

DOSSIERS

1993. II

BREVETS

Conditions de brevetabilité... nouveauté... antériorité de toutes pièces.....
combinaison..... emploi nouveau...
activité inventive...avis documentaire..... restauration..... certificat d'utilité cession.....
combinaison de moyens connus.
licence obligatoire..... taxes
contrefaçon action.....
saisie-contrefaçon.... divulgation..
action en revendication.... possession personnelle..... nullité.....



LE BREVET ET L'ETHIQUE

OU

LE MELANGE DES GENRES

Invention d'employé l'homme du métier...
l'office européen des brevets.... procédure d'examen contenu de la demande de brevet européen.... rôle des examinateurs..... représentation devant l'O.E.B..... le brevet communautaire émanation du Traité C.E.E..... P.C.T..... sous-licence..... contrat de communication de savoir-faire..... compétence..... arbitrage

Depuis quelques années la notion d'éthique intervient souvent, dans des domaines extrêmement variés ; plus récemment cette notion est apparue dans le domaine des brevets, notamment ceux traitant de la protection de la matière vivante, d'où le terme de "bioéthique". Cette incursion de l'éthique n'est pas sans danger, car cette notion, éminemment philosophique, cohabite mal avec la règle de droit applicable dans le domaine des brevets.

Une telle incursion a d'ailleurs touché tous les domaines du vivant qu'il s'agisse des animaux, des végétaux, et plus récemment de l'être humain ; si l'Office Européen des Brevets (OEB) s'est particulièrement illustré dans le domaine des animaux et des végétaux, la France fait figure de pionnier dans celui de la bioéthique appliquée à l'être humain.

Nous étudierons donc les grandes décisions ou les textes supportant ce qui vient d'être présenté, en insistant sur les arguments critiquables et susceptibles de constituer un danger pour le principe même des brevets, puis nous reviendrons sur certains concepts qui visiblement ont été "oubliés" au vu des arguments précités.

S'agissant de la brevetabilité des animaux, la décision la plus importante est certainement celle rendue par l'OEB le 13 mai 1992 concernant la délivrance du brevet européen n° 169 672 au nom de Harvard et protégeant "Une méthode pour produire un animal mammifère transgénique non humain ayant une probabilité accrue de développer des néoplasmes...", ainsi qu'"Un animal mammifère transgénique non humain dont les cellules germinales et les cellules somatiques contiennent une séquence oncogène activée..."; en l'occurrence, il s'agissait essentiellement d'une souris, dans le génome de laquelle divers oncogènes étaient introduits, utilisée en laboratoire afin de tester la cancérogénicité de certains médicaments ou de vérifier les propriétés antimitotiques d'autres.

Pour mémoire, un brevet correspondant avait été délivré aux Etats-Unis le 12 avril 1988 sous le n° 4 736 866 au nom de "President and Fellows of Harvard College" ; la délivrance de ce brevet américain était en droite ligne avec la logique américaine en matière de brevetabilité du vivant. En effet, dès 1980, le Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire DIAMOND/CHAKRABARTY (brevets US n° 3 813 316 et 4 259 444, Chakrabarty-General Electric Company) décidait que la matière vivante, dans la mesure où elle devait son existence à la seule intervention de l'homme, était en soi brevetable ; il s'agissait alors d'une bactérie génétiquement modifiée pour dégrader les hydrocarbures. Le 3 avril 1987, l'Office Américain des Brevets poursuivait sur la même lancée en confirmant que les animaux étaient parfaitement brevetables dès lors qu'ils répondaient aux critères classiques de brevetabilité ; en l'espèce, l'invention concernant une huître dans laquelle S. Allen (Washington University) avait inséré certains chromosomes

supplémentaires afin de modifier le goût de ce mollusque, en particulier à des périodes de l'année où une certaine amertume fait éviter sa consommation, ne donna pas lieu à brevet, l'un des critères classiques de brevetabilité, en l'occurrence l'activité inventive faisant défaut. Par ailleurs, cette décision de l'Office Américain des Brevets prenait bien soin de préciser que les êtres humains sortaient du champ de cette disposition selon laquelle les animaux étaient brevetables.

Depuis 1988, divers groupes de pression américains demandent à ce que l'Office Américain des Brevets ne délivre plus de brevet protégeant des animaux en tant que tels et ce sur la base d'arguments qui ne ressortent pas du droit des brevets comme cela sera analysé plus avant dans cette discussion. Différents projets de textes de lois ont été présentés au Congrès Américain allant du simple moratoire jusqu'à l'interdiction pure et simple de délivrer des brevets portant sur des animaux ; devant cette attitude, l'Office Américain des Brevets a, dans un premier temps, suspendu toute délivrance de brevets en la matière, une quarantaine de dossiers étant ainsi bloqués. Plus récemment, l'Office Américain a semble-t-il, repris sa position initiale puisque plusieurs brevets portant sur des animaux transgéniques ont été délivrés ; il s'agit des brevets n° 5 175 383 (Harvard) pour une souris susceptible de développer une hypertrophie prostatique bénigne, permettant de tester des médicaments, n° 5 175 384 (Gen Pharm International) pour une souris modifiée génétiquement de façon à bloquer le développement des lymphocytes T et utilisée dans la recherche sur les déficiences du système immunitaire, et n° 5 175 385 (Ohio University) pour une souris produisant de l'interféron bêta et

utile pour étudier la réponse du système immunitaire à certaines substances cancérigènes.

En ce qui concerne l'Europe, sur ces problèmes de brevetabilité des animaux, la question s'est finalement posée plus tardivement, puisqu'il a fallu attendre le 14 juillet 1989 pour voir apparaître la première décision de l'OEB s'appliquant à cette même souris transgénique de Harvard, déjà brevetée aux Etats-Unis. A cette époque, la division d'Examen de l'OEB avait rejeté la demande de brevet correspondante (demande européenne n° 85 304 490.7), sur la base de divers arguments ne faisant pas l'objet de développement spécifique dans le présent article, s'agissant de la suffisance de description (Article 83 de la Convention sur le Brevet Européen) et de l'exclusion de la brevetabilité des races animales (Article 53b) de ladite Convention). Dans sa décision précitée, la Division d'Examen s'était penchée sur l'Article 53a) de cette même Convention, concernant la non délivrance de brevets dont la publication ou la mise en oeuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. C'est à l'occasion de cette décision que la Division d'Examen faisait référence, pour la première fois, aux questions d'ordre éthique s'appliquant à la brevetabilité des animaux soulevées par l'Article 53a) de la Convention.

Il est intéressant de noter que la Division d'Examen avait pris en compte un certain nombre de paramètres, et notamment les difficultés qui avaient surgi aux Etats-Unis après la délivrance du brevet Harvard ; de même la Division d'Examen avait-elle considéré certaines questions spécifiques en la matière :

possibilité d'utiliser des modèles non-animaux, invention destinée à créer des tumeurs sur des animaux de laboratoire, animaux considérés comme des objets, risque de dissémination dans la nature d'animaux transgéniques, modification brutale de l'évolution animale.

A l'issue de cette réflexion, et après avoir rappelé l'objet de l'Article 53a), la Division d'Examen avait conclu que finalement, la loi en matière de brevets n'était pas l'outil juridique adéquat pour régler les problèmes et les dangers précités, de sorte que l'Article 53a) ne pouvait servir de base au rejet de la demande de brevet.

On voit bien dans cette conclusion que la Division d'Examen a été perplexe, sinon embarrassée, devant la difficulté des problèmes soulevés auxquels le monde du brevet n'est pas habitué, perplexité qui s'est traduit par une "sortie en souplesse".

La Chambre de Recours devant laquelle le dossier avait été porté n'a pas apprécié cette position et a au contraire affirmé que c'était précisément du devoir de la Division d'Examen de déterminer si l'Article 53a) s'appliquait, notamment en faisant la balance entre d'une part la souffrance des animaux, les risques pour l'environnement, et, d'autre part les bienfaits que l'humanité pouvait tirer de l'invention.

On peut certainement regretter que la Division d'Examen ait fait référence à des problèmes d'éthique alors que l'Article 53a), qui doit s'interpréter strictement puisqu'il constitue une

exception à la règle générale de la brevetabilité, ne se réfère qu'à l'ordre public et aux bonnes moeurs : l'Article 53a) ne se réfère pas à l'éthique ; or, si on se reporte au Dictionnaire de la Langue Française LITTRE, on s'aperçoit que chacun de ces concepts a une définition précise :

- ordre public : ensemble des règles qui font la sûreté de la société ; l'ordre public assure la paix et la sécurité des citoyens et une simplification souvent adoptée permet de dire que l'ordre public, c'est "l'ordre de la rue".
- bonnes moeurs : habitudes considérées par rapport au bien ou au mal dans la conduite de la vie ; il s'agit des convenances en usage dans une société donnée.
- éthique : synonyme de "morale", ensemble des règles qui doivent diriger l'activité libre de l'homme ; c'est la conscience de l'homme qui sera à l'origine de la morale.

Chacun de ces concepts recouvre quelque chose de bien spécifique et il est donc dommage que la Division d'Examen ait créé cette confusion en introduisant une notion d'éthique qui fait dire à l'Article 53a) plus que ce qui était dans l'esprit du législateur à l'origine de la Convention sur le Brevet Européen, reprenant d'ailleurs à cette occasion le contenu de la Convention de Strasbourg de 1963, et ce que nous connaissions déjà en France dans la Loi sur les Brevets de 1844 en matière de non

brevetabilité d'inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

Cette confusion au niveau de la Division d'Examen s'est trouvée aggravée par la décision de la Chambre de Recours lorsque cette dernière a donné comme élément d'appréciation de l'éthique, la notion de balance entre souffrance-risques d'une part, et bienfaits d'autre part. En effet, la Division d'Examen devant qui le dossier était revenu n'a pu, bien entendu, que constater que la balance penchait largement du côté des bienfaits, puisque la maladie à laquelle se référait l'invention était le cancer ; en revanche, la question reste posée pour les prochaines demandes de brevets : à partir de quand la maladie à traiter sera suffisamment grave pour que les bienfaits pour l'humanité l'emportent sur la souffrance des animaux ? D'ores et déjà une réponse a été fournie par l'OEB dans le cas d'un animal transgénique utile pour l'analyse de la pousse des cheveux : dans ce cas, la calvitie, s'accompagnant parfois de graves problèmes psychiques chez le sujet concerné, n'a pas été jugée un problème suffisamment important pour que la balance penche du côté des bienfaits pour l'humanité, et la demande de brevet a donc été rejetée. Une telle position de l'OEB est tout-à-fait déraisonnable, alors surtout que l'appréciation donnée est parfaitement subjective : l'OEB est allé au-delà du contenu même de l'Article 53a) qui, répétons le, doit être interprété restrictivement, et qui plus est, cette appréciation est donnée par des Examineurs qui sont des techniciens de qualité, mais qui n'ont pas été éduqués pour aborder des problèmes d'éthique, éminemment philosophiques. Jusqu'à présent, ces problèmes étaient considérés par les

juridictions nationales, qui sont certainement plus habilitées à traiter ces problèmes de morale.

Le fait de laisser aux juges nationaux le soin de décider de ces questions d'ordre moral offre, en outre, deux avantages majeurs :

a) ces questions ne seront abordées que dans le cadre d'un litige portant sur l'exploitation de l'invention, c'est-à-dire généralement 10 ans environ après la date de dépôt de la demande de brevet correspondante. Or, pendant cette période de 10 ans, les notions d'ordre public et de bonnes moeurs auront certainement évolué, autorisant alors ce qui était encore interdit lors du dépôt : les produits abortifs sont illustratifs en la matière. Pourquoi dès lors pénaliser le demandeur en lui refusant l'octroi d'un brevet sur la base de critères qui, en fait, ne devraient s'appliquer que lors de l'exploitation ?

b) ces questions seront abordées sur un plan national prenant en considération l'ordre public et les bonnes moeurs du pays concerné. Qui peut prétendre aujourd'hui qu'il existe en ce domaine un ordre public et des bonnes moeurs reconnus sur le territoire européen, qui est d'ailleurs différent du territoire communautaire puisqu'il s'agit du territoire où s'applique la Convention sur le Brevet Européen, incluant des pays hors de la CEE ? En outre, les bonnes moeurs sont-elles les mêmes en Irlande, au Danemark ou en Espagne ? Certainement pas. Pourquoi alors exiger des fonctionnaires de l'OEB, examinateurs de surcroît

c'est-à-dire essentiellement experts techniques, qu'ils tranchent des questions d'ordre moral ?

Cette dérive est particulièrement dangereuse, et il n'y a finalement plus de limite : pourquoi refuser de délivrer un brevet sur une souris transgénique au motif que l'animal souffre, et accepter de délivrer un brevet sur une arme qui, a priori est tout de même destinée à tuer, ou sur des produits chimiques, défoliants ou autres, pouvant réduire à la famine certaines populations ?

Quoi qu'il en soit, les adversaires à la brevetabilité des animaux pourront de nouveau faire valoir leurs arguments lors de la procédure d'opposition qui ne manquera pas de s'ouvrir à l'issue des 9 mois suivant la délivrance du brevet Harvard.

Dernier événement concernant cette souris transgénique, qui ne pensait certainement pas être à l'origine de débats aussi passionnés, la résolution que le Parlement Européen a récemment adressé à l'OEB, proclamant "son opposition résolue à l'octroi d'un brevet sur les mammifères oncogènes à Harvard", et invitant "l'OEB à annuler le brevet relatif aux mammifères... et à renoncer à traiter de nouvelles demandes de brevets animaux..." ; on peut s'étonner d'une telle demande émanant d'une instance politique telle que le Parlement Européen, et on voit mal sur quelle base notamment juridique l'OEB pourrait donner une suite favorable à cette résolution ; ce qui précède montre à l'évidence que le mélange des genres ne peut conduire qu'à des situations ingérables et préjudiciables au système des brevets.

Le régime végétal n'a pas été mis à l'écart de ces questions philosophiques ; c'est ainsi que l'OEB avait délivré en octobre 1990 un brevet à la Société PGS, sous le numéro 242 236 (demande n° 87 400 141.5). Ce brevet protégeait notamment des plantes possédant un ADN hétérologue introduit de façon stable dans le génome de leurs cellules : l'invention permettait de protéger d'une classe d'herbicides les récoltes émergentes. Pour mémoire on se souviendra que l'OEB avait déjà délivré un brevet européen protégeant notamment des plantes (Affaire Lubrizol, demande de brevet n° 84 302 533.9).

Dans le cas de PGS, une opposition fut formulée par Green Peace qui développa un certain nombre d'arguments aux fins d'obtenir la révocation du brevet considéré ; une fois de plus l'Article 53a) (ordre public, bonnes moeurs) fut mis en avant, et Green Peace affirma notamment que la délivrance d'un brevet pour des formes de vie d'ordre supérieur, incluant les plantes, était dans son principe non éthique et immorale (sic). La Division d'Opposition repoussa à juste raison cet argument au motif que cette affirmation n'avait pas de support objectif ; en cela la Division d'Opposition mérite notre approbation totale.

Il convient de souligner la netteté de la motivation de la Division d'Opposition et le courage dont cette dernière a fait preuve en s'opposant à des pressions internes et externes à l'OEB visant à systématiser l'application de l'Article 53a) pour cette catégorie d'inventions.

En premier lieu, la Division d'Opposition réaffirma que l'Article 53a) ne devait être invoqué qu'exceptionnellement et que son rôle était finalement de constituer un garde-fou pour éviter que des brevets soient délivrés pour des inventions "qui seraient universellement regardées comme outrageantes" ; les Directives d'application de la Convention sur le Brevet Européen citent comme exemple d'invention entrant dans cette catégorie la lettre piégée ("letter bomb"), confirmant que l'Article 53a) ne doit être invoqué que dans des cas rares et extrêmes, par exemple lorsque le public en général regarderait l'invention comme présentant un tel degré d'horreur que la délivrance d'un brevet serait inconcevable : voilà clairement définies les limites de l'Article 53a) ; il était bon que la Division d'Opposition les rappelle.

De plus, cette même Division d'Opposition affirma avec clarté que la décision Harvard sus-évoquée, ne devait pas être interprétée comme devant s'appliquer systématiquement, s'agissant notamment de la balance risques/bienfaits ; Green Peace avait en effet demandé à la Division d'Opposition de statuer sur la "moralité" de l'invention en appliquant le critère bénéfices/risques du cas Harvard. Pour la Division d'Opposition, et cela est parfaitement analysé, l'Article 53a) et son interprétation étroite à des cas extrêmes et exceptionnels, prime sur la décision Harvard.

La Division d'Opposition confirma également, à juste titre, qu'un Examineur techniquement qualifié n'était pas un spécialiste en matière d'éthique; il en est d'autant plus ainsi que l'OEB, au niveau des Divisions d'Examen n'a pas d'informations

suffisantes pour estimer les risques pour l'environnement, la souffrance des animaux... En revanche, ces informations peuvent être accessibles lors des oppositions, car elles sont alors apportées par l'opposant lui-même, mais la Division d'Opposition, fort justement, indiqua que la procédure d'opposition n'était pas le lieu idéal pour aborder ces problèmes. Ces arguments développés lors de la procédure d'opposition le seront d'ailleurs devant des Examineurs qui, comme indiqué plus haut, sont avant tout des personnes techniquement qualifiées, mais peu à même de traiter ces questions d'ordre moral.

Dans son argumentation, la Division d'Opposition releva également que, dans la mesure où l'invention concernée était le fruit de recherches financées par un certain nombre d'Etats membres de la Convention sur le Brevet Européen, il était peu raisonnable de qualifier d'immoraux les résultats desdites recherches, alors que celles-ci étaient précisément financées par certains de ces Etats : cela montre bien que le problème ne se situe pas au niveau des brevets, mais en amont, c'est-à-dire au niveau des recherches proprement dites ; c'est un point sur lequel nous reviendrons plus avant.

L'essentiel de l'argumentation de la Division d'Opposition tient, il convient de le rappeler, au caractère particulier de l'Article 53a) qui ne doit s'appliquer que dans des cas extrêmes, la Division d'Opposition affirmant qu'en dehors de ces cas très clairs, pour lesquels un consensus général existe, l'OEB n'est pas mandaté pour accorder ou refuser des brevets sur la base d'arguments abstraits d'éthique ou de morale : c'est là un

argument capital. A l'inverse, une politique de l'OEB qui consisterait à sélectionner des inventions potentiellement non éthiques aboutirait, de l'aveu même de la Division d'Opposition à une application hautement sélective et arbitraire de l'Article 53a) : voilà une affirmation claire et précise qui devrait inspirer les futures décisions des Divisions d'Examen dans le domaine de la brevetabilité du vivant, notamment s'agissant des animaux et des végétaux.

Le troisième volet touché par les problèmes d'éthique est celui de l'être humain pour lequel les Etats-Unis ont clairement indiqué que l'être humain sortait du champ de la brevetabilité.

Depuis plusieurs années, des personnalités françaises se sont penché sur ces problèmes de bioéthique ; en 1989 le Conseil d'Etat présentait un rapport intitulé "Sciences de la vie, de l'éthique au droit" et un avant-projet de loi Braibant était envisagé sur les "Sciences de la vie et les droits de l'homme". En 1991, Madame Lenoir était chargée d'une mission pour le "Droit de la bioéthique et des Sciences de la vie" ; février 1992 voyait d'une part la remise des conclusions de M. Bioulac sur une mission d'information sur la bioéthique, et d'autre part la présentation du rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques par M. Sérusclat sur les "Sciences de la vie et droits de l'homme".

On conçoit fort bien qu'une réflexion ait été menée à la suite de toutes les discussions ayant entouré la délivrance du brevet Harvard tant en Europe qu'aux Etats-Unis ; certains se sont

à juste titre inquiété des limites à la brevetabilité : hier une bactérie, aujourd'hui une souris, demain ? Pourquoi pas l'être humain. Cette réflexion a d'ailleurs été alimentée par un autre événement qui se produisit aux Etats-Unis, lorsque Craig Venter, chercheur des National Institutes of Health (NIH) décida de déposer une première, puis une seconde demande de brevet protégeant plusieurs milliers de fragments de gène. Pour ceux qui avaient des craintes sur les futures limites de la brevetabilité, la preuve était faite que le génôme humain pouvait faire l'objet d'une appropriation par brevet, d'où un tollé général essentiellement basé sur des problèmes d'éthique : une fois de plus il y avait confusion et mélange des genres ; en effet les demandes de Craig Venter pouvaient parfaitement être rejetées sur la base de critères de brevetabilité classiques, en l'espèce l'application industrielle et l'activité inventive : tels furent d'ailleurs les motifs de rejet de l'Office Américain des Brevets.

Il n'y avait donc aucunement lieu de faire appel à des arguments d'ordre éthique, mais le mal était fait, et le mélange de problèmes de brevet et d'éthique avait franchi un pas supplémentaire.

C'est dans ce contexte que trois projets de loi furent présentés par le Gouvernement, relatifs respectivement au corps humain et modifiant le code civil (n° 2599), au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la Santé Publique (N° 2600), au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou

l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78.17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (n° 2601).

De ces trois textes qui furent votés par l'Assemblée Nationale selon la procédure d'urgence, nous ne parlerons ici que de celui relatif au corps humain, aujourd'hui présenté au Sénat sous forme du projet de loi n° 66.

L'écriture initiale du projet de loi n° 2599 comportait en son Article 21 quatre alinéas :

- Le corps et ses éléments ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.
- Les conventions à titre onéreux portant sur le corps ou ses éléments sont nulles.
- Ces dispositions s'appliquent aux produits du corps hors les cas où la loi en dispose autrement.
- Les conditions particulières dans lesquelles elles s'appliquent au sang sont fixées par la loi.

Ce projet, en l'état, ne suscitait aucun commentaire ni critique sur le plan du droit des brevets, aucune référence à une quelconque brevetabilité n'y figurant.

Malheureusement, au cours des discussions, parfois vives, au sein de la Commission spéciale sur les projets de loi, présidée par Mme Roudy et dont le rapporteur était M. Bioulac, certains députés, craignant peut-être qu'il n'y ait un dérapage en matière

de brevets aboutissant par exemple à breveter tout ou partie du corps humain, ont introduit un amendement finalement repris dans le vote final, se lisant comme suit :

- Les organes, tissus, cellules, génômes et produits du corps humain ne peuvent pas en tant que tels faire l'objet de brevet.

Ce texte est éminemment critiquable sur le fond et sur la forme :

Sur le fond parce qu'une exception au principe général de la brevetabilité n'a pas sa place dans le Code Civil, mais dans la loi en matière de brevets ; c'est donc le Code de la Propriété Intellectuelle qu'il conviendrait de modifier.

Sur la forme parce que ce texte est ambigu, de sorte qu'on ne sait pas exactement ce qui est effectivement exclu du champ de la brevetabilité.

Qu'entend-on par "produits du corps humain" ? Nulle définition n'est donnée : s'agit-il de produits physiologiques, de protéines, de bactéries, de virus...? Si tel est le cas, la législation française ira à l'encontre de la législation européenne, qui s'impose à la France, ou de la législation américaine ou japonaise, toutes législations qui admettent parfaitement la brevetabilité des protéines, antigènes, virus, lignées cellulaires... Bon nombre de brevets ont déjà été délivrés sur ces produits ; sont-ils dès lors nuls de plein droit au regard des nouvelles dispositions envisagées dans ce texte ?

Les termes "produits" et "éléments" figurant dans le même article, sans d'ailleurs que le terme "éléments" soit repris dans l'amendement précité, sont-ils synonymes ?

Que signifie le terme " en tant que tels" ? Il n'est pas clair ; certes il figure dans le projet de Directive communautaire, mais il suscite là aussi de vives discussions. Il pourrait du moins s'il était clairement précisé figurer dans les "Considérant" de la future Directive, limitant ainsi toute interprétation erronée de ce terme ; une telle possibilité n'existe pas dans les textes français.

Doit-on comprendre ce terme comme signifiant que les organes, tissus, cellules, génômes et produits existant dans le corps humain, sans qu'il y ait eu intervention de l'homme sur eux, sont exclus de la brevetabilité ? Dans la négative, une explication est indispensable. Dans l'affirmative, et cela semble être le cas d'après les discussions de la Commission précitée, un tel amendement est inutile, car trouver un produit existant dans la nature sans qu'il y ait intervention humaine s'appelle une découverte, par définition non brevetable, contrairement à l'invention qui suppose une intervention humaine : dans le cas des biotechnologies, il s'agira par exemple de cloner, séquencer, voire modifier tel ou tel produit ; dès lors qu'un produit doit son existence à une intervention humaine, il y a matière à brevet, sous réserve bien entendu des critères classiques de brevetabilité : nouveauté, activité inventive, application industrielle.

Quoiqu'il en soit, l'Article 21 soumis au vote du Sénat se lit actuellement comme suit :

- le corps humain ou les organes, tissus, cellules et produits du corps ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.
- les conventions à titre onéreux, au sens de l'Article 1106 du présent code, portant sur le corps ou ses éléments sont nulles.
- les organes, tissus, cellules, génômes et produits du corps humain ne peuvent pas en tant que tels faire l'objet de brevet.
- ces dispositions s'appliquent aux produits du corps humain hors les cas où la loi en dispose autrement.

Lorsqu'on étudie les différents arguments contre la brevetabilité du vivant, c'est-à-dire des animaux, des végétaux, du corps humain ou de ses produits, il apparaît presque immédiatement qu'il y a, à l'origine, une méconnaissance complète du brevet et de son but : les opposants à la brevetabilité du vivant pensent que le fait d'obtenir un brevet donne le droit à son propriétaire d'exploiter son invention brevetée ; cela est faux : le brevet est conçu pour permettre à son propriétaire d'empêcher qu'un tiers reproduise, sans son accord, l'invention brevetée ; le brevet n'est en aucune façon une licence d'exploitation et on citera par exemple le cas des médicaments, parfaitement brevetables, mais qui ne sont exploitables, commercialisables que lorsqu'ils ont obtenu l'autorisation administrative de mise sur le marché : il ne faut pas confondre la délivrance d'un brevet, décidée par un Office de Brevets, et l'éventuelle autorisation d'exploiter un brevet

accordée par une autorité administrative (Ministère de la Santé ou autre).

En outre, il n'est pas inutile de rappeler qu'il n'est pas nécessaire de breveter une invention pour l'exploiter. De nombreux organismes ou sociétés travaillent actuellement sur le vivant sans pour autant déposer de demandes de brevets ; un tel travail se déroule d'ailleurs dans le secret des laboratoires contrairement au travail et aux résultats de ce dernier rapportés dans une demande de brevet. Refuser de délivrer un tel brevet revient donc à sanctionner l'auteur d'une invention divulguée dans sa demande, et par conséquent accessible au public, alors que les travaux non divulgués ne sont pas sanctionnés ; voilà qui est paradoxal.

En fait, et ce sera la conclusion, on se trouve là au coeur du problème ; si on s'intéresse à la souffrance des animaux ou aux risques de l'environnement, ce qui est parfaitement respectable, faut-il s'opposer à la délivrance d'un brevet ou intervenir pour que les recherches en laboratoire ne soient pas menées, ou bien le soient dans des conditions réglementées ? Comme le soulignait la Division d'Opposition dans le dossier PGS/Green Peace, est-il raisonnable de refuser la délivrance d'un brevet visant à protéger les résultats de recherches, alors que ces mêmes recherches sont officiellement subventionnées par différents pays ? Il faut être cohérent, si on autorise les recherches et si on les finance, il faut aussi pouvoir en protéger les résultats ; c'est donc vers une réglementation des recherches qu'il conviendrait de s'orienter et non pas vers une interdiction de breveter qui n'empêcherait aucunement la poursuite de ces recherches.

De même, et tant qu'il n'y aura pas un consensus général sur le fait de savoir si telle invention est "objectivement" immorale, pourquoi refuser la délivrance d'un brevet européen, alors que chacun des juges nationaux pourra ultérieurement l'annuler comme contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs du pays concerné, au moment de l'exploitation ; une telle solution respecterait les droits du demandeur et ceux du public.

Alain GALLOCHAT
Directeur Juridique
Institut Pasteur