

## Prise de position

### Importations parallèles et droit des brevets

economiesuisse soutient à la fois une protection des brevets efficace et le libre-échange. Il importe de combattre le cloisonnement abusif de marchés avec les instruments du droit de la concurrence et non en sapant la protection des innovations. En effet, il n'y a pas de contradiction entre le libre-échange et un droit des brevets fort. Il s'agit d'objectifs équivalents et indépendants. La prospérité et la croissance de la Suisse se fondent tant sur une protection poussée de l'innovation que sur un système commercial mondial ouvert.

economiesuisse est favorable à la libre circulation des biens. Elle préconise d'éliminer les obstacles bureaucratiques et les prescriptions spéciales. Les importations parallèles de produits protégés par un brevet constituent un tout autre problème. Le droit des brevets est un régime reconnu à l'échelle internationale visant à protéger les inventions et les investissements dans la recherche. L'ensemble des pays industrialisés interdisent les importations parallèles de biens protégés par un brevet, car elles minent la protection de l'innovation. Les différences en matière de protection des brevets, de bases légales et de prix administrés par l'Etat entraînent des niveaux de protection différents. Lorsque des importations parallèles sont autorisées, la protection descend à son niveau le plus bas. Un importateur parallèle ne fait bénéficier le consommateur que d'une petite part de la différence de prix. Il empêche le reste, à titre de bénéficiaire, sans investir dans la recherche-développement. Dans l'ensemble, les importations parallèles de produits protégés par un brevet ne se traduisent donc pas par des gains de prospérité, elles affaiblissent la recherche suisse et mettent en péril des emplois dans les secteurs industriels qui effectuent de la recherche intensive. Pauvre en matières premières, la Suisse dépend fortement d'une protection de l'innovation efficace et doit se garder d'affaiblir le droit des brevets en autorisant des importations parallèles.

Si on souhaite éviter de saper la protection de l'innovation, un épuisement régional ne doit être possible qu'au sein d'un même espace juridique. Cette condition est satisfaite au sein de l'UE, mais pas dans ses relations avec des Etats tiers. Créer des conditions correspondantes nécessiterait l'adoption d'un accord bilatéral spécial reposant sur la réciprocité. La conclusion d'un tel accord n'est pas prévue à l'heure actuelle. De plus, elle aurait probablement pour conséquence de contraindre la Suisse à reprendre la position restrictive de l'UE en matière de droit des marques et de droit d'auteur.

Le droit des brevets ne doit pas être détourné pour cloisonner le marché ; la loi sur les cartels permet de l'empêcher. Il est toutefois nécessaire de préciser les reproches au lieu de se contenter de généralités. La réglementation relative à la double protection proposée dans la révision de la loi sur les brevets concrétise un peu plus la protection contre les abus.

Dans les débats, la question des importations parallèles, à savoir celle des importations hors des canaux de distribution autorisés par le fabricant, est souvent déformée. De plus, leur autorisation est fréquemment considérée comme le principal outil en vue de lutter contre le niveau des prix en Suisse. L'exploitation de structures diverses et l'obtention de biens par différents canaux font partie de la concurrence. En Suisse, les importations parallèles sont largement admises, en particulier celles provenant de l'UE. Les obstacles au commerce, sous forme de prescriptions techniques, ont été éliminés ou doivent être considérablement réduits par l'application étendue du principe du Cassis de Dijon. Aujourd'hui, le droit de la concurrence, qui reprend notamment les règles de l'UE en ce qui concerne les contrats de distribution exclusive, rend plus ardue la tâche des entreprises qui souhaiteraient cloisonner le marché. Les expériences au sein de l'UE, comme sur d'autres grands marchés, montrent pourtant que des différences de prix subsistent. La question des importations parallèles de produits protégés par un brevet ne peut être traitée de la même manière que celle des obstacles techniques au commerce. En effet, elle ne concerne pas des prescriptions étatiques spéciales, mais la protection de l'innovation. Seule une partie infime des produits importés est protégée par un brevet.

### **1. Les importations parallèles de biens protégés par un brevet provoquent des distorsions du marché**

La concurrence engendre la croissance économique et l'augmentation de la prospérité, pour autant, toutefois, que tous les acteurs du marché soient soumis aux mêmes conditions et qu'il n'existe pas de discrimination.

Ces conditions ne sont pas satisfaites dans le cas des importations parallèles de produits protégés par un brevet. Le titulaire d'un brevet doit réaliser des investissements considérables dans la recherche avant d'aboutir à un produit qui puisse être commercialisé. L'importateur parallèle, quant à lui, se contente de reprendre le résultat et d'exploiter les différences de prix entre les pays, différences qui résultent généralement de lois et réglementations divergentes. L'importateur ne contribue donc en rien à l'invention. Il ne réalise ni des investissements en faveur de la recherche, ni ne crée des emplois dans ce secteur. C'est la raison pour laquelle les importations parallèles de produits protégés par un brevet ne génèrent pas de gains de prospérité, mais des distorsions du marché. Par conséquent, elles affaiblissent la protection conférée par les brevets et donc la recherche en Suisse. Les secteurs de l'industrie qui innovent beaucoup, qui constituent la moelle épinière de la croissance économique, sont aussi ceux qui en pâtissent le plus.

### **2. Les pays industrialisés interdisent les importations parallèles de produits protégés par un brevet**

Le droit des brevets constitue un élément important des conditions-cadre propres à promouvoir l'innovation. **Les autres pays industrialisés, auxquels nous sommes confrontés dans la concurrence globale, connaissent également la règle de l'épuisement national.** Les **Etats-Unis** et le **Japon**, par exemple, appliquent des mécanismes similaires. Le droit européen et l'ordre juridique national des pays membres de l'UE n'autorisent pas les importations parallèles de produits protégés par un brevet en provenance d'Etats tiers. L'UE interdit même les importations parallèles de produits protégés par le droit des marques et le droit d'auteur en provenance d'Etats tiers.

En Suisse, les importations parallèles de produits protégés par un brevet ne sont pas autorisées. Notre pays applique le principe de l'épuisement national. Par contre, il

admet les importations parallèles de produits protégés par le droit des marques ou le droit d'auteur<sup>1</sup>.

### 3. Les problèmes liés à un épuisement régional

Pour lutter contre le niveau élevé des prix en Suisse, des voix réclament fréquemment l'introduction de l'**épuisement régional**. Ce dernier autoriserait les importations parallèles de produits protégés par un brevet de l'UE et l'EEE. A cet égard, il faut tenir compte des éléments suivants :

- L'épuisement régional est un épuisement national étendu à un espace économique déterminé. Il suppose un espace économique et juridique harmonisé, faute de quoi des distorsions se produiraient infailliblement en raison de prescriptions divergentes. **L'épuisement régional** est appliqué au sein de l'UE pour le droit des brevets, le droit d'auteur et le droit des marques<sup>2</sup>. Dans la relation entre la Suisse et l'UE, il devrait être introduit **sur une base de réciprocité** : pour l'appliquer, la Suisse devrait conclure un accord bilatéral spécial avec l'UE qui prévienne également les distorsions juridiques. Afin de garantir l'unité de son système juridique, l'UE pourrait exiger de la Suisse qu'elle applique également l'épuisement régional dans le droit des marques et le droit d'auteur. Le cas échéant, la Suisse devrait renoncer à l'épuisement international dans ces domaines bien plus importants pour les produits d'usage courant.
- **Conséquences économiques négligeables ou inexistantes** : en général, **l'effet de réduction des prix** des importations parallèles est très largement **surestimé**. L'épuisement international s'applique déjà aux marques en Suisse. Les prix des produits de marque restent malgré tout souvent plus élevés en Suisse qu'à l'étranger. En effet, les entreprises qui effectuent des importations parallèles gardent pour elles la majeure partie de la différence de prix. Cela s'avère aussi au sein de l'UE : les différences de prix entre l'Allemagne et la Grèce, par exemple, sont considérables, quand bien même les importations parallèles sont autorisées. **En outre, les importateurs parallèles visent des gains à court terme et ne peuvent, en règle générale, garantir l'approvisionnement à long terme ni fournir d'autres prestations.**
- Une introduction unilatérale de l'épuisement régional n'est pas possible, car elle **porterait atteinte au principe de la nation la plus favorisée de l'OMC**<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Le **droit des marques et le droit d'auteur** contiennent le principe de l'épuisement international. Une marque permet de distinguer un produit ou un service d'un autre, elle peut être enregistrée. Les droits d'auteur naissent automatiquement, sans enregistrement, lors de la création de toute œuvre (n'importe quel dessin, par exemple) et s'éteignent 70 ans après la mort de l'auteur. Au contraire, le droit des brevets doit permettre à l'inventeur d'amortir ses investissements dans la recherche. Le délai disponible est théoriquement de 20 ans, mais dans la pratique il est plus court si on considère le temps nécessaire à développer et commercialiser un produit, et la concurrence à laquelle il est soumis par des substituts nouveaux et meilleurs. Etant la principale incitation à mener des activités de recherche, la protection conférée par un brevet doit rester supérieure à la simple protection découlant du droit des marques et du droit d'auteur.

<sup>2</sup> Contrairement à la situation de la Suisse, cf. ci-dessus et note de bas de page n° 1.

<sup>3</sup> Précision : au principe de la nation la plus favorisée contenu dans les accords GATT 94 et TRIPS. Le prof. Straus et Paul Katzenberger arrivent à cette conclusion dans l'expertise réalisée à la demande du Conseil fédéral « *Rechtsgrundlagen zur Erschöpfung im Patentrecht* », Munich, 2002

#### 4. Les problèmes d'un épuisement différencié selon les produits

Introduire un principe d'**épuisement différencié selon les produits** reviendrait à instaurer des différences de traitement entre les titulaires de brevets. Il faut s'y opposer pour les raisons suivantes :

- Les conditions d'obtention d'un brevet sont identiques pour toutes les technologies. Un traitement différencié en ce qui concerne l'octroi de la protection **n'est pas justifié**.
- Qu'il s'agisse de produits ou de brevets – en particulier ceux concernant des processus – il n'est pas toujours aisé de déterminer à quelle catégorie ils appartiennent. Un épuisement différencié selon les produits poserait de nombreux problèmes de délimitation et **entraverait considérablement la sécurité juridique**.
- Un assouplissement sélectif de la protection conférée par un brevet émettrait un mauvais signal politique. On donnerait l'impression que les inventions ne sont plus protégées de manière appropriée en Suisse. **Les entreprises titulaires de nombreux brevets pourraient quitter la Suisse avec l'idée de « tuer le mal dans l'œuf »**.
- Aménager les exceptions que réclament les paysans pour les produits agricoles reviendrait à restreindre les droits des inventeurs en faveur d'une branche individuelle. Cela constituerait une **subvention unilatérale obligatoire**.

#### 5. Les instruments contre le cloisonnement des marchés

Le droit des brevets, tout comme les autres droits de propriété, peut être utilisé à mauvais escient. Cela peut être le cas lorsqu'une personne détentrice de droits utilise son pouvoir de manière unilatérale pour établir des conditions discriminatoires sur le marché (prix excessifs, couplages de prestations, etc.). Deux solutions existent d'ores et déjà pour prévenir les abus :

##### Le droit des cartels

Dès l'arrêt Kodak, il avait été stipulé que le droit des brevets devait bénéficier d'une protection complète, mais que le titulaire d'un brevet ne devait pas l'utiliser à mauvais escient ou adopter un comportement violant la concurrence. Un exemple d'un tel comportement serait celui d'un détenteur de brevet qui, en raison de sa position sur le marché, pourrait déterminer les conditions indépendamment des autres acteurs (position dominante). En l'absence d'un tel comportement, – lorsqu'il existe des produits de substitution, par exemple – il ne peut y avoir de distorsions de concurrence.

Lors de la dernière révision de la loi sur les cartels, ce point a été clarifié dans une disposition spéciale. Ainsi, les restrictions en matière d'importations, qui s'appuient sur les droits de la propriété intellectuelle, sont soumises explicitement à une évaluation fondée sur le droit de la concurrence (art. 3, al. 2, LCart). Cela permet, sur la base d'une pesée des intérêts, de combattre des positions dominantes abusives. Une atteinte à cet aspect du droit peut directement être sanctionnée par des amendes considérables.

Afin que cette réglementation soit applicable, il est nécessaire de désigner clairement d'éventuels abus. Cette remarque s'adresse principalement aux acteurs du marché. De plus, il faut que la Commission de la concurrence (Comco) mène des enquêtes dans certaines branches afin d'examiner les reproches colportés par les médias et ceux formulés par le Surveillant des prix et qu'elle prenne le cas échéant des sanctions. Aussi longtemps que les acteurs du marché et la Comco ne préciseront pas leurs reproches, ni ne feront usage de la législation en vigueur, les revendications

exprimées en faveur d'une autorisation générale des importations parallèles de produits protégés par un brevet resteront peu crédibles.

**Nouvelle réglementation relative à une double protection**

Le Conseil fédéral propose de définir plus précisément l'épuisement national dans le droit des brevets en y introduisant une nouvelle réglementation relative aux abus. L'article 9a, alinéa 3, LBI proposé doit permettre d'éviter que l'épuisement international dans le droit des marques et le droit d'auteur ne soit contourné quand des éléments de moindre importance d'un produit (la fermeture d'une bouteille de parfum, par exemple) font l'objet d'un brevet. Cette réglementation doit permettre avant tout de faciliter l'application.

---

La présente prise de position a été adoptée par le Comité d'économiesuisse lors de sa séance du 27 mars 2006.

Pour toutes questions :

Thomas Pletscher / Urs Furrer

044 421 35 35 / [thomas.pletscher@economiesuisse](mailto:thomas.pletscher@economiesuisse) / [urs.furrer@economiesuisse.ch](mailto:urs.furrer@economiesuisse.ch)