

**LA BREVETABILITÉ DES INVENTIONS BIOTECHNOLOGIQUES**  
ÉTAT DES QUESTIONS APRÈS LES LOIS DU 6 AOÛT ET DU 8 DÉCEMBRE 2004  
Colloque Université de Lille 2 – Droit et Santé  
2 décembre 2005

## **APPROCHE SOCIO-POLITIQUE DES QUESTIONS DE BREVETABILITÉ**

*par Bertrand Warusfel,  
Professeur à l'Université de Lille 2*

L'adoption et la transposition de la directive du 8 juillet 1998 sur les inventions biotechnologiques ont suscité d'importantes controverses politiques et juridiques. On perçoit derrière celles-ci l'écho de débats plus profonds qui s'intègrent dans un contexte d'interrogations critiques sur le modèle d'une société technique et mondialisée.

Mais ces débats socio-politiques, très visibles dans le dossier des inventions biotechnologiques, sont également présents, avec plus ou moins d'acuité, dans tous les champs du droit des brevets contemporain.

Après avoir identifié que les dimensions principales du débat socio-politique autour du brevet (1.), on évoquera rapidement deux aspects particuliers de la controverse sur les inventions biotechnologiques, qui nous paraissent caractéristiques des enjeux actuels du débat sur la brevetabilité : d'une part, la discussion autour de la technique considérée en tant que critère de la brevetabilité (2.) et, d'autre part, la complexité qui résulte dans l'articulation entre le droit des brevets et le droit communautaire (3.).

### **1. Les différentes dimensions du débat socio-politique autour du brevet**

On peut considérer que le débat socio-politique autour du brevet comporte trois dimensions qui interagissent plus ou moins directement entre elles : une dimension économique, une dimension philosophico-politique et une dimension institutionnelle de puissance.

a) la dimension économique est dominée par la question de l'utilité économique du brevet comme moyen de production de richesse et de régulation des marchés. Longtemps considérée comme allant de soi, cette utilité est aujourd'hui fréquemment mise en doute. D'un côté, les économistes peinent parfois à en rapporter la preuve concrète, au travers de leurs études économétriques et statistiques. De l'autre, le principe même du brevet en tant que moyen de constituer un monopole temporaire est souvent considéré comme inadapté au mouvement d'une économie très concurrentielle et qui est de plus en plus basée sur la circulation de l'information.

b) ce débat économique sur l'utilité du brevet trouve un relais dans une discussion plus "sociétale" (c'est-à-dire touchant aux choix collectifs qui déterminent les valeurs dominantes d'une société). La notion de brevet renvoie à celle de propriété (même s'il s'agit d'une propriété particulière, limitée et temporaire) et donc à une logique d'appropriation. Or, nos

sociétés d'interrogent de plus en plus sur les limites de ce qui est appropriable (et donc de ce qui ne l'étant pas, constituent des biens collectifs) et sur l'étendue du champ de la sphère marchande, en particulier dans les nouveaux domaines de l'immatériel (culture, loisirs, ...). Les oppositions très dures qui se sont manifestées lors des débats autour du projet de directive concernant la brevetabilité des inventions logicielles, ou encore s'agissant des OGM (supposés être généralement protégés par brevet) ont montré que ces questions exercent aussi leur influence dans le champ du brevet.

c) enfin, la définition d'une politique en matière de brevet renvoie aussi à des considérations plus pragmatiques, celles des enjeux d'influence et de puissance entre les grandes régions du monde. Entre un Amérique du Nord très impliquée dans un usage intensif et croissant du brevet et une Asie qui modifie depuis quelques temps son attitude vis-à-vis de la propriété intellectuelle, l'Europe s'interroge sur la manière de mener une politique de brevet qui concoure, non seulement à la prospérité des entreprises sur le marché européen, mais aussi à conserver au continent européen un poids significatif dans la maîtrise des technologies majeures. Le brevet est donc aussi un instrument géo-économique, voire géo-politique.

## **2. La technique comme critère de la brevetabilité**

Les difficultés pour adopter puis transposer la directive de juillet 1998 ont bien montré que le débat autour des inventions biotechnologiques n'étaient pas seulement juridiques. Parmi toutes les questions qui ont été soulevées (et en dehors de celles qui touchent directement à la conception de l'être humain et de la vie, qui relèvent plutôt du débat philosophique qui sera évoqué par un autre intervenant), l'une d'entre elle paraît très caractéristiques des enjeux socio-politiques indirects de la question. Il s'agit de celle du statut de la technique.

La notion même de technique et sa relation avec le champ social et politique a toujours été un sujet sensible du débat intellectuel contemporain. Pour n'emprunter qu'à un seul auteur français issu des facultés de droit, c'est Jacques Ellul qui publia à la fin des années 50, son fameux ouvrage "La technique ou l'enjeu du siècle". On peut penser que la civilisation industrielle dont nous sortons a été toute entière marquée par l'importance majeure de la technique, maillon indispensable entre la science et l'application industrielle. Et beaucoup estiment que la société post-industrielle dans laquelle notre siècle entre, va se construire autour d'un nouveau postulat des relations entre technique et société. Dans cette perspective, toute l'agitation critique fédérée par la mouvance "altermondialiste" et écologiste témoigne d'une forte opposition (minoritaire, mais réelle) à la dimension excessivement technicienne de nos sociétés modernes.

Mais le rapport à la technique est aussi une question essentielle du droit des brevets, spécialement en Europe. Et elle prend un relief particulier et extrême dans le domaine de la brevetabilité des inventions biotechnologiques.

A la différence des États-Unis, l'Europe ne se contente pas des trois critères classiques de la brevetabilité (nouveau, activité inventive et application industrielle). La Convention de Munich (et surtout son application par les chambres de recours et les tribunaux) y ajoute une condition supplémentaire, implicite dans le texte : celle du caractère technique de l'invention. Mais cette notion non définie est susceptible de prendre différentes acceptions suivant les

domaines et les époques. On se souvient du célèbre arrêt de 1969 de la Cour suprême allemande (Rote Taube) qui définit le brevetable par référence à la mise en œuvre de forces naturelles contrôlables.

Cette exigence de technicité prend un relief très particulier dans le domaine biotechnologique. On notera d'abord que le qualificatif même de " biotechnologique" sous-entend clairement qu'il ne peut y avoir d'invention purement biologiques mais que l'on protège bien l'utilisation d'une matière vivante dans un processus technique.

Mais la complexité est accrue par le fait qu'en cette matière, la prise en compte de la dimension technique ne suffit pas toujours à marquer bien nettement les domaines respectifs de la découverte et de l'invention. Alors que dans tous les autres domaines d'application, la découverte s'entend de l'identification d'un élément ou d'une loi naturelle préexistante et l'invention de la manière nouvelle dont on va tirer un effet technique des enseignements de la science, le domaine du vivant (et la directive de 1998) complique la fixation de cette frontière.

C'est le cas lorsque l'article 3.2. prévoit qu'"une matière biologique isolée de son environnement naturel ou produite à l'aide d'un procédé technique peut être l'objet d'une invention, même lorsqu'elle préexistait à l'état naturel". On en comprend qu'une matière existant dans la nature peut devenir appropriable dès lors que sa reconstitution artificielle est possible techniquement. Il en va de même pour l'élément isolé du corps humain (art. 5.2.). Quant à la séquence d'ADN, elle peut devenir appropriable dès lors que son découvreur en a identifié (après de nombreux tests) une fonction utile.

Touchant ainsi, du fait des nécessités particulières du domaine, aux critères traditionnels de fixation de la frontière découverte/invention, la directive de 1998 a suscité logiquement un certain trouble, certains estimant que le rôle régulateur dévolu à la technicité n'était plus suffisamment assurée ici, ce qui ouvrait la route à des dérives (c'est-à-dire à l'appropriation privative de résultats essentiellement scientifiques et thérapeutiques). On a d'ailleurs revu dans un autre domaine réapparaître des discussions proches sur le statut et le contenu de la technique à l'occasion de la controverse qui a abouti en juillet 2005 au rejet définitif par le Parlement européen du projet de directive sur les inventions dans le domaine logiciel.

Toujours est-il que cette querelle sur la technique (et les prolongements éthiques et philosophiques qu'on a voulu parfois lui donner) a sans doute été à l'origine de la transposition imparfaite que la France a faite de cette directive, notamment dans le nouvel article L.611-18 CPI.

### **3. La complexité politique et juridique à articuler droit des brevets et droit communautaire**

C'est en effet la relation difficile entre droit communautaire et droit des brevets qu'illustre bien ce domaine des biotechnologies.

Signalons en effet qu'en matière de brevet, le droit communautaire se trouve dans une situation paradoxale. Alors que l'on considère souvent que le brevet est parmi les droits de propriété intellectuelle l'un des plus sensibles tant vis-à-vis du droit de la concurrence que du

point de vue de la promotion et du soutien de la croissance économique (deux soucis fort de l'Europe communautaire), l'Union n'a pas les mains libres dans ce secteur.

C'est en effet la Convention de Munich de 1973 et l'OEB qui fixe la norme et l'applique sur tout le territoire de l'Union. Or, il s'agit là de deux ordres juridiques distincts qui ne peuvent communiquer ensemble directement. L'Union ne peut directement faire évoluer l'OEB (ce que certains reprochent, considérant qu'il y a de ce fait un déficit démocratique dans la politique de brevet, tenue uniquement par une organisation intergouvernementale autonome). En revanche, tant l'OEB que l'Union peuvent influencer la pratique nationale des États membres. Ce sont les États membres qui appliquent leur droit national aux effets sur leur territoire du brevet européen délivré. Quant à l'Union, elle peut par la voie législative (directive ou règlement) influencer sur les droits des brevets nationaux.

A la différence de ce qui se passe en matière de marques, de modèles, voire partiellement en matière de droit d'auteur, c'est donc indirectement que l'Union et la Commission cherchent à agir en matière de brevet. On peut schématiser cette action latérale en deux interventions : aval et amont.

L'intervention aval consisterait à ce qu'un brevet communautaire soit mis en place à partir des brevets européens délivrés. L'OEB deviendrait ainsi le prestataire de services de l'Union européenne. Mais ce processus relancé il y a quelques années piétine à nouveau, ce qui montre bien les résistances à faire de la place à l'Union en cette matière.

L'intervention amont consiste à intervenir sur les règles de fond du droit des brevets en Europe, pour contraindre les États membres et influencer indirectement l'OEB. Mais le cœur du droit des brevets et des conditions de brevetabilité est trop bien assuré par la Convention de Munich et sa jurisprudence pour pouvoir être remis en cause ou orienté par l'action communautaire. Cela conduit nécessairement la Commission à recherché des domaines d'intervention aux marges des règles définies par la Convention de Munich. Outre l'encadrement par le droit de la concurrence des contrats de licence et de transfert de technologie, c'est ce qu'elle a fait en adoptant la directive de 1998 sur les inventions biotechnologiques et en tentant de faire aboutir son projet sur les inventions mises en œuvre par ordinateur.

Cette action indirecte est intelligente et cherche à profiter des faiblesses du dispositif "adverse". Mais elle a aussi l'inconvénient de venir chercher le droit des brevets là où il a des difficultés à s'établir et à se stabiliser. D'où des difficultés récurrentes au niveau politique mais aussi institutionnel, dans les opinions publiques et entre les États, l'OEB et l'Union.

Dans ce sens aussi, le débat et les difficultés autour de la directive de 1998 et de sa transposition illustre bien une des particularités politiques et institutionnelles du droit des brevets en Europe.

Bertrand Warusfel  
*décembre 2005*