

La révision du droit des brevets de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)

Nicole MATIP⁺

Lex Electronica, vol. 13 n°1 (Printemps / Spring 2008)

<http://www.lex-electronica.org/articles/v13-1/matip.htm>

<http://www.lex-electronica.org/articles/v13-1/matip.pdf>

INTRODUCTION.....	2
I. LES CONDITIONS D'OBTENTION DU BREVET EN DROIT DE L'OAPI	5
A. LES CONDITIONS DE FOND	6
1. <i>Les inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs</i>	7
2. <i>Les conditions de brevetabilité</i>	9
a. La Nouveauté	9
b. La condition d'activité inventive.....	11
c. La condition d'application industrielle	12
B. LES CONDITIONS DE FORMES DE LA DEMANDE DE BREVET EN DROIT DE L'OAPI	13
II. LES PROBLÈMES DE MISE EN ŒUVRE DES NOTIONS DE NOUVEAUTÉ, D'ACTIVITÉ INVENTIVE ET D'APPLICATION INDUSTRIELLE PAR LES PAYS DE L'OAPI.....	14
A. LES PROBLÈMES DE MISE EN ŒUVRE DU FAIT DE L'ADPIC.....	14
1. <i>La durée de vie du brevet</i>	14
2. <i>L'obligation d'exploiter</i>	15
B. LE RENFORCEMENT DES PRÉROGATIVES DU BREVETÉ DU FAIT DE L'ACCORD DE BANGUI DE 1999	19
1. <i>L'élargissement de la notion d'exploitation du brevet aux actes de contrefaçon par le droit de l'OAPI</i>	19
2. <i>L'adoption par l'OAPI d'un système d'épuisement qui n'est toujours pas à l'avantage de ces pays</i>	19
3. <i>L'absence d'un dispositif suffisant de contrôle des pratiques anti-concurrentielles</i>	21
4. <i>Les problèmes liés à la mise en œuvre de l'annexe X de l'Acte de Bangui de 1999</i>	24
5. <i>L'absence d'infrastructures pour la mise en œuvre des flexibilités de l'ADPIC</i>	26
CONCLUSION.....	27

⁺ Stagiaire postdoctorale. Courriel: Nicole.matip@umontreal.ca.

Introduction

Sur la coupole du bâtiment de l'*Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle* (OMPI) à Genève, est inscrit : «De l'esprit humain naissent les œuvres d'art et d'invention. Ces œuvres assurent aux hommes la dignité de la vie. Il est du devoir de l'Etat de protéger les arts et les inventions ». La protection de la propriété industrielle relève de ce principe. On distingue deux composantes à la propriété intellectuelle à savoir, d'une part, la propriété industrielle et, d'autre part, le droit d'auteur et les droits voisins. Si le droit d'auteur et les droits voisins concernent essentiellement les domaines littéraires et artistiques, la propriété industrielle a trait quant à elle aux domaines industriels et commerciaux, bien que la frontière entre ces deux domaines ne soit pas aussi franche. La propriété industrielle concerne un certain nombre de droits exclusifs, utilisables dans le domaine de l'industrie et du commerce. Tous ces droits ont en commun de porter sur des objets immatériels, en ce sens qu'ils ne peuvent être appréhendés matériellement, à la différence des immeubles et des meubles corporels ce qui exclut la possession¹.

Le développement de l'industrie et des échanges commerciaux au cours du XIX^{ème} siècle, conduisirent à la conclusion d'accords inter-Etats qui aboutirent à la signature de conventions à caractère mondial dominées par trois grands textes que sont : la *Convention de l'Union de Paris* (CUP) du 20 mars 1883, le *Traité de coopération en matière de brevets* (*Patent Cooperation Treaty*) du 19 Juin 1970 et l'annexe des *Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce* (ADPIC) des *Accords de Marrakech* du 15 avril 1994.

La *Convention de l'Union de Paris* fût la première convention à caractère mondial qui aboutît, le 20 mars 1883, à une convention signée à Paris entre onze pays, donnant naissance à une «Union pour la protection de la propriété industrielle ».

Cette convention, intitulée « Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle » fut révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à la Haye, le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, où elle fût modifiée le 28 septembre 1979.

Dans son article premier, la CUP définit les objets de la protection de la propriété industrielle que sont les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins et modèles industriels, les marques de fabrique et de commerce, les marques de services, le nom commercial, les appellations d'origine et les indications de provenance, la répression de la concurrence déloyale. Cette convention impose à ses membres un certain nombre de règles qui sont :

- l'obligation de créer un service spécial de la propriété industrielle et un dépôt central pour la communication au public des brevets d'invention, des modèles d'utilité, des dessins et modèles industriels et des marques de fabrique et de commerce (article 12)
- le traitement national pour tous les ressortissants des Etats membres de l'Union (article 2(i))
- le droit de priorité unioniste (article 4)

S'agissant de la première règle, les pays doivent instaurer un service de propriété industrielle et un dépôt central pour la communication au public des brevets, dessins et modèles et marques. Le

¹ P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil - Les biens, La publicité foncière*, 5^{ème} éd., Paris, Cujas, 2002, p.66.

service doit publier un bulletin périodique contenant certaines informations relatives aux demandes déposées.

La deuxième règle implique que les Etats Membres ont l'obligation de traiter le ressortissant d'un Etat Membre de l'Union comme leurs propres ressortissants et ce, en vertu de l'article 2(i) de la CUP qui indique que :

[l]es ressortissants de chacun des pays de l'Union jouiront dans tous les pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévues par la présente Convention. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des formalités imposées aux nationaux.

Enfin, la troisième règle permet au ressortissant d'un Etat Membre de l'Union de disposer d'un an pour les brevets d'invention et les modèles d'utilité, et de six mois pour les dessins et modèles industriels ainsi que pour les marques de fabrique et de commerce suivant la date du premier dépôt, pour établir la protection internationale de son droit de propriété industrielle. Cette priorité naît d'un dépôt régulier d'un titre de propriété industriel dans un autre pays de l'Union et permet ainsi de sécuriser les dépôts multiples. L'article 2(1) CUP prévoit l'assimilation des unionistes aux nationaux. Selon ce principe, un étranger membre de l'Union bénéficiera dans n'importe quels pays membres de l'Union des mêmes droits et obligations qu'un ressortissant de ce pays.

La CUP a pour but principal de renforcer la coopération entre les Etats membres afin d'assurer une protection appropriée des droits de propriété industrielle. De plus, la CUP permet aux Etats membres de prendre séparément, entre eux, des arrangements particuliers pour la protection de la propriété industrielle à la condition que ces arrangements ne contreviennent pas aux dispositions de l'article 19. C'est ainsi qu'ont été conclus divers arrangements comme l'*Arrangement de Madrid pour l'enregistrement international des marques* (1891) modifié par le *Protocole de Madrid* (1989) ainsi que l'*Arrangement de Lisbonne pour la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international* (1958).

Outre ces arrangements, la CUP permet la conclusion d'accords regroupant un certain nombre d'Etats qui délèguent à un organisme supranational le rôle de service de propriété industrielle prévu à l'article 12. C'est ainsi que l'*Accord de Libreville* (1962) a créé un *Office Africain et Malgache de la Propriété Industrielle* (OAMPI) regroupant douze Etats. Cet accord modifié à Bangui (1977) a abouti à la création de l'*Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle* (OAPI) qui regroupe actuellement seize Etats². Toutefois, la CUP ou le *Traité de Coopération en matière de brevet* ne prévoyaient aucune harmonisation des législations entre les Etats membres. Le demandeur d'un brevet (sous entendu un titre de propriété industrielle) devait connaître les législations de chacun des pays dans lesquels il revendiquait un brevet.

Le lien entre le système de la propriété intellectuelle et le commerce mondial a été mis en relief par l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), par lequel de nombreux pays dont la majorité des pays en développement (PED) sont liés. Cet accord conditionne l'accès au système de préférences commerciales établi dans le cadre de l'*Organisation Mondiale du Commerce* (OMC). La plupart des PED qui sont Membres de

² Au nombre de ces États, on retrouve: le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, la Mauritanie, le Niger, la République Centrafricaine, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

l'OMC doivent remplir les conditions prescrites par cet accord à la date du 1^{er} janvier 2000. L'ADPIC qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995 est, à ce jour, l'accord multilatéral le plus complet en matière de propriété intellectuelle. L'ADPIC est fondé sur les principes établis il y a un siècle dans la CUP à savoir le principe du traitement national et le principe de la nation la plus favorisée.

Il est le second grand instrument mondial concernant les droits de propriété intellectuelle, après la CUP. Cet accord vise, d'une part, à harmoniser et à renforcer les droits de la propriété intellectuelle à travers le monde, mais impose aussi l'adoption par les Etats Membres de règles minimales. L'un des buts recherchés par les rédacteurs de l'ADPIC était d'établir un juste équilibre entre les détenteurs de droits de propriété intellectuelle et les utilisateurs de ces droits.

Nous nous posons la question de savoir si ce but est atteint dans la mesure où les règles minimales imposées par l'ADPIC semblent opter davantage en faveur des détenteurs des droits de propriété industrielle que des utilisateurs de ces droits. Toujours est-il qu'au travers de l'accord et ce, pour assurer un juste équilibre, l'on note aussi bien des dispositions juridiques flexibles à l'égard des PED que des dispositions venant renforcer le monopole du breveté.

Ainsi, pour ce qui est du renforcement du monopole du breveté, les pays membres sont tenus d'accorder au minimum vingt ans de protection par des brevets pour toutes les inventions, y compris les procédés et les produits. Avant l'entrée en vigueur de l'accord, chaque pays était libre de déterminer les domaines non brevetables, la durée de validité des brevets et la liste des droits exclusifs reconnus aux titulaires de brevet. À l'heure actuelle, les brevets doivent être délivrés indépendamment du lieu d'invention ou du domaine technique, qu'il s'agisse d'un produit d'origine locale ou d'importation. Les plantes et les animaux (autres que les micro-organismes) sont explicitement exclus du champ d'application des brevets, de même que les procédés essentiellement biotechnologiques. De plus, il est prévu une protection obligatoire pour les variétés végétales, qui peut être assurée au moyen de brevets ou d'un système *sui generis* efficace (article 27.3b).

Toutefois, les pays ont la faculté de refuser la délivrance des brevets pour des raisons de moralité, d'ordre public ou encore d'utilité dans des procédures médicales comme la thérapie, le diagnostic et la chirurgie. En fait, l'ADPIC, en matière de brevet, par exemple, énumère les conditions de brevetabilité à savoir la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle, sans les définir. Les Etats Membres de l'ADPIC dispose alors d'un large pouvoir d'appréciation³ pour le faire. Utilisées de façon optimale par les PED, ces ouvertures permettraient aussi bien de favoriser l'innovation technologique que d'exclure de la brevetabilité certains objets ou certains produits afin de les rendre plus accessibles aux populations.

En effet, comparativement au Brésil ou à l'Inde qui produisent la technologie ou encore à la Chine qui a la capacité d'adapter la technologie existante, les pays de l'OAPI sont complètement exclus de l'innovation technologique. Ils n'ont pas les moyens de produire de nouvelles technologies, ou du moins une proportion raisonnable de technologie brevetable qui puisse générer des profits considérables sur le marché international⁴. Cela implique le fait que le prix des technologies augmente car leur accès devient ainsi plus difficile pour les pays du Sud. Ces

³ M. DIAS VARELLA, « L'organisation Mondiale du Commerce, les brevets, les médicaments et le rapport Nord-Sud », (2004) 1 *R.I.D.E.* à la p.92.

⁴ *Id.*, p.80.

pays ont donc intérêt à avoir un système de propriété intellectuelle moins rigide, permettant une certaine concurrence entre les entreprises capables de produire ces médicaments⁵.

À cet égard, la mise en œuvre de ces concepts par les pays de l'OAPI au travers de l'*Accord de Bangui de 1999* (Accord de Bangui) montre que ces ouvertures ont été utilisées de façon optimale, du moins en théorie, aussi bien pour le développement industriel et commercial des Etats Membres que pour favoriser l'innovation technologique. Dès lors les termes de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle ont été définis de manière restrictive dans l'objectif d'atteindre les buts précités.

Toutefois, ces dispositions sont difficilement applicables sur le plan pratique car l'OAPI délivre les titres « sans garantie de gouvernement » selon la formule consacrée de Roubier⁶. Les raisons principales sont les moyens limités dont dispose l'Organisation pour instaurer un tel système : cela nécessite un apport financier très important pour qu'il soit véritablement opérationnel (beaucoup d'examineurs, de matériels documentaires). Mais l'OAPI manque aussi bien de personnels qualifiés, que de la documentation technique dans certains domaines. Pour une meilleure efficacité du système, il faudrait une nouvelle analyse des objets de brevets, plus minutieuse c'est-à-dire opérée par des techniciens des bureaux de brevets de ces pays et non pas simplement l'homologation des brevets délivrés par les pays du nord, l'engagement d'un personnel qualifié ainsi que la mise en valeur de l'OAPI.

Il nous appartient donc de mettre en exergue dans une première partie la mise en œuvre des conditions de brevetabilité par les pays de l'OAPI qui se veut assez restrictive et ce, dans le but d'une meilleure industrialisation de ses Etats Membres. La deuxième partie de notre travail consistera à démontrer que cet objectif est difficilement atteignable sur le plan pratique car l'OAPI se heurte à plusieurs problèmes juridiques. Ces problèmes sont aussi inhérents à l'ADPIC lui même (élargissement de la notion d'exploitation, la durée de vie du brevet, la notion d'obligation d'exploitation qui a changé avec l'avènement de l'ADPIC) qu'au système actuel de l'OAPI, à savoir l'adoption par l'OAPI d'un système d'épuisement qui n'est pas toujours à son avantage, l'absence d'un dispositif suffisant de contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles, les problèmes liés à la mise en œuvre de l'Annexe X relative aux obtentions végétales de l'*Accord de Bangui* et enfin, l'absence d'infrastructures pour la mise en œuvre des flexibilités offertes par l'ADPIC.

I. Les conditions d'obtention du brevet en droit de l'OAPI

La constitution d'un droit de propriété industrielle sur une invention et l'attribution de celle-ci à qui en fait la demande est subordonnée à la satisfaction d'un certain nombre de conditions à savoir les conditions de fond et de formes. Ainsi, pour ce qui est des conditions de fond, l'invention pour être brevetable doit être nouvelle, impliquer une activité inventive et être susceptible d'application industrielle. En outre, elle ne doit pas être contraire à l'ordre public ou bonnes mœurs, d'une part, et, elle ne doit pas appartenir à une catégorie exclue de la brevetabilité, d'autre part.

Pour ce qui est des conditions de formes, selon l'article 14-d de l'Annexe 1 de l'*Accord de Bangui*, son règlement d'application ainsi que les instructions administratives, le contenu de la

⁵ *Id.*, p. 90.

⁶ P. ROUBIER, « Le droit de la propriété industrielle », (1952) *Recueil Sirey - Partie générale*, p. 94.

demande doit comporter une description de l'invention objet de la demande, les revendications qui permettent de déterminer l'objet du droit, les dessins, l'abrégé descriptif, la requête qui est une déclaration selon laquelle un brevet est demandé et enfin, le paiement des taxes de dépôt et de publication.

Toutefois, notre travail se limitera à la mise en œuvre des conditions de fond par le droit de l'OAPI parce qu'elles mettent en relief de façon évidente le lien qui existe entre une utilisation optimale de ces notions et le développement de la capacité technologique ou industrielle de ces pays Membres.

A. Les conditions de fond

L'article 27 de l'ADPIC dispose que :

1. *Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3, un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 65, du paragraphe 8 de l'article 70 et du paragraphe 3 du présent article, des brevets pourront être obtenus et il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale.*
2. *Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation.*
3. *Les Membres pourront exclure de la brevetabilité :*
 - a. *les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux ;*
 - b. *les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoient la protection des variétés végétales par des brevets, par un système sui generis efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord de l'OMC.*

Autrement dit, selon l'article 27, la validité du brevet est soumise à trois conditions, les mêmes que celles connues en droit européen à savoir, l'activité inventive, la nouveauté absolue et l'application industrielle. L'ADPIC n'apporte pas de changement sur ce point. De même, selon l'accord, les membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux, les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques.

Ainsi au regard des conditions de brevetabilité de l'article 27, l'on remarque que cet article parle des éléments qu'une invention doit remplir pour être brevetable sans toutefois les définir de manière très précise. Nous en déduisons qu'il revient aux législations internes de ces pays de

définir de façon très précise la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle ainsi que les contours de la notion d'ordre public et de bonnes mœurs. Les PED pourraient à notre avis saisir cette opportunité pour exclure de la brevetabilité certains produits ou procédés. Dans le domaine des médicaments, cela est d'une importance vitale car il pourrait copier les inventions et les vendre à des prix accessibles aux populations de leurs pays. Cela leur permettrait de faire de la recherche sur ce qui existe déjà, et les breveter toujours dans le sens d'une meilleure accessibilité de ces produits à leur population ou dans le sens du développement de la capacité technologique et industriel des Etats Membres. Tel est le cas des pays de l'OAPI qui ont œuvré dans ce sens comme nous allons le voir dans les développements ultérieurs toujours dans le but d'une meilleure industrialisation de ces pays et dans le sens d'une dépendance moindre à l'égard des technologies étrangères.

Conformément aux dispositions prévues à l'article 27 de l'ADPIC en matière de brevetabilité, l'alinéa 1 de l'article 2 de l'annexe 1 de l'*Accord de Bangui* définit une invention brevetable comme celle qui est nouvelle, implique une activité inventive et est susceptible d'application industrielle. De même, selon l'article 2 de l'Annexe 1 de l'*Accord de Bangui*, « peut faire l'objet d'un brevet d'invention (ci-après dénommé « brevet ») l'invention nouvelle, impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle. ».

En outre, selon l'article.6 de l'Annexe 1 de l'*Accord de Bangui*,

[ne] peuvent être brevetés : (...)

b) les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ; (...)

d) les plans, principes ou méthodes en vue de faire des affaires, de réaliser des actions purement intellectuelles ou de jouer ; (...)

g) les programmes d'ordinateurs ; (...)

Pour certaines inventions, l'*Accord de Bangui* a fait une distinction entre les activités purement intellectuelles et celles qui, bien qu'intellectuelles, ont une application concrète et sont donc brevetables. Au rang de ces exclusions partielles, on note, les simples présentations d'informations (art. 6 (1)f) Annexe 1) et les créations de caractère exclusivement ornementales (art. 6 (1)h) Annexe 1). Toutefois, les notions d'ordre public de bonnes mœurs, ainsi que l'exclusion des végétaux de la brevetabilité prévue par l'article 27.3(b) de l'ADPIC nous intéressent plus particulièrement et mérite de plus amples développements car ces exclusions utilisées de manière efficace peuvent favoriser de manière optimale l'exclusion de certains types de brevets.

1. Les inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs

Ainsi, pour ce qui est la notion de l'ordre public ou de bonnes mœurs, l'exclusion de certaines formes de brevets pour non-conformité à ces notions est traditionnelle dans le droit des brevets de la plupart des pays.

En droit africain, elle était déjà prévue aux termes des dispositions de l'art. 3-1° de l'Annexe I de l'*Accord de Libreville*, disposition reprise par l'*Accord de Bangui* en son article 5a) Annexe 1.

Actuellement, elle figure à l'art. 6(1)a) Annexe 1 de l'*Accord de Bangui* qui indique qu'est exclu de la brevetabilité :

[l'] invention dont l'exploitation est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, étant entendu que l'exploitation de ladite invention n'est pas considérée comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition

légale ou réglementaire.

Pour ces notions d'ordre public et de bonnes mœurs, la législation africaine ne donne pas une définition précise. On peut se référer à l'art. L 611- 17 du *Code de la Propriété Intellectuelle* (CPI) français qui indique que :

Ne sont pas brevetables:

a) Les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire.

b) Les obtentions végétales d'un genre ou d'une espèce bénéficiant du régime de protection institué par les dispositions du chapitre III du titre II du présent livre relatives aux obtentions végétales.

c) Les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés micro biologiques et aux produits obtenus par ces procédés.

Ainsi, l'application de l'art. L 611-17 CPI dépend beaucoup de l'évolution des conceptions de l'ordre public et de bonnes mœurs à une époque et dans une société donnée. Les bonnes mœurs s'entendent des règles de convenance les plus couramment admises et de l'interdiction de porter atteinte à la tranquillité et à la sécurité des citoyens. Il s'agit de normes de conduite conventionnelles adoptées par la société et la civilisation européennes.

L'ordre public répond à une définition beaucoup plus précise. Il est constitué de l'ensemble des règles de droit qui fondent le système juridique. La jurisprudence des chambres de recours de l'*Office Européen des Brevets* (OEB) en donne aussi une définition en sa décision T356/93⁷, selon laquelle, l'ordre public couvre la protection de l'intérêt public et l'intégrité physique des individus, pris en tant que membre de la société. Ceci englobe la paix publique, l'ordre social, la protection de l'environnement.

Pour Mba⁸, ces définitions données par les juges européens ont, a priori, un sens général et pourront être adoptées par les juridictions africaines et servir ainsi aux demandeurs de titres africains de protection de la propriété intellectuelle, et aux examinateurs de l'OAPI. L'absence de critère unique de définition de l'ordre public ou de bonnes mœurs applicables à l'ensemble des Etats de l'OAPI implique que les tribunaux civils de chaque Etats membre, en charge des contestations relatives au droit de propriété industrielle, transposent leurs critères nationaux à la détermination de la notion de l'ordre public ou de bonnes mœurs. D'où la précaution prise par le législateur africain, qui précise à l'article 6(1)a Annexe 1 de l'*Accord de Bangui* que « ladite invention n'est pas considérée comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition légale ou réglementaire ». L'ADPIC prévoit pareilles dispositions en son article 27 al.2.

Les raisons sont nombreuses qui peuvent amener un Etat à interdire l'exploitation d'un brevet. On peut invoquer par exemple, les raisons de défense nationale ou l'existence d'un monopole économique. Les PED et notamment les pays de l'OAPI fondent aussi l'exclusion de certains produits ou objets sur les notions de nouveauté, d'inventivité ou d'application industrielle car l'ADPIC les énumère mais, n'en donne pas de définition précise. Ce qui sous entend que cela

⁷ Décision T353/93, J.O. 1995, 545.

⁸ R.C. MBA, *La protection des inventions en droit de l'OAPI*, Thèse de Doctorat, Université Jean MOULIN LYON III, 2004, p. 99.

relève de la législation interne des Etats Membres. Une application très restrictive de ces notions leur permet d'en exclure un grand nombre d'objets ou de produits pharmaceutiques de la brevetabilité.

2. Les conditions de brevetabilité

a. La Nouveauté

Comme on l'a souligné ci-dessus, l'ADPIC ne définit pas la nouveauté. Autrement dit, la définition relève de la législation interne de chaque Etat Membre ou de chaque région. La nouveauté peut être absolue ou relative. Elle est absolue lorsqu'elle peut être détruite par toute antériorité sans aucune restriction ; elle est relative lorsqu'elle ne peut être détruite que par des antériorités répondant à des conditions déterminées liées soit à une limite temporelle, soit à une limite territoriale. Le législateur africain exige la nouveauté absolue pour les demandes de brevet.

Pour ce qui est du brevet, l'article 2 de l'Annexe I de l'*Accord de Bangui* révisé pose comme, l'art.54 de la *Convention sur le Brevet Européen*, le principe d'une nouveauté objective et absolue de l'objet de la demande de brevet : une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique à la date de dépôt de la demande. Quant à l'article 3 al.1 de l'Annexe 1 du nouvel *Accord de Bangui* « une invention est nouvelle si elle n'a pas d'antériorité dans l'état de la technique ». La nouveauté se définit ici par rapport à l'état de la technique lui-même défini par ce qui a été rendu accessible au public. Il s'agit d'une nouveauté objective opérant non seulement pour l'individu, mais aussi pour la collectivité⁹. Ainsi la nouveauté est définie de manière négative c'est-à-dire par ce qu'elle n'est pas ce qui est positif c'est l'antériorité qui la détruit.

La technique quant à elle est généralement définie comme l'ensemble des procédés et des produits fondés sur des connaissances scientifiques et employés à la production dans les différentes branches de l'industrie¹⁰. Mais l'expression « état de la technique » désigne de façon large, un ensemble donné de connaissances, considéré à un moment donné¹¹, « l'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public, quel que soit le lieu, le moyen ou la manière, avant le jour du dépôt de la demande de brevet ou d'une demande de brevet déposée à l'étranger et dont la priorité a été valablement revendiquée », texte repris intégralement par l'art.3-2 de l'annexe 1 de l'*Accord de Bangui* révisé. En fait, l'état de la technique comprend « tout » ce qui permet de détruire la nouveauté d'un actif intellectuel. Il est fixé jusqu'à la date de dépôt de la demande. Ainsi le législateur africain fait remonter les antériorités jusqu'à l'infini quelle que soit la protection requise. Toute divulgation antérieure au jour du dépôt de la demande de brevet détruit la nouveauté de l'invention objet de la demande déposée. Le système de priorité s'applique. En effet, l'*Accord de Bangui* retient également cette date de dépôt de la demande comme point de départ du délai de revendication du droit de priorité prévu par la CUP et l'ADPIC.

Pour ce qui est du terme « public » il désigne toute personne non tenue au secret. C'est la position

⁹ J.M. MOUSSERON cité par F. VALANCOGNE, *L'invention, sa brevetabilité, l'étendue de sa protection*, Paris, Litec, 1968, p.223

¹⁰ D. EKANI, D. LACHAT, *L'Accord de Bangui pour la protection des actifs intellectuels dans la sous-région subsaharienne, créations industrielles et signes distinctifs*, Paris, L'harmattan, 1998, p.124.

¹¹ J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Tome 1, Paris, Litec, 1984, p.249.

constante de la jurisprudence française¹². L'on peut tout de même se poser la question de savoir si les divulgations résultant directement ou indirectement du demandeur ou de ses prédécesseurs en droit bénéficient d'une immunité. Le droit de l'OAPI, comme la législation française, répond par la négative. Ainsi, il s'agit d'une antériorité de toutes pièces, car la recherche d'éventuelles antériorités est illimitée dans le temps et dans l'espace et ce, sans distinction de procédés de divulgation ; le législateur africain a inclut toutes les formes de divulgation dans l'appréciation de la nouveauté de l'invention brevetable. Le caractère absolu de la nouveauté exige donc que l'invention ne soit jamais connue ou accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet. Y sont donc incluses les divulgations antérieures indépendamment de leur genre, langue, date ou lieu.

Le mot « accessible » qui recouvre plusieurs sens dans le langage courant, s'entend dans son acception juridique d'une possibilité pour le public de savoir l'information technique. C'est dans ce sens que se prononce la doctrine qui indique que, pour qu'il y ait accessibilité au public il faut que :

- le public ait eu la possibilité de prendre connaissance de l'invention¹³ ;
- le public ait pu savoir, même s'il n'a pas su¹⁴ ;
- la possibilité en ait existé même si elle ne s'est point réalisée¹⁵.

On s'attache à la notion d'accessibilité matérielle théorique et non aux conditions pratiques d'information du public sur l'existence du document et d'obtention dudit document. Il faut cependant que l'antériorité révèle tous les éléments de l'invention.

En droit français, la jurisprudence a interprété très rigoureusement cette notion, en exigeant « une antériorité de toutes pièces » définie comme celle qui reprend les éléments principaux de l'invention dans un agencement identique. L'antériorité doit être entière, c'est-à-dire divulguer l'invention dans les éléments essentiels qui la constituent, certaine sur le contenu de la matière divulguée et sur la date de l'accessibilité au public et suffisante, c'est-à-dire révélant les moyens de l'invention de façon suffisamment claire pour qu'elle puisse être reproduite. La législation de l'OAPI a opté pour l'inclusion des demandes non publiées dans l'état de la technique contrairement au droit européen. En conséquence, il n'y a pas de risque de conflit entre les droits nationaux et l'*Accord de Bangui*, car l'OAPI ne reçoit que les demandes de brevet OAPI, et ne délivre qu'un brevet unique qui produira ses effets dans l'ensemble des Etats membres dans lesquels il a un statut de brevet national. Par conséquent, les problèmes des demandes nationales antérieures ne se poseront pas.

Au vu des développements précédents, l'OAPI opte ainsi pour une nouveauté absolue de l'invention brevetable ; d'autant plus que selon l'al.2 de l'art. 3 de l'Annexe 1 de l'Accord révisé, le contenu de l'état de la technique est composé de :

tout ce qui a été rendu accessible au public....avant le jour du dépôt de la demande de brevet ou d'une demande de brevet déposée à l'étranger et dont la priorité a été valablement revendiquée.

¹² Cour d'appel de Paris, 17 septembre 1997, (1999) *JCP*, E, p.414, observations Mousseron.

¹³ P. MATHELY, « Le nouveau droit français des brevets d'invention », (1992) *Journal des notaires et des avocats*, p. 44.

¹⁴ P. ROUBIER, *loc. cit.*, note 6, p. 145.

¹⁵ J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 11, p. 44.

L'on sait que pareille option s'inscrit dans le cadre d'un renforcement de la valeur économique du brevet. C'est dans ce sens qu'abondent Hiance et Plasseraud¹⁶,

dans la mesure où le brevet constitue un monopole entravant l'exploitation d'une invention par toute personne autre que le breveté, il importe que sa délivrance soit véritablement justifiée par la nouveauté absolue de l'invention. Cela est encore plus vrai dans les pays sous-développés que dans les autres, puisque la plupart des brevets sont d'origine étrangère. Par ailleurs les lourdes charges qui sont imposées par les brevetés pour l'exploitation de leur invention doivent avoir une contrepartie dans la nouveauté absolue de l'invention. De ce double point de vue, un pays est en principe d'autant mieux protégé des monopoles abusifs que l'exigence de la nouveauté est plus rigoureuse.¹⁷

Ces arguments méritent approbation : l'OAPI n'aurait aucun intérêt à protéger des inventions déjà rendues publiques à l'étranger. Par ailleurs, du fait que nombre de nationaux africains commencent à prendre des brevets dans des pays exigeant la nouveauté absolue, il est intéressant que pareil critère leur soit familier dans leur propre système de brevets. La nouveauté absolue constitue une garantie du défaut d'antériorité pour les inventions africaines. Elle empêcherait si une analyse plus minutieuse des objets de brevet est faite, d'octroyer des brevets sur des médicaments ne présentant pas un niveau de nouveauté considéré comme suffisant¹⁸.

b. La condition d'activité inventive

Comme pour la nouveauté, la définition de l'activité inventive est laissée par l'ADPIC à la seule appréciation des Etats Membres de l'Organisation. Encore une fois, les pays en voie de développement et notamment les pays de l'OAPI peuvent saisir cette opportunité afin d'exclure de la brevetabilité, un certain nombre de produits en interprétant de façon très restrictive cette notion. Les pays de l'OAPI l'ont fait comme nous allons le voir dans les développements qui vont suivre toujours dans le sens du développement technologique de ces Etats Membres.

Ainsi, la définition de l'activité inventive est donnée par l'*Accord portant révision de l'Accord de Bangui*, lequel reprend intégralement les anciennes dispositions du texte de 1977 à l'article 3 de l'Annexe 1 selon lequel :

[u]ne invention est considérée comme résultant d'une activité inventive si, pour un homme du métier ayant des connaissances et une habileté moyenne, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique à la date du dépôt de la demande de brevet ou bien, si une priorité a été revendiquée, à la date de la priorité valablement revendiquée pour cette demande .

L'on retrouve dans cette définition les notions d' « état de la technique », « d'évidence », et « d'homme du métier » nécessaires à l'appréciation de cette condition.

Le personnage de référence au regard de qui la condition d'activité inventive est appréciée est désigné comme « l'homme du métier ». Ce personnage n'est pas inconnu, puisqu'il ne s'agit en réalité que d'une certaine transposition au domaine industriel du « bonus pater familias » du droit civil. En outre, l'article 3 ne donne qu'une indication générale sur l'homme du métier, en le définissant comme une personne qui a des compétences techniques ordinaires, un technicien moyen qui possède des capacités professionnelles dans le domaine concerné par l'invention.

¹⁶ M. HIANCE, Y. PLASSERAUD, *Brevets et sous-développement, la protection des inventions dans le tiers monde*, Paris, Litec, 1972.

¹⁷ *Id.*, p. 215.

¹⁸ M. DIAS VARELLA, *loc. cit.*, note 3, p. 100.

Dès lors, il devient possible sur la base de cet éclairage, de faire le rapprochement avec certaines législations étrangères aux fins de définition de l'homme du métier. La *loi américaine de 1952* (art. 102) définit « l'homme du métier » comme une personne disposant d'une compétence ordinaire dans la technique dont relève l'invention. Les droits européens c'est-à-dire français, britannique, allemand, « définissent l'homme du métier » comme le technicien moyen du secteur en cause. Autrement dit « l'homme du métier » est défini comme étant une personne connaissant tout de l'état de la technique, mais étant un simple exécutant, ce n'est pas le spécialiste du domaine. C'est le « Durchschnittsfachman » allemand, « The man skilled in the art » du droit britannique; l'homme du métier qu'on ne doit pas assimiler à un expert ou à un spécialiste, selon la jurisprudence des chambres de recours de l'OEB¹⁹. Quant à la jurisprudence française, elle définit l'homme du métier comme « celui qui possède des connaissances normales de la technique en cause et est capable à l'aide de ses seules connaissances professionnelles de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention²⁰ ».

Pour ce qui est de la non-évidence, on définira la notion d'évidence, ce qui nous permettra de bien délimiter les contours de la non évidence. Ainsi, l'évidence peut être définie comme quelque chose de simple, de facilement identifiable. La législation africaine ne donne point de définition de la notion « d'évidence », ou plutôt de son contraire, la notion de « non évidence ». Il est permis de se référer à celle donnée par la chambre des recours de l'OEB²¹ : « la simplicité d'une solution proposée dans un domaine technique qui revêt une grande importance pour l'économie et fait donc l'objet de nombreuses recherches peut-être l'indice de l'existence d'une activité inventive » La non évidence s'apprécierait donc « au moment de la demande ».

Enfin, quant à l'état de la technique, son contenu est identique à celui qui a été retenu pour l'appréciation de la nouveauté à l'exception des demandes non publiées, lesquelles ne sont pas incluses dans l'état de la technique comme c'est le cas en droit français à l'article L.611-14 de la *Loi de 1978*. Ce qui a pour conséquence de réduire considérablement l'état de la technique, pris en considération pour l'appréciation de l'activité inventive.

c. La condition d'application industrielle

Comme pour la nouveauté ou l'activité inventive, l'ADPIC n'a pas défini les contours de la notion d'application industrielle. L'OAPI a saisi cette opportunité et a élaboré des critères toujours dans l'optique d'une plus grande industrialisation de ces Etats Membres. L'art. 1 de l'Annexe 1 de l'*Accord portant révision de l'Accord de Bangui* (Acte de 1999) stipule que pour être brevetable, une invention qui est nouvelle et qui implique une activité inventive, « doit être susceptible d'application industrielle ». La définition en est donnée à l'art. 5 de la même Annexe, selon lequel, « une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou employé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture ».

L'invention doit être industrielle, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas se situer dans le domaine des créations esthétiques que ne protège point la loi des brevets. Elle doit relever du domaine de la recherche appliquée, d'une réalisation concrète. De même, l'invention doit être industrielle quant à son objet, son application et son résultat : « cela signifie que les moyens de l'invention doivent produire un effet premier qui soit de nature technique et qui doit se situer dans l'ordre

¹⁹ Ch. Rec. Tech. OEB 21 septembre 1995, T.422/93, JO.OEB 1997, p. 24.

²⁰ Cass. Com. 17 octobre 1995, (1995) JCP, G, IV, 2558.

²¹ T/009/1986, JO 1988, p. 12

industriel »²². Le caractère que doit présenter l'invention correspond d'ailleurs à la définition de l'invention brevetable : une solution technique à un problème technique. L'invention doit donc pouvoir être fabriquée ou utilisée industriellement ou artisanalement, car le mot « industrie » couvre à la fois l'artisanat, la pêche, l'agriculture, les services. Il s'agit de « toute action de l'homme pour façonner et utiliser la nature et la matière ». Un brevet peut donc être délivré pour un produit et pour un procédé, car l'application est réalisée dès lors que l'« objet de l'invention peut être fabriqué ou utilisé », ou lorsque, selon le tribunal de région de Dakar dans un jugement du 13/12/1980²³, le procédé qui produit un effet technique et immatériel est nouveau et implique une activité inventive.

Nous partageons l'opinion de Kiminou selon laquelle,

*[l]'OAPI ne devrait point se satisfaire d'une simple possibilité d'utilisation ou de fabrication industrielle, encore faut-il que l'invention soumise à la brevetabilité puisse être réellement applicable à l'industrie africaine, ensemble de secteurs dont le développement doit permettre de satisfaire les besoins fondamentaux et une véritable base d'industrialisation*²⁴.

L'OAPI elle-même s'en est peut-être avisée en élaborant une « liste de domaines prioritaires » ayant trait à l'alimentation et à l'agriculture, à l'industrie et aux ressources naturelles, secteurs considérés comme prioritaires par le plan d'action de Lagos. Cette liste par ailleurs constituée au vu de l'analyse des plans nationaux de développement économique, a pour but d'informer des opérateurs économiques des domaines de développement technologique intéressant au premier rang les Etats membres de l'OAPI. l'on sait que, dans le programme 3-2 du plan d'action de Lagos, l'OUA met l'accent sur la nécessité d'identifier les domaines présentant un intérêt commun aux Etats africains²⁵. Dès lors devrait-on s'efforcer de faire en sorte que l'invention s'applique au maximum à ces domaines.

Outre les conditions de fond, certaines conditions de forme sont requises en droit de l'OAPI pour l'obtention d'un brevet. Il y a lieu de préciser que nous en parlerons d'une manière assez sommaire car les conditions de forme de la brevetabilité relève beaucoup plus d'une démarche administrative que juridique.

B. Les conditions de formes de la demande de brevet en droit de l'OAPI

Selon l'article 14-d de l'Annexe 1 de l'*Accord de Bangui*, outre les conditions de fond, certaines conditions de forme doivent être remplies lors de la demande de brevet. Il s'agit de la description de l'invention, les revendications délimitant l'objet du brevet, les dessins, l'abrégé descriptif, la requête et enfin, le paiement des taxes de dépôt et de publication.

Il est à noter qu'au regard de la pratique, seul le paiement de la taxe de dépôt et de publication est exigé. En fait, en droit de l'OAPI, c'est la seule condition de forme qui est assortie d'une sanction: le non paiement de la taxe entraîne selon l'article 39 de l'Annexe I de l'*Accord de Bangui* l'irrecevabilité de la demande d'enregistrement.

²² J. M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 11, p. 237.

²³ R. KIMINOU, *Le brevet africain*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Montpellier I, 1990, p. 36.

²⁴ *Id.*, p. 37.

²⁵ A. PAPA THIAM, *Identification des besoins des utilisateurs de l'information brevet dans les pays membres de l'OAPI, la liste des domaines prioritaires*, Séminaire de Brazzaville, 13-17 juillet 1981, p. 115.

La demande ainsi constituée doit être déposée devant les autorités compétentes en vue d'un examen des conditions de forme et/ou de fond.

II. Les problèmes de mise en œuvre des notions de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle par les pays de l'OAPI

Les problèmes de mise en œuvre se manifeste au travers de la législation de l'ADPIC qui a allongé la durée de vie du brevet à vingt ans, et a aussi modifié la notion de l'obligation d'exploitation ce qui n'est pas à l'avantage des PED et notamment des pays de l'OAPI comme nous allons le voir.

Toutefois, au-delà de la mise en œuvre difficile du fait de l'ADPIC, il existe aussi des problèmes inhérents à l'*Accord de Bangui* qui rendent difficile la mise en œuvre des dites flexibilités. Au rang de ces difficultés figurent l'élargissement de la notion d'exploitation du brevet aux actes de contrefaçon, la problématique de l'épuisement régional adopté par l'OAPI, l'absence d'un dispositif suffisant de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, les problèmes liés à la mise en œuvre de l'Annexe X de l'*Accord de Bangui* et enfin, l'absence d'infrastructures pour la mise en œuvre des flexibilités de l'ADPIC.

Il y a donc lieu d'étudier au préalable les problèmes liés à la législation de l'ADPIC. Par la suite, on examinera les difficultés inhérentes à l'*Accord de Bangui*.

A. Les problèmes de mise en œuvre du fait de l'ADPIC

L'ADPIC a considérablement accru les prérogatives du breveté. Cet accroissement s'est traduit par la prolongation de la durée de protection du brevet et par la notion d'obligation d'exploiter qui a changé avec l'avènement de l'ADPIC.

1. La durée de vie du brevet

La durée de vie du brevet dans le nouveau droit de brevet de l'OAPI est de vingt ans²⁶ conformément à l'Accord sur les ADPIC qui en son article 33 indique que « la durée de la protection offerte par brevet ne prendra fin avant l'expiration d'une période de 20 ans à compter de la date de dépôt ». Ceci peut être considéré comme un net recul de l'*Accord de Bangui* dans la mesure où, sous l'ancienne législation (Accord de Bangui de 1977) et plus précisément sous l'article 6 de l'Annexe I de l'Accord du 2 mars 1977 il était indiqué que « sous réserve des dispositions des alinéas 2 à 4 inclus ci-après, le brevet expire au terme de la dixième année civile à compter de la date du dépôt de la demande » ; les alinéas 2 à 4 prévoyaient une possibilité de prolongation de cette durée à condition pour le titulaire du brevet de prouver qu'il a bien exploité le brevet dans un des territoires de l'OAPI.

Autrement dit, les Etats membres de cette organisation accordaient le brevet pour une période de dix ans à compter du dépôt de la demande. Néanmoins, l'OAPI pouvait prolonger deux fois la durée de protection pour une période de cinq ans mais à deux conditions. A la première prolongation il fallait que le titulaire du brevet prouve que ce dernier avait fait l'objet d'une exploitation industrielle dans un pays membre de l'OAPI ou devait avancer des raisons valables au défaut d'une telle exploitation. A la seconde demande de prolongation, il devait prouver que

²⁶ Article 9 *Accord de Bangui* révisé 1999.

l'invention protégée faisait l'objet d'une exploitation industrielle sur le territoire de l'un des Etats membres. Le brevet délivré couvrait une période de dix ans et ensuite, deux prolongations du titre étaient possibles par fractionnement de cinq ans sous condition d'une exploitation locale du brevet.

Comme nous allons le voir, l'obligation locale d'exploitation des titres de propriété industrielle a été mise en œuvre par la plupart des pays en voie de développement et notamment les pays de l'OAPI pour favoriser le développement industriel et technologique de ces Etats. Ceci pouvait se faire par le biais d'un transfert de technologie efficace. Même si les résultats escomptés n'ont pas été atteints, la protection du brevet pour une période de vingt ans, peut être un frein au transfert de technologie et à la maîtrise des technologies nouvelles pour les PED. En fait, comme les titulaires des brevets ne sont pas tenus d'exploiter ces derniers dans les Etats les octroyant, l'appréhension des PED semble fondée particulièrement dans les secteurs de la technologie de pointe qui peut devenir rapidement obsolète.

2. L'obligation d'exploiter

Le système de coopération de l'OAPI était basé sur la promotion et le développement des droits de propriété industrielle, qui protègent la plupart des technologies modernes. L'organisation soucieuse du développement technologique des Etats Membres, préoccupation grandissante des pays en voie de développement a fait de l'exploitation industrielle des titres de propriété industrielle dans les pays de l'OAPI son cheval de bataille. Selon la conception du législateur de l'OAPI, les droits exclusifs par le biais de l'exploitation industrielle, s'avéraient être une voie d'accès aux technologies modernes. Afin de parvenir au développement technologique des Etats Membres de l'OAPI, l'*Accord de Bangui* de 1977 a exigé l'exploitation locale des titres de propriété industrielle et, en l'occurrence, du brevet pour un renouvellement de la protection.

Autrement dit, selon l'article 6 Annexe 1 de l'*Accord de Bangui* de 1977, la protection par brevet était accordée pour une période de dix ans. Toutefois l'OAPI pouvait prolonger deux fois la durée de protection pour une période de cinq ans. Le titulaire devait rapporter la preuve que l'invention avait fait l'objet d'une exploitation industrielle sur le territoire de l'un des Etats Membres de l'OAPI. On ne pouvait pas sous l'ancienne législation satisfaire à l'obligation d'exploiter par l'importation. En outre, l'article 58 paragraphe 2 Annexe 1 de cet Accord déclarait irrecevable à l'action en contrefaçon, le breveté qui n'exploitait pas ou ne faisait pas exploiter son invention pendant une période de cinq ans à compter de la délivrance du brevet, à moins pour lui d'invoquer une excuse légitime. De plus, il était précisé dans cette disposition que l'excuse légitime ne pouvait être constituée par l'importation. Le non-respect de ces dispositions était sanctionné par l'octroi d'une licence obligatoire. De même, de nombreux brevets de médicaments pouvaient être libres d'exploitation dix ans après leur dépôt à l'OAPI, si les titulaires de ces brevets n'apportaient pas la preuve de leur exploitation sur le territoire d'un Etat Membre de l'OAPI.

Toutefois, comme souligné, l'inexploitation locale des inventions ne favorise pas un transfert efficace de technologie et ce, pour plusieurs raisons :

[d]ans la philosophie de base du système de brevet, l'octroi de tels privilèges se justifiait (...) par deux motifs d'intérêt général : d'une part, la divulgation de l'invention, d'autre part, le bénéfice que devait tirer l'industrie nationale de son exploitation²⁷.

²⁷ M. HIANCE, Y. PLASSERAUD, *op. cit.*, note 16, p. 228.

L'obligation d'exploiter favorise le progrès technique non seulement en mettant en évidence la valeur réelle de l'invention, mais aussi en révélant les possibilités de perfectionner les inventions, permettant ainsi de bénéficier de telles améliorations. De plus, l'auteur estime que l'exploitation obligatoire constitue un moyen de lutte contre les pratiques déloyales et un moyen d'intervention au profit de l'économie. En outre, dans le cadre d'un véritable transfert de technologie, les brevets d'invention doivent servir de base à la mise en œuvre de nouvelles techniques dans les pays en développement²⁸.

Cette obligation à la charge du breveté vise à « interdire d'utiliser les brevets d'invention comme moyen d'intimidation à l'égard des concurrents, en particulier d'interdire ce que l'on appelle les brevets de barrage »²⁹. De plus, l'obligation d'exploiter permettrait à l'autorité administrative d'intervenir dans l'économie par le contrôle de l'exploitation effective de l'invention, des prix et du respect de la concurrence³⁰. Les avantages de l'exploitation obligatoire dans les pays membres sont multiples : amélioration de l'emploi, formation de personnels qualifiés, augmentation de la production intérieure et surtout l'innovation technique qui demeure pour nous, le plus important des avantages de l'exploitation industrielle des titres de propriété industrielle et plus particulièrement du brevet, objet de notre étude.

A l'heure actuelle, il en est autrement car pour se mettre en conformité avec les dispositions de l'ADPIC et notamment avec l'article 27 *in fine* qui indique « qu'il sera possible de jouir des droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale », le nouvel *Accord de Bangui de 1999* reconnaît au titulaire d'un brevet, un monopole d'importation des produits protégés. L'importation est donc considérée comme un acte d'exploitation à part entière. Autrement dit, le détenteur d'un brevet n'est plus obligé d'exploiter localement l'invention ; si le marché est couvert par l'approvisionnement des produits provenant de l'extérieur de la région OAPI, on considère qu'il y a exploitation locale. Cette exploitation doit commencer dans un délai de trois ans à compter de la demande de brevet sous peine de licence obligatoire³¹. Ainsi, l'alinéa 3 de l'article 7 de l'Annexe 1 de l'acte de 1999 portant sur les brevets d'invention stipule que :

Aux fins de la présente Annexe, on entend par « exploitation » d'une invention brevetée, l'un quelconque des actes suivants :

a) lorsque le brevet a été délivré pour un produit :

i) fabriquer, importer, offrir en vente, vendre et utiliser le produit ;

ii) détenir ce produit aux fins de l'offrir en vente, de le vendre ou de l'utiliser ;

b) lorsque le brevet a été délivré pour un procédé :

i) employer le procédé ;

ii) accomplir les actes mentionnés au sous alinéa a) à l'égard d'un produit résultant directement de l'emploi de ce procédé.

La nouvelle notion d'exploitation industrielle du brevet est différente de la législation antérieure, c'est-à-dire de l'*Accord de Bangui de 1977* car à l'époque, l'importation n'était pas assimilée à une exploitation locale. Le défaut d'exploitation était sanctionné par l'octroi d'une licence obligatoire. Mais, elle ne pouvait être octroyée s'il y avait excuses légitimes. Ainsi, l'article 27 *in*

²⁸ OMPI, *Cours d'introduction générale à la propriété industrielle*, Yaoundé, OMPI/IP/YA/87/8, p. 12

²⁹ *Id*, p. 129

³⁰ *Id*, p. 129.

³¹ Article 46 alinéa 1 de l'Annexe 1 de l'Acte de 1999.

fine de l'ADPIC semble être en contradiction par les objectifs assignés par l'Accord et en particulier par l'article 7 de l'Accord qui stipule que lesdits droits « devraient contribuer (...) au transfert et à la diffusion de technologie ». Certes, il est difficile pour une entreprise détentrice d'un brevet dans plusieurs pays d'exploiter de manière locale ce brevet surtout si le marché est étroit, mais l'assimilation de l'importation à l'exploitation peut entraîner des abus de la part des titulaires de brevets. En effet, l'importation peut avoir pour effet néfaste d'inhiber la concurrence et permettant ainsi au breveté de se réserver les marchés en empêchant la fabrication du produit breveté dans le pays de délivrance du brevet. L'on peut aussi noter au rang des effets néfastes de l'importation, la hausse des prix parfois arbitraire des produits approvisionnés par cette voie ; Du coup, ces produits deviennent difficilement accessibles pour les populations issues de ces pays qui ne disposent pas d'assez de revenus³².

Au vu des développements précédents, le maintien de la disposition de l'obligation de l'exploitation locale aurait été plus avantageux pour les pays en voie de développement et notamment pour les pays de l'OAPI. En effet, en contrepartie du monopole que le titulaire reçoit de la société pour exploiter son brevet, il a une obligation de divulgation et d'exploitation de l'invention. Cette analyse rejoint d'ailleurs la conception traditionnelle du brevet, le non respect de cette disposition étant sanctionné par l'octroi d'une licence obligatoire. D'ailleurs, très récemment encore pour plusieurs pays développés y compris les Etats-Unis, le fait de ne pas honorer l'obligation d'exploiter était sanctionnée par l'annulation du brevet. Quand ceux-ci étaient un pays en voie de développement³³, ils avaient un système de propriété intellectuelle qui était fort soucieux des intérêts de ses citoyens. En fait, de 1790 à 1836, il était impossible à un étranger d'obtenir un brevet aux Etats-Unis. Et lorsque cette pratique est devenue possible à partir de 1836, les étrangers se sont vus frapper de taxes 10 fois supérieures à celles supportées par les déposants américains. L'égalité de traitements entre les nationaux et les étrangers n'est intervenue qu'en 1861. C'est aussi le cas de la France où il a été considéré pendant longtemps que l'exploitation implique la fabrication et non la simple importation de l'invention brevetée. Déjà, dans la loi française de 1844 sur les brevets d'invention il y était mentionné que l'obligation d'exploiter a pour but « d'empêcher que le brevet ne serve à créer en faveur de l'inventeur un monopole à l'aide duquel il puisse, sans concurrence et au préjudice du travail national introduire et débiter en France des produits fabriqués à l'étranger ». Cette conception a prévalu jusqu'à très récemment c'est-à-dire sous l'empire des lois de 1968 et de 1979. A l'époque, la notion d'exploitation était assimilée à la fabrication de l'invention sur le territoire français, l'importation en France des produits brevetés ne pouvant être considérée comme une exploitation suffisante. Ils considéraient que le brevet était un moyen efficace pour promouvoir l'expansion industrielle et leur niveau actuel de développement industriel le prouve. Très récemment, la Corée et de Taiwan se sont développés en copiant les innovations des pays développés et une fois qu'ils sont parvenus à un stade appréciable de développement, ils ont alors intégré les règles de protection des droits de la propriété intellectuelle³⁴. Pourtant ces plus ardents défenseurs de la protection de la propriété intellectuelle au niveau mondial actuellement sont aussi ceux qui ont su ignorer celle-ci à l'aube de leur développement industriel, parce que, ils ont

³² B. REMICHE, H. DESTERBECQ, « Les brevets pharmaceutiques dans les accords du GATT: l'enjeu? », (1996) 68-1, R.I.D.E . p. 17.

³³ J.L. GOUTAL, « Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle », (2003) 11 *Propriété industrielle*, p. 11.

³⁴ *Id.*, p. 9.

très tôt pris conscience que faire l'inverse aurait freiné leur développement au profit d'industriels plus avancés³⁵.

Il peut aussi paraître légitime que les pays en voie de développement en usent de même pour n'accorder qu'un niveau de protection relativement faible, correspondant à leur niveau de développement économique, assurément plus bas que celui exigé par les ADPIC qui consiste, comme l'indique Goutal, avec qui nous partageons l'assertion, à penser que, « à un certain degré de développement économique correspond un certain niveau de protection de la propriété intellectuelle »³⁶. Or, la nouvelle conception³⁷ de l'obligation d'exploiter implique nécessairement le fait que, le droit des brevets est mis au service d'une autre politique à savoir le commerce international au lieu plutôt de favoriser l'industrialisation et le progrès technologique des pays en voie de développement. Ces propos sont confortés par le fait que les droits de propriété intellectuelle ont été introduits dans le nouveau système de libéralisation des échanges que constitue l'OMC, cette intégration a eu pour conséquence la révision des dispositions du droit conventionnel sur la propriété intellectuelle dans un sens plus favorable aux intérêts du commerce.

Réfléchissant sur l'impact de cette nouvelle conception de l'exploitation dans les pays en développement Remiche et Desterbecq³⁸ s'interrogent à ce sujet : n'a-t-on pas « perverti » le système des brevets en transformant l'obligation d'exploiter en droit d'importer de manière monopolistique et n'est-ce pas cet effet pervers qui rend inopérant le système des pays en voie de développement ? Quelle est pour ces pays la contrepartie réelle d'un brevet accordé à un étranger quand ce brevet n'est pas exploité localement ? Ces interrogations ne sont pas dénuées d'intérêt surtout lorsque l'on a conscience de la place que représente l'exploitation industrielle des brevets pour le développement industriel des pays en voie de développement et notamment, pour les pays de l'OAPI³⁹.

Même si l'on n'arrive pas à démontrer que le brevet pris dans son acception d'utilité économique a servi de base de technologie viable pour la plupart des pays, nous pensons fondamentalement que la notion d'exploitation obligatoire aurait été bénéfique pour ces pays. La notion d'exploitation locale obligatoire rime nécessairement avec le développement industriel et technologique. Il y a une corrélation directe entre l'institution du brevet et l'industrialisation du pays qui le concède. Assimiler l'importation à une exploitation locale implique nécessairement que le seul fait que le produit existe (et donc susceptible d'être mis sur le marché) apparaît dans ce cas comme la contrepartie suffisante offerte par le breveté pour l'obtention du monopole⁴⁰. La suppression de l'exigence de l'exploitation en vue du maintien de la protection des inventions n'est pas compensée par les limitations aux droits conférés par le brevet. Toutefois, les problèmes de mise en œuvre ne sont pas seulement le fait de l'ADPIC. L'*Accord de Bangui* prévoit des dispositions qui ne sont pas toujours conformes à l'ADPIC et qui du coup entravent nécessairement la mise en œuvre de ses flexibilités.

³⁵ *Id.*, p. 9.

³⁶ *Id.*, p. 9.

³⁷ S. NGO MBEM, *L'intérêt général et la protection des médicaments par le brevet dans les pays en voie de développement*, Mémoire de DESS, Université Robert Schuman Strasbourg III, 2002-2003, p.49.

³⁸ B. REMICHE, H. DESTERBECQ, *loc. cit.*, note 32, p. 16.

³⁹ S. NGO MBEM, *op. cit.*, note 37, p. 50

⁴⁰ B. REMICHE, H. DESTERBECQ, *loc. cit.*, note 32, p.17.

B. Le renforcement des prérogatives du breveté du fait de l'accord de Bangui de 1999

Ce renforcement se traduit, par l'élargissement de la notion d'exploitation aux actes de contrefaçon, l'adoption d'un système d'épuisement qui n'est pas toujours à l'avantage des pays de l'OAPI, l'absence d'un dispositif de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, les problèmes consécutifs à la mise en œuvre de l'Annexe X relatif à la brevetabilité des obtentions végétales et enfin, l'absence d'infrastructures notoire dans les pays de l'OAPI pour la mise en œuvre des flexibilités de l'ADPIC.

1. L'élargissement de la notion d'exploitation du brevet aux actes de contrefaçon par le droit de l'OAPI

Pour ce qui est de l'élargissement de la notion « d'acte d'exploitation », et eu égard à l'article 27 de l'ADPIC, le nouvel *Accord de Bangui* reprend entièrement en son article 7 Annexe 1 de l'*Accord de Bangui* les dispositions dudit Accord en y ajoutant une disposition supplémentaire qui consiste au fait que le titulaire du brevet a aussi le droit d'engager une procédure judiciaire devant le tribunal du lieu de la contrefaçon contre toute personne qui accomplit les actes qui rendent vraisemblable qu'une contrefaçon sera commise. Même si cette disposition⁴¹ présente un risque en matière d'interprétation (elle vise à réprimer des actes qui ne constituent pas encore une contrefaçon mais qui peuvent le devenir), elle permet néanmoins d'étendre le concept d'acte d'exploitation à des comportements antérieurs à l'acte lui-même et renforce de ce fait les moyens de défense du titulaire du brevet. Il peut s'avérer qu'un acte jugé comme tel ne se traduise pas finalement par l'accomplissement de la contrefaçon, la vraisemblance n'étant pas une certitude et peut ne pas conduire à la réalisation de l'élément matériel de la contrefaçon⁴².

2. L'adoption par l'OAPI d'un système d'épuisement qui n'est toujours pas à l'avantage de ces pays

La théorie de l'épuisement des droits conférés par le brevet a été développée par Kohler, l'un des pères fondateurs de la doctrine allemande en matière de brevet. La notion d'épuisement peut être définie comme « une doctrine selon laquelle le titulaire du brevet épuise ses droits après la première vente en bonne et due forme du produit breveté dans un pays ou une région ou sur le plan international. L'épuisement des droits justifie sur le plan légal, l'admission des importations parallèles »⁴³.

Sur cette base, l'épuisement⁴⁴ signifie que, la marchandise, une fois qu'elle a été mise en circulation par le titulaire, n'est soumise, selon le droit des brevets, à aucune restriction. Toutefois, deux conditions doivent être remplies pour que l'on puisse parler d'épuisement à savoir, que le titulaire du droit ait consenti à cette première mise sur le marché et qu'elle ait eu

⁴¹ P. EDOU EDOU, *Les incidences de l'Accord ADPIC sur la protection de la propriété industrielle au sein de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université Robert Schuman, Strasbourg III, Faculté de droit, des sciences politiques et de gestion, 2005, p. 17.

⁴² V.C. LE STANC, *L'acte de contrefaçon de brevet d'invention*, Paris, Litec, 1977, p. 33-35.

⁴³ C. CORREA, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des PVD*, South Centre, 2001, p. XIV.

⁴⁴ Ces développements sur la notion de l'épuisement des droits sont tirés de la thèse de P. EDOU EDOU, *op. cit.*, note 41, p. 221.

lieu sur le territoire du pays qui a délivré le titre. En fonction de son étendue géographique, l'épuisement des droits est national, régional ou international.

L'épuisement des droits est national si le titulaire de droit conserve la possibilité de s'opposer à l'importation des produits couverts par le brevet, en provenance de tout autre pays ou région du monde, en se fondant sur le droit d'importer que lui confère sa législation. Quant à l'épuisement régional, il intervient lorsque la première vente par le titulaire de droit, ou avec son consentement, vaut épuisement, non seulement au plan national, mais aussi dans toute une région. Enfin, l'épuisement international signifie que les droits sont épuisés dans n'importe quel pays du monde, dès que le produit a été vendu par le titulaire de droit ou avec son consentement.

Il ressort de l'examen de la législation de l'OAPI que cette dernière a opté pour l'épuisement régional des droits de propriété intellectuelle. En effet, selon l'article 8.1) de l'Annexe I de l'*Accord de Bangui* révisé, « les droits découlant du brevet ne s'étendent pas aux actes relatifs à des objets mis dans le commerce sur le territoire d'un Etat membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement ». Ce choix de l'épuisement régional de la part des pays de l'OAPI n'est pas opportun surtout dans le domaine des médicaments dans la mesure où, il ne permet pas aux populations issues de ces pays, une meilleure accessibilité à ces produits. De plus, « les titulaires de brevets pourront toujours s'opposer aux importations parallèles extracommunautaires des produits couverts par leur brevet. »⁴⁵.

Le choix de l'épuisement international des droits pourrait procurer comme avantage à chaque Etat-membre de l'OAPI de procéder à des importations parallèles de médicaments si ces derniers sont moins chers dans un autre Etat-membre de l'OMC⁴⁶. La plupart des pays en voie de développement conscients de cet état de fait ont adopté un système d'épuisement international. Tel est le cas de la communauté andine, dans sa décision 486 du 14 septembre 2000, qui fixe « le régime commun concernant la propriété industrielle ». De même, l'Uruguay, dans sa loi uruguayenne numéro 17.164 du 18 janvier régissant les droits et obligations relatifs aux brevets d'invention, aux modèles d'utilité et aux dessins et modèles industriels, a opté pour la notion d'épuisement international.

Pourtant, l'article 6 de l'ADPIC stipule qu' « aucune de ses dispositions ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle ». Autrement dit, l'ADPIC, laisse aux Etats parties à l'Accord la possibilité de choisir librement leur propre système d'épuisement sous réserve du respect du principe du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée. L'Accord entérine cette liberté à l'article 28 puisqu'elle apporte un tempérament s'agissant du droit d'interdire d'importer le produit breveté en précisant que ce droit « est subordonné aux dispositions de l'article 6 ». De même, la consécration du principe de l'épuisement international des droits semble plus conforme avec la logique de l'OMC prônant la libéralisation du commerce mondial⁴⁷. L'on peut néanmoins regretter, à juste titre, comme le

⁴⁵ *Id*, p. 224.

⁴⁶ B. BOVAL, « L'Accord des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », in *La réorganisation mondiale des échanges*, Colloque de Nice de la société française de droit international, Paris, Pedone, 1996, p. 140.

⁴⁷ D. CARREAU, P. JULLIARD, *Droit international économique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 167-168.

souligne si bien Tankoano⁴⁸, que l'OAPI n'ait pas saisi l'occasion de la révision de l'*Accord de Bangui* pour adopter le principe de l'épuisement international qui est également compatible avec l'ADPIC.

3. L'absence d'un dispositif suffisant de contrôle des pratiques anti-concurrentielles

Les pays de l'OAPI, à l'instar de certains pays d'Afrique⁴⁹ et ceux d'Amérique latine en particulier ceux du pacte Andin, avaient adopté le contrôle administratif des contrats de propriété industrielle et de transfert de technologie. Le contrôle consistait en un examen du contenu du contrat. Il portait aussi bien sur les aspects économiques et juridiques de l'accord, que sur les aspects techniques, en vue d'éviter l'acquisition des techniques inutiles ou inappropriées au contexte local, ou déjà disponibles ou désuètes⁵⁰. En conséquence, le contrat de licence devait être conforme à l'accroissement de la capacité technologique des Etats membres, car le progrès technique sert aujourd'hui de moteur à l'économie des pays en voie de développement⁵¹.

Plusieurs objectifs ont été recherchés par le législateur en 1977 au rang desquels figuraient la protection des entreprises nationales de la région OAPI, surtout les petites et moyennes entreprises, des détenteurs de techniques qui leur imposeraient des contrats contenant des clauses léonines ou plus avantageuses à leur égard, le contrôle de la balance des paiements, c'est-à-dire le paiement des redevances et les sorties de devises. Il convient de mentionner que les contrats de licence, les cessions et transmissions des brevets et leurs modifications ou renouvellements devaient être soumis, à peine de nullité, au contrôle de l'autorité nationale compétente dans les douze mois après leur conclusion.

Ce contrôle de l'Etat se faisait en vertu de l'art. 31 de l'Annexe I de l'*Accord de Bangui de 1977* sur les brevets. Cet article indiquait que :

Les contrats de licence, les cessions et transmissions de brevets et leurs modifications ou renouvellements doivent, sous peine de nullité, être soumis dans les douze mois après leur conclusion, au contrôle et à l'approbation préalable de l'autorité nationale compétente avant leur inscription au registre spécial de l'Organisation, s'ils comportent des paiements à l'étranger ou s'ils sont consentis ou obtenus par des personnes physiques ou morales qui ne sont pas des nationaux ou quine sont pas installés sur le territoire national de l'un des Etats membres.

Le contrôle portant sur les contrats de licence visait à vérifier que ces derniers ne contiennent pas de clauses imposant au cessionnaire de la licence des limitations ne résultant pas des droits conférés par le brevet ou non nécessaire pour le maintien de ces droits. Autrement dit, il s'agissait de vérifier si les contrats de licence ne comportaient pas des clauses interdites par le droit de l'OAPI comme, par exemple, la clause relative aux redevances qui oblige le cessionnaire ou le concessionnaire de la licence à payer des redevances pour une invention non exploitée ou à payer

⁴⁸ A. TANKOANO, « La mise en conformité du droit des brevets de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) avec les prescriptions de l'ADPIC », (2001) 3 *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, p. 623

⁴⁹ Il en est ainsi des pays anglophones comme le Kenya (Industrial property Act de 1990), le Lesotho (Industrial Property Order de 1989 et Industrial Property Regulation de 1989), le Nigéria (National Office of industrial Property Decree de 1979), l'Ouganda (Patents statue de 1991), la Tanzanie, par exemple.

⁵⁰ B. DUTOIT, P. MOCK, *Le contrôle administratif des contrats de licence de transfert de technologie*, coll. Comparativa, Genève, 1993, p. 30.

⁵¹ M. HIANCE, Y. PLASSERAUD, *op. cit.*, note 16, p. 2.

une grande proportion des redevances avant de commencer à exploiter une invention ou encore la clause imposant des limitations territoriales c'est-à-dire des clauses dont l'effet est d'empêcher l'exportation de produits fabriqués selon l'invention protégée vers certains ou tous Etats Membres. La politique du contrôle administratif préalable a été supprimée et le contrôle *a posteriori* par le juge civil a été adopté.

Il ne s'agit plus d'une obligation de soumission des contrats au contrôle préalable, mais plutôt d'un simple enregistrement de ces contrats par l'OAPI. La sanction pour cause de non-présentation du contrat au contrôle n'existe plus, car seule subsiste l'obligation pour les parties au contrat de licence de ne pas insérer, dans celui-ci, des clauses qui imposent au licencié sur le plan industriel ou commercial, des limitations qui ne résultent pas des droits conférés par un titre de propriété industrielle, ou non nécessaires à leur maintien. Réfléchissant sur l'impact qu'aura la suppression du contrôle des contrats de licence pour les pays en voie de développement, Edou Edou⁵² s'interroge à ce sujet : les causes ayant conduit à son adoption ont-elles disparu d'une part et l'abandon du contrôle et de l'approbation préalable des contrats peut-il être considéré comme une exigence de l'Accord ADPIC d'autre part ?

Pour lui et eu égard à la première question, « le niveau de connaissance de la propriété technique et des obligations contractuelles par les ressortissants des Etats membres de l'OAPI est à l'évidence encore faible. Le rapport de force économique entre détenteurs de technologies et opérateurs locaux peut donc continuer de se faire au détriment des économies nationales »⁵³.

De plus, on ne dira jamais assez que la faible position d'un preneur de licence dans une négociation est à la mesure de la faiblesse du pays bénéficiaire de la technologie. Dans les pays industrialisés, la situation est différente : des négociateurs professionnels et chevronnés se retrouvent souvent au service de grandes transnationales qui bénéficient de ce fait d'un avantage comparatif sur les pays en voie de développement en termes de technicité⁵⁴.

L'abandon du contrôle préalable des contrats de licence rompt ainsi avec le principe d'égalité prôné par le droit civil lors de la conclusion d'un contrat. De ce fait, la suppression du contrôle des contrats de licence désarme les Etats Africains membres de l'OAPI devant les pratiques commerciales restrictives des sociétés transnationales⁵⁵. Pourtant, à notre avis, l'opportunité de cet abandon ne se posait pas puisqu' « elle n'est d'aucun apport local »⁵⁶. D'ailleurs, rien n'indique dans l'ADPIC qu'il faut supprimer le contrôle des contrats de licence bien que le préambule de cet Accord indique que l'exercice des droits de propriété intellectuelle sont des droits privés et sont donc susceptibles d'être exercés en toute liberté. Mais toujours est-il qu'il existe une restriction dans le même Accord selon laquelle, l'exercice de ses droits doit se faire sans entrave ou distorsions au commerce international. D'ailleurs, l'objectif visé par ce contrôle consistait à faire barrage aux pratiques anticoncurrentielles que condamne l'ADPIC lui-même comme l'indique l'article 40 paragraphe 2 en ces termes :

⁵² P. EDOU EDOU, *op. cit.*, note 41, p. 233.

⁵³ *Id.*, p. 234.

⁵⁴ Service de la propriété industrielle et de la technologie du Sénégal, Bulletin d'information de la propriété industrielle du numéro 8, juin 1997, pp. 6-9

⁵⁵ A. TANKOANO, « Le projet d'accord relatif aux mesures concernant les investissements liés au commerce », (1993) 19-2 *Droit et pratique du commerce international*, p. 283.

⁵⁶ R. KIMINOU, « La révision du droit des marques de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) », (2001) 129 *Revue de droit de la propriété intellectuelle*, pp. 45-46.

Aucune disposition du présent Accord n'empêchera les Membres de spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui pourront, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré (...) Un Membre pourra adopter, en conformité avec les autres dispositions du présent accord, des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler ces pratiques, qui peuvent comprendre, par exemple, des clauses de rétrocession exclusive, des conditions empêchant la contestation de la validité et un régime coercitif de licences groupée, à la lumière des lois et réglementations pertinentes dudit Membre.

Alors, la suppression du contrôle de licence par le nouvel *Accord de Bangui* est en complète contradiction avec l'article 40 paragraphe 2 de l'ADPIC qui légitime pourtant de telles pratiques. Le dessaisissement du contrôle des contrats de licence qui est à notre avis un moyen efficace de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ne manquera pas d'avoir des conséquences néfastes pour ces pays dont les économies sont encore très fragiles⁵⁷. Toutefois, comme le souligne si bien Tankoano⁵⁸ l'on peut regretter l'absence de dispositions anti-trust ayant une portée générale. Le système actuel de libéralisation mondiale des échanges requiert l'établissement d'une politique de concurrence qui prenne en considération l'intérêt global, en complément des politiques nationales de concurrence qui ont vocation à servir prioritairement les intérêts nationaux⁵⁹.

Il serait opportun dans le droit de la propriété intellectuelle en général et dans le droit des brevets en particulier, d'élaborer « des règles de fond détaillées relatives à l'interaction propriété intellectuelle/concurrence dans le cadre de l'OMC »⁶⁰. Ainsi, la « solution pourrait être de formuler dans l'ADPIC une interdiction générale d'abuser des droits de propriété intellectuelle dans le but de porter atteinte à la concurrence »⁶¹, en se concentrant « sur les abus de droits de propriété intellectuelle qui restreignent l'accès au marché »⁶². Autrement dit, il s'agira de prévoir des règles minimales internationales permettant d'éviter ou de sanctionner les comportements anticoncurrentiels, tels les abus de position dominante, les abus de dépendance économique, ainsi que les accords horizontaux ou verticaux restrictifs de concurrence, susceptibles d'affecter les échanges internationaux relatifs au brevet. Une telle réglementation serait bénéfique pour les pays en voie de développement et notamment les pays de l'OAPI. De même, l'article 9 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce prévoit la possibilité de compléter l'Accord par des dispositions relatives à la politique en matière d'investissement et la politique en matière de concurrence. Tankoano⁶³ y voit là, une opportunité à saisir afin de proposer et faire adopter des dispositions pour combattre les pratiques commerciales restrictives et anticoncurrentielles dans le cadre plus global du système commercial multilatéral régi par l'OMC. Ainsi, comme l'affirme si bien Ngo Mbem⁶⁴, un consensus international sur l'exercice des droits de propriété intellectuelle de la concurrence permettait de mieux se prémunir contre

⁵⁷ P. EDOU EDOU, *op. cit.*, note 41, p. 235

⁵⁸ A. TANKOANO, *précité.*, p. 624.

⁵⁹ S.NGO MBEM, *op. cit.*, note 37, p. 60

⁶⁰ P. GUGLER, I. KRONE-GERMANN, « Cycle millénaire de l'OMC; vers une intégration des règles multilatérales de concurrence? », (2000) 2 *Revue de droit des affaires internationales*, p. 65.

⁶¹ *Id.*, p. 165.

⁶² *Id.*, p. 166

⁶³ A. TANKOANO, *précité.*, p. 626.

⁶⁴ S.NGO MBEM, *op. cit.*, note 37, p. 59.

les pratiques anticoncurrentielles de détenteurs de brevet.

4. Les problèmes liés à la mise en œuvre de l'annexe X de l'Acte de Bangui de 1999

L'exclusion des végétaux de la brevetabilité, figure à l'article 27.3(b) de l'ADPIC qui dispose que :

3. Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité : (...)

b) les végétaux et les animaux autres que les micros –organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système sui generis efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens.... .

Ainsi, pour ce qui est de la protection des obtentions végétales, l'article 27. (3b) fait l'objet de la part des pays du sud, et plus particulièrement des pays de l'OAPI, d'une vive contestation. En effet, à la différence des brevets, la protection des variétés est nouvelle en droit de l'OAPI et ces derniers craignent de voir le prix de la nourriture augmenter à des niveaux inacceptables s'il faut payer des royalties sur certains produits agricoles comme les semences couverts par l'ADPIC⁶⁵. Les voix s'élèvent aussi pour contester le modèle choisi pour leur protection à savoir la Convention UPOV de 1991 qui, selon eux, est un système qui a été mis en place pour protéger les variétés améliorées et non les variétés traditionnelles mis au point par les agriculteurs. Or, ce sont les variétés qui servent de base à l'amélioration des variétés par voie conventionnelle ou par biotechnologie, ce qui expose les agriculteurs autochtones à une dépendance totale des multinationales, des instituts de recherche scientifique et constitue une menace pour la sécurité alimentaire⁶⁶.

En fait, pour être plus explicite, depuis la nuit des temps, les communautés locales utilisent les constituants de la diversité biologique que sont les plantes, les animaux et les micro-organismes, pour leurs besoins quotidiens d'alimentation, de médecine traditionnelle, d'habitat, de cosmétique, par exemple. En Afrique, le contrôle social de ces ressources biologiques par les communautés était une réalité multiséculaire dans les villages. Mais, avec l'agriculture moderne et la colonisation, les produits agricoles africains ont fait leur entrée dans le commerce international.

La *Convention sur la diversité biologique* (CDB) signée en 1992 par plus de 150 pays et ratifiée aujourd'hui par plus de 170 pays dont la plupart des pays africains, reconnaît le droit de souveraineté de chaque Etat sur ses ressources biologiques. Or, après l'entrée en vigueur de cette Convention, en 1993, les Etats ont l'obligation depuis 1995, de fournir des titres de propriété intellectuelle sur les variétés végétales soit par le brevet, soit par un système original efficace adapté pour protéger les obtentions végétales au niveau national. Les droits de propriété intellectuelle n'intègrent pas les droits des agriculteurs pourtant reconnus par la FAO, ni les droits des communautés locales, mis en exergue par l'art. 8, al. (j) de la Convention sur la diversité biologique, qui indique que chaque partie contractante :

Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les

⁶⁵ W. A. KERR, «The next step will be harder, Issues for the new round of agricultural negotiations at the WTO», (2000) 34-1 *JWT*, 136, p. 136.

⁶⁶ J. ZOUNDJIHEKPON, « L'Accord de Bangui révisé et l'Annexe X relative à la protection des obtentions végétales », (2002) *Commerce, Propriété Intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique*, p.47

connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques

Ainsi, l'Accord de l'OMC sur les droits de propriété intellectuelle liés au Commerce (ADPIC) oblige tous les pays membres à reconnaître des droits de propriété intellectuelle sur les obtentions végétales (article 27.3 (b)). C'est dans ce contexte que l'*Accord de Bangui* a été révisé en 1999, avec l'addition de l'Annexe X relative aux obtentions végétales au texte en vigueur depuis 1977. Les droits de propriété intellectuelle n'intégrant pas les droits des agriculteurs pourtant reconnus par la FAO, et les droits des communautés locales mis en exergue par l'article 8, alinéa (j) de la Convention sur la diversité biologique, «la biodiversité et le commerce mondial sont alors en conflit»⁶⁷.

De plus l'Annexe X de l'*Accord de Bangui* n'est entré en vigueur qu'au 1^{er} janvier 2006 soit six ans après l'entrée en vigueur de cet accord, ce qui témoigne de la difficulté d'application de cette disposition de l'ADPIC dans les pays en voie de développement et, notamment dans les pays de l'OAPI. Soucieux de pallier à cet inconvénient majeur, l'*Organisation de l'Unité Africaine* (OUA) devenue *Union Africaine* en 1999 a proposé en 1997, un modèle *sui generis* basé « sur la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs, des sélectionneurs ainsi que sur la régulation de l'accès aux ressources biologiques ». Autrement dit, cette loi est à l'avantage des pays en voie de développement dans la mesure où, d'une part, elle reprend les principes contenus dans la Convention sur la Diversité Biologique comme, le refus du brevetage du vivant, le respect du principe de souveraineté des Etats, la nécessité du consentement des communautés locales et autochtones, partage équitable des avantages, et d'autre part, elle prend en considération les vraies préoccupations des populations Africaines à savoir, la sécurité alimentaire, le partage équitable etc

Toutefois, cette proposition de loi ne fait pas l'unanimité au niveau mondial notamment, au niveau de l'OMC et de l'OMPI car ces organisations considèrent que le refus du brevetage du vivant par cette loi n'est pas conforme à l'article 27.3 (b). Les controverses sur cette proposition de loi vont bon train et les différents protagonistes tentent par le biais des réunions d'apporter des amendements⁶⁸ dans le but de trouver la solution la plus opportune pour tout le monde.

En attendant de trouver un système *sui generis* efficace et adapté à leur environnement, les pays en voie de développement et plus particulièrement les pays de l'OAPI pourraient et ce pour contourner la difficulté du brevetage du vivant imposé par l'ADPIC, exclure de la protection, un organisme dérivée d'un organisme vivant, qui ne serait pas accompagnée d'un contrat de partage des bénéfices avec le pays d'origine de cet organisme vivant conformément à la *Convention sur la Diversité Biologique* (CDB)⁶⁹. Ainsi, un médicament fait à partir d'une plante utilisée par les Indiens e l'Amazonie péruvienne et dont la fabrication ne prévoit pas de partage de bénéfices

⁶⁷ ASSOCIATION GRAIN, « L'Accord de Bangui révisé et l'Annexe X relative à la protection des obtentions végétales », www.grain.org/briefings_files/accord-de-bangui- octobre 2002-fr.pdf, p. 2.

⁶⁸ L'UPOV a retravaillé plus de trente articles de cette loi afin de la rendre conforme à leurs standards.

⁶⁹ M. DIAS VARELLO, *loc. cit.*, note 3, p. 95.

avec le Pérou pourrait être exclu de la brevetabilité⁷⁰.

L'ADPIC n'évoque pas cette possibilité, mais n'empêche pas non plus un qu'une Etat Membre rende obligatoire ce genre de contrat puisque la *Convention sur la Diversité Biologique* le prévoit⁷¹. Cette disposition peut se révéler importante pour ces pays dans la mesure où, 24% des produits pharmaceutiques sont dérivés des produits naturels. Et quand l'on sait que l'on retrouve le plus souvent ces produits en grand nombre dans la plupart des pays en voie de développement, ceci peut représenter une exclusion portant sur un nombre important de produits actuellement brevetés⁷². C'est dans ce sens que le Venezuela a proposé l'exclusion de la brevetabilité des produits non associés à un partage des bénéfices dans les réunions préparatoires pour la Conférence ministérielle de Seattle, malheureusement, pour le moment, aucune suite n'a été donnée à cette proposition⁷³. Toutefois, toutes les propositions émises ci-dessus ne peuvent être efficaces que si l'OAPI dispose à la fois des moyens en matériels, techniques, financier, humains c'est-à-dire que l'OAPI a atteint un niveau de développement tel que la mise en œuvre des flexibilités de l'ADPIC s'y révèle particulièrement facile. Mais tel n'est pas le cas.

5. L'absence d'infrastructures pour la mise en œuvre des flexibilités de l'ADPIC

L'une des difficultés pratiques pour la mise en œuvre des flexibilités de l'ADPIC réside dans le fait que, l'OAPI dispose d'un système de délivrance assez particulier. En fait, l'examen se borne tout simplement à vérifier que les pièces requises par la loi en matière de demande de brevet sont réunies. Si oui, le titre est délivré aux risques et périls du déposant, « sans garantie de gouvernement ». Autrement dit, en droit de l'OAPI, il n'existe pas d'examen administratif préalable des conditions de fond de brevetabilité. Cette appréciation sera faite par les tribunaux lors d'un éventuel procès en contrefaçon.

Les raisons principales sont les moyens limités en ressources, en personnels qualifiés et en documentation technique dont dispose l'Organisation pour instaurer un tel système en Afrique. Ainsi, pour ce qui est de la documentation technique, l'information sur l'état de la technique est toujours incomplète en Afrique ; certains domaines souffrent du manque de documentation technique. En fait, il n'est pas possible d'apprécier l'activité inventive des inventions étrangères dans de telles conditions. En pratique, l'examen de fond se borne malgré les dispositions textuelles, à vérifier que les pièces requises par loi en matière de demande de brevet sont réunies. Si tel est le cas, le brevet est délivré aux risques et périls du déposant, « sans garantie de gouvernement » selon la formule consacrée par Roubier.

Quant au personnel de l'Organisation, ils ne disposent pas souvent de compétences nécessaires et de formation en ce qui concerne les questions ayant trait au droit de la propriété industrielle. L'on retrouve ce même problème au niveau des avocats préparant les affaires ainsi qu'au niveau des magistrats qui jugent ces affaires lors d'un éventuel procès en nullité d'un brevet pour non-conformité aux conditions de fond d'un brevet. La preuve qu'un brevet est nul et donc par conséquent n'est pas brevetable est souvent difficile à rapporter car les magistrats comme les

⁷⁰ *Id*, p. 95.

⁷¹ *Id*, p. 95.

⁷² *Id*, p. 96.

⁷³ C. CORREA, *op. cit.*, note 43, pp. 11-12.

juges ne disposent pas de compétences en la matière. Dicko⁷⁴ Souligne, à juste titre, « l'insécurité judiciaire globalement constatée qui se caractérise par des procédures longues, une jurisprudence instable, de nombreux problèmes déontologiques et éthiques dans le traitement des litiges ainsi que la formation insuffisante des personnels judiciaires... » lorsqu'il parle du système judiciaire Africain. Tiger⁷⁵ abonde dans le même sens puisqu'il parle pour caractériser l'insécurité judiciaire qui sévit dans la plupart des pays Africains « de décisions contestables, de décisions en délibéré depuis plusieurs années, des exécutions impossibles, des négligences diverses, de la méconnaissance des règles de déontologie, de l'accueil des moyens dilatoires les plus évidents, des renvois à répétition qui finissent par décourager les demandeurs de bonne foi, (...) ». Kiminou⁷⁶ indique que, les litiges relatifs au droit de la propriété industrielle présentant une difficulté tenant à la spécificité de la matière et au caractère technique de la propriété industrielle, une spécialisation des juridictions et des juges s'imposent. L'autre difficulté réside dans le fait que, les pays de l'OAPI ne disposent d'aucune industrie de recherche de base sophistiquée, d'aucune capacité d'innovation et d'aucune capacité de reproduction des principes actifs et produits finis⁷⁷. La mise en œuvre de la licence obligatoire pour la production locale de médicaments comme l'a fait par exemple l'Afrique du Sud en 1997 est quasiment impossible. D'où la nécessité pour les pays de l'OAPI de choisir le système d'épuisement international afin de pallier cet inconvénient.

Conclusion

En dernière analyse, comme nous l'avons précisé ci-dessus l'appréciation de la nouveauté, de l'activité inventive, et de l'application industrielle se veut assez restrictive et ce dans le sens d'une meilleure industrialisation de ces Etats-Membres. Toutefois, l'OAPI se heurte à toute une série de difficultés qui ne permettent pas à son système d'être assez efficace. A notre avis, il faudrait que l'OAPI revoie son système en matière de contrôle des contrats de licence et en matière d'importation parallèle et surtout se dote d'une base de capacité technologique viable afin que l'utilisation de la licence obligatoire pour la fabrication locale entre autres des médicaments puisse être effective. Il faudrait en outre amorcer ce changement au niveau de la formation du personnel sur les questions ayant trait à la propriété intellectuelle.

L'OAPI ayant pris acte de toutes ces critiques, a amorcé pour ce qui est de la formation du personnel qualifié en matière de propriété intellectuelle une solution en janvier 1997, lors de sa 34^{ème} session tenue à Yaoundé (Cameroun). En effet, le Conseil d'Administration approuvait l'idée de la création d'un centre africain de formation en propriété intellectuelle au sein de l'OAPI. De plus, lors de sa session suivante tenue à Lomé au Togo les 16 et 17 décembre 2002, le Conseil d'Administration approuvait-il à la fois les projets de construction d'un centre Régional de Formation au siège (Yaoundé) et de Centres de documentation en propriété industrielle dans chacun des Etats Membres. D'ailleurs, la pose de la première pierre du centre a eu lieu le 24 mars 2004 par le Ministre d'Etat Camerounais, Bello Bouba. Le Centre de formation projeté devra répondre à plusieurs missions :

⁷⁴ A. DICKO, « Les procédures et mesures correctives civiles et administratives dans les actes uniformes de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA) », Document OMPI/PI/COO/OO/14.2, 18 juin 2000, p.1.

⁷⁵ P. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique, OHADA*, coll. « Que sais-je? », Paris, PUF, 1999, pp. 20-26.

⁷⁶ R. KIMINOU, *précité*, p. 362.

⁷⁷ P. EDOU EDOU, *op. cit.*, note 41, p. 362.

- 1) organiser des formations qualifiantes à l'intention des personnes exerçant ou désirant exercer une activité professionnelle en rapport avec la propriété intellectuelle ;
- 2) former des cadres, dirigeants et chercheurs aux aspects stratégiques, juridiques et économiques de la propriété intellectuelle ;
- 3) former les spécialistes ou futurs spécialistes, conformément aux normes de la profession, aux diverses facettes des métiers de la propriété intellectuelle pour les mettre en mesure d'évoluer professionnellement au cours de leur carrière ;
- 4) organiser des conférences sur les questions d'actualité de la propriété intellectuelle ;
- 5) contribuer à la recherche en propriété intellectuelle sur le continent africain.

L'avancée est certes significative, mais, elle mérite encore d'aller plus loin et ce dans le sens aussi bien d'une meilleure industrialisation de ces Etats que dans le sens d'une meilleure accessibilité des populations de ces Etats aux objets et plus particulièrement aux produits pharmaceutiques.