

05.040

**Message
concernant l'approbation de deux traités relatifs
au système du brevet européen et la modification
de la loi sur les brevets**

du 18 mai 2005

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous proposant de les adopter, deux projets d'arrêtés fédéraux, l'un concernant l'Acte du 29 novembre 2000 portant révision de la Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européen (Convention sur le brevet européen) et une révision de la loi sur les brevets, et l'autre concernant l'Accord du 17 octobre 2000 sur l'application de l'art. 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens et également une révision de la loi sur les brevets.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

18 mai 2005

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Samuel Schmid
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Par le présent message, le Conseil fédéral soumet au Parlement, en lui proposant de les adopter, deux traités concernant le système du brevet européen et les adaptations législatives que leur approbation appelle.

Contexte

L'émergence de nouvelles technologies et l'intégration de l'économie européenne dans le commerce mondial ont considérablement modifié les conditions générales auxquelles est soumis le système du brevet européen. En raison de cette évolution et de l'adhésion de nouveaux Etats à l'Organisation européenne des brevets (OEB), il est devenu indispensable de réformer le système. L'Acte du 29 novembre 2000 portant révision de la Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens (Acte de révision de la CBE) et l'Accord du 17 octobre 2000 sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens (Accord sur les langues CBE) modernisent le système du brevet européen sans toucher à ses fondements. Ils créent les conditions qui permettront à celui-ci de répondre aux exigences et aux attentes actuelles et futures. Négociés en 2000, les deux traités ont été signés par la Suisse la même année.

Grandes lignes du présent projet

Avec l'Acte de révision de la CBE, la Convention sur le brevet européen a été révisée et modernisée dans une importante mesure pour la première fois depuis sa signature il y a près de trente ans. Un grand nombre de modifications acceptées unanimement ont trait à des aspects techniques et procéduraux. En ce qui concerne le droit matériel des brevets, il y a lieu de souligner que la protection des applications thérapeutiques ultérieures a été inscrite dans la convention. Cette inscription équivaut à une codification de la jurisprudence des chambres de recours de l'Office européen des brevets (Office) et de la grande majorité des tribunaux nationaux. Afin de donner une meilleure assise politique à l'OEB, la Convention sur le brevet européen prévoit désormais la convocation périodique de conférences ministérielles.

Avec l'Accord facultatif sur les langues CBE, il est prévu de réduire de 50% environ les coûts occasionnés, pour les brevets européens, par les traductions des fascicules de brevets, qui rendent la protection par brevet considérablement plus onéreuse en Europe qu'aux Etats-Unis et au Japon. A cet effet, les Etats signataires renoncent à toutes les exigences de traduction d'un brevet délivré dans l'une des langues officielles de l'Office (français, allemand, anglais), si l'une de ces langues est également une langue officielle nationale. Si l'accord entre en vigueur en Suisse, les brevets européens rédigés en anglais prendront effet en Suisse même s'ils ne sont pas traduits dans une des langues nationales. En cas de litige, il reste néanmoins possible d'exiger que le titulaire du brevet fournisse, à ses frais, une traduction du brevet contesté dans une langue officielle reconnue.

Table des matières

Condensé	3570
Table des abréviations	3573
1 Présentation des traités	3575
1.1 Acte de révision de la CBE	3575
1.1.1 Contexte	3575
1.1.2 Négociations	3575
1.1.3 Résultat	3576
1.1.4 Grandes lignes de l'Acte de révision de la CBE	3576
1.1.5 Appréciation	3577
1.1.6 Résultats des consultations	3577
1.1.7 Urgence	3578
1.2 Accord sur les langues CBE	3578
1.2.1 Contexte	3578
1.2.2 Négociations	3579
1.2.3 Résultat	3579
1.2.4 Grandes lignes de l'Accord sur les langues CBE	3579
1.2.5 Appréciation	3579
1.2.6 Résultats des consultations	3580
2 Commentaire des articles des traités	3581
2.1 Acte de révision de la CBE	3581
2.1.1 Réformes institutionnelles et politiques	3581
2.1.2 Droit matériel	3582
2.1.3 Modifications de la procédure devant l'Office européen des brevets	3583
2.1.4 Modifications de l'organisation interne de l'Office européen des brevets	3587
2.1.5 Modifications formelles	3587
2.1.6 Réserves	3587
2.2 Accord sur les langues CBE	3588
3 Conséquences	3589
3.1 Conséquences pour la Confédération	3589
3.2 Conséquences pour les cantons et les communes	3589
3.3 Conséquences économiques	3589
3.4 Autres conséquences	3591
4 Liens avec le programme de la législature	3592
5 Modification de la loi sur les brevets	3592
5.1 Principales modifications en vue de la ratification de l'Acte de révision de la CBE	3592
5.1.1 Modifications proposées	3592
5.1.2 Justification et appréciation de la solution proposée	3592
5.1.3 Application	3593

5.2 Principales modifications en vue de la ratification de l'Accord sur les langues CBE	3593
5.2.1 Modifications proposées	3593
5.2.2 Justification et appréciation de la solution proposée	3594
5.2.3 Application	3594
5.3 Commentaire	3595
5.3.1 Modifications en vue de la ratification de l'Acte de révision de la CBE	3595
5.3.2 Modifications en vue de la ratification de l'Accord sur les langues CBE	3599
6 Aspects juridiques	3601
6.1 Constitutionnalité	3601
6.2 Forme de l'acte à adopter	3601
Arrêté fédéral relatif à l'approbation de l'Acte portant révision de la Convention sur le brevet européen et à la modification de la loi sur les brevets (Projet)	3603
Acte portant révision de la Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens	3607
Arrêté fédéral relatif à l'approbation de l'Accord sur l'application de l'art. 65 de la Convention sur le brevet européen et à la modification de la loi sur les brevets (Projet)	3645
Accord sur l'application de l'art. 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens	3647

Table des abréviations

Accord sur les langues CBE	Accord du 17 octobre 2000 sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens
Accord sur les ADPIC	Accord du 15 avril 1994 sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce); RS <i>0.632.20</i>
Acte de révision de la CBE	Acte du 29 novembre 2000 portant révision de la Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens
CBE <i>rév.</i>	Voir Acte de révision de la CBE
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, CO); RS <i>220</i>
Convention sur le brevet européen/CBE	Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen); RS <i>0.232.142.2</i>
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS <i>101</i>
IPI	Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle
Loi sur les brevets/LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (Loi sur les brevets, LBI); RS <i>232.14</i>
Loi sur le Parlement/LParl	Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl); RS <i>171.10</i>
Message 1976	Message du 24 mars 1976 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant trois traités en matière de brevets et la révision de la loi sur les brevets; FF <i>1976 II 1</i>
Message 1993	Message du 18 août 1993 concernant une révision de la loi fédérale sur les brevets d'invention et un arrêté fédéral relatif à une révision de la Convention sur la délivrance de brevets européens; FF <i>1993 III 666</i>
OEB	Organisation européenne des brevets
Office	Office européen des brevets
Ordonnance sur les brevets/OBI	Ordonnance du 19 octobre 1977 relative aux brevets d'invention (Ordonnance sur les brevets, OBI); RS <i>232.141</i>
P-LBI	Projet de révision de la loi sur les brevets

Protocole interprétatif de
l'art. 69 CBE

Protocole interprétation de l'art. 69 de la Conven-
tion sur la délivrance de brevets européens;
RS 0.232.142.25

Protocole sur la centralisation

Protocole du 5 octobre 1973 sur la centralisation et
l'introduction du système européen des brevets
(Protocole sur la centralisation); RS 0.232.142.24

Message

1 Présentation des traités

1.1 Acte de révision de la CBE

1.1.1 Contexte

La Convention sur le brevet européen prévoit un système européen centralisé de délivrance de brevets, qui remplace les procédures nationales. Les déposants ont dès lors la possibilité d'obtenir une protection simultanée de leurs inventions dans une multitude de pays avec une seule demande de brevet. Dans les Etats contractants, que le déposant désigne librement, les brevets européens déploient les mêmes effets que les brevets nationaux, étant en principe soumis au droit national dès le moment de leur délivrance par l'Office européen des brevets (Office).

30 pays, à savoir tous les Etats membres de l'Union européenne (à l'exception de la Lettonie et de Malte), la Suisse, la Principauté de Liechtenstein, la Bulgarie, l'Islande, Monaco, la Roumanie et la Turquie, sont aujourd'hui parties à la Convention sur le brevet européen (état au 31.12.2004). Pour la Suisse, qui compte parmi les membres de la première heure, la convention est entrée en vigueur le 7 octobre 1977¹.

Les parties contractantes à la Convention sur le brevet européen se trouvent réunies au sein de l'Organisation européenne des brevets (OEB) qui est chargée de l'administration et du développement de la convention.

Près de 30 ans après la signature de la Convention sur le brevet européen, les conditions générales auxquelles est soumis le système du brevet européen se sont considérablement modifiées suite à l'émergence de nouvelles technologies et à l'intégration de l'économie européenne dans le commerce mondial. Dans un environnement marqué par les avancées techniques et par la concurrence économique internationale croissante, l'efficacité de la protection conférée par un brevet est devenue un facteur clé en termes d'innovation. Par conséquent, le système du brevet européen a dû, ces dernières années, satisfaire à des exigences accrues et répondre à de nouvelles attentes, et le nombre des demandes de brevets européens a augmenté de manière fulgurante. Cette évolution, ainsi que l'adhésion d'une série d'Etats, ont rendu une réforme indispensable.

1.1.2 Négociations

La pierre angulaire d'une modernisation générale du système du brevet européen a été posée à Paris en juin 1999 lors d'une conférence intergouvernementale des Etats parties à la Convention sur le brevet européen. Le mandat de cette conférence, qui définissait les grandes lignes de la révision, et une proposition de base élaborée par des comités d'experts, ont été discutés lors d'une conférence diplomatique réunissant les 20 Etats contractants de l'époque, qui s'est tenue à Munich du 20 au 29 novembre 2000 sous la présidence de la Suisse.

¹ RO 1977 1711

Les délégués étaient appelés à se prononcer sur près de 100 propositions de modifications de la convention. Eu égard à la nature technique de la majorité des propositions, les négociations n'ont pas donné lieu à de sérieuses oppositions. Le seul désaccord a porté sur la proposition de supprimer les programmes d'ordinateurs de la liste des objets et des activités ne répondant pas à la définition d'invention. Afin de laisser le champ libre à une discussion plus approfondie à ce sujet, la conférence diplomatique s'est prononcée en faveur du statu quo, à savoir le maintien de la brevetabilité des programmes d'ordinateurs selon les critères généraux de la brevetabilité sous réserve du caractère technique. La brevetabilité des inventions biotechnologiques, tout comme la création d'un brevet communautaire (un titre de protection unique valable pour le territoire de la Communauté européenne), ne figuraient pas à l'ordre du jour de la conférence.

1.1.3 Résultat

La Conférence diplomatique pour la révision de la Convention sur le brevet européen s'est conclue par l'approbation à l'unanimité de l'Acte de révision de la CBE.

1.1.4 Grandes lignes de l'Acte de révision de la CBE

La révision de la Convention sur le brevet européen poursuit plusieurs objectifs: réformes politiques et institutionnelles, modifications de droit matériel, modifications de la procédure devant l'Office, réorganisation de l'Office et adaptations de la convention sur le plan de la technique législative.

Parmi les réformes politiques et institutionnelles, on relèvera en particulier l'institutionnalisation de conférences ministérielles. Celles-ci devraient consolider l'organisation sur le plan politique et lui donner les impulsions nécessaires à son développement. Les réformes institutionnelles comprennent également la création d'un mécanisme simplifié de révision de la Convention sur le brevet européen, qui doit permettre d'éviter la lourdeur des conférences diplomatiques chargées de la révision de la convention et rendre possible, à l'avenir, une meilleure adaptation de la convention à l'évolution des conditions générales internationales, tout en respectant les prérogatives des organes législatifs nationaux. Enfin, il convient de mentionner l'inscription dans la Convention sur le brevet européen de la possibilité pour les Etats contractants de conclure des accords supplémentaires facultatifs, qui visent une plus grande harmonisation entre eux d'après leur volonté politique nationale. Cf. ch. 2.1.1.

Les réformes de droit matériel se limitent à la réglementation expresse de la protection des applications thérapeutiques ultérieures d'une substance (une forme particulière de revendication pour les substances chimiques avec un champ de protection limité; art. 54, al. 5, CBE*rév.*) et à une plus grande harmonisation de l'étendue de la protection des brevets européens dans le Protocole interprétatif de l'art. 69 CBE. Cf. ch. 2.1.2.

La procédure de limitation et de révocation constitue une innovation importante dans la procédure devant l'Office (art. 105^{bis} à 105^{quater} CBE*rév.*). Cette procédure permet au titulaire du brevet de limiter ou de révoquer son titre dans une procédure administrative produisant des effets pour tous les Etats désignés. Elle peut notamment

s'avérer nécessaire pour contrer une action en nullité lorsqu'un élément de l'état de la technique est révélé après la délivrance du brevet. L'art. 138 CBERév. a par conséquent été modifié en ceci que le titulaire d'un brevet européen est désormais habilité à limiter son titre sur sa propre requête dans les procédures devant les tribunaux nationaux également. Autre innovation: la requête en révision qui introduit une procédure de révision dans la Convention sur le brevet européen (art. 112^{bis} CBERév.). Cf. ch. 2.1.3.

La réforme organisationnelle a pour objectif de restructurer de façon efficace la division historique du travail entre le département de l'Office à La Haye et son siège à Munich. Elle permet de libérer des capacités qui serviront à faire face à l'augmentation du flux de travail. Cf. ch. 2.1.4.

Les modifications relatives à la technique législative ont pour objet une mise à jour rédactionnelle et systématique du texte de la convention. Cf. ch. 2.1.5.

1.1.5 Appréciation

L'Acte de révision de la CBE apporte une modernisation du système du brevet européen en préservant les fondements du droit matériel des brevets et du droit de procédure. Les adaptations opérées garantissent le cadre institutionnel de la protection par brevet en Europe en vue de maintenir son efficacité dans une économie européenne de plus en plus intégrée dans le commerce mondial et l'adaptabilité du système du brevet européen. L'Acte de révision de la CBE apporte ainsi une contribution importante à la place économique européenne, laquelle revêt une importance considérable pour la Suisse, vu sa situation géographique.

1.1.6 Résultats des consultations

La ratification de l'Acte de révision de la CBE a fait l'objet de deux procédures de consultation, qui ont été conduites respectivement du 11 décembre 2001 au 30 avril 2002 et du 1^{er} juillet au 31 octobre 2004. En général incontesté, le traité a été salué par la grande majorité des participants aux consultations.

Au cours de la deuxième procédure de consultation, la ratification de l'Acte de révision de la CBE a été approuvée par deux cantons, deux partis (PRD et les Verts), l'Union des villes suisses, quatre organisations faitières (economiesuisse, Union suisse des arts et métiers, Union syndicale suisse, Union suisse des paysans), des milieux économiques, l'industrie pharmaceutique, une grande partie des professionnels du droit de la propriété intellectuelle et certains représentants de la recherche. Les Verts, santésuisse et deux organisations de protection des consommateurs étaient toutefois opposés à l'inscription dans la loi sur les brevets de la protection des applications thérapeutiques (art. 54, al. 5, CBERév.). Toujours est-il que si la Suisse veut continuer à être membre de l'OEB et si elle veut éviter d'être en porte-à-faux avec sa pratique juridique (cf. ch. 2.1.2 et 5. 1.2), elle ne peut pas renoncer à cette protection.

1.1.7 Urgence

L'art. 172, al. 4, CBE *rév.* prévoit que les Etats qui n'auront pas encore ratifié la version révisée de la convention lors de son entrée en vigueur seront exclus de l'OEB. Le but de cette disposition est d'assurer l'unité de la procédure de délivrance de brevets européens et des critères de brevetabilité.

La version révisée de la Convention sur le brevet européen entrera en vigueur au plus tard deux ans après le dépôt des derniers actes de ratification ou d'adhésion par quinze Etats contractants. Jusqu'ici, douze Etats ont ratifié l'Acte de révision de la CBE ou y ont adhéré (état au 31.12.2004). Il faut dès lors s'attendre à ce que le traité entre en vigueur en l'an 2007. Faute d'avoir ratifié l'acte à cette date, la Suisse cessera d'être partie à la convention.

La ratification de l'Acte de révision de la CBE d'ici à 2007 ne pourra cependant être garantie si elle est traitée au même rythme que les autres volets de la révision de la loi sur les brevets mis en consultation. C'est pourquoi le Conseil fédéral a décidé de scinder la révision en cours en deux parties et de proposer, dans un premier temps, la ratification de l'Acte de révision de la CBE. En raison de la connexité thématique, il estime qu'il est judicieux de soumettre également la ratification incontestée de l'Accord sur les langues CBE.

1.2 Accord sur les langues CBE

1.2.1 Contexte

Conformément à l'art. 65 CBE, tout Etat partie à la convention peut exiger qu'une traduction du fascicule soit fournie dans une de ses langues officielles pour que le brevet européen prenne effet. Au vu de l'intégration croissante du système du brevet européen dans le commerce mondial, cette réserve relative aux traductions se révèle être une faiblesse. L'exigence formulée à l'art. 65 CBE a pour conséquence que le coût d'un brevet européen est actuellement trois à cinq fois supérieur à celui d'un brevet américain ou japonais.

A l'origine, l'art. 65 CBE visait à garantir que les tiers intéressés aient accès à des brevets européens dans une langue familière. La pratique montre cependant que la grande majorité des traductions ne sont pas consultées. Celles-ci sont dès lors de moindre importance pour les tiers, mais causent des frais supplémentaires considérables au titulaire du brevet. Cette constatation a démontré la nécessité d'assouplir sensiblement la contrainte de traduction dans les Etats signataires et de diminuer ainsi de façon significative le coût d'un brevet européen. La réduction des coûts devrait faciliter l'accès des inventeurs et des entreprises au brevet européen et améliorer les conditions économiques pour les entreprises en Europe par rapport à celles aux Etats-Unis et au Japon.

1.2.2 Négociations

La Conférence intergouvernementale de Paris, qui s'est tenue les 24 et 25 juin 1999, a chargé un groupe de travail de préparer un projet d'accord facultatif à la Convention sur le brevet européen prévoyant une diminution d'environ 50 % des coûts occasionnés par les traductions des brevets européens. En moins d'une année, ce groupe de travail a conduit des négociations, qui n'ont soulevé aucune opposition, pour élaborer l'Accord sur l'application de l'art. 65 CBE (Accord sur les langues CBE).

1.2.3 Résultat

L'Accord sur les langues CBE a été ouvert à la signature et approuvé lors de la deuxième Conférence intergouvernementale des Etats parties à la Convention sur le brevet européen, qui s'est tenue à Londres les 16 et 17 octobre 2000.

1.2.4 Grandes lignes de l'Accord sur les langues CBE

La réduction visée du coût des brevets européens est atteinte dans la mesure où un Etat contractant renonce à toute exigence en matière de traduction si le brevet européen a été délivré dans une langue officielle de l'Office (français, allemand, anglais) et si l'une des langues officielles de ce dernier est aussi une langue nationale officielle. L'accord ne restreint toutefois pas le droit des Etats signataires d'exiger du titulaire du brevet qu'en cas de litige il fournisse, à ses frais, une traduction du brevet litigieux dans une langue officielle reconnue. Cf. ch. 2.2.

1.2.5 Appréciation

L'Accord sur les langues CBE permet de réduire considérablement le coût d'un brevet européen, ce qui augmente l'attrait des brevets européens et renforce, par conséquent, le système du brevet européen.

Si l'Accord sur les langues CBE entrait en vigueur en Suisse, l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) ne pourrait plus exiger du déposant ou du titulaire du brevet qu'il remette une traduction du fascicule du brevet européen dans une langue officielle suisse lorsqu'un brevet européen est publié en anglais.

Renoncer à exiger la traduction dans une langue officielle suisse d'un brevet européen publié en anglais se justifie pour plusieurs raisons. S'il est vrai que l'entrée en vigueur de l'Accord sur les langues CBE signifie qu'à l'avenir on verra des droits de protection, dont le contenu et l'étendue ne peuvent être appréhendés que sur la base d'un texte rédigé en anglais, prendre effet en Suisse, l'expérience de l'IPI montre que moins de 1% des traductions de brevets européens remises annuellement sont effectivement consultées en Suisse. Seules quelque 20 des 5000 traductions de brevets européens déposées chaque année à l'IPI sont consultées. Dans la pratique, les traductions revêtent donc une importance marginale, mais elles occasionnent de gros frais supplémentaires aux utilisateurs du système, les PME et les inventeurs indépendants étant les plus touchés.

L'actuel art. 65 CBE interdit déjà de requérir une traduction dans toutes les langues officielles d'un pays. La Suisse ne peut par conséquent exiger une traduction que dans une de ses langues officielles. Elle ne peut pas imposer que les fascicules de brevets européens rédigés en allemand ou en français soient traduits dans ses autres langues officielles. Indépendamment de la réglementation prévue par l'Accord sur les langues CBE, les brevets européens rédigés en français ou en allemand ne sont d'ailleurs aujourd'hui déjà traduits ni en italien, ni dans l'autre langue officielle. Il en va de même pour les brevets nationaux: ceux-ci ne sont pas traduits dans toutes les langues officielles, mais n'existent que dans la langue déterminante pour la procédure de délivrance. Par conséquent, l'utilisateur du système suisse doit aujourd'hui déjà connaître toutes les langues nationales.

La Suisse se trouve dans une situation privilégiée par rapport à d'autres Etats contractants de la Convention sur le brevet européen du fait que deux des trois langues officielles de l'OEB – à savoir le français et l'allemand – sont également des langues nationales suisses. Par ailleurs, les revendications rédigées en anglais continueront, tout comme par le passé, à être publiées en français et en allemand. Même après l'entrée en vigueur de l'Accord sur les langues CBE, les revendications – l'élément essentiel qui permet de déterminer l'objet de la protection d'un brevet – existeront donc en deux langues nationales officielles (ce qui n'est pas le cas des brevets nationaux). Cette réglementation relative aux exigences de traduction ne concerne que les brevets européens; elle ne s'applique ni aux demandes nationales, ni aux demandes internationales de brevets.

La conception de l'Accord sur les langues CBE comme accord facultatif permet aux Etats contractants de la Convention sur le brevet européen de déterminer le moment de l'adhésion selon leur volonté politique nationale. Cette forme offre la possibilité aux Etats qui ne souhaitent pour l'instant pas adhérer à l'accord de se convaincre de son efficacité.

A part la Suisse, onze autres Etats ont signé l'Accord sur les langues CBE. Il convient de relever que l'Allemagne, le Royaume-Uni et la France comptent au nombre des Etats signataires. Ainsi, non seulement une condition préalable essentielle à l'entrée en vigueur de l'accord est remplie, mais on s'assure aussi que les pays les plus fréquemment désignés sont potentiellement liés par le nouveau régime sur les langues.

1.2.6 Résultats des consultations

La ratification de l'Accord sur les langues CBE a fait l'objet de deux procédures de consultation, qui ont été conduites respectivement du 11 décembre 2001 au 30 avril 2002 et du 1^{er} juillet au 31 octobre 2004 (cf. ch. 1.1.6). Largement incontesté, l'accord a été salué dans pratiquement toutes les prises de position.

L'approbation de la ratification est majoritairement motivée par la diminution des coûts induite par l'accord, l'harmonisation internationale de la procédure de délivrance des brevets et le fait que l'anglais est aujourd'hui déjà la langue couramment utilisée dans les domaines techniques. On relève en outre que la ratification est dans l'intérêt des hautes écoles et des PME.

2 **Commentaire des articles des traités**

2.1 **Acte de révision de la CBE**

2.1.1 **Réformes institutionnelles et politiques**

Art. 4^{bis} Institutionnalisation des conférences ministérielles

Lors de la Conférence diplomatique de Londres, en novembre 2000, il a été décidé, sur la base du mandat de la Conférence intergouvernementale de Paris – mandat qui prévoyait, à son troisième point, la modernisation de la procédure de décision de l'OEB – d'institutionnaliser les conférences des ministres des Etats contractants chargés de la protection de la propriété intellectuelle. Bien que l'absence d'une règle expresse n'empêche pas la convocation de telles conférences (comme le prouve la tenue des conférences intergouvernementales de Paris en 1999 et de Londres en 2000), leur inscription à l'art. 4^{bis} CBE^{rév.} permet d'exprimer clairement la revendication d'un pilotage politique. L'institution de conférences ministérielles ne modifie en rien la compétence des organes de l'OEB (Office et Conseil d'administration). Celles-ci n'ont en effet pas pour tâche de rendre des décisions ayant force obligatoire pour l'OEB. Leur mission et leur signification sont au contraire purement politiques. D'un côté, elles peuvent fixer des buts précis à l'OEB par la distribution de mandats ou sous d'autres formes adéquates, buts que les organes de l'organisation devront chercher à atteindre dans le cadre de leurs compétences respectives. De l'autre, elles peuvent initier une collaboration entre les Etats contractants qui dépasse le champ d'application de la Convention sur le brevet européen. La conférence intergouvernementale convoquée par la France en juin 1999 constitue un très bon exemple de cette action politique: d'une part, elle a délivré à l'OEB un mandat de révision de la Convention sur le brevet européen et, d'autre part, elle a été à l'origine de l'élaboration d'accords entre Etats contractants relatifs aux exigences en matière de traduction et au règlement des litiges.

Art. 33 et 35 Simplification de l'adaptation de la Convention sur le brevet européen aux textes internationaux

Selon l'art. 172 CBE, la convention peut être révisée seulement par des conférences des Etats contractants. Or la préparation et l'organisation de telles conférences sont coûteuses. Elles conviennent donc mal comme instrument de révision, car elles n'offrent pas la souplesse nécessaire pour adapter la convention à l'évolution des conditions juridiques générales. C'est pourquoi une nouvelle let. b a été ajoutée à l'art. 33, al 1, CBE; cette disposition prévoit que le Conseil d'administration est compétent pour adapter les prescriptions matérielles et procédurales de la convention dans le but d'assurer leur conformité avec les traités internationaux et la législation de la Communauté européenne en matière de brevets. Le Conseil d'administration peut faire usage de cette compétence si un traité international, une convention ou un texte communautaire contient une ou plusieurs prescriptions se rapportant au droit des brevets. Cette simplification du mécanisme d'adaptation de la Convention sur le brevet européen est cependant liée à trois conditions strictes (art. 35, al. 3, CBE^{rév.}): premièrement, la décision du Conseil d'administration requiert l'unanimité; deuxièmement, tous les Etats contractants doivent être représentés lorsque la décision est prise; troisièmement, chaque Etat contractant dispose d'un délai de douze mois, à compter de la date de la décision, durant lequel il peut déclarer ne pas

être lié par la décision. Ce délai permet aux représentants de l'Etat contractant au sein du Conseil d'administration de consulter les organes législatifs nationaux pour déterminer si la décision peut être acceptée. Pendant la conférence, une quatrième condition a été arrêtée: le Conseil d'administration ne peut pas prendre de décision avant que le traité international ou l'acte législatif communautaire ne soit entré en vigueur ou, lorsque ce dernier prévoit un délai pour sa mise en œuvre, avant que ce délai ne soit échu. Cette exigence supplémentaire affaiblit considérablement l'effet de la nouvelle disposition et par la même occasion l'assouplissement qu'elle apporte par rapport à la procédure de convocation de conférences de révision prévue à l'art. 172 CBE.

Art. 149^{bis} *Inscription dans la Convention d'autres accords* Le but du nouvel art. 149^{bis} CBE^{rév.} est de créer une base légale explicite pour l'Accord sur les langues CBE et pour les futurs accords entre les Etats contractants relatifs à la question du règlement des litiges concernant les brevets européens. L'inscription dans la Convention sur le brevet européen de la possibilité, pour les Etats contractants, de conclure des accords supplémentaires contribue à clarifier leurs relations réciproques. L'al. 2 garantit que les membres des chambres de recours de l'Office pourront faire partie de l'éventuelle juridiction européenne commune des brevets, et que l'Office mettra à la disposition de la division d'experts en matière de brevets, qui serait instituée dans le cadre de cette juridiction, ses locaux, le soutien par son personnel et le matériel nécessaire à l'accomplissement de la mission de cette division.

2.1.2 Droit matériel

Art. 54, al. 5 Applications thérapeutiques ultérieures

Selon la version actuelle de l'art. 54, al. 5, CBE, les substances ou compositions sont réputées nouvelles si elles sont utilisées pour la première fois dans une méthode thérapeutique au sens de l'art. 52, al. 4, CBE. Cette disposition offre une compensation partielle à l'exclusion de la brevetabilité de méthodes thérapeutiques, prévue à l'art. 52, al. 4, CBE. Le but de cette exclusion est d'éviter que les médecins ne soient gênés dans l'exercice de leur profession par les brevets existants. La Grande Chambre de recours interprète l'art. 54, al. 5, CBE de manière large puisque ce dernier ne compense qu'en partie l'exclusion des méthodes thérapeutiques. Par conséquent, selon l'interprétation de la Cour, l'art. 54, al. 5, CBE s'applique à chaque application thérapeutique ultérieure, pour autant que la revendication en question se limite à une forme précise, appelée « revendication de type suisse », parce qu'elle trouve son fondement dans la pratique suisse², laquelle admet cette forme de revendication limitée à l'utilisation d'une substance ou d'une composition pour la fabrication d'un médicament en vue d'un nouvel usage thérapeutique précis. Cette pratique a été reprise par la Grande Chambre de recours de l'Office³ et par la plupart des tribunaux nationaux et divisions de recours des offices des brevets des Etats parties à la Convention sur le brevet européen. Le tribunal d'arrondissement de La Haye s'est cependant écarté de cette pratique le 16 février 2000. Il a estimé que la revendication de type suisse décrivait en réalité une méthode thérapeutique et n'était de ce fait pas

² Cf. renseignement juridique communiqué par l'Office fédéral de la propriété intellectuelle, 30.5.1984, Feuille suisse des brevets, dessins et marques (FBDM) 1984 I 53.

³ Décision de la Grande Chambre de recours du 5.12.1984, G 5/83, JO OEB 1985, 64.

brevetable⁴. Le nouvel art. 54, al. 5, CBE^{rév.} élimine l'insécurité juridique qui entoure la brevetabilité d'applications thérapeutiques ultérieures, engendrée notamment par la décision susmentionnée. Ainsi, toute application thérapeutique ultérieure d'une substance ou d'une composition qui est déjà connue comme médicament bénéficiera à l'avenir d'une protection limitée à l'application de cette substance ou composition.

Protocole interprétatif de l'art. 69 CBE

Le système de la Convention sur le brevet européen vise à garantir une protection unifiée du brevet européen dans tous les Etats contractants. Cette aspiration implique l'application aussi uniforme que possible du droit matériel des brevets, notamment une définition identique de l'étendue de la protection. Etant donné que se sont les tribunaux nationaux qui appliquent les dispositions de la Convention sur le brevet européen aux actions en contrefaçon de brevets européens, il est tout à fait possible que l'étendue de la protection d'un brevet européen diffère d'un Etat contractant à un autre.

La Convention sur le brevet européen définit à son art. 69 et dans le protocole interprétatif de cet article, qui fait partie intégrante de la convention, comment se détermine l'étendue de la protection des brevets européens. L'expérience a montré que ces dispositions ne permettent pas d'atteindre le but visé, autrement dit une application et une interprétation aussi uniformes que possible. On note en particulier des divergences en relation avec le traitement de ce que l'on appelle les équivalents (il s'agit de moyens dont l'utilisation conduit essentiellement au même résultat que ceux nommés dans la revendication) et la signification des déclarations antérieures sur la validité du brevet que le déposant ou le titulaire a faites dans la demande ou dans le fascicule du brevet lors de la procédure de délivrance devant l'Office ou lors de procédures judiciaires. Vu la complexité de la problématique et le peu de temps dont disposait la conférence diplomatique pour discuter de tous les aspects de la question, elle a décidé d'intégrer une règle minimale dans la Convention sur le brevet européen et de poursuivre ses investigations. Seule la notion d'équivalents figure donc dans le protocole interprétatif de l'art. 69 CBE, sans toutefois qu'elle y soit définie.

2.1.3 Modifications de la procédure devant l'Office européen des brevets

Art. 68 Effet de la révocation ou de la limitation d'un brevet européen

Selon l'art. 68 CBE^{rév.}, les effets de la décision de limitation ou de révocation d'un brevet européen sont rétroactifs, dès publication de la mention de la limitation ou de la révocation, pour tous les Etats contractants désignés. Autrement dit, le brevet est réputé avoir eu dès l'origine les effets résultant d'une limitation ou d'une révocation. La nullité ou la nullité partielle d'un brevet européen produit les mêmes effets. Dans ce cas aussi, le brevet est réputé ne pas avoir produit d'effets dès l'origine (cf. ci-dessous les explications relatives à la procédure de limitation ou de révocation et à la nullité de brevets européens et le commentaire de l'art. 28a P-LBI, ch. 5.3.1).

⁴ European Intellectual Property Review, 2000, N-125.

Selon le droit en vigueur, le titulaire d'un brevet européen ne peut pas limiter ou révoquer son brevet au moyen d'une procédure administrative centralisée qui déploierait ses effets dans tous les Etats désignés. Il doit engager une procédure de limitation séparément dans chacun des Etats dans lesquels son brevet a pris effet. En application de la procédure centralisée de limitation envisagée (art. 105^{bis} à 105^{quater} CBERév.), le brevet européen pourra dorénavant être limité ou révoqué, avec effet rétroactif (cf. art. 68 CBERév.), sur requête du titulaire du brevet à l'Office.

La révocation ou la limitation du brevet européen, qui s'effectue par une modification des revendications, est requise par le titulaire et est payante. Le traitement des requêtes de limitation ou de révocation incombe à une division d'examen de l'Office. Afin d'éviter que les procédures n'aboutissent à des résultats contradictoires, l'opposition qu'un ayant droit peut former contre un brevet européen sera traitée avant une requête en limitation ou en révocation. La limitation ou la révocation peut être requise à tout moment (cf. aussi les explications relatives à l'art. 24, al. 2, LBI, ch. 5.3.1).

La procédure européenne de limitation n'a pas priorité sur les procédures nationales, en particulier la procédure de nullité. Un procès devant les tribunaux civils nationaux peut être suspendu par le juge lors de procédures parallèles (cf. art. 128 P-LBI et le commentaire de l'art. 127 P-LBI, ch. 5.3.1). Si une procédure nationale est déjà close, le titulaire du brevet peut faire en sorte que les modifications des revendications qui en découlent prennent effet dans tous les autres Etats européens par le biais de la procédure européenne de limitation. Par ailleurs, une procédure de limitation du brevet européen acceptée par l'Office ne s'oppose pas à une limitation ultérieure plus étendue dans une procédure nationale.

Après un examen formel, l'Office vérifie si les modifications requises pour la revendication limitent effectivement le brevet et si les exigences générales pour la description des revendications du brevet européen sont remplies (art. 105^{ter}, al. 1, CBERév.). Il n'examinera pas si le reste du brevet est brevetable ou non et si le but visé par la limitation (p. ex. une limitation par rapport à un état de la technique donné) est atteint. La décision de la division d'examen de l'Office au terme de la procédure de limitation peut faire l'objet d'un recours interne. L'Office délivre le fascicule modifié en même temps qu'il publie la limitation (art. 105^{quater} CBERév.). Conformément à l'Accord sur les langues CBE, un fascicule révisé rédigé en anglais ne devra plus être traduit dans une langue nationale suisse (cf. les explications relatives à l'Accord sur les langues CBE, ch. 2.2).

Les effets de la décision de limitation ou de révocation d'un brevet européen sont régis par l'art. 68 CBERév. (cf. les explications ci-dessus relatives à l'art. 68 CBERév. et le commentaire de l'art. 28a P-LBI, ch. 5.3.1).

Art. 112^{bis} Requête en révision

Une nouvelle procédure de révision est introduite dans la Convention sur le brevet européen, à savoir la requête en révision des décisions d'une des chambres de recours de l'Office (art. 112^{bis} CBERév.). Selon l'art. 22 CBERév., c'est la Grande Chambre de recours qui est compétente pour examiner de telles requêtes. Jusqu'à présent, elle ne statuait que sur des questions de droit qui lui étaient soumises par les chambres de recours ou par le président de l'Office. Afin d'éviter que la Grande

Chambre de recours ne soit surchargée par des requêtes en révision, celles qui seront manifestement irrecevables ou infondées à l'ouverture de la procédure pourront être rejetées. Pour juger de la recevabilité ou non des requêtes, des commissions spéciales, qui prendront leurs décisions à l'unanimité, seront instituées. La recevabilité fera l'objet d'une procédure écrite et sommaire afin que, dans l'intérêt des tiers, un jugement soit rendu aussi rapidement que possible.

La révision d'une décision prise par une chambre de recours de l'Office n'est possible que dans un cadre très restreint. L'art. 112^{bis}, al. 1, CBE*rév.* énonce comme conditions le fait que la procédure de recours a été entachée d'un vice fondamental de procédure ou qu'une infraction pénale ait pu avoir une incidence sur la décision. Ainsi, la violation du droit d'être entendu, l'omission de la requête d'un intéressé, qui a influé de manière décisive sur le jugement, la collaboration d'un membre de la chambre de recours malgré sa récusation ou l'influence, sur la décision, d'une infraction pénale sont des circonstances qui peuvent être invoquées. La Grande Chambre de recours n'est cependant pas compétente pour établir si un certain comportement est constitutif d'une infraction pénale. Par conséquent, l'infraction pénale ne peut être invoquée pour motiver une requête en révision que si elle a fait l'objet d'une condamnation, et que cette dernière a force de chose jugée. Cette limitation de la compétence d'examen permettra d'éviter que l'on abuse de la requête en révision comme d'un moyen de demander aux chambres de recours de l'Office d'examiner l'application du droit matériel.

Peut déposer une requête en révision tout participant à la procédure qui est lésé par la décision contestée. La requête sera inscrite dans le Registre des brevets européens. Selon l'art. 112^{bis}, al. 3, CBE*rév.*, elle n'a, en tant que voie de droit extraordinaire, aucun effet suspensif.

Si la Grande Chambre de recours accepte la requête en révision, elle annule la décision contestée et rouvre la procédure devant les chambres de recours (art. 112^{bis}, al. 5, CBE*rév.*). La recevabilité d'une révision de la procédure par la Grande Chambre de recours casse le caractère exécutoire de la décision annulée. Au cas où la protection d'un brevet reprendrait effet, l'al. 6 de l'art. 112^{bis} CBE*rév.* prévoit un droit de poursuivre l'exploitation de l'invention pour les personnes qui l'ont utilisée de bonne foi à des fins industrielles ou qui ont entrepris des préparatifs effectifs et sérieux pour son exploitation. Cet alinéa prévoit ainsi une compensation des intérêts entre le titulaire du brevet et des tiers de bonne foi.

Art. 124 Informations sur l'état de la technique

Jusqu'à présent, il n'était possible de requérir du déposant que certaines informations sur l'état de la technique. Selon l'art. 124 CBE, celui-ci pouvait seulement être invité à indiquer les pays dans lesquels il avait déposé des demandes de brevet national. Suite à la révision de la convention, l'Office aura la possibilité d'inviter le déposant à lui communiquer des informations sur l'état de la technique qui a été pris en considération dans des procédures de brevet nationales ou régionales et qui portent sur une invention faisant l'objet de la demande de brevet européen. Grâce à la mise à disposition par le déposant de telles informations, l'Office espère pouvoir accélérer la procédure de délivrance d'un brevet européen et améliorer la qualité de la recherche et de l'examen quant au fond. Le règlement d'exécution définira les modalités.

Art. 134 et 134^{bis} Représentation professionnelle

Les art. 134 et 134^{bis} CBE^{rév.} règlent différentes questions relatives à la représentation professionnelle. En raison de son caractère permanent, l'art. 163, al. 6, CBE, qui fait actuellement partie des dispositions transitoires, est devenu l'al. 3 de l'art. 134. Cet alinéa prévoit que, pendant une période d'un an à compter de la date à laquelle l'adhésion d'un Etat à la Convention sur le brevet européen prend effet, toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant, a son domicile professionnel ou le lieu de son emploi dans l'Etat ayant adhéré à la convention et qui est habilitée à représenter des personnes physiques ou morales en matière de brevets d'invention devant le service central de la propriété intellectuelle de cet Etat peut demander à être inscrite sur la liste des mandataires agréés. Dans le cas où cette habilitation n'est pas subordonnée à l'exigence d'une qualification professionnelle spéciale, cette personne doit avoir agi dans cet Etat en tant que représentant à titre habituel pendant cinq ans au moins. Etant donné que huit Etats supplémentaires ont adhéré à la Convention sur le brevet européen depuis le 1^{er} juillet 2002, cette règle continue de revêtir une importance particulière.

Autre nouveauté: le Conseil d'administration sera habilité à instituer un droit pour le conseil en propriété industrielle de refuser de divulguer les communications échangées entre lui et son client, conformément au modèle du droit américain. Ce droit vaudra exclusivement dans le cadre des procédures devant l'Office.

Art. 138 Nullité des brevets européens

La révision de l'art. 138 CBE a pour but d'inscrire dans la convention la limitation du brevet par le titulaire du brevet – une pratique reconnue dans la plupart des Etats contractants –, en vue de garantir l'harmonisation actuelle et de la renforcer. La Suisse connaît cette forme d'autolimitation dans la procédure contradictoire en relation avec l'action en nullité partielle devant les tribunaux nationaux conformément à l'art. 27 LBI.

Dans leur nouvelle version, les al. 2 et 3 prévoient, d'une part, que la limitation et la nullité partielle du brevet européen doivent toujours être déclarées par une modification correspondante des revendications (cf. les explications ci-dessus relatives à la procédure de limitation) et codifient, de l'autre, le principe selon lequel le titulaire du brevet peut, eu égard aux objections invoquées contre la validité du brevet, limiter son brevet aux parties qui ne sont pas contestées. Ce principe est également reconnu par les tribunaux suisses⁵. La nullité, y compris la nullité partielle, d'un brevet prend effet rétroactivement (cf. les explications ci-dessus relatives à l'art. 68 CBE^{rév.} et le commentaire de l'art. 28a P-LBI, ch. 5.3.1).

⁵ Tribunal de commerce de Zurich, jugement du 30.6.1988, SMI 1991, 185, et Tribunal de commerce de Berne, jugement du 12.9.1989, SMI 1991, 179.

2.1.4 Modifications de l'organisation interne de l'Office européen des brevets

Art. 16 à 18 Section de dépôt, divisions de la recherche et divisions d'examen

Pour des raisons historiques, l'Allemagne et les Pays-Bas se partagent les travaux occasionnés par la délivrance d'un brevet européen. La recherche se fait à La Haye, alors que l'examen quant au fond s'effectue à Munich. Etant donné qu'il est aujourd'hui possible d'effectuer des recherches partout à l'aide d'outils électroniques, le partage des travaux n'est plus nécessaire. Cette évolution a été à l'origine du projet «BEST» (Bringing Examination and Search Together). L'objectif visé par la convergence de la recherche et de l'examen quant au fond est non seulement une augmentation de la productivité, mais également une amélioration de la qualité et une plus grande efficacité, l'examineur de la recherche étant aussi chargé de l'examen quant au fond. Il a donc fallu adapter les art. 16 à 18 CBE. En outre, le Protocole sur la centralisation a été modifié de sorte que l'Office puisse, s'il le souhaite, procéder à une répartition géographique des domaines techniques entre La Haye et Munich pour l'examen quant au fond. Afin de répondre aux préoccupations des Pays-Bas en ce qui concerne la réduction des places de travail due à l'instauration de cette procédure, un Protocole sur les effectifs a été inscrit dans la convention. Celui-ci garantit que le nombre d'emplois auprès de l'Office assigné au département de La Haye pour l'année 2000 reste pour l'essentiel inchangé.

2.1.5 Modifications formelles

Les modifications formelles qui n'ont pas d'incidence matérielle constituent la majorité des quelque 100 propositions de modifications formulées lors de la révision de la Convention sur le brevet européen opérée en 2000. Le texte de la convention a été ainsi complètement remanié – certaines prescriptions procédurales ont été transférées dans le règlement d'exécution – dans le but de le simplifier et de le rendre plus clair. La structure et la transparence du texte ont de surcroît été améliorées, par exemple par le regroupement de certains articles. Enfin, la terminologie de la convention a été unifiée, des adaptations aux textes internationaux et à la pratique de l'Office ont été effectuées, le texte a été revu dans son ensemble (p. ex. suppression des dispositions transitoires) et reformulé dans un souci de clarté.

Ces modifications formelles concernent les articles suivants de la Convention sur le brevet européen: 14, 23, 37, 38, 42, 50, 51, 52, 53, 54/4, 60, 61, 65, 67, 70, 75, 76, 77, 78, 80, 86, 87, 88, 90, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 101, 103, 104, 105, 106, 108, 110, 115, 117, 119, 120, 123, 126, 127, 128, 129, 130, 133, 134, 134^{bis}, 135, 136, 137, 140, 141, 150 à 158, 160 à 163 et 164.

2.1.6 Réserves

Les Etats contractants ne sont pas habilités à formuler des réserves dans le cadre de la révision de la Convention sur le brevet européen. L'art. 167 CBE, qui est abrogé par la révision, donnait aux Etats contractants la possibilité, lors de la signature ou du dépôt de leur instrument de ratification ou d'adhésion, de faire certaines réserves concernant l'application de la convention. Mais cette possibilité ne vaut que pour

l'Acte de 1973. Tout nouvel Etat contractant ne pouvant pas non plus formuler de réserves en vertu de l'art. 167 CBE, cette disposition devient donc sans objet.

2.2 Accord sur les langues CBE

L'Accord sur les langues CBE comprend onze articles. Seuls les deux premiers sont de nature matérielle. Les autres concernent des aspects formels de l'accord (signature, adhésion, exclusion de réserves, durée de validité, etc.). Le renvoi au texte de l'accord étant possible, on renonce ici à les commenter.

Art. 1 Renonciation aux exigences en matière de traduction

Selon l'art. 1, al. 1, de l'Accord sur les langues CBE, chaque Etat contractant de la Convention sur le brevet européen dont l'une des langues officielles est une des langues officielles de l'Office (français, allemand, anglais) renonce aux exigences en matière de traduction prévues à l'art. 65 CBE. L'art. 14, al. 7, CBE reste inchangé, de sorte que les fascicules de brevets européens continueront de comporter, lors de leur publication, une traduction des revendications dans les deux autres langues officielles qui n'étaient pas langue de procédure. Selon l'Accord sur les langues CBE, les Etats contractants qui n'ont pas comme langue officielle une des langues officielles de l'Office renonceront malgré tout aux exigences de traduction prévues à l'art. 65 CBE, si le brevet européen a été délivré dans la langue officielle de l'Office prescrite par ces Etats (à savoir le français, l'allemand ou l'anglais) ou traduit dans cette langue, la traduction ayant été fournie conformément aux conditions prévues à l'art. 65 CBE (art. 1, al. 2, Accord sur les langues CBE). Ces derniers Etats conservent uniquement le droit, selon l'al. 3 de l'art. 1 de l'Accord sur les langues CBE, d'exiger une traduction des revendications (et non de l'intégralité du fascicule du brevet européen) dans une de leurs langues officielles. Prenons l'exemple suivant: si l'Italie a adhéré à l'Accord sur les langues CBE et qu'elle désigne le français comme langue procédurale, elle peut exiger, d'une part, que les fascicules de brevets européens rédigés en anglais ou en allemand soient traduits en français pour que le titre de protection prenne effet et, d'autre part, que les revendications soient traduites en italien.

Art. 2 Traductions en cas de litige

Nonobstant cet accord, tout Etat contractant conserve le droit d'exiger qu'en cas de litige le titulaire du brevet fournisse à ses frais une traduction du brevet contesté en une langue officielle reconnue (art. 2 Accord sur les langues CBE).

L'accord facultatif n'altère donc pas la possibilité pour les tribunaux suisses d'exiger qu'en cas de litige concernant un brevet européen le titulaire du brevet fournisse à ses frais une traduction intégrale dans une langue officielle suisse.

Art. 6 Entrée en vigueur

L'Accord sur les langues CBE entre en vigueur, selon son art. 6, al. 1, le premier jour du quatrième mois suivant le dépôt du dernier des instruments de ratification ou d'adhésion de huit Etats parties à la Convention sur le brevet européen, dont les trois Etats dans lesquels le plus grand nombre de brevets européens a pris effet en 1999

(l'Allemagne, le Royaume-Uni et la France). Jusqu'à présent, quatre Etats ont ratifié l'accord. L'Allemagne a adopté une loi qui prévoit la transposition de l'accord dans sa législation trois mois après son entrée en vigueur (état au 31.12.2004).

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

L'approbation de l'Acte de révision de la CBE et de l'Accord sur les langues CBE n'entraîne pas de charges supplémentaires pour la Confédération au niveau de ses ressources financières et humaines. L'exécution de la majeure partie des modifications de la Convention sur le brevet européen incombant à l'Office, dont le financement est assuré par les recettes issues des taxes, le budget de la Confédération n'est pas grevé. La mise en œuvre de l'Accord sur les langues CBE est synonyme d'une simplification de l'exécution de la convention en Suisse. Comme celle-ci incombe à l'IPI, qui est autonome sur le plan de la gestion d'entreprise, elle n'a de toute façon pas de conséquences pour le budget de la Confédération.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Le projet n'a de conséquences ni pour les cantons, ni pour les communes.

3.3 Conséquences économiques

Nécessité et étendue de l'activité de l'Etat

Il convient de considérer les questions posées par la protection de la propriété intellectuelle dans leur contexte international. Aux yeux des entreprises du secteur privé, l'harmonisation et la reconnaissance réciproque de droits de propriété intellectuelle sont des facteurs décisifs dans le commerce mondial. Les sociétés suisses sont confrontées à une concurrence internationale accrue. Aussi une protection par brevet efficace et des prescriptions précises favorisant des échanges commerciaux internationaux harmonieux sont des facteurs clés pour que les entreprises puissent innover et s'affirmer dans la concurrence internationale.

L'innovation constitue un des moteurs les plus efficaces de la croissance économique. Or le système des brevets est une des principales incitations à innover. Des différences, d'une part, entre les systèmes nationaux de propriété intellectuelle et, d'autre part, entre les niveaux de protection ou les possibilités de défendre ses droits peuvent faire surgir des entraves non tarifaires au commerce⁶. Pour créer un système des brevets efficace, susceptible de satisfaire aux intérêts des acteurs du marché, il faut par ailleurs faire en sorte que le cadre juridique soit suffisamment souple pour pouvoir être adapté à l'évolution des exigences et des besoins du commerce international. La Convention sur le brevet européen est un instrument essentiel à l'harmonisation de la protection par brevet en Europe compte tenu du dynamisme de

⁶ Keith Maskus, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Washington 2000, p. 110 ss.

l'environnement économique et politique. Ainsi, l'approbation tant de l'Acte de révision de la CBE que de l'Accord sur les langues CBE revêt une grande importance pour l'industrie suisse.

Les mesures régulatrices ne visent pas tant à combler un échec du marché qu'à rendre le cadre juridique international plus efficace et moins onéreux. Elles n'ont aucune incidence sur l'accès proprement dit aux secteurs technologiques concernés, mais optimisent la procédure de délivrance de brevets au niveau européen. Le projet de révision a par conséquent principalement pour objet des mesures visant à diminuer les coûts pour les utilisateurs suisses du système des brevets, tout en accroissant l'efficacité de ce dernier.

L'objectif des mesures proposées est en premier lieu de permettre à la Suisse de ratifier dans les délais l'Acte de révision de la CBE. Si cette ratification n'intervient pas à temps, la Suisse sera exclue de l'OEB et, partant, mise à l'écart d'un système juridique européen qui fonctionne, ce qui aurait de fâcheuses retombées pour l'économie suisse et son intégration en Europe. Pour ce qui de l'Accord sur les langues CBE, il permet de valoriser la place économique européenne par rapport aux Etats-Unis et au Japon grâce à une réduction des frais occasionnés par la protection des innovations.

Conséquences pour les différents groupes sociaux

La révision de la Convention sur le brevet européen garantit aux déposants une procédure rapide, efficace et transparente devant l'Office, tout en leur garantissant les normes de qualité élevées qui ont fait la réputation de ce dernier. Du point de vue des déposants, c'est surtout la création de moyens de droit supplémentaires dans les procédures devant l'Office et d'une procédure centralisée de limitation des brevets européens qui est intéressante.

L'Accord sur les langues CBE permet aux utilisateurs du système du brevet européen d'économiser des frais de traduction. Il vise à réduire de 50% en moyenne les coûts de traduction inhérents aux brevets européens et à diminuer les désavantages concurrentiels induits par ces coûts, dont pâtissent les entreprises actives dans la recherche.

On reproche souvent au système des brevets de ne pas être assez accessible aux petites et moyennes entreprises (PME), principalement en raison des coûts, et du manque d'expérience et de connaissances de celles-ci. C'est d'autant plus regrettable que ce sont justement ces entreprises qui se distinguent par un potentiel d'innovation très élevé⁷. Aussi la promotion des PME devrait-elle être au cœur de toute politique d'encouragement de l'innovation à long terme. L'approbation de l'Acte de révision de la CBE et de l'Accord sur les langues CBE permet notamment aux PME d'accéder plus facilement et à moindre coût à un système de protection efficace des innovations. La révision n'engendre pas de frais d'exécution supplémentaires pour les offices nationaux.

En ratifiant l'Accord sur les langues CBE, la Suisse ferait figure de modèle pour d'autres Etats signataires en les encourageant à ratifier eux aussi l'accord et à transposer, à leur tour, le régime qu'il instaure. L'accord participe donc à l'intégration du

⁷ Déterminée sur la base de l'intensité de brevets (nombre de brevets par personne active dans la recherche et le développement), cf. l'enquête «Research and Patenting in Biotechnology, A Survey in Switzerland», Berne 2003, p. 20.

droit des brevets dans l'intérêt des utilisateurs des systèmes de protection. Dans le meilleur des cas, un déposant ne devra à l'avenir faire plus que deux traductions du fascicule de brevet pour prétendre à une protection au niveau européen. Seules les revendications devront encore être traduites dans toutes les langues officielles.

Impact sur l'économie dans son ensemble

La finalité du droit des brevets et des mesures régulatrices en la matière est la promotion de la recherche et du développement, la création d'incitations à investir dans ce domaine et l'encouragement de l'innovation. A leur tour, les innovations génèrent des emplois, contribuent à la croissance économique et accroissent l'attrait de la place économique suisse. Il n'est toutefois guère possible de mesurer l'impact de certaines mesures régulatrices du droit des brevets sur l'économie, en particulier parce que l'innovation et la protection par brevet, loin d'être des maillons dans une chaîne de causalité, sont pris dans un écheveau de facteurs des plus divers⁸ déterminant le processus d'innovation.

L'appréciation des conséquences de la ratification des deux traités et de la révision de la loi sur les brevets doit tenir compte du fait que la grande majorité des mesures proposées vise à optimiser encore un peu plus le système du brevet européen, qui fonctionne bien, et à le moderniser précautionneusement afin de l'adapter aux changements techniques et juridiques intervenus au niveau européen.

La réduction des coûts inhérents au système améliore en particulier l'accessibilité du système des brevets pour les PME et stimule la concurrence entre les entreprises innovantes.

Au final, il faut s'attendre à ce qu'un système des brevets meilleur marché, solidement ancré dans le cadre juridique européen, contribue à accroître l'attrait de la place économique suisse.

3.4 Autres conséquences

Réglementations alternatives

Si la Suisse ne devait pas ratifier l'Acte de révision de la CBE, la convention perdrait sa validité en Suisse. La procédure nationale serait alors le seul moyen d'accéder à la protection par brevet en Suisse. Comparée à la procédure de délivrance de brevets européens, la procédure suisse est rudimentaire. En effet, alors que toutes les conditions liées à la brevetabilité d'une invention – y compris la nouveauté et l'activité inventive – font l'objet de l'examen de la demande par l'Office (qui procède à un examen complet), l'IPI n'examine pas, conformément à la loi sur les brevets (art. 59, al. 4, LBI) si une invention faisant l'objet d'une demande nationale est nouvelle et découle de manière évidente de l'état de la technique. L'examen effectué par l'IPI se limite par conséquent pour l'essentiel aux points suivants: existence ou non d'une invention, absence d'un motif d'exclusion de la protection, applicabilité industrielle, clarté des revendications et divulgation suffisante de l'invention. Si la Convention sur le brevet européen n'était plus valable en Suisse,

⁸ Cf. le modèle de Stepen Kline / Nathan Rosenberg, *An Overview of Innovation*, Washington 1986, pp. 275-305.

l'introduction d'un examen complet aurait pour conséquence de renchérir l'obtention d'un brevet suisse, de sorte qu'il reviendrait plus cher de requérir un brevet suisse qu'un brevet européen. Cette option n'est donc pas réaliste.

Aspects pratiques de l'exécution

Les modifications proposées du cadre juridique existant accroissent la sécurité juridique et simplifient l'exécution, qui devient plus prévisible. En particulier la concrétisation de la protection des applications thérapeutiques crée des conditions-cadres claires pour l'exécution du droit. L'Acte de révision de la CBE et l'Accord sur les langues CBE ont pour principal objet la simplification de la procédure de délivrance de brevets européens, l'accroissement de la transparence et l'aménagement de moyens de droit supplémentaires dans la procédure. Les modifications de la loi sur les brevets qu'implique la ratification des traités améliorent l'exécution de la loi par l'IPI et par les tribunaux suisses.

4 Liens avec le programme de la législation

Le projet de loi est prévu dans le programme de la législation 2003–2007 en tant qu'objet des Grandes lignes (FF 2004 1048, 1079).

5 Modification de la loi sur les brevets

5.1 Principales modifications en vue de la ratification de l'Acte de révision de la CBE

5.1.1 Modifications proposées

Les principales modifications de la loi sur les brevets en vue de la ratification de l'Acte de révision de la CBE portent sur l'inscription, dans la loi, de la protection des applications thérapeutiques ultérieures et sur l'instauration d'une procédure de limitation et d'une procédure de révocation. Celles-ci appellent des changements concernant la renonciation partielle, les effets d'une modification d'un brevet national et d'un brevet européen, la remise de traductions et les rapports entre procédures nationales et procédures européennes. Cf. ch. 5.3.1.

5.1.2 Justification et appréciation de la solution proposée

Les modifications de la loi sur les brevets permettent d'harmoniser celle-ci et l'Acte de révision de la CBE en vue de l'approbation de ce dernier. Elles ont été accueillies favorablement lors des deux procédures de consultation conduites sur l'avant-projet de révision.

Le présent message a déjà évoqué les réactions négatives suscitées, lors de la seconde consultation, par la protection par brevet de nouvelles applications thérapeutiques de substances chimiques connues (cf. ch. 1.1.6). Cette protection découle d'une interprétation particulière du critère de la nouveauté déterminant la brevetabilité d'une invention. Elle apporte une compensation à l'exclusion de la protection des méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique et des méthodes de diagnos-

tic appliquées au corps humain ou animal (cf. ch. 5.3.1). La protection par brevet de la première indication thérapeutique est inscrite dans la loi sur les brevets depuis 30 ans (cf. art. 7c LBI, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1978⁹, et art. 54, al. 4, CBE); s'agissant des applications thérapeutiques ultérieures, cette protection découle d'une pratique juridique établie (cf. ch. 5.3.1). Celle-ci aurait empêché de répondre au souhait, exprimé lors de la consultation, de renoncer à cette protection. La non-reprise de cette protection aurait d'ailleurs aussi empêché la Suisse de ratifier l'Acte de révision de la CBE. Il a été en revanche tenu compte des réserves formulées à l'égard de l'art. 7d P-LBI par une modification de la teneur de cette disposition. Celle-ci correspond maintenant mieux à l'objectif visé par la majorité des Etats contractants d'obtenir, par le biais de l'art. 54, al. 5, CBErév., une codification de la pratique juridique actuelle, qui prévoit un traitement différent, en ce qui concerne l'étendue des revendications accordées, pour les inventions intervenant dans la première indication thérapeutique et pour celles intervenant dans les applications thérapeutiques ultérieures.

D'autres propositions de modifications formulées lors de la consultation concernaient les effets de la nullité, dès l'origine, d'un titre de protection cédé par licence. Certains participants à la procédure souhaitaient voir être inscrite dans la loi une disposition selon laquelle la déclaration de nullité d'un brevet délivré autoriserait le preneur de licence à résilier le contrat de licence avec effet immédiat. Il n'a pas été possible de donner suite à cette requête. S'il est vrai qu'il serait souhaitable, dans l'intérêt de la sécurité du droit, de clarifier cet état de fait au niveau légal, force est de constater que la réglementation proposée dans les avis exprimés n'aurait pas permis d'atteindre entièrement ce but (cf. ch. 5.3.1). Il aurait enfin été problématique de traiter ce point sans connexité matérielle avec les autres objets de la présente révision, par ailleurs urgents.

5.1.3 Application

Les modifications proposées, qui n'appellent que des adaptations mineures de l'ordonnance sur les brevets, n'ont pas d'effets significatifs sur l'exécution actuelle de la loi sur les brevets par l'IPI et par les tribunaux. L'instauration de la procédure centralisée de limitation auprès de l'Office devrait avoir pour conséquence un recul du nombre des procédures de renonciation partielle selon l'art. 24 LBI.

5.2 Principales modifications en vue de la ratification de l'Accord sur les langues CBE

5.2.1 Modifications proposées

Dans la perspective de la ratification de l'Accord sur les langues CBE, il est proposé d'abroger les art. 112 à 116 LBI. Il s'agit-là d'une conséquence directe des engagements découlant de l'accord. Cf. ch. 5.3.2.

⁹ RO 1977 1997

Pour la Suisse, les exigences en matière de traduction doivent cependant disparaître lors de l'entrée en vigueur de l'Accord sur les langues CBE (cf. à ce propos ch. 2.2) afin d'éviter qu'elle ne renonce aux traductions avant les autres Etats contractants de la Convention sur le brevet européen. En même temps qu'il requiert l'autorisation de fixer la date de l'entrée en vigueur de l'Accord sur les langues CBE, le Conseil fédéral demande l'abrogation des art. 112 à 116 LBI et la mise en vigueur de la disposition transitoire (art. 148 P-LBI) à compter de ce moment-là.

Il tient ainsi compte des réserves exprimées par une partie des professionnels du droit de la propriété intellectuelle, qui craignait qu'une suppression immédiate de l'exigence des traductions n'entraîne un désavantage unilatéral de l'économie suisse aussi longtemps que les autres Etats signataires n'ont pas mis en œuvre l'Accord sur les langues CBE.

5.2.2 Justification et appréciation de la solution proposée

Les participants à la consultation ont généralement salué la levée de l'obstacle représenté par les coûts dans la procédure de délivrance des brevets européens au moyen de l'Accord sur les langues CBE et les modifications législatives qu'appelle la ratification de ce traité.

D'aucuns ont proposé d'accepter également l'anglais comme langue de dépôt de demandes de brevet nationales, ce qui répondrait à un besoin exprimé de longue date par l'industrie et les conseils en propriété industrielle et permettrait d'éviter une inégalité de traitement entre les demandes nationales de brevets et les demandes de brevets européens à la suite de la ratification de l'Accord sur les langues CBE. Ils ont par ailleurs motivé leur proposition en arguant que l'anglais était déjà la langue utilisée habituellement dans pratiquement tous les domaines techniques; en outre, au lieu de contribuer à la sécurité du droit, les fastidieuses traductions accroîtraient plutôt l'insécurité juridique. Dans la mesure où cette proposition ne vise que l'attribution d'une date de dépôt pour une demande de brevet présentée en anglais, elle doit être examinée en considération de la mise en œuvre du Traité sur le droit des brevets du 1^{er} juin 2000, en l'occurrence l'art. 5 dudit traité, lequel harmonise les conditions d'attribution de la date de dépôt. Il convient cependant de faire remarquer que l'instauration d'un titre de protection national en anglais aurait pour conséquence un renchérissement disproportionné des brevets parce qu'il faudrait engager du personnel spécialisé pour conduire la procédure de délivrance. Aussi la révision de la loi sur les brevets n'a-t-elle pas tenu compte de cette proposition.

5.2.3 Application

Les modifications proposées, qui ne nécessitent que des adaptations mineures de l'ordonnance sur les brevets, n'ont pas d'effets significatifs sur l'exécution actuelle de la loi sur les brevets par l'API et par les tribunaux.

5.3

Commentaire

5.3.1

Modifications en vue de la ratification de l'Acte de révision de la CBE

Art. 7c et 7d Utilisation nouvelle de substances connues

Dans le but de ne pas entraver les médecins dans l'exercice de leur profession, l'art. 2, al. 2, LBI (qui correspond à l'art. 53, let. c, CBE*rév.*) exclut de la brevetabilité les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Afin de compenser, au moins en partie, ce vaste champ d'exclusion, l'art. 7c LBI, qui reprend la réglementation de l'art. 54, al. 5, CBE, en l'occurrence de l'art. 54, al. 4, CBE*rév.*, a été introduit sur le plan national. Cette disposition, qui fixe l'interprétation de la notion de nouveauté dont dépend la brevetabilité ou non d'une invention, crée les conditions permettant de considérer qu'une substance ou une composition connue est néanmoins réputée nouvelle quant à son utilisation dans une méthode visée à l'art. 2, al. 2, LBI. L'inventeur doit toutefois être en mesure de définir, dans les revendications, la substance dans sa nouvelle utilisation en revendiquant une protection de la substance limitée à son utilisation. Le champ d'application de cet article est limité à la première utilisation thérapeutique de la substance ou de la composition, étant donné que la nouveauté ne peut plus être revendiquée lors d'une utilisation ultérieure dans le domaine thérapeutique ou diagnostique¹⁰. En pratique, il est tout de même possible de breveter une utilisation ultérieure si la protection de la substance se limite au champ d'application de cette dernière et si elle est revendiquée sous la forme d'une «méthode pour la fabrication d'un médicament contre ...» (nommée «revendication de type suisse»).

En inscrivant l'art. 7d dans la loi sur les brevets, le législateur adapte la législation suisse à l'art. 54, al. 5, CBE*rév.* et crée la base légale de la protection des applications thérapeutiques ultérieures. Il s'agit-là d'une codification de la pratique actuelle, qui permet d'éliminer l'insécurité entourant l'effet de protection de la revendication de type suisse.

Art. 17 Conditions et effets de la priorité

Afin d'adapter l'art. 17, al. 1, LBI à l'art. 87, al. 1, CBE*rév.* (cf. ch. 2.1.2), il est établi que, s'agissant de la reconnaissance du droit de priorité, une demande déposée (ou prenant effet) dans un pays membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) déploie les mêmes effets qu'une demande déposée (ou prenant effet) dans un pays partie à la Convention de Paris. En vertu des art. 2, al. 1, 3 et 4 de l'Accord sur les ADPIC, la Suisse est aujourd'hui déjà tenue d'accorder le droit de priorité à tous les membres de l'OMC¹¹. Dans le cadre de l'adaptation des lois aux accords GATT/OMC, on s'est limité à proposer les modifications qui étaient indispensables à leur ratification. C'est pourquoi on a renoncé à l'époque à réviser l'art. 17 LBI. Pour expliciter la teneur de la loi et la rendre plus compréhensible, il a été décidé de préciser l'al. 1 de l'art. 17 dans le sens exposé ci-dessus dans le cadre de la présente révision de la loi sur les brevets.

¹⁰ Message 1976, FF 1976 II 1, 70.

¹¹ Cf. Message du 19.9.1994 relatif à l'approbation des accords GATT/OMC (Cycle d'Uruguay; Message 1 GATT); FF 1994 IV 1; ch. 2.4.4.2 et 2.4.8.1.

Art. 24 Renonciation partielle

L'art. 24, al. 2, LBI permet au titulaire du brevet de corriger, dans un délai limité, des erreurs d'appréciation commises lors de la rédaction des revendications du brevet. Dès lors qu'une revendication de brevet est limitée d'une manière autre que par la suppression d'une revendication ou par l'incorporation, dans une revendication indépendante, d'une ou de plusieurs revendications qui en dépendent (art. 24, al. 1, let. a et b, LBI), le titulaire du brevet doit remplir deux conditions. En premier lieu, il ne peut procéder à une telle limitation qu'une seule fois; en second lieu, sa requête ne sera plus recevable après quatre ans à compter de la délivrance du brevet. La nouvelle procédure de limitation introduite dans la Convention sur le brevet européen (cf. à ce propos les explications relatives aux art. 105^{bis} à 105^{quater} CBERév., ch. 2.1.3), en revanche, permet de formuler à tout moment, c'est-à-dire sans restrictions temporelles, une requête de limitation du brevet européen. Aussi n'est-il plus opportun de conserver la règle propre à la Suisse, prévue à l'al. 2 de l'art. 24 LBI. On peut certes objecter que la réglementation nationale pourrait être maintenue vu que l'instauration d'une procédure centralisée de limitation n'empêche pas de renoncer partiellement à un brevet national ou à un brevet européen prenant effet en Suisse. Il apparaît pourtant clairement qu'il serait possible de contourner la réglementation européenne pour les brevets européens en cas de non-concordance entre les dispositions suisses et européennes. En outre, il y aurait inégalité de traitement entre les titulaires de brevets nationaux et les titulaires de brevets européens. L'al. 2 de l'art. 24 LBI doit donc être abrogé.

Art. 28a Effets de la modification quant à l'existence du brevet

L'art. 28a P-LBI établit que les modifications ultérieures touchant à l'existence du brevet prennent effet *ex tunc*, c'est-à-dire dès l'origine. Cela ne vaut pas seulement pour la nullité ou la nullité partielle prononcée par un juge, mais également pour la renonciation partielle requise par le titulaire du brevet conformément à l'art. 24 LBI. L'inscription de cet article dans la loi permet non seulement de codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux décisions de nullité, mais également d'harmoniser les effets d'une renonciation partielle requise auprès de l'OMPI et les effets d'une limitation ou de la révocation requise auprès de l'Office. Conformément à l'art. 68 CBERév., les effets de la décision rendue sur une limitation ou une révocation d'un brevet européen entrent en vigueur rétroactivement, à la date de leur publication, pour tous les Etats contractants désignés. Par rapport à la renonciation partielle requise en Suisse, cette nouvelle disposition s'écarte de la pratique actuelle, selon laquelle les effets n'entrent en vigueur qu'à partir de la date de l'entrée en force du jugement (effet *ex nunc*). L'effet *ex tunc* d'une renonciation partielle conformément à l'art. 24 LBI est mieux adapté au but et à la finalité de cette disposition. Une limitation volontaire permet de maintenir un brevet qui, en raison d'une erreur d'appréciation lors de la rédaction des revendications, n'était pas, dès son origine, totalement inattaquable. L'adaptation de la législation suisse à l'art. 68 CBERév. permet d'éviter en outre qu'on ait des brevets avec des champs d'application *ratione temporis* différents en fonction de la procédure (nationale ou européenne) choisie.

Une réglementation selon laquelle le titulaire du brevet pourrait aussi renoncer à des revendications avec effet *ex nunc* ne semble pas s'imposer eu égard à la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les effets de la nullité d'un droit de propriété intellectuelle. Il est possible de faire valoir des droits légitimes découlant de la partie

du brevet à laquelle il a été renoncé même si la renonciation partielle déploie ses effets *ex tunc*.¹² Un tribunal peut juger, dans le cadre d'un procès ultérieur en nullité ou en contrefaçon, si une renonciation partielle était admissible ou non et la déclarer, le cas échéant, nulle.¹³ Aussi, dans l'intérêt de la sécurité du droit, l'art. 28a P-LBI précise-t-il qu'une renonciation partielle produit des effets *ex tunc* devant l'IPI.

On peut se demander quelle influence l'effet rétroactif d'une renonciation ou de la nullité d'un brevet prononcée par un juge a sur des annuités ou des redevances de licence déjà payées. Les annuités ne seront pas remboursées, même si le brevet est radié avec effet rétroactif, car la radiation ne fait pas disparaître la raison juridique existante à l'époque du paiement. En ce qui concerne les contrats de licence, la situation est différente: selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁴, l'existence de la protection du droit constitue une base du contrat de licence. S'il s'avère que le droit cédé au preneur de licence était nul, le contrat de licence devient, selon l'opinion dominante, nul également. La doctrine et la jurisprudence divergent cependant sur la manière dont il convient de motiver juridiquement cette issue. On s'accorde majoritairement à dire que la nullité du titre de protection empêche, objectivement parlant, le preneur de licence de fournir sa prestation; de cet fait, le contrat est nul conformément à l'art. 20 CO. D'autres pensent que le preneur de licence peut invoquer une erreur touchant un élément nécessaire au contrat (art. 24, al. 1, ch. 4, CO). Il serait aussi envisageable de dissoudre le contrat de licence pour des raisons graves, comme la loi le prévoit pour d'autres rapports d'obligation durables.¹⁵ L'élimination de l'insécurité concernant la raison juridique entraînant l'annulation du contrat de licence ne peut faire l'objet de la présente révision, qui a pour but d'adapter la loi sur les brevets en vue de la ratification de l'Acte de révision de la CBE. Dans l'intérêt de la sécurité du droit, cette question nécessiterait l'élaboration d'une réglementation d'application générale à tous les titres de protection.

Bien que nul, un titre de protection enregistré peut, de l'avis tranché du Tribunal fédéral, déployer des effets en raison de son apparente existence, entraver la concurrence et contribuer à donner au preneur de licence, pendant un certain temps, le même avantage concurrentiel que l'aurait fait un droit valable; aussi, une annulation rétroactive du contrat ne se justifierait-elle pas.¹⁶ C'est pourquoi les redevances de licence perçues ne sont en général pas restituées intégralement. L'obligation de payer les redevances s'éteint cependant au plus tard au moment où les effets réels du droit factice deviennent caducs, à savoir quand ce droit a été déclaré nul formellement ou lorsqu'il n'est en général plus respecté par les acteurs du marché.¹⁷

Art. 46a Poursuite de la procédure

L'abrogation de l'art. 24, al. 2, LBI entraîne logiquement celle de l'art. 46a, al. 4, let. e, qui énumère les délais qu'il convient de respecter pour requérir la poursuite de la procédure.

¹² ATF 116 II 195 s.

¹³ CF. tribunal de commerce de Zurich 4.6.1973, SMI 1974, 93.

¹⁴ ATF 85 II 38; cf. aussi ATF 116 II 191.

¹⁵ ATF 116 II 191, consid. 3a.

¹⁶ ATF 85 II 38, consid. 6a et b; ATF 116 II 191, consid. 3a et b.

¹⁷ ATF 116 II 191, consid. 3a.

Art. 110a Modifications quant à l'existence du brevet

En vertu de l'art. 110 LBI, la demande de brevet européen et le brevet européen produisent les mêmes effets que les demandes de brevet nationales et les brevets nationaux (cf. art. 66 et 2, al. 2, CBE). Etant donné que les effets de la procédure d'opposition et ceux de la procédure centralisée de limitation et de révocation introduite sur requête du titulaire du brevet auprès de l'Office prévue par la CBE (cf. art. 105^{ter}, al. 3, CBE^{rév.}) sont analogues, le législateur inscrit dans la loi sur les brevets, par le biais de l'art. 110a P-LBI, un principe correspondant relatif à la modification quant à l'existence du brevet européen.

Art. 113 Réserve concernant les traductions

L'instauration, par les art. 105^{bis} à 105^{quater} CBE^{rév.}, de la procédure centralisée de limitation nécessite qu'on complète l'art. 113, al. 2, LBI. Dans le cas de la procédure de limitation, le délai pour la remise de la traduction du fascicule de brevet commence à courir à compter de la publication de la mention de la limitation du brevet dans le Bulletin européen des brevets.

Art. 121 Causes de la transformation

En raison de l'abrogation de l'art. 162 CBE, l'art. 135, al. 1, let. a, CBE^{rév.} ne prévoit plus qu'un cas de retrait de la demande de brevet européen. Le renvoi prévu à l'art. 121, let. a, LBI est par conséquent supprimé. L'art. 121, al. 1, let. c, LBI, qui comporte également un renvoi, à savoir à l'ancien art. 54, al. 4, CBE, doit être adapté en raison de la suppression de cette disposition dans la Convention sur le brevet européen.

Art. 127 et 128 Limitation de la renonciation partielle et suspension de la procédure

L'art. 110 LBI prévoit que les brevets européens produisent en Suisse, après leur délivrance, les mêmes effets qu'un brevet national (cf. art. 2, al. 2, CBE). Cette réglementation a pour conséquence, une fois le brevet délivré définitivement, que le titulaire du brevet peut revendiquer par voie de justice les droits que lui confère la loi (art. 66 ss LBI) et que les tiers peuvent introduire contre lui une action en nullité du brevet européen (art. 26 LBI). En outre, le titulaire du brevet peut, à compter de la délivrance de son titre et sous certaines conditions, renoncer totalement ou en partie à son brevet en déposant une requête auprès de l'IPI.

Dès l'insertion de l'art. 128 LBI, une question s'est posée en relation avec la procédure d'opposition introduite devant l'Office: celle de savoir si, lorsqu'une procédure d'opposition est en cours en même temps qu'est pendant un procès devant un tribunal suisse dans lequel la validité du brevet est contestée, la procédure nationale doit être suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement sur la procédure d'opposition. Il y a été répondu par l'affirmative, dans le souci d'éviter des jugements divergents. Toutefois, il a été souligné que la suspension n'était pas obligatoire et qu'il appartenait au juge de suspendre ou non la procédure. Dans le cas de la procédure de renonciation partielle, le législateur est allé plus loin en arrêtant qu'il n'était pas possible de requérir une renonciation partielle au brevet européen tant que demeurerait la possibilité de former une opposition devant l'Office ou qu'une décision dans une procédure correspondante n'était pas encore exécutoire. En effet,

l'opposition formée conformément à l'art. 68 CBE^{rév.} peut conduire à une limitation rétroactive du brevet européen; il serait par ailleurs possible de contourner la règle qui veut que l'opposition portant sur le brevet européen prenne effet dans tous les Etats contractants désignés.

S'il est vrai que la procédure européenne de limitation ou de révocation n'a pas priorité sur les procédures nationales (en particulier sur la procédure en nullité), il n'en demeure pas moins que ce qui précède vaut également pour ces deux nouvelles procédures, tout comme pour la procédure de révision d'une décision de la chambre de recours devant la Grande Chambre de recours. Etant donné que la procédure de limitation ou de révocation s'inspire de la procédure d'opposition, il apparaît judicieux que les art. 127 et 128 LBI s'appliquent à elles. Selon le contenu de la procédure, il peut s'avérer nécessaire de suspendre une procédure civile nationale pendante si une requête en révision d'une décision est transférée devant la Grande Chambre de recours. Comme une révision ne porte pas nécessairement sur la validité du brevet, il sera possible de présenter une demande de renonciation partielle même pendant qu'une requête en révision est en cours de traitement. Cela n'empêche évidemment pas l'IPI de suspendre une procédure de renonciation partielle en cours si l'Office traite de questions qui font également l'objet de cette procédure.

Adaptations rédactionnelles

Le terme «Patentfähigkeit» est remplacée dans le texte allemand de la loi par celui de Patentierbarkeit, comme le prévoit l'Acte de révision de la CBE. En effet, il a été démontré que cette distinction était impraticable. Cette modification n'a aucune répercussion du point de vue matériel. Sont concernés par ce changement l'art. 1, al. 2 et son titre marginal, l'art. 1a, et l'art. 26, al. 1, ch. 1.

Dans la version allemande de la loi, le terme «Tierarten», à l'art. 1a, est remplacé par celui de Tierrassen comme le prévoit l'Acte de révision de la CBE en conformité avec la Règle 23c (b) CBE.

5.3.2 Modifications en vue de la ratification de l'Accord sur les langues CBE

Art. 112 à 116 Abrogation

Si la demande de brevet européen n'a pas été publiée dans une langue officielle suisse, autrement dit si elle a été publiée en anglais, l'art. 112 LBI prévoit que le jour déterminant pour réclamer des dommages et intérêts est celui où le déposant a remis au défendeur une traduction des revendications dans une langue officielle suisse ou l'a rendue accessible au public par l'entremise de l'IPI. Lorsqu'il a inscrit cet article dans la loi, le législateur estimait que la langue anglaise ne pouvait pas être imposée à un utilisateur suisse¹⁸. Cette conception a changé. En effet, on est tout à fait en droit de supposer qu'un utilisateur du système du brevet européen dispose de connaissances suffisantes de l'anglais, notamment parce qu'en pratique les traductions ne sont presque pas consultées, même si plus de la moitié des demandes de brevets européens et des brevets européens sont publiés en anglais. En outre, selon la

¹⁸ Message 1976, FF 1976 II 1, 100.

réglementation en vigueur, on peut raisonnablement exiger de tiers de bonnes connaissances linguistiques: conformément à l'art. 112 LBI, seules les revendications doivent en effet être traduites dans une langue officielle suisse et non la totalité de la demande de brevet. Compte tenu de la nouvelle réalité et de l'abrogation de l'art. 113 LBI suite à la ratification de l'Accord sur les langues CBE, et par souci de réduire les coûts de traduction, l'art. 112 LBI devra être supprimé dès l'entrée en vigueur de l'Accord sur les langues CBE en Suisse. Eu égard à ce qui précède, la connaissance du contenu de la demande de brevet européen, visée à l'art. 111, al. 2, LBI, que le lésé doit avoir pour se prévaloir du dommage qu'il a subi et qui détermine le moment à partir duquel ce dommage est intervenu, existe au plus tard à partir de l'instant où le lésé est en possession des revendications. L'abrogation de l'art. 112 LBI ne vise pas à renforcer les exigences formulées à l'égard de l'averlissement contenu dans l'art. 111, al. 2, LBI, mais est une conséquence de la ratification de l'Accord sur les langues CBE.

L'art. 113 LBI prévoit qu'un brevet européen en anglais ne prend effet en Suisse que si une traduction du fascicule du brevet dans une langue officielle suisse est présentée à l'IPI. La ratification de l'Accord sur les langues CBE appelle l'abrogation de l'art. 113 LBI. Conformément à l'art. 1 de l'Accord sur les langues CBE, chaque Etat signataire s'engage en effet à renoncer aux exigences en matière de traduction prévues à l'art. 65 CBE, pour autant qu'il ait en commun une langue officielle avec une des langues officielles de l'Office. S'agissant des autres raisons motivant l'abrogation de cet article, nous renvoyons aux explications relatives à l'Accord sur les langues CBE (ch. 2.2).

Jusqu'à présent, l'art. 114 LBI donnait la possibilité au déposant et au titulaire du brevet de rectifier les traductions présentées à l'IPI. L'abrogation des art. 112 et 113 LBI rendant cet article caduc, il est abrogé (cf. cependant les explications relatives à l'art. 148 P-LBI).

L'abrogation de l'art. 116 LBI découle également des engagements que prend la Suisse en ratifiant l'Accord sur les langues CBE. Jusqu'à présent, les tiers pouvaient invoquer vis-à-vis du titulaire du brevet la traduction prévue par la Convention sur le brevet européen, si le champ d'application objectif de la demande de brevet européen ou du brevet européen était moins étendu dans la traduction que dans la version rédigée dans la langue de procédure. Comme il sera renoncé à la traduction des brevets rédigés en anglais dès l'entrée en vigueur de l'Accord sur les langues CBE, cet article n'est plus nécessaire (cf. cependant les explications relatives à l'art. 148 P-LBI). L'abrogation de l'art. 116 implique aussi celle de l'art. 115 LBI, qui avait été introduit en 1976 pour tenir compte de l'exception prévue à l'art. 116 LBI¹⁹. Le principe de l'art. 115 LBI, selon lequel le texte du fascicule rédigé dans la langue de procédure devant l'Office est contraignant pour déterminer le champ d'application objectif de la demande de brevet européen et du brevet européen, est maintenu car il découle déjà de l'art. 70, al. 1, CBE.

Art. 148 Réserve relative aux traductions et langues obligatoires

En vertu de l'art. 148, al. 1, P-LBI, il n'est plus nécessaire, pour les brevets européens qui ne sont pas publiés dans une langue officielle suisse de remettre une traduction du fascicule conformément à l'art. 113, al. 1, LBI, lorsque la délivrance

¹⁹ Message 1976, FF 1976 II 1, 101.

du brevet ou, pour le cas où le brevet est maintenu mais que l'étendue de sa protection a été modifiée, lorsque la mention de la décision concernant une opposition ou encore, pour le cas où le brevet a été limité, lorsque la mention de la limitation a été publiée dans le Bulletin européen des brevets moins de trois mois avant l'entrée en vigueur de la loi révisée. Jusqu'à présent, les titulaires disposaient, conformément à l'art. 113, al. 2, LBI, de trois mois à compter de la publication du brevet européen en anglais pour remettre une traduction dans une langue officielle suisse. Par souci de simplifier la réglementation pour les utilisateurs, tout en garantissant la sécurité du droit, il est opportun de supprimer l'obligation de remettre une traduction trois mois avant l'entrée en vigueur de la loi révisée.

L'al. 2 précise qu'il reste possible de réviser des traductions conformément à l'art. 114 LBI et d'invoquer des traductions et les effets qu'elles produisent en vertu de l'art. 116 LBI, même après l'entrée en vigueur de l'Accord sur les langues CBE, aussi longtemps que le déposant doit remettre au défendeur une traduction selon l'art. 112 LBI ou la rendre accessible au public par l'entremise de l'IPI, ou encore la présenter à ce dernier conformément à l'art. 113 LBI.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

La compétence de la Confédération dans le domaine des affaires étrangères ressort des art. 54, al. 1, et 184 Cst.

La compétence de la Confédération d'arrêter des dispositions sur les brevets d'invention se fonde sur l'art. 122 Cst., qui confère à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil. Les modifications de la loi sur les brevets relèvent de cette compétence-là.

6.2 Forme de l'acte à adopter

La compétence de l'Assemblée fédérale pour approuver l'Acte de révision de la CBE et l'Accord sur les langues CBE ressort de l'art. 166, al. 2, Cst.

Il reste à examiner si les arrêtés d'approbation de l'Assemblée sont sujets au référendum selon l'art. 141, al. 1, let. d, Cst. Les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et qui ne sont pas dénonçables (art. 141, al. 1, let. d, ch. 1, Cst.), qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (art. 141, al. 1, let. d, ch. 2, Cst.) ou qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.) sont sujets au référendum.

Les deux traités internationaux en question sont dénonçables à tout moment (cf. art. 174 CBE *rév.* et art. 8 Accord sur les langues CBE). Comme la Suisse est déjà partie à la Convention sur le brevet européen, elle ne devient pas membre de l'OEB à la suite de la ratification de l'Acte de révision de la CBE. La ratification de l'Accord sur les langues CBE n'entraîne pas non plus l'adhésion à une organisation internationale dont la Suisse ne serait pas encore membre.

Il reste donc à déterminer si les traités contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou si leur mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. Par dispositions importantes fixant des règles de droit on entend, selon l'art. 22, al. 4, de la loi sur le Parlement, les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Sont réputées importantes en droit national les dispositions qui doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale selon l'art. 164, al. 1, Cst.

Alors que sur le plan formel l'Acte de révision de la CBE révisé intégralement la Convention sur le brevet européen, sur le plan matériel, il ne s'agit que d'une révision partielle (cf. ch. 1.1.4). Il n'est pas aisé de faire une appréciation du point de vue du contenu. En effet, d'une part, la révision entraîne de nombreuses adaptations sur le plan de la technique législative et des modifications d'ordre procédural ou encore la codification de pratiques éprouvées. D'autre part, certains aspects de la révision ne doivent pas être sous-estimés, comme l'institutionnalisation de conférences ministérielles ou l'instauration d'une procédure de limitation, de révocation et de révision. Il n'est cependant pas nécessaire d'apprécier de manière définitive si ces changements constituent des dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.. Quoi qu'il en soit, la ratification de l'Acte de révision de la CBE oblige le législateur à transposer le traité dans la législation. C'est pourquoi, les arrêtés fédéraux portant approbation de l'Acte de révision de la CBE et de l'Accord sur les langues CBE sont sujets au référendum pour les traités internationaux.