



**Programme des  
Nations Unies pour  
l'environnement**



Distr.  
Restreinte

UNEP/OzL.Pro/ExCom/38/54/Add.1  
14 novembre 2002

FRANÇAIS  
ORIGINAL: ANGLAIS

COMITÉ EXÉCUTIF  
DU FONDS MULTILATÉRAL AUX FINS  
D'APPLICATION DU PROTOCOLE DE MONTRÉAL  
Trente-huitième réunion  
Rome, 20-22 novembre 2002

**Addendum**

**FINANCEMENT DE LA TECHNOLOGIE SE TROUVANT HORS  
DU DOMAINE PUBLIC : SUIVI DE LA DECISION 37/62**

Cet addendum est émis afin de :

- **Ajouter** les commentaires transmis par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle par courrier électronique le 13 novembre 2002.

-----

A la suite de nos divers échanges sur les questions de propriété intellectuelle auxquelles le Secrétariat du Fonds multilatéral se trouve confronté, je souhaite apporter quelques observations supplémentaires ou amendées. Vous avez résumé vos préoccupations en deux questions :

« Lorsque le Fonds envisage de fournir un financement pour une technologie qui doit être mise en œuvre dans un pays particulier, et que cette technologie n'est pas disponible dans le domaine public (parce que, soit le propriétaire ne souhaite pas la diffuser ou la technologie n'a pas été publiée parce qu'elle fait partie d'un processus de demande de brevet), quelles mesures le Fonds doit-il prendre afin de s'assurer que, s'il finance l'utilisation de cette technologie, ladite utilisation ne se trouvera pas en situation de non-conformité par rapport aux dispositions de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) /Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). »

« De plus, si une demande de brevet a été finalisée dans le pays concerné, alors la technologie se trouve dans le domaine public, et celle-ci sera indiquée dans le processus de brevet si cette technologie enfreint ou non une autre technologie déjà brevetée dans la juridiction. Si ça n'est pas le cas, une fois encore, le Fonds ou ses représentants devront tenir compte des conditions supplémentaires de l'OMC/ADPIC. »

Avant de traiter ces questions directement, je souhaiterais présenter le contexte des questions juridiques. D'abord, la question de la conformité avec les conventions de l'OMPI ou des dispositions des ADPIC n'est pas directement en jeu. Tandis que ces accords internationaux établissent des normes et des principes, il s'agit de normes et de principes appliqués dans le cadre des lois nationales (et dans certains cas, régionales), en particulier dans les lois de propriété intellectuelle. En pratique, les sujets soulevés par vos questions seront mieux traités dans le contexte des lois nationales de propriété intellectuelle (ou dans le contrat de confidentialité, qui est en effet reconnu comme un droit de propriété intellectuelle en vertu des ADPIC). L'Accord des ADPIC et les conventions de l'OMPI ne sont donc pas directement applicables à cette situation; la question est de savoir si les fonds proposés enfreignent les lois nationales qui reflètent ou mettent en œuvre les ADPIC et d'autres conventions internationales.

Par conséquent, les questions strictement juridiques sont assez claires. En ce qui concerne les droits des brevets internationaux, les droits des brevets individuels sont :

- Accordés aux niveaux national ou régional (il n'existe pas de droit privé pour les brevets internationaux dont on peut bénéficier ou que l'on peut exercer au-delà de la portée de la loi nationale ou régionale),
- Indépendants les uns des autres (à part pour certains droits de procédure, à appliquer ou à accorder pour un brevet dans un pays qui ne crée pas directement de droit pour des droits de brevets équivalents dans autre pays, et annuler un brevet dans un pays ne l'annule pas ailleurs), et
- Applicable uniquement dans les limites de la juridiction où ils ont été accordés (de sorte que l'octroi dans un pays n'établisse pas de droits visant à éviter que d'autres utilisent l'élément breveté ailleurs)

Par conséquent, il est tout à fait possible pour le propriétaire d'un brevet d'un pays de ne pas avoir le droit d'utiliser la même technologie brevetée dans un autre pays dans lequel un même brevet serait en vigueur (ceci pourrait se produire au moyen de l'attribution du droit du brevet, de l'octroi d'une licence exclusive, ou de l'élaboration indépendante de la même invention dans un second pays). En d'autres termes, il est possible que même si une personne est habilitée à utiliser une invention brevetée dans un pays (parce qu'elle possède le brevet ou la licence), elle pourrait ne pas pouvoir l'utiliser dans un autre pays, dans le cas où elle ne posséderait pas ou n'aurait pas la licence.

L'existence du droit d'un brevet dans un pays ne donne pas la capacité d'interdire l'utilisation de l'invention dans tout autre pays (bien sûr, la situation est légèrement différente pour les brevets régionaux, comme les brevets européens, mais dans ce cas, ils ne peuvent aller au-delà du pays dans le cadre du système régional). S'il n'y a pas de brevet en vigueur dans un pays particulier, alors les droits de brevets ailleurs ne s'appliquent pas à l'utilisation de l'invention dans ce pays (bien sûr, les licences et les autres contraintes peuvent s'appliquer, et l'importation subséquente ou la fourniture de services dans un pays où les droits des brevets peuvent s'appliquer serait problématique). Les traités internationaux comme ceux des ADPIC et de l'OMPI ne permettent pas aux droits des brevets autorisés dans un pays d'être appliqués ailleurs ; les propriétaires de la technologie doivent suivre des étapes spécifiques afin d'obtenir la protection du brevet dans chacun des pays ou régions où ils souhaitent bénéficier des droits des brevets.

La situation est donc claire d'un point de vue juridique. Le Secrétariat du Fonds multilatéral décide de soutenir l'utilisation d'une technologie dans un pays lorsque la technologie est protégée par un brevet dans un autre pays mais qu'elle n'est pas brevetée dans le pays d'utilisation, alors il ne devrait pas y avoir de contrainte, pas plus que la conduite à droite en Suisse n'enfreint le code de la route britannique. En dehors de toute obligation contractuelle, il ne devrait pas y avoir d'interdiction juridique ou morale à utiliser ou à financer une technologie qui n'est pas soumise aux droits de brevets en vigueur dans le pays d'utilisation, même s'il existe des brevets en vigueur ailleurs.

Vos questions concernent également le fait de savoir si la technologie fait partie du « domaine public ». On peut interpréter cette question de deux façons : soit la technologie a été publiée, et on sait qu'elle est donc devenue disponible dans le public ; soit la technologie ne s'applique pas aux droits de propriété intellectuelle applicables (généralement, ou les droits des brevets ou les contraintes de confidentialité) qui contraindraient son utilisation ou sa divulgation éventuelle. Dans la première notion, celle consistant à savoir si la technologie est disponible dans le public, presque toutes les technologies pour lesquelles des droits de brevet sont demandés sont publiées environ 18 mois après le moment où la première application du brevet est demandée. En d'autres termes, il est normalement possible pour tout membre du public d'accéder à la description détaillée de la technologie, bien avant que le droit du brevet ne soit accordé, et normalement environ 18 mois après la date de la première demande de droit de brevet. Bien sûr, la question de savoir si la technologie fait partie du « domaine public » dans la deuxième notion, soit celle consistant à ce qu'elle soit disponible pour être utilisée par le public dépend si (et surtout où) les droits de propriétés applicables existent.

La technologie qui est traitée comme un secret commercial ou considérée comme confidentielle ne se trouve pas, par opposition, dans le domaine public, que ce soit dans le cadre de la première notion, ou de la deuxième notion – on sait qu'elle n'est pas accessible au public, et que par conséquent, le public ne peut pas l'utiliser (bien que tout membre du public qui développe une technologie sans violer une obligation de confidentialité – par exemple, en développant une ingénierie inverse ou en l'inventant de façon indépendante – peut bien sûr l'utiliser).

Il est important de garder également à l'esprit que la plupart des technologies sont composées, en pratique, et peuvent comprendre à la fois une technologie brevetée et un savoir-faire confidentiel, et qu'elles peuvent être couvertes par des droits détenus par différents propriétaires. La mise en oeuvre réussie d'une technologie brevetée peut nécessiter la négociation de droits d'utilisation d'une technologie connexe couverte par un brevet distinct, détenu par une tierce partie. En d'autres termes, ça n'est pas parce qu'une technologie est couverte par un brevet que le propriétaire de ladite technologie ou dudit brevet a la liberté d'utiliser cette technologie – parce que l'utilisation de la technologie peut également enfreindre les droits de brevet d'une tierce partie (ou d'autres droits). En bref, que le propriétaire d'une technologie demandée détienne également ou non des droits de propriété intellectuelle, tels que des droits de brevet, ne détermine pas le fait que le propriétaire a le droit d'utiliser ladite technologie sans enfreindre les droits de propriété intellectuelle d'autres parties.

Un droit breveté n'est pas un droit d'exploitation d'une technologie : il s'agit plutôt d'un droit d'empêcher les autres d'utiliser une technologie protégée. Par conséquent, les détenteurs de brevet peuvent bien avoir à négocier « la liberté d'utilisation » avec d'autres parties qui détiennent des droits sur des brevets avant qu'ils n'exploitent activement leurs propres brevets.

Par conséquent, il pourrait être moins important de vérifier si une technologie appartient ou non au « domaine public », mais plutôt de voir si :

- Elle a été divulguée publiquement ou non (si c'est le cas, elle ne peut donc pas être soumise à la protection de la confidentialité/du secret commercial).
- Les droits de brevet couvrent ou non la technologie, que ce soit actuellement ou dans le futur.
- Qui possède les droits de brevet concernés (y compris ceux concernant la technologie en soi, et les droits de brevet qui peuvent s'appliquer à la mise en oeuvre de la technologie), et où ces droits s'appliquent.

Après vous avoir donné le contexte, voici comment je traiterai vos deux questions.

« Lorsque le Fonds étudie la mise à disposition d'un financement pour une technologie qui doit être mise en oeuvre dans un pays particulier, et que cette technologie ne se trouve pas dans le domaine public (parce que, soit le propriétaire ne souhaite pas la divulguer, soit elle n'a pas été publiée parce qu'elle fait actuellement l'objet d'un processus de demande), quelles mesures le Fonds doit-il s'assurer de prendre si l'utilisation de la

technologie est financée, pour qu'elle ne soit pas en situation de non-conformité par rapport aux dispositions de l'OMPI/ADPIC? »

Sur ce point, cela dépend surtout si le « propriétaire » a un financement pour mettre en oeuvre la technologie, et, s'il n'est pas propriétaire, si la mise en oeuvre de la technologie peut être menée dans une juridiction dans laquelle le propriétaire a des droits réels, ou éventuels, ou des droits ailleurs.

- (i) Si en effet, le propriétaire doit obtenir un financement, alors la question de la conformité avec les dispositions des ADPIC et de l'OMPI n'est pas directement soulevée, et au contraire, la question est de savoir si en mettant en oeuvre ou non la technologie, le propriétaire enfreint les droits de propriété intellectuelle d'une tierce partie – par exemple, les droits des brevets sur les technologies d'arrière-plan sont requis pour mettre en oeuvre la technologie. Que le propriétaire ait demandé ou acquis des droits de propriété intellectuelle n'est pas important en soi, à moins que le Fonds ne souhaite que le propriétaire ne se trouve dans une position où il pourrait empêcher les autres d'utiliser la technologie ou que le Fonds souhaite s'assurer que les autres peuvent être libres d'utiliser ladite technologie.
- (ii) Si ça n'est pas le propriétaire qui doit obtenir le financement, mais une tierce partie, alors la question principale est de savoir si le propriétaire a demandé, ou protégé les droits de la technologie, qui pourraient s'exercer dans la juridiction où le financement utilisé doit se produire (la question des exportations possibles est également discutée ci-dessous).

Enfin, et dans les deux cas, la question est de savoir si l'utilisation proposée de la technologie viole les droits de propriété intellectuelle que l'utilisateur du financement ne possède pas, dans les juridictions dans lesquelles l'utilisation financée pourrait se produire. Il existe toute une série de mesures pratiques possibles que le Fonds pourrait prendre dans cette situation : exiger des garanties de l'utilisateur de la technologie qu'il n'enfreindra pas le droit, ce qui demande la diligence nécessaire pour mener les recherches sur les brevets accordés ou sur les demandes de brevets ayant des effets éventuels sur la juridiction concernée, et mener ou ordonner soit-même des recherches indépendantes et une évaluation de la situation du brevet.

Si la technologie « ne se trouve pas dans le domaine public » dans le sens où elle n'a pas été divulguée publiquement, alors la principale difficulté serait d'évaluer la technologie (y compris la légalité de son utilisation) d'un point de vue indépendant : la technologie devrait divulguer la technologie dans la mesure nécessaire, sous réserve des accords de confidentialité qui seraient requis. Si la deuxième notion de « ne se trouvant pas dans le domaine public » s'applique, c'est-à-dire que l'utilisateur qui a un financement détient les droits de propriété intellectuelle sur la technologie, alors le propriétaire pourrait devoir accorder toutes les licences nécessaires pour les droits réels ou éventuels afin d'autoriser l'utilisation financée de se produire, et de permettre tout essai, approbation réglementaire ou évaluation.

« Deuxièmement, si une demande de brevet a été finalisée dans le pays concerné, alors la technologie fait partie du domaine public et ceci devra être indiqué dans le processus de brevet, à savoir que la technologie enfreint ou non une autre technologie déjà brevetée dans la juridiction. Si ça n'est pas le cas, une fois encore, il y aura des exigences supplémentaires de l'OMPI/ADPIC dont le Fonds ou ses agents devront tenir compte »

La technologie fera partie du domaine public, dans le sens où elle devra être à la disposition du public, qui pourra l'examiner, bien avant que le droit de brevet ne soit accordé. En d'autres termes, les demandes devront faire partie du domaine public lorsqu'elles seront en cours de processus, et avant que toute décision ne soit prise concernant leur validité. De plus, l'examen d'un brevet ne mène pas à une décision concernant la question de savoir si l'utilisation de la technologie demandée enfreint ou non les autres droits du brevet. Certaines juridictions ne donnent pas de jugement important sur la validité d'une demande de brevet. S'il y a un examen important, cela mène à un jugement quant à savoir si l'invention demandée est originale et pas évidente, si l'on tient compte de ce que l'on connaît déjà (y compris la technologie divulguée précédemment dans les documents des brevets) – cela ne mène pas à la question de savoir si la technologie demandée viole ou non les droits de brevet existants. Il arrive souvent que les droits de brevet valides et subséquents soient accordés à un inventeur faisant partie du champ d'application de droits de brevets valides et existants d'un autre inventeur. D'autre part, l'examen approfondi de la demande de brevet doit fournir des informations sur les droits pertinents pouvant être en conflit avec la technologie en question, et donc le processus d'application du brevet donne d'autres informations sur les conflits possibles, en plus de toute recherche indépendante de la documentation des brevets. Si le droit du brevet est refusé, étant donné que l'invention demandée a été anticipée directement par un autre brevet (et que ce brevet est en vigueur dans la même juridiction), ceci poserait bien sûr un problème.

Donc, si le propriétaire de la technologie a obtenu un droit de brevet dans la juridiction où la technologie doit être utilisée, il pourrait y avoir des questions de « liberté d'utilisation » identiques à celles qui s'appliqueraient si un droit du brevet avait été demandé ou a été refusé. Toutefois, ces questions n'ont aucun lien direct avec les dispositions des conventions de l'OMPI ou des ADPIC, mais il faut faire preuve de prudence et de sens pratique lorsqu'on évalue l'utilisation financée d'une technologie qui pourrait enfreindre les droits de propriété intellectuelle d'autres parties, et prendre les mesures nécessaires pour se protéger contre cette éventualité. Il est tout à fait nécessaire de soulever cette question, que le propriétaire d'une technologie financée demande ou a protégé les droits de propriété intellectuelle lui appartenant. On pourrait supposer que si le propriétaire de la technologie a protégé les droits de propriété intellectuelle, il aura la liberté de les utiliser. D'autre part, la possession de droits de propriété intellectuelle relatifs à une technologie plus moderne pourrait être utile pour négocier une licence à utiliser dans le futur, une technologie dont le brevet est plus large et qui est nécessaire à l'utilisation de la technologie avancée.

En ce qui concerne la question des juridictions applicables, il y a une considération pratique applicable. Si le bien ou le service breveté doit évoluer dans un pays où le brevet est en vigueur, alors les droits de brevet pourront être appliqués : ceci s'applique aussi aux produits qui ont été produits dans un pays au moyen d'un processus breveté dans le pays importateur, même si le processus est réellement mené dans les pays exportateurs. Par exemple, si un brevet canadien

concernant un processus protégeant l'ozone pour la fabrication des réfrigérateurs ou la préparation des frigorigènes, et qu'il n'existe pas de brevet correspondant en Australie, alors un fabricant australien pourra utiliser le processus de fabrication des réfrigérateurs, et vendre des réfrigérateurs sans contrainte sur le marché national australien.

Toutefois, puisque le processus breveté a été utilisé pour produire des réfrigérateurs, toute tentative d'exportation des produits finis au Canada pourrait entraîner une violation du brevet canadien. S'il y a des chances que les fonds utilisés pour la technologie produisant des biens pour les marchés d'exportation, alors il serait nécessaire d'examiner cette question. Dans un sens plus large, c'est une question de liberté d'utilisation qui nécessiterait de mener une recherche sur le brevet dans les marchés d'exportation possibles et de vérifier le statut de tout brevet pertinent afin de vérifier s'ils sont encore en vigueur, et d'ajuster les plans en conséquence. Si les fonds du Secrétariat du Fonds multilatéral ne sont pas déployés par les entreprises qui servent uniquement le marché national, alors il serait suffisant de s'assurer qu'aucuns droits de brevet pertinents n'existent et ne sont en vigueur uniquement dans ce pays.

En ce qui concerne les principes sous-jacents, faciliter l'utilisation de bonne foi d'une technologie dans un pays où le brevet existe pour restreindre cette utilisation n'encourage pas le fait de vouloir enfreindre un brevet.

En effet, les entreprises situées dans des pays en développement sont souvent priées d'utiliser davantage la documentation d'un brevet comme une source de technologie potentiellement valable utilisable immédiatement, si elles ne sont pas brevetées sur le marché national ou sur d'autres marchés potentiels. Ceci pourrait être une bonne façon de s'assurer que la technologie qui est utilisée est relativement à jour. Attendre que les brevets expirent dans d'autres pays avant d'utiliser cette technologie serait un échec et retarderait sans raison l'introduction d'une technologie potentiellement valable, et pourrait même garantir que la technologie financée serait généralement dépassée et moins efficace pour atteindre les objectifs requis qu'une technologie plus récente. Cela ne servirait à rien de demander une autorisation de technologie pour l'utiliser dans un pays, sur la base d'un brevet dans un autre pays (ce qui est plus important, c'est que la situation diffère s'il est nécessaire d'accéder ou d'utiliser la technologie connexe ou le savoir-faire qui feront que cette technologie sera plus efficace, mais vous avez indiqué que cette question se rapportait uniquement à la portée des droits des brevets). En précédant l'occasion de demander un droit de brevet dans un pays particulier, que ce soit par manque d'intérêt ou de ressources, le détenteur du brevet a implicitement renoncé à tout droit d'utilisation restreinte de la technologie dans ce pays. Une fois que la demande de brevet est publiée dans un pays, elle peut être normalement considérée comme faisant partie du domaine public dans tout autre pays où aucun droit de brevet n'a été demandé, dans le sens où il peut être librement utilisé. Il faut également tenir compte des questions de délais, et il serait recommandé de demander l'avis d'un expert sur la situation d'une technologie brevetée particulière avant (ceci mène à la question de la diligence nécessaire et de la liberté de procéder à des analyses, ce qui est d'une importance vitale pour les questions pratiques, au-delà de la portée de ce commentaire).

En guise de conclusion, je pense que la question consiste à savoir si la technologie concernée se trouve ou non dans le domaine public ou si le propriétaire de ladite technologie possède les droits de propriété intellectuelle. En raison de la nature des droits des brevets strictement territoriale et liée à la juridiction, il est possible qu'une technologie se trouve effectivement dans le domaine public dans un pays, et qu'elle soit soumise à des droits de brevets dans un autre. En effet, la disponibilité générale de la documentation sur le brevet veut dire que la véritable publication de la documentation du brevet fait que la technologie fait partie du domaine public dans l'ancien pays, puisque le document du brevet serait disponible même si les droits de brevet réels ne s'appliquent pas.

La question clé concerne davantage la liberté d'utilisation, et on ne peut l'évaluer qu'au moyen de recherches par des experts sur les droits de propriété intellectuelle de tierces parties, en vigueur dans les juridictions où la technologie doit être utilisée ou dans lesquelles les produits englobant la technologie (y compris un processus breveté) doivent être exportés.

J'espère que mes commentaires auront éclairé votre question. Si ça n'est pas le cas, ou si vous avez besoin d'éclaircissements supplémentaires, n'hésitez pas à me contacter et je me ferais un plaisir d'y répondre.

Je vous prie de recevoir les meilleures salutations.

Antony Taubman  
Director (Acting)  
Global IP Issues Division  
World Intellectual Property Organisation