors de la cession de droits sur un brevet (c'est le cas, entre autres, du Japon, du Canada, du Royaume-Uni et de l'Australie).

5.2 Les rapports avec le droit européen et les aspects de la politique d'intégration

Le principe de l'épuisement régional s'applique au sein de l'Union européenne. Par ce biais, le principe de l'épuisement international n'est pas reconnu, et le marché intérieur européen est fermé aux importations parallèles en provenance de pays qui ne sont pas membres de l'UE. Les importations parallèles sont toutefois, en principe, autorisées au sein de l'UE. Le principe de l'épuisement national fait l'objet, au sein du marché intérieur, d'un élargissement vers un épuisement régional. Cet élargissement se fonde sur des conditions-cadres économiques et juridiques unifiées dans une large mesure, et sur la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), qui oblige les États membres de l'Union européenne à reconnaître la mise en circulation sur le territoire des autres États membres dans leur secteur, sur la base du principe de réciprocité (Principe dit «Cassis de Dijon»⁴⁴). La CJCE, en règle générale, n'applique pas aux pays tiers, avec lesquels il existe des accords sur le plan économique (comme par exemple la Suisse), les principes applicables au marché intérieur. L'accord sur l'EEE existant entre l'UE et les pays membres de l'EEE, qui prévoit l'application du principe de l'épuisement régional au droit des brevets également, constitue une exception à cette règle.

Comme on peut présumer que les conditions générales économiques et juridiques valables en Suisse sont comparables avec celles des États membres de l'UE, du moins en ce qui concerne les marchés ordinaires, l'application du principe de l'épuisement régional par rapport aux territoires de l'UE et de l'EEE pourrait constituer une solution viable. La tentative, effectuée dans le cadre du Comité mixte des accords de libre-échange entre la Suisse et la Communauté européenne, pour négocier l'élargissement à la Suisse de l'épuisement régional appliqué au sein de l'UE, sur la base de la réciprocité, a échoué du fait d'un manque d'intérêt de la part de la Commission européenne. Aussi longtemps qu'il n'existera pas d'ordre économique mondial comparable au Traité des CE, la solution arrêtée par le Tribunal fédéral en faveur de l'épuisement national dans le domaine du droit des brevets aura la primauté dans une perspective juridique internationale. Une adhésion à l'UE et/ou à l'EEE entraînerait automatiquement un changement vers le système de l'épuisement régional en vigueur sur ces territoires.

5.3 L'OMC

Les accords internationaux signés par la Suisse ne traitent pas du problème de l'autorisation des importations parallèles dans le domaine du droit des brevets. Cela est également vrai pour les Accords sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC; RS 0.632.20, annexe 1C), qui font partie de l'accord sur l'OMC. Lors de la conclusion des accords sur les ADPIC, la question de l'épuisement des droits de la propriété intellectuelle a été ignorée à dessein, et les dispositions de l'art. 6 de l'Accord sur les ADPIC reconnaissent expressément aux législateurs des pays concernés la compétence de trancher en la matière⁴⁵.

Dans la mesure où les pouvoirs publics des pays concernés font usage de leur compétence concernant le problème de l'épuisement, ils s'obligent au respect des principes de réciprocité de traitement (art. 3 de l'Accord sur les ADPIC) et du traitement de la nation la plus favorisée (art. 4 de l'Accords sur les ADPIC). De nos jours, une opinion majoritaire reconnaît à ces dispositions une force obligatoire plus grande que celle d'autres parties de l'accord instituant l'OMC, ou des dispositions de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT), ou en-

⁴⁴ CJCE, arrêt du 20 février 1979, affaire 120-78, «Cassis de Dijon», recueil 1979, p. 649.

⁴⁵ Voir FF. 1994 IV p. 286 s. ainsi que la note de bas de page figurant dans le texte officiel de l'art. 28, al. 1, de l'Accord sur les ADPIC, selon lesquels les droits provenant du brevet, et plus particulièrement le droit d'importation, sont soumis aux dispositions de l'art. 6 de l'Accord sur les ADPIC.

core de l'accord général sur les tarifs douaniers et les services (GATS)⁴⁶. La jurisprudence actuelle permet de penser que, dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, il n'est pas possible de déroger à l'application du principe de la nation la plus favorisée mentionnée dans l'Accord sur les ADPIC en faveur de zones régionales de libre-échange ou d'unions douanières, à moins que ces dernières aient déjà existé à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC, et aient été notifiées à l'OMC.⁴⁷ Si le législateur suisse devait, à l'avenir, se décider en faveur d'un épuisement supranational, il devra accorder à tous les titulaires de droits ressortissants des pays membres de l'OMC les avantages juridiques correspondants, sans contrepartie. Dans cette mesure, l'autorisation des importations parallèles, limitée à un épuisement bilatéral ou régional (par exemple limitée aux territoires de l'UE ou de l'EEE), à caractère unilatéral ou encore par le biais d'une convention de réciprocité avec certains États (par exemple les États membres de l'UE), ne semble pas compatible avec les engagements de la Suisse au niveau international.

Par ailleurs, il faudra également tenir compte du fait que la Suisse pourrait fort probablement se voir reprocher une violation de l'art. 27, al. 1 de l'Accord sur les ADPIC, si elle donnait la préférence à une réglementation des importations parallèles basée sur une discrimination de certaines catégories de produits protégés par le droit des brevets. L'art. 27 al. 1 de l'Accord sur les ADPIC interdit les discriminations quant au domaine technologique dans le cadre de l'exercice du droit de brevet. Une réglementation des importations parallèles opérant des différenciations quant au domaine technologique – par exemple pour les produits thérapeutiques ou dans le secteur des accessoires automobiles – serait, du point de vue d'une opinion majoritaire, non conforme aux dispositions de l'accord instituant l'OMC⁴⁸.

Bien que, dans ses art. 27 ss, l'Accord sur les ADPIC crée une protection minimale obligatoire du titulaire du brevet pour tous les États membres, cela ne constitue pas un ordre économique mondial aux effets comparables à ceux du Traité CE. L'Accord sur les ADPIC n'a pas vocation à autoriser une similarité des conditions-cadres économiques et juridiques de mise en circulation de produits brevetés dans tous les États membres, et, de ce fait, un jugement qui pencherait uniquement en faveur des principes de l'épuisement international ne permettrait pas une prise en compte objective des différents intérêts en présence. L'application unilatérale, par la Suisse, du principe de l'épuisement international, resterait limitée au territoire suisse : les titulaires de brevets suisses ne pourraient plus s'opposer aux importations parallèles de pays tiers, par contre, les importations parallèles de la Suisse vers les pays tiers continueraient d'être interdites, eu égard au principe majoritairement appliqué, au niveau mondial, de l'épuisement national des droits. Des relations bilatérales de libre-échange ne pourraient pas être conclues, il faudrait obligatoirement, pour ce faire, une convention multilatérale.

Dans la plupart des engagements internationaux de la Suisse, concernant les importations parallèles de produits pharmaceutiques et agrochimiques soumis à des autorisations étatiques de mise sur le marché, on applique le principe de protection du premier requérant. La Suisse, en tant que membre de l'OMC, dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC (voir plus précisément son art. 39, al. 3), est obligée de conférer une protection par brevet au premier requérant. Cette protection du premier requérant représente une protection indépendante du droit des brevets, basée sur un principe de protection de données confidentielles propre au droit de la propriété intellectuelle. Pour le titulaire du brevet, elle représente une protection juridique supplémentaire, dans la mesure où il est le premier à avoir déposé une requête en délivrance d'un brevet. La protection

⁴⁶ Une position claire sur le problème de la prépondérance de ces dispositions de l'Accord sur les ADPIC passe par une décision de l'ORD dans le cadre d'une procédure devant l'OMC.

⁴⁷ Les pays membres des Communautés européennes considèrent officiellement les Traités de Rome et le Traité sur l'EEE comme une exception au principe de la nation la plus favorisée (OMC Doc. IP/N/4/EEC/1), mais non leurs réglementations concernant les pays tiers, comme par exemple l'accord de libre-échange entre la Suisse et les CE de 1972.

⁴⁸ Une position claire sur le problème de la prépondérance de ces dispositions de l'Accord sur les ADPIC passe par une décision de l'ORD dans le cadre d'une procédure devant l'OMC.

du premier requérant et la durée de cette protection sont donc indépendantes de l'objet d'un brevet et des délais de protection accordés par le droit de brevet. La protection du premier requérant oblige les autorités compétentes à protéger les pièces du dossier confidentielles, documentation et résultats d'expériences, qui leur ont été confiées par le premier requérant dans le cadre de la procédure d'autorisation de mise sur le marché, contre toute divulgation ou pratique déloyale par des tiers. Lors de procédures d'autorisation de mise sur le marché de médicaments ou de produits phytosanitaires, par le biais d'une procédure ordinaire ou simplifiée, telle qu'elles sont prévues dans le projet de loi sur les produits thérapeutiques et dans les ordonnances sur les produits phytosanitaires et sur les toxiques, il est indispensable d'accorder au principe du premier requérant toute l'attention qui lui est due.

5.4 Le droit de la concurrence

Inversement au grand nombre de réglementations traitant des aspects de la propriété intellectuelle au niveau international, il n'existe pas, dans le domaine du droit de la concurrence, de règles précises en droit international public. Cela vaut particulièrement pour le problème des importations parallèles. Les tendances dominantes, à l'avenir, lors de l'élaboration de réglementations traitant du droit de la concurrence au sein de l'OCDE ou encore de l'OMC sont, dans la perspective actuelle, difficiles à évaluer, et on peut donc éviter de les évoquer dans le cadre de ce rapport.

Par contre, la situation est tout à fait différente au sein du marché unique européen, dans lequel les règles concernant les importations parallèles entre États membres sont, pour l'essentiel, édictées par le droit européen de la concurrence en vigueur. Notons que les importations parallèles de pays tiers sont interdites.

5.5 Conclusion

Du point de vue du droit comparé, un changement de système – passage de l'application du principe de l'épuisement national à celui de l'épuisement international – conduirait, pour la Suisse, à un isolement certain. Un tel changement de système serait générateur de difficultés, autant au niveau de l'OMC qu'au niveau de la politique européenne. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que la Suisse, en cas d'application unilatérale du principe de l'épuisement international, ne se verrait accorder aucune réciprocité. De plus, la Suisse prendrait du recul par rapport aux points de vue qu'elle a défendus dans les négociations GATT/Uruguay (épuisement national dans le domaine du droit des brevets), et qu'elle a depuis lors toujours défendus au niveau de l'OMC, et elle devrait renoncer aux alliances conclues jusqu'à présent avec d'autres États.

6 Variantes sur la réglementation des importations parallèles au niveau législatif

Le présent chapitre entend donner une vision d'ensemble de différentes options pour une réglementation légale des importations parallèles, qui sera suivie d'une brève prise de position⁴⁹. Du point de vue législatif, une modification de la loi sur les brevets, une modification de la loi sur les cartels ainsi qu'une modification de ces deux lois sont au premier plan. Une réglementation de la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle par le biais de lois spécifiques (comme par exemple la loi sur les produits thérapeutiques) n'est pas considérée comme opportune, de ce fait, elle ne fera pas l'objet d'une prise de position approfondie. L'option traitant d'un épuisement national illimité ne sera pas discutée, car elle constituerait un recul en matière de politique de la concurrence par rapport à l'arrêt du Tribunal fédéral.

6.1 Option 1 : système de l'épuisement national avec des correctifs en droit de la concurrence en cas d'«überschiessende Rechtsmacht» du titulaire du brevet

Il s'agit, par cette option, d'empêcher une éventuelle limitation de la concurrence décrite par le Tribunal fédéral en cas d'«überschiessende Rechtsmacht» du titulaire du brevet⁵⁰. Aussi bien la loi sur les brevets⁵¹ que la loi sur les cartels⁵² s'offrent comme correctifs légaux.

6.1.1 Variante 1 (épuisement national avec autorisation limitée des importations parallèles)

Une première variante consiste à retenir comme règle de base le principe de l'épuisement national, et de la contrer, du point de vue matériel, en se basant sur l'arrêt Kodak⁵³.

Art. 8a LBI (nouveau)

¹ Si un produit est mis en circulation en Suisse, du fait du titulaire du brevet ou avec son consentement, son droit sur ce produit est épuisé⁵⁴.

² Le titulaire du brevet ne peut pas s'opposer à l'importation de produits brevetés, qui ont été mis en circulation à l'étranger, de son propre fait ou avec son consentement, dans la mesure où, lors de leur mise en circulation, il a pu faire valoir son droit sur la base des conditions-cadres économiques et juridiques dans la même mesure qu'en Suisse.

Le premier alinéa part du principe de l'épuisement national. Le deuxième alinéa autorise les importations parallèles comme exception; le fardeau de la preuve de l'existence de conditions-cadres comparables est supporté par l'importateur⁵⁵. Les circonstances relatives à la mise en circulation des biens protégés par un brevet ont ainsi été prises en considération.

⁴⁹ A propos de la situation résultant de l'arrêt Kodak, voir ch. 2.1.

⁵⁰ Selon l'arrêt Kodak, le monopole d'importation conféré par le droit des brevets confère à l'ayant droit «insoweit eine überschiessende Rechtsmacht, als die Ware mit Einverständnis des schweizerischen Patentinhabers im Ausland unter Bedingungen in Verkehr gebracht worden ist, die mit den inländischen vergleichbar sind» (cons. 9b).

⁵¹ Cf. *infra* variante 1, ainsi que l'option 4, variante 2.

⁵² Cf. *infra* variantes 2 et 3.

⁵³ Arrêt Kodak, cons. 9.

⁵⁴ Variante : Le droit exclusif du titulaire selon l'art. 8 s'épuise par la première mise en circulation en Suisse du produit breveté, du fait du titulaire du brevet ou avec son consentement.

⁵⁵ Ceci à la différence de l'option 4, variante 2 (épuisement international avec limitations matérielles).

Appréciation de cette variante :

- + Cette variante crée un équilibre des intérêts entre les titulaires de brevets suisses et les consommateurs («solution de médiation»).
- + Cette proposition protège les droits des titulaires de brevets suisses lors de la première mise en circulation de produits protégés par un brevet.
- + L'«überschiessende Rechtsmacht» du titulaire du brevet est éliminée, par des conditions-cadres comparables à l'étranger et sur le territoire national, dans l'intérêt d'une concurrence efficace.
- La constatation de l'existence de conditions-cadres économiques et juridiques dans le pays d'exportation comparables à celles prévalant en Suisse pourrait conduire à des difficultés ou à un surcroît de travail, car les critères cités par le Tribunal fédéral ont besoin d'être concrétisés.
- Du point de vue de la politique d'intégration, cette variante est problématique à plusieurs égards :
 - Dans la mesure où, dans les différents États membres de l'UE, la situation économique sur les marchés réglementés n'est pas, de façon générale, identique ou comparable avec les conditions du marché en Suisse, cette variante pourrait conduire à un traitement différencié des importations provenant de divers États de l'UE en ce qui concerne l'autorisation des importations parallèles.
 - Du point de vue de la politique d'intégration, il semble peu sensé de conférer, d'ores et déjà et sans contrepartie, des «avantages» à l'UE (par le biais d'une acceptation limitée des importations parallèles provenant de l'UE ou de l'EEE).
 - Au sein de l'UE, les importations parallèles sur le marché européen en provenance de pays tiers sont interdites, c'est pourquoi une telle façon de procéder n'est pas euro-compatible. Cependant, comme la Suisse n'est pas membre de l'UE, cet inconvénient a relativement peu de poids.
 - Il n'est pas clair dans quelle mesure une telle solution est compatible avec les exigences découlant de l'OMC (cf. questions restant ouvertes).
- Des différences de prix non souhaitables du point de vue de la politique de la concurrence ne doivent pas uniquement exister, dans les cas où les importations parallèles provenant de pays ayant des conditions-cadres comparables à celles prévalant en Suisse sont interdites.
- Etant donné que la problématique de l'«überschiessende Rechtsmacht» concerne la question d'un usage abusif du droit découlant du brevet réprimé par le droit des cartels, il semble plus justifié de régler cette question dans la loi sur les cartels.

Questions restant ouvertes:

- ⇒ Réalisation : il reviendra à la pratique d'indiquer, si et dans quelle mesure on pourra, dans les cas particuliers, prouver l'existence de conditions-cadres comparables entre le pays d'exportation et la Suisse.
- ⇒ Il se pose également la question de savoir, dans quelle mesure une telle solution serait compatible avec les exigences de l'OMC.

6.1.2 Variante 2 (codification de l'arrêt Kodak)

La variante 2 laisse intacte la loi sur les brevets, c'est-à-dire qu'elle retient le principe de l'épuisement national fixé par le Tribunal fédéral. Un éventuel usage abusif du droit découlant du brevet en rapport avec l'interdiction d'importer des marchandises est prévu dans le droit des cartels - par la codification des critères établis par le Tribunal fédéral en rapport avec les impor-

tations parallèles⁵⁶.

Art. 3, al. 2, LCart

² La présente loi n'est pas applicable aux effets de la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. Les restrictions à l'importation de biens basées sur des droits de propriété intellectuelle sont toutefois subordonnées à l'application de la présente loi, lorsque l'ayant droit a pu faire valoir ses droits, lors de la première mise en circulation à l'étranger, sur la base de conditions-cadres économiques et juridiques comparables à celles prévalant en Suisse.

Sur la base de cette modification, le champ d'application de la loi sur les cartels est délimité et, concernant les importations parallèles, il prévoit que l'appréciation est subordonnée à la loi sur les cartels. Il reviendra à la pratique d'appliquer l'énoncé des art. 5 et 7 LCart aux cas d'espèce.

Appréciation de cette variante / questions restant ouvertes :

- + Comme la problématique de l'«überschiessende Rechtsmacht» concerne le cas d'un usage abusif du droit découlant du brevet réprimé par le droit des cartels, il paraît justifié de régler cette question dans la loi sur les cartels.

Pour le surplus, comparable à la variante 1.

6.1.3 Variante 3 (épuisement national avec réserve générale du droit des cartels en cas de monopole d'importation conféré par le droit des brevets)

Dans le cadre de l'examen de la loi sur les produits thérapeutiques devant le Conseil national, la Conseillère nationale Lucrezia Meier-Schatz a proposé les modifications suivantes de la loi sur les cartels⁵⁷:

Art. 3, al. 2, LCart

² La présente loi n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle, dans la mesure où ils ne causent pas de limitation des importations parallèles.

Appréciation de cette variante :

Alors que les variantes 1 et 2 s'orientent sur les délimitations, formulées par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Kodak, entre l'exercice, conforme ou non au droit de la concurrence, de droits des biens immatériels, la variante 3 va plus loin, en ce sens que la loi sur les cartels recouvre toute limitation des importations parallèles basées sur des droits des biens immatériels.

- Cette proposition utilise l'expression « importation parallèle », sans la définir.
- Par ailleurs, la formulation choisie pourrait donner l'impression que les effets sur la concurrence qui causent une limitation des importations parallèles proviennent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. Une telle façon de voir semble problématique et ne devrait pas être ancrée dans la loi.

⁵⁶ Arrêt Kodak, cons. 9.

⁵⁷ Cette demande a été retirée provisoirement pour permettre son examen dans le présent rapport.

Alternative (proposition de rédaction modifiée Meier-Schatz) :

La formulation suivante, qui subordonne aussi à la loi sur les cartels toute limitation aux importations parallèles basée sur des droits des biens immatériels, paraît plus conforme au but poursuivi.

Art. 3, al. 2, LCart

² La présente loi n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. Des limitations à l'importation de biens protégés par un brevet fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à l'application de la présente loi.

Appréciation de cette variante :

- + Cette variante présente un équilibre ("solution de médiation") entre les intérêts des titulaires de brevets suisses et ceux du public en général à une concurrence aussi efficace que possible.
- + Des différences de prix non souhaitées du point de vue de la politique de la concurrence sont, contrairement aux variantes 1 et 2, également prises en compte par la loi sur les cartels, lorsque des importations parallèles provenant de pays n'ayant pas de conditions-cadres comparables à celles prévalant en Suisse sont limitées.
- + Si l'on ne veut pas régler la question de l'épuisement, mais celle de l'utilisation abusive du droit de la concurrence en résultant éventuellement, une réglementation du droit des cartels se justifie.
- + Cette variante est conforme aux engagements internationaux de la Suisse (en particulier ceux découlant de l'OMC).
- Aucune différenciation n'est effectuée entre les marchés libres et ceux réglementés.
- Il manque des critères permettant de montrer, où est la frontière entre des restrictions à l'importation de biens admissibles et celles non admissibles par le droit de la concurrence fondées sur des droits de propriété intellectuelle. Cela devrait être développé par la pratique lors de l'application des art. 5 et 7 LCart. Tant que cette pratique fera défaut, il sera difficile pour les sujets de droits de prévoir quels critères feront jurisprudence.
- Du point de vue de la politique d'intégration, il semble peu sensé de conférer, d'ores et déjà et sans contrepartie, des «avantages» à l'UE (par le biais d'une acceptation limitée des importations parallèles provenant de l'UE ou de l'EEE).
- Au sein de l'UE, les importations parallèles sur le marché européen en provenance de pays tiers sont interdites, c'est pourquoi une telle façon de procéder n'est pas eurocompatible. Cependant, comme la Suisse n'est pas membre de l'UE, cette circonstance n'est pas décisive.

Question restant ouverte :

- ⇒ Il faudra examiner si, dans le cadre d'une modification de l'art. 3, al. 2, LCart, d'autres dispositions de la loi sur les cartels (par exemple l'art. 7, al. 2) doivent être modifiées ou complétées.

6.2 Option 2 : système de l'épuisement régional (ou bilatéral)

6.2.1 Variante 1 (épuisement bilatéral / régional introduit unilatéralement)

Dans le cadre de l'examen de la loi sur les produits thérapeutiques devant le Conseil national, le conseiller national Rudolf Strahm a proposé la modification suivante de la loi sur les brevets⁵⁸ :

Art. 8, al. 2, LBI

² Outre l'emploi et l'exécution de l'invention, l'utilisation comprend notamment la mise en vente, la vente, la mise en circulation sur le territoire national et dans l'UE / AELE et l'importation à ces fins.

Le but poursuivi par l'introduction de l'épuisement régional ne peut pas être atteint en réécrivant les modes d'utilisation de l'art. 8, al. 2, LBI. En effet, le champ d'application de la législation suisse des brevets est limité territorialement: elle définit les droits du titulaire du brevet sur le territoire suisse. La mise en circulation à l'étranger est soumise au droit des biens immatériels en vigueur dans cet État. La formulation proposée conférerait en partie une portée extra-territoriale aux droits de protection suisses, ce qui conduirait exactement à l'opposé de l'effet souhaité. Pour établir légalement un épuisement régional, il faudrait intégrer à la loi sur les brevets une nouvelle disposition réglementant la question de l'épuisement des droits découlant du brevet. Cette disposition pourrait être rédigée comme suit :

Art. 8a LBI (nouveau)

Si un produit est mis en circulation, du fait du titulaire d'un brevet ou avec son consentement, sur le territoire des États membres de l'Association Européenne de Libre-Échange ou de l'Union européenne, le droit sur ce produit est épuisé.

Appréciation de cette variante :

- + Des différences de prix entre la Suisse et les États de l'UE / EEE, non souhaitées du point de vue de la politique de la concurrence, pourront être interdites dans l'intérêt d'une concurrence efficace.
- + Les droits des titulaires de brevets suisses sont pris en considération convenablement lors de la première mise en circulation de leurs produits brevetés, dans la mesure où la Suisse et les pays de l'UE ont des conditions économiques et juridiques comparables - du moins en ce qui concerne les marchés libres.
- + Cette variante est eurocompatible.
- Du point de vue de la politique d'intégration, il semble peu sensé de conférer, d'ores et déjà et sans contrepartie, des «avantages» à l'UE (par le biais d'une acceptation des importations parallèles provenant de l'UE ou de l'EEE).
- Aucune différence n'est faite entre les marchés réglementés et libres. Les droits des titulaires de brevets suisses ne seront pas pris en compte en cas de marchés réglementés, contrairement à ce qui se passe aujourd'hui, car la situation économique n'est pas la même dans tous les États de l'UE ou n'est pas comparable avec celle prévalant en Suisse.
- Une différenciation unilatérale selon le pays de mise en circulation n'est pas compatible avec les engagements internationaux de la Suisse; elle s'oppose à la clause de la nation la plus favorisée selon les termes de l'Accord instituant l'OMC. Si le législateur suisse veut un épuisement supranational, il devra accorder les mêmes avantages juridiques, dans des condi-

⁵⁸ Cette demande a été retirée provisoirement pour permettre son examen dans le présent rapport.

tions identiques, à tous les ressortissants des États membres de l'OMC, et cela sans contrepartie.

6.2.2 Variante 2 (“véritable” épuisement bilatéral / régional)

Un épuisement régional reposant sur la réciprocité, sur le modèle de l'UE, ne pourra pas être introduite par le biais d'une réglementation dans la loi sur les brevets, mais seulement par l'adhésion de la Suisse à un espace économique, non soumis à l'application de la clause de la nation la plus favorisée de l'OMC (par exemple l'UE ou l'EEE)⁵⁹.

La proposition également envisageable d'une convention bilatérale avec l'UE sur un épuisement au niveau de l'EEE a été rejetée dans le cadre du Comité mixte de l'Accord de libre-échange entre la Suisse et la CE⁶⁰.

Question restant ouverte :

⇒ Une étude empirique pour établir un pronostic sur les répercussions économiques possibles: comment le marché au sein de l'UE a-t-il dû se modifier (en particulier pour les médicaments) après l'introduction de l'épuisement régional ?

6.3 Option 3 : système d'une réglementation de l'épuisement pratiquant une différenciation selon les produits

Avant d'effectuer une différenciation entre les marchés réglementés et libres, une autre solution pourrait exister : l'adoption d'une disposition spéciale dans la loi sur les brevets, qui autoriserait ou interdirait les importations parallèles pour des marchés réglementés de produits (en particulier les médicaments) – que ce soit en tant qu'exception au principe de l'épuisement national ou en tant qu'exception au principe de l'épuisement international. Une telle façon de procéder par analogie est possible dans toutes les autres lois spéciales qui concernent une partie du droit des brevets.

Appréciation de cette variante :

- + Cette variante tient compte des données économiques différentes qui existent entre les marchés réglementés et libres. Des différences de prix entre la Suisse et l'étranger, non souhaitées du point de vue de la politique de la concurrence, sont complètement interdites sur les marchés libres dans l'intérêt d'une concurrence efficace.
- Cette variante est, le cas échéant, contraire aux engagements internationaux de la Suisse (en particulier l'Accord instituant l'OMC). Avec l'introduction d'une réglementation de l'épuisement basée sur les produits ou sur les secteurs de la technique, il existe une forte probabilité que la Suisse se voie reprocher une violation de l'art. 27, al. 1, de l'Accord sur les ADPIC⁶¹.
- Cette variante n'est pas eurocompatible et a peu de sens du point de vue de la politique d'intégration.
- Les droits des titulaires de brevets suisses ne seraient pas protégés d'une façon équitable, lors de la première mise en circulation de leurs produits brevetés, là où l'épuisement international est prescrit, parce qu'il n'existe probablement pas partout des conditions économiques et juridiques comparables entre la Suisse et les autres États.

⁵⁹ Cf. *supra* ch. 5.3.

⁶⁰ Cf. *supra* ch. 5.2.

⁶¹ Cf. ch. 5.3.

Question restant ouverte :

- Clarification juridique : est-il permis à la Suisse, au regard de ses engagements internationaux, de régler l'épuisement de manière différenciée selon les produits ou les marchés? Existe-t-il d'autres pays (membres de l'OMC) qui appliquent un système mixte de ce type?

6.4 Option 4 : système d'un épuisement international

6.4.1 Variante 1 (épuisement international illimité)

Le conseiller national Jean Spielmann a déposé, le 8 mars 2000, une motion (00.3042 Modification de la loi sur les brevets), dans laquelle il demande au Conseil fédéral de modifier la loi sur les brevets, de façon à autoriser, de façon très large, les importations parallèles.

Une disposition législative allant dans ce sens pourrait, par exemple, être rédigée comme suit :

Art. 8a LBI (nouveau)

Si un produit est mis en circulation en Suisse ou à l'étranger, du fait du titulaire du brevet ou avec son consentement, son droit sur ce produit est épuisé.

Appréciation de cette variante :

- + Du point de vue de la théorie économique (entre autres politique de la concurrence), il est admis que l'autorisation des importations parallèles sur des marchés libres entraînerait une tendance à la baisse des prix, bien que, pour le moment, il n'est pas possible d'avoir des indications sur sa proportion.
- + Cette variante est conforme aux engagements internationaux de la Suisse (en particulier l'Accord instituant l'OMC).
- Il n'existe pas d'informations fiables sur les répercussions économiques d'un changement de l'épuisement national à celui international.
- Isolation de la Suisse : hormis l'Argentine et Hong Kong, le Conseil fédéral n'a pas connaissance d'un autre pays appliquant le principe de l'épuisement international en droit des brevets.
- Abandon de la position défendue par la Suisse dans le GATT/Uruguay-round et depuis lors à l'OMC (épuisement national en droit des brevets).
- Du point de vue de la politique d'intégration, il semble peu sensé de conférer, d'ores et déjà et sans contrepartie, des «avantages» à l'UE (par le biais d'une acceptation limitée des importations parallèles provenant de l'UE ou de l'EEE).
- Cette façon d'agir n'est pas eurocompatible, vu qu'au sein de l'UE, les importations parallèles sur le marché européen en provenance de pays tiers sont interdites. Cependant, comme la Suisse n'est pas membre de l'UE, il ne faut pas donner un poids décisif à cet argument.
- Comme il n'existe pas partout des conditions comparables, comme les assurent l'ordre juridique et économique suisse, les droits inaliénables et exclusifs des titulaires de brevets suisses lors de la première mise en circulation de leurs produits brevetés ne seront pas assurés contrairement à la situation actuelle.

- L'introduction unilatérale de l'épuisement international entraînera une ouverture unilatérale du marché, sans aucune contrepartie pour l'industrie exportatrice suisse.
- Si la Suisse essaie de tirer profit des prix réglementés, par le biais de l'autorisation des importations parallèles, cela apparaîtra comme problématique du point de vue de la politique (économique) extérieure (reproche «Rosinenpickens»).

Questions restant ouvertes :

- ⇒ Enquêtes empiriques dans le but de clarifier les répercussions possibles sur l'économie dans son ensemble, en particulier :
- Quelles sont les répercussions sur la structure des prix sur les différents marchés ?
 - Quelles sont les répercussions sur les différents acteurs économiques (en particulier les titulaires de brevets, les revendeurs, les consommateurs)?
 - Quelles sont les répercussions sur la Suisse en tant que place scientifique?
Quelles mesures d'accompagnement pourraient être introduites pour empêcher un usage abusif du système?

6.4.2 Variante 2 (épuisement international avec limitations matérielles)

Le principe de l'épuisement international est retenu comme règle de base et limité de façon objective, par la prise en compte des circonstances dans lesquelles les biens protégés par un brevet ont été mis en circulation.

Art. 8a LBI (nouveau)

Si un produit est mis en circulation en Suisse ou à l'étranger, du fait du titulaire du brevet ou avec son consentement, son droit sur ce produit est épuisé, pour autant que le titulaire du brevet ait pu faire valoir son droit sur la bases de conditions-cadres économiques et juridiques dans la même mesure qu'en Suisse, lors de la première mise en circulation à l'étranger.

Appréciation de cette variante / questions restant ouvertes :

Il existe une ressemblance objective avec l'option 1, variante 1 avec des avantages et des inconvénients similaires. La différence avec l'option 1, variante 1 réside dans le fait que le fardeau de la preuve de l'existence de conditions-cadres comparables est supporté ici par le titulaire du brevet, alors que, dans l'option 1, variante 1, il repose sur l'importateur.

7 Appréciation générale et conclusions

Il ressort du présent rapport que la question de l'autorisation des importations parallèles et de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle constitue une problématique complexe et dotée de multiples facettes, qui revêt une importance capitale non seulement dans le domaine du droit des brevets, mais également en matière de droit de la concurrence et de police, ainsi que de politique économique (extérieure), d'intégration, et d'innovation.

A cela s'ajoute le fait que ce problème ne doit pas être abordé uniquement du point de vue des intérêts et critères nationaux, déjà variés, mais qu'il convient en outre de tenir compte du contexte international ainsi que des engagements de la Suisse au niveau international, particulièrement de

ceux découlant de l'accord instituant l'OMC et de ceux ayant trait à l'UE. Eu égard au délai très court imparti pour la rédaction du présent rapport, les problèmes ont certes pu être identifiés, mais aucune solution définitive n'a pu leur être apportée.

Dans le but d'encourager l'innovation, les titulaires de brevets (suisse) se voient conférer par le législateur un droit exclusif, limité quant à sa durée, sa portée territoriale et sa portée matérielle⁶². Selon le Tribunal fédéral, le droit intangible du titulaire du brevet de procéder à la première mise en circulation des produits brevetés ne peut être réputé épuisé que lorsque cette mise en circulation a eu lieu en Suisse, ou dans des conditions comparables à celles prévalant dans l'ordre juridique et économique suisse⁶³. Ce principe est applicable aussi bien aux marchés libres qu'aux marchés dont les prix sont réglementés par l'État. La situation est telle qu'il n'est pas possible de statuer de façon univoque en faveur du principe de l'épuisement régional ou en faveur du principe de l'épuisement international. C'est pourquoi, du point de vue du droit des brevets, l'application du principe de l'épuisement national semble justifiée. Dans son arrêt Kodak, le Tribunal fédéral a fait remarquer qu'une «überschiessende Rechtsmacht»⁶⁴ de la part du titulaire du brevet pouvait être contrée par le biais du droit des cartels. Pour ce qui est de la situation à l'étranger, il convient de relever qu'à la connaissance du Conseil fédéral aucun pays – hormis l'Argentine et Hong Kong – n'a adopté le principe de l'épuisement international en droit des brevets.

Le litige sur lequel le Tribunal fédéral s'est prononcé concernait un produit breveté en Suisse, commercialisé sur un marché dit libre, c'est-à-dire un marché dans lequel l'État n'exerce ni influence directe sur la formation des prix, ni ne limite les échanges commerciaux par le biais de procédures d'autorisations de mise sur le marché dans un but de protection de la santé ou de l'environnement⁶⁵.

Du point de vue de la théorie économique (entre autres politique de la concurrence), un changement de système – en d'autres termes l'admissibilité des importations parallèles – se justifie pour ce qui est des marchés libres, car avec l'introduction de l'épuisement international, les prix des biens concernés devraient tendre à la baisse⁶⁶.

En ce qui concerne les marchés dont les prix sont réglementés par l'État (notamment le marché des médicaments), la question reste ouverte de savoir si l'application du principe de l'épuisement international, entraînant une restriction des droits des titulaires de brevets, constitue un moyen adéquat pour parvenir à la baisse des prix souhaitée par les consommateurs. Il existe d'autres moyens pour atteindre ce but, moyens qui pourraient se révéler plus appropriés. Ainsi par exemple la loi sur les cartels, mentionnée par le Tribunal fédéral, qui permet de s'opposer à une limitation des échanges commerciaux de marchandises brevetées lorsque cette limitation relève du droit des cartels. On peut également mentionner la possibilité d'un réexamen des réglementations relatives aux marchés dont les prix sont prescrits par l'État.

Enfin, il faut tenir compte du fait que les importations parallèles peuvent avoir des conséquences au niveau de la protection de la santé et de l'environnement. La protection contre des produits représentant des risques pour la santé ou l'environnement peut être assurée par le biais de dispositions relatives aux produits et de procédures d'autorisation figurant dans les lois spéciales (par ex. LPT, LChim, LAgr). Lorsque de telles lois existent, l'application du principe de l'épuisement national, régional ou international n'a pas d'effets directs sur le niveau de protection de la santé et

⁶² Cf. *supra* ch. 2.2.3.1.

⁶³ Arrêt Kodak cons. 8 c dd; cf. *supra* ch. 2.1.

⁶⁴ Cf. *supra* ch. 2.1.

⁶⁵ Pour la différence entre les marchés libres et les marchés dont les prix sont réglementés par l'État, cf. *supra* ch. 1.2.

⁶⁶ Cf. *supra* ch. 2.3. et 4.

de l'environnement pour les produits (médicaments, produits phytosanitaires, substances chimiques).

Par conséquent, le Conseil fédéral n'est, pour le moment, pas en mesure de répondre à la question des répercussions économiques générales qu'entraînerait un passage de l'épuisement national à l'épuisement international. Le Conseil fédéral est d'avis qu'il faut éviter de prendre une décision prématurée en la matière. Il est indispensable de disposer des informations nécessaires à l'appréciation des conséquences qu'entraînerait un tel changement de système.

La position du Conseil fédéral concernant la problématique soulevée par la CER est la suivante:

1. Eu égard au fait qu'il ne dispose pas, pour le moment de toutes les données nécessaires à l'analyse de la situation, le Conseil fédéral se range aux côtés Tribunal fédéral dans l'affaire Kodak et se déclare donc en faveur du principe de l'application de l'épuisement national en droit des brevets. Il recommande donc de renoncer, dans l'état actuel des choses, à une révision de la loi sur les brevets en rapport avec la problématique de l'épuisement des droits.
2. Le Conseil fédéral est cependant prêt à procéder, [dans le courant de la présente législature], à des études supplémentaires permettant de rassembler les informations nécessaire pour débattre de la question. Pour ce faire, il propose d'analyser les questions suivantes:
 - Quelles seraient les répercussions (empiriques) sur l'économie suisse de l'introduction du principe de l'épuisement international, notamment sur la structure des prix sur les différents marchés - libres aussi bien que réglementés -, sur les différents acteurs économiques concernés (en particulier les titulaires de brevets, les revendeurs, les consommateurs), ainsi que sur la Suisse en tant que place scientifique? Quelles mesures d'accompagnement pourraient être introduites pour empêcher, au besoin, une utilisation abusive du système⁶⁷?
 - Comment les prix au sein de l'UE – sur les marchés libres et les marchés réglementés par l'État – ont-ils évolué à la suite de l'introduction de l'épuisement régional⁶⁸?
 - Est-il permis à la Suisse, au regard de ses engagements internationaux, de régler l'épuisement de manière différenciée selon les produits et les marchés concernés? Existe-t-il d'autres pays (membres de l'OMC) qui appliquent un système mixte de ce type⁶⁹?

Compte tenu des engagements de la Suisse au niveau international, en particulier dans le cadre de l'OMC et en relation avec l'UE, et sous réserve de la garantie de la contrepartie, le Conseil fédéral est disposé à procéder à un nouvel examen du problème des importations parallèles à la lumière des analyses complémentaires nécessaires.

3. Pour le cas où le Parlement jugerait qu'il est nécessaire de procéder à une modification législative, le Conseil fédéral considère que, dans l'état actuel des choses, une modification de la loi sur les cartels serait indiquée pour empêcher une limitation abusive (et relevant du droit des cartels) des importations parallèles se fondant sur le droit de la propriété intellectuelle. Dans ce cas, le Conseil fédéral propose une modification de l'art. 3, al. 2, LCart⁷⁰.
4. Étant donné que le niveau élevé des prix en Suisse – avant tout sur les marchés réglementés – n'est selon toute vraisemblance pas dû uniquement à l'épuisement des droits découlant du

⁶⁷ Cf. *supra* ch. 6.4., option 4 variante 1.

⁶⁸ Cf. *supra* ch. 6.2., option 2.

⁶⁹ Cf. *supra* ch. 6.3., option 3.

⁷⁰ Cf. *supra* ch. 6.1., option 1, variante 3, alternative (proposition de rédaction modifiée Meier-Schatz).

brevet, le Conseil fédéral se déclare prêt à réexaminer les réglementations relatives à ces marchés.

Annexes

1. Question de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER) du 24 janvier 2000
2. Arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Kodak SA contre Jumbo-Markt AG du 7 décembre 1999
3. Réponse du Conseil fédéral du 6 mars 2000 à l'interpellation Sommaruga (99.3647 Importations parallèles et libre concurrence)