



Chapitre de livre

2009

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

## Brevets d'invention et protection de l'environnement : conflit ou harmonie ?

---

de Werra, Jacques

### How to cite

DE WERRA, Jacques. Brevets d'invention et protection de l'environnement : conflit ou harmonie ? In: Economie, environnement, éthique : de la responsabilité sociale et sociétale : Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain. Rita Trigo Trindade, Henry Peter, Christian Bovet (Ed.). Genève, Zurich, Bâle : Schulthess, 2009. p. 409–421. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:5341>

Liber  
Amicorum  
Anne Petitpierre-Sauvain

# Economie Environnement Ethique

De la responsabilité sociale  
et sociétale

Edité par  
Rita Trigo Trindade  
Henry Peter  
Christian Bovet

# Brevets d'invention et protection de l'environnement : conflit ou harmonie ?

JACQUES DE WERRA\*

## I. Introduction

Il est acquis que le droit de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement le droit des brevets d'invention, est un instrument qui peut être utilisé pour aider à résoudre certaines crises sociales ou politiques, comme cela a été fait afin de promouvoir l'accès aux médicaments dans les pays en voie de développement<sup>1</sup>.

La question se pose désormais également à propos de la protection de l'environnement au sujet de laquelle on s'interroge sur l'impact négatif ou positif qu'a et pourrait avoir le droit des brevets sur la protection de l'environnement<sup>2</sup>. Il s'agit en premier lieu du rôle potentiel du droit des brevets dans la promotion des technologies vertes, non polluantes ou moins polluantes, dans le contexte des changements climatiques et du réchauffement de la planète, et de la promotion du transfert de telles technologies vertes en faveur des pays en développement<sup>3</sup>. Mais la question du rôle du droit des brevets en matière de protection de l'environnement se pose également en lien avec la thématique de l'exclusion de la brevetabilité des technologies qui seraient jugées néfastes pour l'environnement, et particulièrement de technologies productrices de gaz à effet de serre provoquant le réchauffement climatique<sup>4</sup>. En d'autres termes,

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

<sup>1</sup> Ceci ayant conduit à un amendement de l'accord ADPIC sous la forme d'un nouvel art. 31<sup>bis</sup> visant en particulier à permettre la fabrication sous licence obligatoire de médicaments en vue d'exportation vers les pays nécessiteux en dérogation aux conditions de l'art. 31 ADPIC (cf. [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/trips\\_f/wtl641\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/wtl641_f.htm)), étant noté que l'utilité de telles mesures n'est pas incontestée, cf. DUTFIELD G., *Delivering Drugs to the Poor: Will the TRIPS Amendment Help?*, 2008 (34) *American Journal of Law and Medicine*, p. 107 ss.

<sup>2</sup> Voir généralement KIEF F. S., *Patents for Environmentalists*, *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol. 9, 2002, p. 307 ss, accessible à : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=380840](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380840).

<sup>3</sup> Voir p.ex. les travaux de REICHMAN J. H., RAI A. K., NEWELL R. G., WIENER J. B., *Intellectual Property and Alternatives: Strategies for Green Innovation*, décembre 2008, accessible à : [http://www.chatham-house.org.uk/files/13097\\_1208eedp\\_duke.pdf](http://www.chatham-house.org.uk/files/13097_1208eedp_duke.pdf) et le rapport *Climate Change, Technology Transfer and Intellectual Property Rights*, publié par le International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Genève août 2008, accessible à : [http://ictsd.net/downloads/2008/10/cph\\_trade\\_climate\\_tech\\_transfer\\_ipr.pdf](http://ictsd.net/downloads/2008/10/cph_trade_climate_tech_transfer_ipr.pdf).

<sup>4</sup> Voir les différentes contributions de DERCLAYE E., *Intellectual Property Rights and Global Warming*, *Marquette Intellectual Property Law Review* 12 (2008), p. 263 ss, accessible à : <http://papers.ssrn.com>.

des technologies certes innovantes mais polluantes méritent-elles protection par le droit des brevets ? Le droit des brevets doit-il rester neutre et insensible aux préoccupations écologiques, voire être en conflit avec ces dernières ? C'est à l'analyse de ces questions à la lumière de l'accord ADPIC<sup>5</sup> (cf. II.A ci-dessous) et du droit des brevets européen (cf. II.B ci-dessous) que la présente contribution est consacrée.

## II. Exclusion de la brevetabilité fondée sur le risque d'atteintes à l'environnement

### A. Art. 27 al. 2 ADPIC

#### 1. Introduction

L'art. 27 al. 2 de l'ADPIC dispose que :

« 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 ».

L'art. 27 al. 2 ADPIC prévoit ainsi que l'interdiction de brevetabilité que peuvent comporter les réglementations du droit des brevets nationales ou régionales<sup>6</sup> visant à protéger l'ordre public ou la moralité peut être fondée sur des motifs visant à «éviter de graves atteintes à l'environnement».

Dans une perspective historique, il est utile de relever qu'au cours des négociations ayant conduit à l'adoption de l'ADPIC, il est apparu que les parties contractantes souhaitaient introduire une référence expresse à la problématique de l'environnement dans la disposition relative à l'interdiction de brevetabilité<sup>7</sup>. Ainsi, la référence à l'environnement figurant à l'art. 27 al. 2 ADPIC

---

com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=1016864#; *Should Patent Law Help Cool the Planet? An Inquiry from the Point of View of Environmental Law – Parts I & II*, *European Intellectual Property Review*, Vol. 31, 2009, p. 168 ss et p. 227 ss (cité: « DERCLAYE (2009)») et *Patent Law's Role in the Protection of the Environment: Re-Assessing Patent Law and its Justifications in the 21st Century*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No. 4, 2009 (à paraître).

<sup>5</sup> Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), Annexe 1 C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994.

<sup>6</sup> L'art. 27 al. 2 ADPIC n'imposant aucune obligation à cet égard, cf. CORREA C., *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford (Oxford University Press) 2007, p. 287.

<sup>7</sup> Voir STAEHELIN A., *Das TRIPS-Abkommen, Immaterialgüterrechte im Licht der globalisierten Handelspolitik*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne (Stämpfli) 1999, p. 146, étant noté que cette référence n'a pas été faite dans les

trouve son origine dans le « *Dunkel Draft* » qui a été soumis aux parties contractantes le 20 décembre 1991<sup>8</sup>.

## 2. *Ordre public, moralité et graves atteintes à l'environnement*

Les notions d'ordre public et de moralité ne sont pas définies dans l'ADPIC et sont ainsi laissées à l'appréciation des autorités nationales ou régionales concernées (étant noté que l'ADPIC ne fait aucune distinction juridique entre ces deux notions), des cas d'application – non exhaustifs – étant toutefois donnés à l'art. 27 al. 2 ADPIC, soit la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, et le fait d'éviter de graves atteintes à l'environnement. Ces notions visent en tout état à appréhender les valeurs fondamentales juridiques et éthiques d'une société sur la base desquelles il apparaît qu'une invention ne peut pas être brevetée<sup>9</sup>.

Pour ce qui concerne plus particulièrement le motif visant à « éviter de graves atteintes à l'environnement », ce motif d'exclusion de la brevetabilité doit être rattaché à l'ordre public<sup>10</sup> plutôt qu'à la moralité, même si un tel rattachement reste sans véritable portée pratique. De par sa formulation, on peut d'emblée constater que ce motif d'exclusion apparaît d'une application restrictive dès lors que de « graves » atteintes à l'environnement doivent être en cause.

---

projets respectivement soumis par l'Union européenne, le Japon et les pays en voie de développement qui avaient proposé la référence à l'ordre public et à la moralité, cf. CORREA (2007), p. 287 note de bas de page 66.

<sup>8</sup> CALAME T., *Öffentliche Ordnung und gute Sitten als Schranken der Patentierbarkeit gentechnologischer Erfindungen*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2001, p. 74.

<sup>9</sup> Même si cette source doit naturellement être distinguée de l'accord ADPIC, on peut constater que l'art. XIV (a) de l'Accord Général sur le Commerce des Services qui constitue l'annexe 1B de l'Accord instituant l'OMC (AGCS/GATS) comporte une note de bas de page (n° 5) qui définit la notion d'ordre public comme suit : « L'exception concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société » ; on relèvera toutefois qu'il existe une divergence terminologique entre les versions anglaises des textes concernés, l'expression « public order » étant utilisée à l'art. XIV (a) AGCS alors que celle d'« ordre public » (en français) est employée à l'art. 27 al. 2 ADPIC ; à cet égard, le *Resource Book on TRIPS and Development* (UNCTAD/ICTSD éd.), Genève 2005 accessible à : [http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/RB2.5\\_Patents\\_2.5.3\\_update.pdf](http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/RB2.5_Patents_2.5.3_update.pdf), p. 375 indique que « The term *ordre public*, derived from French law, is not an easy term to translate into English, and therefore the original French term is used in TRIPS. It expresses concerns about matters threatening the social structures which tie a society together, i. e., matters that threaten the structure of civil society as such. « Morality » is « the degree of conformity to moral principles (especially good) » [référence omise]. The concept of morality is relative to the values prevailing in a society ».

<sup>10</sup> REYES-KNOCHE S., in : « TRIPS Internationale und europäisches Recht des geistigen Eigentums Kommentar », J. BUSCHE, P.-T. STOLL (éd.), Cologne (Carl Heymanns) 2007, n° 61 ad art. 27 ; preuves en sont aussi les travaux doctrinaux consacrés à l'« ordre public écologique », voir l'ouvrage collectif (auquel Anne Petitpierre-Sauvain a d'ailleurs contribué), *L'ordre public écologique – Towards an ecological public order*, BOUTELET M., FRITZ J.-C. (éd.), Bruxelles (Bruylant) 2005 et BELAÏDI N., *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Bruxelles (Bruylant) 2009.

Aussi une atteinte à l'environnement qui ne serait pas jugée grave ne sera pas suffisante, ceci contrastant avec la protection plus forte conférée notamment à la santé et à la vie des personnes et des animaux par l'art. 27 al. 2 ADPIC pour laquelle aucune gravité n'est exigée (la lésion de tels biens étant jugée grave en soi)<sup>11</sup>. L'expression « graves atteintes » est de surcroît vague et dès lors sujette à interprétation par les Etats concernés, ce qui pourra avoir pour conséquence qu'une atteinte soit considérée comme grave dans un Etat et pas dans d'autres<sup>12</sup>. Dans la mesure où le motif d'exclusion vise à « éviter de graves atteintes à l'environnement », on doit admettre que ce motif – tout comme les autres – a un but préventif de sorte qu'un risque d'atteintes futures pourra être suffisant pour justifier une telle exclusion de brevetabilité (pour autant qu'un tel risque puisse être objectivement démontré et qu'il laisse présager de « graves atteintes »). Il ne sera donc pas nécessaire d'attendre la survenance d'une (grave) atteinte à l'environnement pour être en mesure d'invoquer une telle cause d'exclusion de brevetabilité. La solution inverse serait absurde, ce d'autant que l'analyse sera supposée être effectuée dans le cadre de l'examen de la validité du brevet, soit à un moment où l'invention ne sera pas nécessairement exploitée commercialement à une large échelle<sup>13</sup>.

### 3. *Caractère nécessaire de l'exclusion de la brevetabilité*

Comme cela ressort du texte même de l'art. 27 al. 2 ADPIC, l'exclusion de la brevetabilité pourra porter sur des inventions « dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité ». La mise en œuvre de l'art. 27 al. 2 ADPIC suppose dès lors de déterminer le caractère nécessaire de la mesure (soit l'interdiction de brevetabilité) par rapport à l'objectif de protection de l'intérêt public que sous-tend le motif d'exclusion de brevetabilité pour contrariété à l'ordre public ou à la moralité.

L'application de cette disposition suppose ainsi de procéder en deux étapes<sup>14</sup>. Il s'agit dans une première étape préliminaire de déterminer s'il est nécessaire d'interdire la commercialisation d'une invention pour préserver l'ordre public et la moralité. Dans ce cadre, la notion de nécessité peut être concrétisée en se référant à l'art. XX du GATT qui institue diverses exceptions permettant aux Etats d'adopter et d'appliquer des mesures qui sont « (a) nécessaires à la protection de la moralité publique » ou « (b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation

---

<sup>11</sup> CORREA (2007), p. 290.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> DE CARVALHO N. P., *The TRIPS Regime of Patent Rights*, 2<sup>ème</sup> éd., La Haye (Kluwer Law International) 2005, p. 209 s.

des végétaux »<sup>15</sup>. Sera ainsi nécessaire au sens de l'art. 27 al. 2 ADPIC une mesure, qui prendra généralement la forme d'une réglementation étatique, interdisant la commercialisation d'une invention à la condition qu'aucune autre mesure ne puisse être raisonnablement prise par cet Etat pour protéger l'ordre public ou la moralité<sup>16</sup>, étant souligné que cette première question ne relève pas du droit des brevets<sup>17</sup>. Ce n'est que lorsqu'il aura été établi au terme de cette première étape qu'il est nécessaire que l'exploitation commerciale de l'invention soit interdite ou doive être interdite<sup>18</sup> dans l'Etat concerné que l'exclusion de brevetabilité pourra être envisagée. En effet, il ne serait pas logique d'exclure la brevetabilité d'une invention alors que son exploitation commerciale resterait possible<sup>19</sup>.

Ensuite, à supposer que la nécessité de la mesure ait été admise, il faudra, dans un second temps, déterminer s'il est nécessaire d'exclure la brevetabilité de l'invention concernée afin d'interdire l'exploitation commerciale de celle-ci. Là encore, il s'agira d'examiner si d'autres solutions moins incisives que l'exclusion de brevetabilité permettent d'atteindre le même but<sup>20</sup>. A cet égard, il

<sup>15</sup> GERVAIS D., *The TRIPS Agreement : Drafting History and Analysis*, 3<sup>ème</sup> éd., Londres (Sweet & Maxwell) 2008, p. 346 ; REYES-KNOCHE (2007), n° 68 ad art. 27 ; Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce, accessible à : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/gatt47\\_02\\_f.htm#articleXX](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gatt47_02_f.htm#articleXX) : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures

a) nécessaires à la protection de la moralité publique ;

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux » ;

DE CARVALHO (2005), p. 209 s. se réfère pour sa part à l'art. 2.2 de l'accord SPS qui prévoit que « Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, [...] ».

<sup>16</sup> GERVAIS (2008), p. 346 ss ; REYES-KNOCHE (2007), n° 68-69 ad art. 27 ; ces auteurs discutent certaines affaires concernant en particulier l'art. XX GATT tranchées selon le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, notamment les affaires United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services – AB-2005-1 (Report of the Appellate Body WT/DS285/AB/R, du 20 avril 2005), Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef – AB-2000-8, Report of the Appellate Body WT/DS161/AB/R WT/DS169/AB/R, du 11 décembre 2000 (ainsi que le litige – relatif au GATT –, United States – Restriction on Imports of Tuna, Report of the Panel, DS21/R – 39S/155, du 3 septembre 1991).

<sup>17</sup> DE CARVALHO (2005), p. 210.

<sup>18</sup> CORREA (2007), p. 291, discute la question de savoir si une interdiction formelle d'exploitation de l'invention dans l'Etat concerné est indispensable en citant des sources doctrinales divergentes à ce sujet alors que d'autres auteurs sont plus catégoriques, cf. p.ex. REYES-KNOCHE (2007), n° 60 et 70 ss ad art. 27.

<sup>19</sup> CORREA, p. 291 ; REYES-KNOCHE (2007), n° 71 ad art. 27.

<sup>20</sup> DE CARVALHO (2005), p. 211 (qui note qu'une telle évaluation dépasse les tâches ordinaires et les capacités d'ordre technique des examinateurs de brevets).

n'est pas inutile de rappeler que la délivrance d'un brevet ne confère aucun droit au titulaire de ce dernier d'exploiter l'invention, dès lors qu'une telle exploitation peut supposer l'obtention d'autres autorisations étatiques selon le produit concerné. Dans ces circonstances, de même que la délivrance d'un brevet n'a pas d'impact direct sur le droit d'exploiter commercialement l'invention, l'exclusion de brevetabilité n'a pas non plus d'effet sur l'interdiction d'une telle exploitation commerciale (le fait que les conditions de brevetabilité ne soient pas remplies n'empêchant pas l'exploitation commerciale de l'invention concernée). Sur cette base, il n'est pas aisé de concevoir des cas dans lesquels l'exclusion de la brevetabilité pourrait effectivement constituer une mesure nécessaire afin d'interdire l'exploitation commerciale de l'invention concernée (ou même d'y contribuer de manière déterminante)<sup>21</sup>. On a aussi exprimé l'idée qu'il doit exister un rapport de causalité entre la mesure à prendre (soit l'exclusion de brevetabilité) et l'objectif visé (soit la protection de l'intérêt public, et donc de l'ordre public et de la moralité)<sup>22</sup>. Dans cette perspective, l'exclusion de brevetabilité sera considérée comme une mesure nécessaire lorsque l'exploitation commerciale de l'invention sur le territoire d'un Etat donné menace objectivement l'ordre public ou la moralité<sup>23</sup>.

#### 4. *Contrariété à l'ordre public ou à la moralité et illégalité de l'exploitation de l'invention*

Si les Etats membres de l'OMC peuvent exclure de la brevetabilité certaines inventions pour des motifs de contrariété à l'ordre public ou à la moralité, ils peuvent le faire «à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation» (comme le précise l'art. 27 al. 2 ADPIC *in fine*). Cette condition, qui étend et généralise un principe déjà ancré à l'art. 4<sup>quater</sup> de la Convention de Paris<sup>24</sup>, précise ainsi que l'illicéité de l'exploitation – jugée selon le droit national – ne justifie pas en soi l'exclusion de la brevetabilité<sup>25</sup>. La notion de contrariété à l'ordre public ou à la mora-

---

<sup>21</sup> Ibid. (« [...] it is not by accepting an application that the invention obtains automatically a marketing approval. The relation of cause and effect, thus, between rejecting a patent application and preventing the commercial exploitation of the claimed invention is not evident »).

<sup>22</sup> Id., p. 209 (« *Necessary* means that a causal connection must exist between the measure taken (exclusion from patentability) and the effect sought (protection of *ordre public* or morality) »); REYES-KNOCHÉ (2007), n° 68 ad art. 27.

<sup>23</sup> REYES-KNOCHÉ (2007), n° 68 ad art. 27.

<sup>24</sup> L'art. 4<sup>quater</sup> de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, accessible à : [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/trtdocs\\_wo020.html#P122\\_16394](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/trtdocs_wo020.html#P122_16394), dispose que : « La délivrance d'un brevet ne pourra être refusée et un brevet ne pourra être invalidé pour le motif que la vente du produit breveté ou obtenu par un procédé breveté est soumise à des restrictions ou limitations résultant de la législation nationale »; pour un examen comparatif des deux dispositions, voir DE CARVALHO (2005), p. 212 s.

<sup>25</sup> REYES-KNOCHÉ (2007), n° 70 ad art. 27.

lité est dès lors beaucoup plus restrictive que celle d'illicéité de l'exploitation de l'invention qui serait constatée sur la base du droit national<sup>26</sup>.

## 5. *Application aux inventions susceptibles de causer de graves atteintes à l'environnement*

Comment doit-on dès lors envisager l'application de l'art. 27 al. 2 ADPIC dans le cas d'une invention susceptible de causer de graves atteintes à l'environnement ?

Compte tenu de la référence faite à l'art. 27 al. 2 ADPIC à la protection de l'environnement comme motif potentiel d'exclusion de la brevetabilité, certains auteurs ont souhaité que les Etats parties fassent usage de cette possibilité et exigent ainsi des déposants la preuve de l'absence de risque environnemental des inventions faisant l'objet des dépôts concernés<sup>27</sup>. D'autres ont invité les Etats, pour ce qui concerne les inventions émettrices de dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>), à ne pas délivrer de brevets pour toute invention émettrice de CO<sub>2</sub> ou, à tout le moins, à procéder à une analyse des avantages et inconvénients de l'invention en mettant en balance la valeur de l'invention pour la société d'une part et les degrés d'émission de CO<sub>2</sub> d'autre part, ce afin de décider de la brevetabilité d'une telle invention<sup>28</sup>, voire à prononcer la nullité de brevets en cas d'émission excessive de CO<sub>2</sub> indépendamment de toute preuve d'effet dommageable sur l'environnement<sup>29</sup>.

Même si l'on peut comprendre de telles approches, il apparaît que l'intégration dans le droit des brevets de ces préoccupations environnementales dans la décision relative à la brevetabilité d'une invention est délicate pour des raisons tant dogmatiques que pratiques.

---

<sup>26</sup> Sur la base du texte de l'art. 27 al. 2 ADPIC qui se réfère expressément à « leur législation », la question pourrait se poser en termes différents si l'interdiction devait être fondée non sur la base d'une réglementation nationale, mais d'une convention internationale, cette question n'ayant toutefois apparemment pas attiré l'attention des commentateurs de l'ADPIC.

<sup>27</sup> Voir HARPER B. M., *TRIPs Article 27.2: An Argument for Caution*, 21 William & Mary Environmental Law & Policy Review (1997), p. 381 ss, p. 417 s. (« It is appropriate under Article 27.2 [ADPIC], for a nation to presume that certain inventions pose an environmental risk. To protect against this risk, a nation might require a pre-market showing from both domestic and foreign producers that an invention is safe. If the burden is not carried at all, then that nation could then ban the invention as unsafe. If an invention fails to meet a lesser standard of safety, then the nation could discourage its development by refusing to patent it »).

<sup>28</sup> DERCLAYE (2008), p. 273.

<sup>29</sup> Id., p. 286 (évoquant la nécessité de faire en sorte que les brevets relatifs à des inventions qui émettent du CO<sub>2</sub> soient révoqués même en l'absence de toute preuve que l'invention concernée cause un dommage concret à l'environnement); le déposant pourrait aussi se voir imposer le fardeau de la preuve de démontrer que l'invention faisant l'objet du dépôt ne porte pas préjudice à l'environnement dans le cadre de la procédure de dépôt, voir DERCLAYE (2009), p. 234.

Sur le plan dogmatique tout d'abord, il faut garder à l'esprit que le motif d'exclusion lié aux atteintes graves à l'environnement est rattaché à la protection de l'ordre public et de la moralité comme le rappelle explicitement l'art. 27 al. 2 ADPIC, soit aux valeurs juridiques et éthiques jugées fondamentales par la société. Dans cette perspective, l'exclusion de brevetabilité en raison de l'existence de graves risques pour l'environnement ne devrait pouvoir s'appliquer que dans des cas extrêmes et pas simplement en cas de dépassement de certains seuils de pollution (qui seraient définis en fonction de réglementations en matière de protection de l'environnement). En effet, admettre que le dépassement de tels seuils est suffisant pour conduire à l'exclusion de brevetabilité conduirait à violer l'art. 27 al. 2 ADPIC *in fine* qui prévoit expressément que l'exclusion de brevetabilité ne peut pas découler d'une quelconque violation du droit étatique. De plus, l'exclusion de brevetabilité devrait constituer une mesure *nécessaire* pour sauvegarder l'ordre public et la moralité et ainsi l'environnement. Or, on ne peut admettre qu'une invention qui serait peu ou pas écologique ne puisse pas être brevetée pour ce seul motif, sachant que son exploitation pourra cas échéant être contrôlée voire interdite en application de réglementations relatives à la protection de l'environnement (qui ne relèvent pas et doivent être distinguées de la protection de l'ordre public et de la moralité)<sup>30</sup>. Il convient dès lors de bien marquer la distinction, conformément au texte de l'art. 27 al. 2 ADPIC, entre l'illégalité potentielle d'exploitation d'une invention (qui peut découler d'une réglementation en matière de protection de l'environnement) et la contrariété à l'ordre public ou à la moralité, sous réserve du cas fort hypothétique d'un risque d'atteintes graves à l'environnement qui soit effectivement constitutif d'une violation de l'ordre public.

Pour ce qui concerne ensuite les raisons pratiques, il paraît extrêmement délicat de conférer aux offices de brevets (et même aux tribunaux civils qui seraient ultérieurement saisis d'un litige dans le cadre duquel la question de la validité d'un tel brevet serait contestée) la compétence de trancher ce genre de questions qui exigent une expertise spécifique en matière environnementale que ces institutions n'ont manifestement pas. Il ne paraît ainsi pas réaliste d'imposer à un office de brevets de se prononcer sur ce genre de questions qui dépassent largement ses domaines de compétence technique. De plus, dès lors qu'une invention telle que décrite dans une demande de brevet constitue une règle technique abstraite, il sera incertain d'apprécier tous les risques environnementaux susceptibles de résulter de son application, les modalités de celle-ci

---

<sup>30</sup> On peut se référer à cet égard à la résolution prise par l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle (question 128 « Brevets et protection de l'environnement ») prise au congrès de Montréal en 1995, accessible à : [https://www.aippi.org/download/comitees/128/RS128\\_French.pdf](https://www.aippi.org/download/comitees/128/RS128_French.pdf) : « Il est inopportun de refuser la brevetabilité d'une invention au motif que son exploitation est susceptible de porter de graves atteintes à l'environnement. En tout état de cause, l'exploitation d'une invention – qu'elle soit ou non brevetée – est soumise aux réglementations propres à l'environnement existant dans ce domaine d'exploitation ».

pouvant prendre différentes formes (et ainsi présenter des risques environnementaux variables).

## B. La Convention sur le brevet européen

Même si les principes du droit européen des brevets relatifs aux motifs d'exclusion de brevetabilité ne sont pas nécessairement applicables sur le plan international notamment dans le cadre de l'interprétation de l'art. 27 al. 2 ADPIC<sup>31</sup>, il reste instructif d'examiner la manière par laquelle ce motif d'exclusion de la brevetabilité a été conçu et appliqué dans le cadre de la Convention sur le brevet européen (CBE), ce d'autant que la référence à l'ordre public et à la moralité figurant à l'art. 27 al. 2 ADPIC avait précisément été proposée par l'Union Européenne en référence à l'art. 53 CBE<sup>32</sup>. Cette disposition dans sa version en vigueur depuis le 13 décembre 2007 prévoit (à son alinéa (a)) que « [l]es brevets européens ne sont pas délivrés pour a) les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, une telle contradiction ne pouvant être déduite du seul fait que l'exploitation est interdite, dans tous les Etats contractants ou dans plusieurs d'entre eux, par une disposition légale ou réglementaire »<sup>33</sup>. Cette disposition reflète ainsi largement le texte de l'art. 27 al. 2 ADPIC.

Dès lors que la CBE ne comporte aucune définition des notions d'ordre public et de bonnes mœurs, il est instructif de noter que les Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets<sup>34</sup> (« les Directives de l'OEB ») précisent que l'ordre public et des bonnes mœurs ne peuvent conduire à l'exclusion de la brevetabilité que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles<sup>35</sup>. Par ailleurs, contrairement à l'art. 27 al. 2 ADPIC, les motifs d'exclusion

---

<sup>31</sup> CORREA (2007), p. 288 ; REYES-KNOCHE (2007), n° 64 ad art. 27 (notant toutefois que ces principes peuvent servir comme source d'interprétation).

<sup>32</sup> Voir DE CARVALHO (2005), p. 207.

<sup>33</sup> L'art. 53a) de la Convention initiale (CBE 1973) avait une formulation très proche : « Les brevets européens ne sont pas délivrés pour : a) les inventions dont la publication ou la mise en oeuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en oeuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite, dans tous les Etats contractants ou dans l'un ou plusieurs d'entre eux, par une disposition légale ou réglementaire », la nouvelle version ayant précisément été adoptée dans le but de la rendre compatible avec l'art. 27 ADPIC.

<sup>34</sup> Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets (version en vigueur dès le 1. 4. 2009), accessibles à : [http://www.epo.org/about-us/publications/procedure/guidelines-2009\\_fr.html](http://www.epo.org/about-us/publications/procedure/guidelines-2009_fr.html).

<sup>35</sup> Partie C, chapitre V, ch. 4.1 (Éléments contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs) accessible à : [http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/guiex/f/c\\_iv\\_4\\_1.htm](http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/guiex/f/c_iv_4_1.htm) : « Toute invention dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs est explicitement exclue de la brevetabilité. Le but de cette disposition est de priver de la protection conférée par le brevet les inventions susceptibles d'inciter à la révolte, de troubler l'ordre public ou d'engendrer des comportements criminels ou choquants [renvoi omis]. Les mines anti-personnel en sont un exemple manifeste.

de brevetabilité de l'art. 53 CBE sont impératifs et leur application n'est pas laissée à la discrétion des autorités concernées (et particulièrement à celle des organes de l'Office européen des brevets qui doivent en premier lieu se prononcer sur la validité des brevets déposés).

Pour ce qui concerne la jurisprudence, les organes de l'Office européen des brevets ont examiné la question de l'exclusion de brevetabilité fondée sur le risque d'atteinte à l'environnement dans l'affaire *Plant Genetic Systems*, suite à une opposition formée par Greenpeace<sup>36</sup>. Dans cette affaire, il a été décidé que le risque pour l'environnement devait être clairement démontré pour qu'un tel risque puisse conduire à la révocation du brevet, ce qui n'a pas été admis en l'espèce<sup>37</sup>. Dans ces circonstances, cette jurisprudence a confirmé que le motif d'exclusion de la brevetabilité fondé sur le risque d'un préjudice pour l'environnement n'est applicable qu'à des conditions restrictives.

Plus généralement, la pratique du droit européen des brevets, qui découle en particulier des Directives de l'OEB, permet de constater le caractère exceptionnel de l'invocation du motif d'exclusion de la brevetabilité fondé sur l'ordre public et la moralité, un tel motif n'étant susceptible d'être invoqué « que dans des cas rares et extrêmes »<sup>38</sup>, ce qui rend d'autant plus incertaine l'admission d'un tel motif d'exclusion de la brevetabilité en matière d'atteinte à l'environnement.

---

D'une façon générale, cette clause n'est susceptible d'être invoquée que dans des cas rares et extrêmes. Le meilleur moyen de savoir s'il convient de l'invoquer serait de se demander si cette invention apparaîtrait au public comme si répugnante qu'il serait inconcevable de la breveter. S'il est évident que c'est effectivement le cas, et dans ce cas seulement, il convient de soulever une objection au titre de l'art. 53 a)».

<sup>36</sup> Décision de la division d'opposition de l'Office européen des brevets du 21 février 1995 dans la cause T 0356/93 – 3.3.4, J.O OEB 1995, p. 545, accessible à: <http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t930356ep1.htm>.

<sup>37</sup> Ibid.: « 18.5 In the board's judgment, the revocation of a European patent under Article 53(a) EPC on the grounds that the exploitation of the invention for which the patent has been granted would seriously prejudice the environment presupposes that the threat to the environment be sufficiently substantiated at the time the decision to revoke the patent is taken by the EPO.

18.6 In the present case, no conclusive evidence has been presented by the appellants showing that the exploitation of the claimed subject-matter is likely to seriously prejudice the environment. In fact, most of the appellants' arguments are based on the possibility that some undesired, destructive events (eg the transformation of crops into weeds, spreading of the herbicide-resistance gene to other plants, damage to the ecosystem) might occur. Of course, such events may occur to some extent. This fact has even been admitted by the respondents. However, in the board's judgment, the documentary evidence submitted on this subject is not sufficient to substantiate the existence of a threat to the environment such as to represent a bar to patentability under Article 53(a) EPC ».

<sup>38</sup> Cf. extrait des Directives de l'OEB, n. 34.

### III. Conclusion

La protection de l'environnement est manifestement une question critique de notre époque qui mérite une attention politique soutenue et des plans d'action ambitieux<sup>39</sup>. Dans ce contexte, le rôle joué par la propriété intellectuelle, et particulièrement par le droit des brevets d'invention, est discuté, voire critiqué, notamment concernant la thématique présentée dans la présente contribution, soit l'exclusion de brevetabilité pour des motifs découlant de la protection de l'environnement.

Quoi qu'il en soit, l'intégration du droit de la propriété intellectuelle dans les réflexions concernant d'éventuelles mesures à prendre en matière de protection de l'environnement suscite plusieurs réflexions.

Elle confirme tout d'abord que le droit de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement le droit des brevets, est un domaine du droit qui ne peut plus être considéré de manière indépendante mais qui doit au contraire être analysé à la lumière de l'ensemble de l'ordre juridique, ce qui suppose que les interactions avec d'autres domaines (ici la protection de l'environnement) soient analysées et comprises.

Toutefois, comme cette contribution cherche à le souligner, il n'est pas nécessairement approprié de considérer que la réglementation relative au droit de la propriété intellectuelle puisse offrir des solutions à certains maux qui seraient constatés. On doit ainsi résister à la tentation consistant à utiliser cette réglementation afin de tenter d'offrir de telles solutions, qui présente le danger de conduire à la dénaturation de celle-ci. De par sa nature, le droit des brevets ne constitue en effet pas un instrument privilégié de lutte contre les atteintes causées à l'environnement, sachant que ce droit constitue plutôt un moyen de promotion de l'innovation. Ainsi peut-on douter que l'exclusion de brevetabilité pour des inventions qui seraient considérées comme gravement dommageables à l'environnement constitue une mesure véritablement utile à la protection de l'environnement, dans la mesure où l'interdiction de brevetabilité n'empêche naturellement pas l'exploitation commerciale d'une telle invention, seule cette exploitation étant en réalité déterminante (et dommageable).

Plus fondamentalement, la tentation consistant à vouloir adapter le droit de la propriété intellectuelle, et spécialement le droit des brevets, afin de (tenter de) répondre à certains enjeux contemporains (notamment la santé publique et la protection de l'environnement) recèle le risque non négligeable de créer des

---

<sup>39</sup> Voir, pour ce qui concerne les changements climatiques, les travaux entrepris dans le cadre de la CCNUCC (Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques), accessible à <http://unfccc.int/>.

régimes dérogatoires au droit commun et de morceler ainsi la réglementation, ce qui n'est pas sans conséquence sur la cohérence du système de protection des droits de propriété intellectuelle. Il paraît ainsi important de ne pas créer hâtivement des régimes réglementaires exorbitants du droit commun qui se révéleraient ultérieurement inefficaces ou inappropriés<sup>40</sup>.

Une telle approche ne signifie aucunement que le droit des brevets n'a aucun rôle à jouer en matière de protection de l'environnement<sup>41</sup>. Ainsi, la relation entre brevets et protection de l'environnement ne doit pas être conçue de manière conflictuelle<sup>42</sup>. Bien au contraire, le droit des brevets d'invention doit rester au service de l'innovation technologique, et doit ainsi protéger l'« innovation verte »<sup>43</sup>.

Cette approche ne signifie pas non plus que les domaines du droit de la propriété intellectuelle et de la protection de l'environnement ne doivent avoir aucune relation entre eux. Force est de noter à cet égard que la protection de l'environnement constitue une source d'inspiration très précieuse pour le droit de la propriété intellectuelle, domaine qui a aussi besoin de son « écosystème »<sup>44</sup>. Dans ces circonstances, il est clair que le droit de la propriété intellec-

---

<sup>40</sup> D'autant moins qu'il n'apparaît pas, selon des études récentes, que les technologies vertes brevetées soient utilisées de manière abusive et dommageable pour l'intérêt public, cf. le rapport *Are IPR a Barrier to the Transfer of Climate Change Technology*, étude réalisée sur mandat de la Commission européenne par Copenhagen Economics A/S et the IPR Company, 19 janvier 2009 accessible à : [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/february/tradoc\\_142371.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/february/tradoc_142371.pdf) et BARTON J. H., *Intellectual Property and Access to Clean Energy Technologies in Developing Countries, An Analysis of Solar Photovoltaic, Biofuel and Wind Technologies*, Genève décembre 2007 (publié par le International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), accessible à : [http://ictsd.net/downloads/2008/11/intellectual-property-and-access-to-clean-energy-technologies-in-developing-countries\\_barton\\_ictsd-2007.pdf](http://ictsd.net/downloads/2008/11/intellectual-property-and-access-to-clean-energy-technologies-in-developing-countries_barton_ictsd-2007.pdf) ; et l'article du même auteur, *Brevets et accès aux technologies énergétiques propres dans les pays en développement*, Magazine de l'OMPI (février 2008), accessible à : [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/fr/2008/01/article\\_0003.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2008/01/article_0003.html).

<sup>41</sup> Des initiatives publiques ou privées sont à saluer, cf. p.ex. le système de « *patent pooling* » des brevets verts (« *eco-patents* ») lancé par le World Business Council for Sustainable Development, (<http://www.wbcsd.org/templates/TemplateWBCSD5/layout.asp?type=p&MenuId=MTU10Q&doOpen=1&ClickMenu=LeftMenu>).

<sup>42</sup> On peut citer à cet égard le considérant 10 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques qui dispose « considérant qu'il convient de prendre en compte le potentiel de développement des biotechnologies pour l'environnement et en particulier l'utilité de ces technologies pour le développement de méthodes culturales moins polluantes et plus économes des sols ; qu'il convient d'encourager, par le système des brevets, la recherche et la mise en oeuvre de tels procédés ».

<sup>43</sup> Voir le numéro spécial du Magazine de l'OMPI d'avril 2009 (2/2009) à l'occasion de la journée mondiale de la propriété intellectuelle du 26 avril 2009 consacré à l'innovation verte, accessible à : [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/fr/2009/02/](http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2009/02/).

<sup>44</sup> BOYLE J., *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?*, (1997) 47 Duke Law Journal p. 87 ss, accessible à : [http://eprints.law.duke.edu/165/1/47\\_Duke\\_L\\_J\\_87\\_\(1997-98\).pdf](http://eprints.law.duke.edu/165/1/47_Duke_L_J_87_(1997-98).pdf) ; voir aussi son ouvrage BOYLE J., *Shamans, Software and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge (Harvard University Press) 1996.

tuelle peut grandement bénéficier, dans une approche interdisciplinaire, des expériences faites en matière de protection de l'environnement. De même, une protection efficace de l'environnement supposera également une approche interdisciplinaire<sup>45</sup> dans laquelle la propriété intellectuelle pourrait avoir un certain rôle à jouer, interdisciplinarité qu'a remarquablement incarnée Anne Petit-pierre-Sauvain de par la diversité de ses domaines d'activités, d'enseignement et de recherche.

---

<sup>45</sup> Voir p.ex. TORRE-SCHAUB Marta, *Le réchauffement climatique : une question pluridisciplinaire*, Cahiers Droit, Science et Technologie n° 2, 2009, p. 9 ss (voir aussi les autres articles publiés dans ce numéro spécial de la revue consacré au thème « Droit et Climat »).