

Besprechung / Compte rendu

Optimizing Environmental Technology Diffusion under Intellectual Property Constraints: a Legal Analysis

STÉPHANIE CHUFFART-FINSTERWALD

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016, 402 pages, CHF 72,
ISBN 978-3-7255-8571-7

Étudier les effets des régimes de propriété intellectuelle est une gageure à laquelle quelques économistes, mais peu de juristes se sont risqués. *Optimizing Environmental Technology Diffusion under Intellectual Property Constraints* est un brillant exemple d'une telle étude dans un domaine très spécifique, celui des technologies environnementales, à travers le prisme du droit international de la propriété intellectuelle. L'analyse se donne pour objectif d'identifier les mécanismes qui semblent garantir la diffusion la plus efficace de technologies environnementales en présence de droits de propriété intellectuelle. Même s'il ne s'agit pas d'une analyse économique du droit, la question complexe de l'efficacité des systèmes actuels de propriété intellectuelle, voire de leur nécessité, constitue indubitablement la toile de fond de l'étude.

Le titre de l'analyse est à lui seul représentatif d'un dilemme aussi ancien que la propriété intellectuelle elle-même. S'il est socialement et économiquement souhaitable que des technologies innovantes soient *développées* puis *diffusées*, la propriété intellectuelle peut apparaître à la fois comme un stimulant de leur développement et un frein à leur diffusion. En considérant la propriété intellectuelle comme une «contrainte» à la diffusion de la technologie, le titre porte d'emblée le regard sur la seconde partie du dilemme. L'analyse qui s'ensuit ne perd toutefois jamais de vue le caractère fondamental de la propriété intellectuelle qui consiste aussi et surtout dans l'encouragement de l'innovation.

Si le dilemme examiné est ancien, l'intérêt et l'actualité de l'étude réside dans le choix du domaine technique. La technologie environnementale est la candidate idéale de l'analyse: elle est en plein essor et produit chaque année quantité de nouveaux brevets et secrets commerciaux. En même temps, sa diffusion paraît urgente en raison des défis économiques et sociaux posés par la modification constante du milieu naturel, en particulier le changement climatique et les efforts internationaux pour y faire face. L'étude porte tout naturellement un regard particulier sur la diffusion de technologies environnementales dans les pays les moins avancés (PMA) qui, par leur géographie, sont souvent particulièrement affectés par les changements du milieu naturel, mais qui n'ont souvent ni les moyens financiers ni l'infrastructure pour acquérir les outils technologiques qui leur permettraient d'y remédier ou de s'y adapter.

La taille du défi relevé par STÉPHANIE CHUFFART-FINSTERWALD apparaît dès le premier chapitre, qui pose le cadre de l'étude et s'attaque à la difficile définition de la notion de «technologie environnementale». La multitude de définitions existantes, basées sur des intérêts économiques et politiques divergents en fonction des sources de ces définitions, permet d'entrevoir un constat qui accompagnera l'ensemble de l'étude: le droit international de la propriété intellectuelle est fortement politisé et de nombreuses initiatives internationales visant à une meilleure diffusion de technologies environnementales sont bloquées en raison de la divergence des intérêts économiques et politiques des acteurs étatiques.

La méthodologie systématique de l'étude démontre toutefois qu'il existe une multitude de voies parallèles visant à améliorer la diffusion de technologies environnementales, dont les accords internationaux en matière d'environnement ou de commerce ne sont qu'un exemple parmi d'autres. En effet, il ne peut y avoir une solution unique – ni simple – pour un problème aussi complexe. L'étude examine ainsi une série d'outils sous l'angle de leur aptitude à optimiser la diffusion de technologies environnementales, depuis les initiatives d'organisations internationales à travers certaines solutions de droit

national jusqu'à diverses initiatives privées. L'étude présente ainsi une série de solutions très différentes sous forme de «boîte à outils», dont les avantages et les inconvénients sont soigneusement détaillés.

Une présentation de l'ensemble des outils identifiés dépasserait le cadre de ce compte rendu. Le lecteur trouvera ci-après un choix volontairement arbitraire de certains aspects qui auront paru les plus intéressants ou originaux à l'auteur de ces lignes.

Le premier groupe d'instruments examinés sont les incitations liées au commerce. Ici, l'étude offre d'abord une analyse fine des articles 7 et 8 ADPIC et le constat sobre (et guère spécifique aux technologies environnementales) que l'intérêt de ces dispositions est limité pour encourager la diffusion de technologies. En effet, l'article 8 ADPIC exige que les mesures prises selon cette disposition afin de «protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique» soient compatibles avec les autres dispositions de l'ADPIC, ce qui ôte le caractère véritablement exceptionnel de la règle. L'analyse reviendra toutefois sur ce point dans la dernière partie consacrée aux exceptions fondées sur les droits de l'homme et y proposera une solution originale.

L'analyse des *patent markets* mériterait à elle seule un compte rendu. Ici, on se limitera à relever que le lecteur trouvera une présentation fouillée de ce sujet encore méconnu des praticiens de propriété intellectuelle, appuyée de deux études de cas, celui de GreenXchange et de IPXI qui auront peut-être été les précurseurs d'une nouvelle manière d'appréhender la diffusion de la technologie et de la technologie environnementale en particulier. Les coûts de transaction limités et la simplicité de leur utilisation en font en outre un outil de choix pour la diffusion de telles technologies dans des juridictions moins développées et/ou disposant de moyens financiers plus limités et ce même si, comme le souligne l'auteur, les *patent markets* ne sauraient remplacer, mais au mieux compléter des négociations internationales sur des régimes de licence différenciés pour les technologies environnementales.

Après une analyse détaillée, dans la seconde partie de l'étude, des mécanismes encourageant la diffusion de technologies dans des accords multilatéraux en matière d'environnement, les exceptions et limitations aux droits de propriété intellectuelle constituent le dernier groupe d'instruments examinés. La présentation commence par la description des procédures nationales d'accélération du traitement de demandes de brevet en matière environnementale («fast-tracking»). Si cet instrument semble plus apparenté à l'encouragement de l'innovation qu'à sa diffusion proprement dite, il est néanmoins analysé comme un outil de diffusion à part entière. En effet, l'accélération des procédures de délivrance confère de la sécurité juridique quant au contenu des droits et permet la conclusion de contrats de licence sur des droits délivrés plus rapidement.

L'étude subséquente des régimes de licence obligatoire conclut en revanche que l'emploi de cet instrument est fortement limité par l'ADPIC et les traités «ADPIC plus». En outre, l'étude avertit que l'octroi de licences obligatoires même en dehors du cadre de ces obligations internationales ne devrait être envisagé qu'au cas par cas.

L'étude a enfin le grand intérêt d'examiner un domaine rarement exploré par la doctrine, les exceptions aux droits de propriété intellectuelle fondées sur les droits de l'homme. Une analyse pointue des droits pertinents est suivie d'une analyse des obligations ADPIC sous cet angle qui débouche sur la conclusion que si les exceptions prévues par l'ADPIC n'ont pas été conçues pour s'appliquer à des problèmes mondiaux et permanents (tel que le changement climatique), il est possible de résoudre de potentiels conflits entre des normes de droit international public et ce type de situations d'exception en recourant à la Convention de Vienne sur le droit des traités et le concept de l'état de nécessité. Ainsi, des conflits entre les obligations de l'ADPIC et le droit à l'autodétermination de l'*ius cogens* peuvent (parfois) être résolus en donnant la primauté à ce dernier. Si cette analyse est difficile à réfuter, elle n'en pose pas moins la question – éminemment politique – de savoir dans quelles circonstances concrètes un tel conflit peut être admis, puis résolu en faveur du droit à l'autodétermination et à l'encontre des obligations internationales univoques assumées par un État. L'étude apporte ici une contribution essentielle au débat et il est fort à parier que ce sujet fera l'objet de discussions controversées durant les années à venir, en particulier lors de négociations d'accords touchant tant aux questions environnementales que commerciales.

Enfin, l'étude ne se contente pas de la présentation fouillée d'outils juridiques. Dans son chapitre conclusif, elle propose une réflexion sur leur sélection et application optimale en fonction de quatre paramètres concrets: les acteurs en jeu, le temps à disposition, le type de technologie à diffuser et la situation technologique du destinataire. À travers ce «mode d'emploi», la présentation fouillée d'instruments juridiques se transforme en manuel pratique à l'attention tant de conseillers que de décideurs confrontés à la difficulté de résoudre des défis environnementaux en présence de contraintes liées à des droits de propriété intellectuelle. Il ne fait pas de doute que cette thèse leur fournit un instrument précieux pour faire face à ces questions complexes.

Peter Ling, LL.M., avocat à Zurich