

29 octobre 2018

(18-6783)

Page: 1/3

**Conseil des aspects des droits de propriété
intellectuelle qui touchent au commerce**

Original: anglais

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET INTÉRÊT GÉNÉRAL:
PROMOUVOIR LA SANTÉ PUBLIQUE PAR LE BIAIS DU DROIT
ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE**

COMMUNICATION PRÉSENTÉE PAR L'AFRIQUE DU SUD

La communication ci-après, datée du 26 octobre 2018, est distribuée à la demande de la délégation de l'Afrique du Sud.

1. La présente communication vient compléter le point ad hoc "Propriété intellectuelle et intérêt général: promouvoir la santé publique par le biais du droit et de la politique de la concurrence" présenté par les co-auteurs des documents IP/C/643 et Add.1 du 24 et 29 mai 2018, respectivement.

2. La protection de la propriété intellectuelle en soi n'est pas censée conférer une emprise sur le marché ni indiquer un comportement anticoncurrentiel. Ainsi, en règle générale, elle n'empêche pas les titulaires de droits de propriété intellectuelle (DPI) d'exercer leurs droits exclusifs. Plusieurs pays appliquent des approches différentes en ce qui concerne l'interaction entre le droit et la politique de la concurrence d'une part et la propriété intellectuelle d'autre part. D'après un document de travail récent de l'OMC¹, malgré les différences de niveaux de développement, les systèmes constitutionnels et/ou les structures économiques et les profils industriels des pays étudiés² ont tous montré un intérêt pour les liens entre le droit et la politique de la concurrence et la propriété intellectuelle. Tous les pays examinés dans le cadre de cette étude ont des règles rudimentaires qui ont une incidence sur les possibles usages abusifs et anticoncurrentiels des DPI. Il est également évident que la manière dont la politique de la concurrence traite les DPI est devenue plus claire au fil du temps, que ce soit grâce à des processus itératifs ou à l'évolution des pratiques des autorités en la matière.³ Cette évolution s'opère grâce à des échanges fructueux entre les pays et à un apprentissage mutuel entre homologues, comme le montrent la volonté grandissante d'assurer un bon équilibre entre la propriété intellectuelle et le droit et la politique de la concurrence dans ces pays. D'où la nécessité de poursuivre les discussions et les analyses étant donné que le droit et la politique de la concurrence ne sont plus la préoccupation de quelques pays seulement.

3. Durant la session du Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de juin 2018, les co-auteurs ont montré que l'Accord sur les ADPIC contenait plusieurs dispositions en faveur de la concurrence, dont les articles 6, 8:1, 31 k) et 40. Il est évident que ces dispositions laissent aux Membres de l'OMC une grande marge de manœuvre dans l'application du droit de la concurrence en ce qui concerne les actes relatifs à l'acquisition ou l'exercice des DPI. En conciliant les différentes approches possibles en matière de concurrence, les mesures correctives disponibles pour remédier à un comportement anticoncurrentiel peuvent permettre une plus large gamme d'actions que d'autres flexibilités relatives à la santé publique liées uniquement aux brevets. La politique de la concurrence joue un rôle important en améliorant l'accès

¹ Document de l'OMC ERSD-2018-02, intitulé "Competition Agency Guidelines and Policy Initiatives Regarding the Application of Competition Law vis-à-vis Intellectual Property: An Analysis of Jurisdictional Approaches and Emerging Directions", page 63.

² États-Unis, Canada, Union européenne, Australie, Japon, Corée, Brésil, Chine, Inde, Russie et Afrique du Sud.

³ Document de travail de l'OMC 2018, page 64.

aux technologies médicales et en stimulant l'innovation dans le secteur pharmaceutique. Les Membres de l'OMC ont toute latitude dans le cadre du droit international pour élaborer leurs propres lois sur la concurrence en fonction de leurs intérêts et besoins nationaux et de leur niveau de développement.

4. L'utilisation du droit de la concurrence n'est pas exempte de difficultés, car de nombreux pays en développement n'ont pas forcément la capacité d'administrer ou de faire respecter un tel système. Comme il existe un ensemble considérable de précédents, l'auteur du présent document souhaite montrer que de nombreux Membres de l'OMC utilisent déjà le droit de la concurrence pour remédier à diverses pratiques anticoncurrentielles entravant l'accès aux médicaments et aux technologies médicales. Les pratiques qui ont été recensées comme néfastes sont, entre autres, les suivantes: i) usage abusif des DPI dû à l'imposition de conditions trop restrictives à la délivrance de licences concernant les technologies médicales ou au refus de remédier à ces conditions; ii) atteinte à la concurrence des génériques en raison d'accords amiables anticoncurrentiels concernant des brevets; iii) fusions entre laboratoires pharmaceutiques entraînant une concentration néfaste de la R-D et des DPI; iv) ententes entre laboratoires pharmaceutiques, y compris entre les fabricants de génériques; v) comportement anticoncurrentiel dans le secteur de la vente au détail de produits médicaux et d'autres secteurs apparentés; et vi) collusions à l'occasion de marchés publics.⁴ À cet égard, tous les pays ne suivent pas la même approche; par exemple, le refus d'octroyer une licence peut constituer un abus de position dominante dans certains pays, alors que dans d'autres, il est considéré comme un droit du titulaire de DPI.

5. Les "objectifs" et "principes" inscrits dans les articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC constituent des éléments d'interprétation centraux de l'Accord sur les ADPIC, en particulier en ce qui concerne les dispositions pertinentes qui prévoient des flexibilités pour légiférer au niveau national. Dans l'affaire *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*⁵ portée devant l'OMC, le Groupe spécial a relevé que "la portée exacte du pouvoir conféré par l'article 30 dépendra du sens spécifique donné aux conditions limitatives qui y sont énoncées". À cette fin, les objectifs énoncés dans les articles 7 et 8:1 sont pertinents.

6. Le Groupe spécial *Australie – Emballage neutre du tabac* s'est référé au rapport *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* pour ce qui est de l'interprétation des termes de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC à la lumière de son objet et de son but.⁶ Il a noté que le paragraphe 5 de la Déclaration de Doha est formulé en termes généraux, qui invitent l'interprète de l'Accord sur les ADPIC à lire "chaque disposition de l'Accord sur les ADPIC" à la lumière de l'objet et du but de l'Accord, tels qu'ils sont exprimés en particulier dans ses objectifs et principes.⁷ Fondamentalement, le Groupe spécial conclut que ce paragraphe de la Déclaration de Doha constitue un accord ultérieur des Membres de l'OMC au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.⁸ Cette conclusion peut fortement influencer l'interprétation des flexibilités de l'Accord sur les ADPIC.

7. Le droit et la politique de la concurrence restent une question importante qui fait l'objet d'une grande attention et de nombreuses discussions au niveau multilatéral. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) mène des travaux novateurs en la matière et fournit une assistance technique en vue d'améliorer la coopération mondiale dans le domaine de la politique de la concurrence. Chaque année, un groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence se réunit pour étudier les moyens de favoriser la convergence à travers le dialogue. La CNUCED élabore une liste annotée des lois sur la

⁴ OMS, OMPI, OMC, Promouvoir l'accès aux technologies médicales et l'innovation – Intersections entre la santé publique, la propriété intellectuelle et le commerce (2013), pages 75 et 76.

⁵ Document WT/DS114/R, 17 mars 2000, paragraphe 7.26.

⁶ *Australie – certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage* (28 juin 2018) WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R, paragraphe 7.2402. L'Organe de règlement des différends (ORD) a adopté les rapports du Groupe spécial concernant les plaintes de Cuba et de l'Indonésie le 27 août (respectivement DS458 et DS467). Le Honduras et la République dominicaine ont fait appel de certaines conclusions du Groupe spécial (respectivement DS435 et DS441).

⁷ Ad paragraphe 7.2408.

⁸ Ad paragraphe 7.2409. Dans leurs appels respectifs, le Honduras (WT/DS435/23) et la République dominicaine (WT/DS/441/23) ont allégué que le Groupe spécial avait fait erreur en constatant que le paragraphe 5 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique constituait un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

concurrence, liste qui figure dans le Manuel sur les législations appliquées en matière de concurrence (Vol. II) (UNCTAD/DITC/CLP/2009/2).⁹ Elle dispose également d'une loi type sur la concurrence, disponible dans toutes les langues de travail de l'ONU.¹⁰

8. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a examiné activement la question propriété intellectuelle et concurrence.¹¹ À sa treizième session (3–5 septembre 2018), le Comité consultatif de l'OMPI sur l'application des règles a discuté, entre autres, de l'interaction entre les moyens de faire respecter les DPI et le droit de la concurrence. Le Brésil et le Pérou ont présenté des études de cas portant sur des approches administratives permettant d'aborder l'interaction entre les moyens de faire respecter les DPI et le droit de la concurrence.¹² En se fondant sur des exemples concrets, les participants ont discuté des limitations des lois sur la concurrence déloyale en ce qui concerne l'exercice des DPI, et du recours aux règles de concurrence dans les cas d'utilisation abusive du système de protection de la propriété intellectuelle pour empêcher des concurrents d'entrer ou de rester sur un marché.

9. L'auteur de la présente communication prie instamment les Membres de partager à nouveau leurs expériences nationales et des exemples illustrant la manière dont le droit de la concurrence est utilisé pour atteindre des objectifs de santé publique et les objectifs nationaux connexes. La tenue d'un débat et l'échange de renseignements pourraient permettre d'améliorer la compréhension qu'ont les Membres des différentes approches relatives à l'utilisation du droit et de la politique de la concurrence afin de prévenir notamment les pratiques collusoires en matière de prix ou le recours à des clauses abusives dans les contrats de licence, qui limiteraient de manière déraisonnable l'accès aux nouvelles technologies, et le recours à des mesures qui empêcheraient l'arrivée sur le marché de sociétés produisant des médicaments génériques et pourraient conduire à l'augmentation des prix des médicaments. Le renforcement des capacités et l'assistance technique restent les principaux moyens d'aider les Membres de l'OMC à accroître leur capacité d'administrer et de mettre en œuvre les régimes régissant la concurrence.

Questions pouvant servir de fil directeur

10. Ces questions se fondent sur les précédentes questions figurant dans le document IP/C/W/643. Certaines délégations ont indiqué qu'elles pourraient reprendre des questions posées lors de la précédente session du Conseil des ADPIC. Dans cette optique, les délégations sont invitées à partager leur expérience de l'utilisation du droit de la concurrence pour remédier aux pratiques anticoncurrentielles qui entravent l'accès aux médicaments et aux technologies médicales, ou à faire part des difficultés qu'elles ont à faire respecter le droit de la concurrence en ce qui concerne l'accès aux médicaments ou aux technologies médicales.

1) Quels types de comportement les Membres de l'OMC considèrent-ils comme un usage abusif des droits de propriété intellectuelle dans les secteurs pharmaceutique et médical? Les approches adoptées par les Membres de l'OMC pour évaluer ce type de comportement ont-elles évolué?

2) Quels exemples de meilleures pratiques les Membres peuvent-ils identifier en ce qui concerne le contrôle des prix excessifs et les mesures correctives à cet égard? Les Membres recourent-ils à des méthodes spécifiques en fonction du contexte pour déterminer si les prix sont excessifs, et à des mécanismes pour contrôler les prix abusifs et y remédier?

3) Quels exemples de meilleures pratiques peuvent être identifiés à partir des législations et pratiques nationales en matière de concurrence? Peut-on dégager des tendances communes entre les différents pays?

4) Dans quelle mesure l'assistance technique et le renforcement des capacités dans le domaine du droit de la concurrence peuvent-ils contribuer à l'élaboration par les Membres de l'OMC de politiques plus efficaces pour remédier aux usages abusifs des droits de propriété intellectuelle?

⁹ <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/National-Competition-Legislation.aspx>

¹⁰ https://unctad.org/fr/Docs/tdrbpconf7d8_fr.pdf

¹¹ <http://www.wipo.int/ip-competition/fr/index.html>

¹² http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/fr/wipo_ace_13/wipo_ace_13_5.pdf