

07.098

**Message
concernant la loi sur les conseils en brevets**

du 7 décembre 2007

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous avons l'honneur de vous soumettre le projet de loi sur les conseils en brevets (loi sur les conseils en brevets, LCB_r), en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

7 décembre 2007

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Pour le pôle d'innovation qu'est la Suisse, un conseil compétent dans les affaires de brevets est de première importance. C'est pourquoi la loi sur les conseils en brevets réserve l'usage de certains titres à des personnes qui disposent de qualifications professionnelles particulières. Cette protection des titres professionnels garantit que les prestataires de services possèdent les connaissances spécialisées requises, crée davantage de transparence dans l'offre de services et protège les personnes et les entreprises innovatrices contre les conseils non qualifiés.

Contexte

En raison de la complexité de la protection des inventions, les personnes et les entreprises innovatrices sont tributaires d'un conseil professionnel et compétent. Les interactions internationales et certaines particularités suisses posent des exigences toujours accrues concernant le conseil en matière de brevets. La profession de conseil en brevets n'étant actuellement pas réglementée en Suisse, des personnes qui ne satisfont pas aux exigences élevées relatives à ce type de service sont susceptibles de conseiller des tiers dans des affaires de brevets. L'absence de réglementation a pour effet d'attirer en Suisse des personnes qui ne répondent pas aux qualifications nécessaires pour exercer à l'étranger, où la matière est la plupart du temps réglementée. Le dommage causé par un mauvais conseil est grand et peut même menacer la survie des entreprises concernées. Les brevets constituent souvent l'avoir économique de départ et sont déterminants pour les inventeurs individuels et les entreprises innovatrices, notamment les PME. Toutefois, un conseil lacunaire se remarque souvent à un moment où il est presque impossible de revenir en arrière. Le manque d'informations complexifie le choix d'un prestataire de services pour les personnes qui ne sont pas très au fait de ces questions, car elles ne sont pas en mesure de juger de la qualité ou de la compétence des services proposés. Le manque de transparence et de garantie de la qualité entraîne des conséquences négatives pour la Suisse en tant que pôle d'innovation.

Objet

Le but de la loi sur les conseils en brevets est de garantir un conseil qualifié en matière de brevets. Ce but est atteint par l'aménagement d'une protection de certains titres professionnels: seules les personnes disposant de qualifications de formation attestées peuvent faire usage de ces titres. Avant d'être habilités à exercer leur métier, les conseils en brevets doivent se faire inscrire dans un registre. Dans le cadre de cette démarche, ils sont tenus de justifier des qualifications requises sur le plan de la formation (titre du degré tertiaire, examen de conseil en brevets et expérience pratique). Bien que les activités, à titre professionnel, de conseil et de représentation en matière de brevets demeurent accessibles à tous, la protection du titre et le registre des conseils en brevets offrent au public la garantie d'un service compétent. La solution proposée assure en outre de meilleures conditions de départ pour les conseils en brevets qui veulent exercer leur profession dans l'Union européenne en vertu des accords de libre circulation des personnes.

La loi sur les conseils en brevets tient également compte de l'intérêt qu'ont les personnes conseillées au respect de la confidentialité en imposant aux conseils en brevets une obligation de secret professionnel.

Table des matières

Condensé	328
1 Présentation de l'objet	331
1.1 Contexte	331
1.2 Initiative parlementaire	334
1.3 Nouvelle réglementation proposée	335
1.4 Justification et appréciation de la solution proposée	336
1.4.1 Justification	336
1.4.2 Solutions examinées	337
1.4.3 Résultat de la procédure de consultation	338
1.5 Corrélation entre les tâches et les ressources financières	339
1.6 Droit comparé et rapport avec le droit européen	340
2 Commentaire	342
2.1 Objet et champ d'application	342
2.2 Protection des titres	342
2.3 Secret professionnel	349
2.4 Registre des conseils en brevets	350
2.5 Dispositions pénales	352
2.6 Dispositions finales	353
3 Conséquences	355
3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	355
3.2 Conséquences économiques	356
3.2.1 Nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat	356
3.2.2 Autres Conséquences	357
3.2.3 Conséquences pour l'économie dans son ensemble	358
3.2.4 Réglementations possibles	358
3.2.5 Aspects pratiques de l'exécution	358
4 Liens avec le programme de la législature et le plan financier	359
5 Aspects juridiques	359
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	359
5.1.1 Base légale	359
5.1.2 Compatibilité avec les droits fondamentaux	359
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	360
5.2.1 Libre circulation des personnes	360
5.2.2 Traité sur le droit des brevets	361
5.3 Forme de l'acte à adopter	361
5.4 Délégation des compétences législatives	361
Loi fédérale sur les conseils en brevets (<i>projet</i>)	363

Message

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte

Qualité du conseil et de la représentation en matière de brevets

Les conseils en brevets occupent une fonction de préparation dans le cadre de la protection des inventions et une fonction de conseil lors de l'application des brevets; ils jouent donc un rôle central dans le processus d'innovation et assument une responsabilité importante.

Au vu des interactions internationales en jeu dans les affaires de brevets, les exigences en matière de qualité du conseil et de la représentation ont fortement augmenté au cours des dernières années. Le processus national rudimentaire de délivrance des brevets, qui ne connaît pas d'examen des conditions de nouveauté et d'activité inventive, pose lui aussi des exigences élevées en matière de conseil. En effet, l'examen limité ne garantit pas la validité juridique d'un brevet délivré. La révision de la loi du 25 juin 1954 sur les brevets (LBI)¹ maintient cet examen limité, malgré un certain élargissement de la procédure d'examen². La validité d'un titre protecteur délivré est donc du ressort des conseils en brevets. C'est pourquoi la confiance de leurs clients doit être protégée.

Aujourd'hui, ce sont les conseils en brevets qui sont en premier lieu responsables de leur formation de base et postgrade. Celles-ci sont parfois assurées par des associations professionnelles qui demandent certaines compétences à leurs membres, mais il n'est pas obligatoire de faire partie d'une telle association. Dans la situation actuelle, des personnes non qualifiées peuvent aussi exercer la profession de conseil en brevets et porter le titre correspondant.

La situation est différente en ce qui concerne les conseils agréés par l'Office européen des brevets (OEB). Pour figurer sur la liste des conseils agréés par l'OEB, il faut réussir une épreuve d'aptitude exigeante à laquelle seules sont admises les personnes titulaires d'une formation postsecondaire d'au moins trois ans et justifiant de plusieurs années d'expérience pratique. En outre, l'inscription sur la liste implique un droit de représentation exclusif auprès de l'OEB et l'admission en tant que membre de l'Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets.

Pour les intérêts de la Suisse, il est insuffisant de se baser sur le seul titre européen, car même si des exigences considérables sont liées à son obtention, il présente des lacunes sur le plan de la formation. En effet, l'épreuve d'aptitude ne couvre pas la procédure civile en contrefaçon ou les particularités de la procédure administrative suisse.

Vu l'absence de protection des titres dans le domaine du conseil en matière de brevets, les déposants et les titulaires de brevets ont beaucoup de mal à distinguer les offres compétentes de celles proposées par des prestataires non qualifiés. Ils courent

¹ RS 232.14

² Message du 23 novembre 2005 concernant la modification de la loi sur les brevets et l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution, FF 2006 I, ch. 2.1.7.

donc le danger de se faire conseiller de façon lacunaire, ce qui peut entraîner des conséquences financières considérables, voire menacer la survie de l'entreprise (voir aussi ch. 1.4). A l'heure actuelle, les intérêts des déposants et des titulaires de brevet ne sont pas protégés de manière satisfaisante.

Environnement européen

Dans les pays voisins (notamment en France, en Allemagne, en Autriche et au Liechtenstein), la profession de conseil en brevets est réglementée depuis quelque temps déjà.

La directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans³ prévoit un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur (voir ci-après ch. 1.6). C'est sur la base de l'accord sur la libre circulation⁴ que les citoyens suisses peuvent invoquer cette directive: les conseils en brevets suisses qui désirent exercer leur métier dans un Etat de l'UE/AELE qui a réglementé cette profession sont donc tenus de requérir la reconnaissance de leur formation et de leur expérience pratique dans cet Etat en raison de la directive 89/48/CEE. L'Etat d'accueil a le droit de comparer la formation et l'éventuelle expérience pratique acquises dans le pays d'origine avec les exigences appliquées sur son territoire. En cas de divergences considérables au niveau de la durée ou du contenu, le candidat doit compenser ses lacunes (par un stage d'adaptation ou une épreuve d'aptitude) pour être habilité à exercer la profession.

En raison de la situation juridique actuelle, les conseils en brevets suisses qui veulent exercer dans un Etat de l'UE/AELE doivent justifier d'au moins deux ans d'expérience pratique en plus de leur formation de conseil en brevets. Lorsque l'Etat d'accueil considère que leur qualification n'est pas équivalente, le mécanisme de compensation est appliqué. A défaut de dispositions nationales qui garantissent la qualification des conseils en brevets en Suisse, ceux-ci sont soumis dans les faits à des conditions de départ peu favorables concernant l'accès à la profession en Europe.

Dans ce cadre, une réglementation qui rattache l'exercice de la profession en Suisse à la détention de certaines qualifications professionnelles pourrait remédier, dans une certaine mesure, à ce problème. Une telle réglementation ne saurait cependant garantir la reconnaissance de l'équivalence européenne des qualifications professionnelles des conseils en brevets suisses. En fin de compte, il n'est pas possible d'influencer la façon dont la qualification est évaluée par les Etats tiers. C'est précisément l'aspect de la connaissance du droit national (en l'occurrence du droit des brevets) de l'Etat d'accueil qui complique une reconnaissance directe des conseils en brevets originaires d'autres Etats membres.

Le fait que l'accès des conseils en brevets suisses à la profession de conseil en brevets dans les Etats de l'UE/AELE soit lié à des obstacles a souvent pour conséquence que, mis à part les représentants nationaux, des conseils en brevets ou des

³ JO L 19 du 24.1.1989, p. 16, selon la directive 2001/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2001, JO L 206 du 31.7.2001, p. 1.

⁴ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes; RS **0.142.112.681**.

avocats étrangers sont consultés. Les frais additionnels ainsi engendrés sont à la charge des représentés. Le renchérissement du service qui en résulte constitue un obstacle financier supplémentaire pour les inventeurs individuels et les PME.

Attorney-client privilege

Dans le cadre du conseil et de la représentation en matière de brevets, les conseils se voient confier des informations confidentielles de la part de leurs clients ou – lorsqu’il s’agit d’un conseil en brevets d’entreprise – de la part de personnes au sein de l’entreprise. Ces informations revêtent souvent une grande importance économique, de sorte que la non-divulgence de ces informations est capitale pour le client ou l’entreprise.

À l’étranger, l’instauration d’une obligation de garder le secret pour les conseils en brevets, assortie d’un droit procédural de refuser de témoigner, tient compte de l’intérêt à ce que ces informations confidentielles restent secrètes.

À ce niveau, la situation est particulière notamment aux Etats-Unis. Dans ce pays, les informations confidentielles sont protégées par différents privilèges, en particulier le *attorney-client privilege* dans le cadre de la procédure civile. Ce dernier protège la communication entre l’avocat et son client concernant les conseils juridiques. Du point de vue procédural, il s’agit d’une barrière empêchant que les participants à un procès civil obtiennent la déposition d’un témoin ou la remise de documents. Le privilège repose essentiellement sur la pratique des tribunaux de première instance, qui n’est toutefois ni constante, ni unifiée. Ce n’est qu’en ce qui concerne les traits élémentaires du privilège qu’il existe une concordance.

Le *attorney-client privilege* s’applique aux avocats admis auprès d’un tribunal américain, mais aussi aux spécialistes en brevets qui sont également avocats (*patent attorneys*). S’agissant des spécialistes en matière de brevets, qui, bien qu’ils soient admis auprès de l’office des brevets US américain, ne sont pas des avocats (*patent agents*), l’application du *attorney-client privilege* n’est pas parfaitement claire dans la jurisprudence. Les tribunaux ont des points de vue différents. Il n’existe pas de pratique uniforme concernant les contenus qui ne doivent pas être divulgués. La tendance est de ne pas privilégier chaque communication en rapport avec le conseil et la représentation en matière de brevets. En règle générale, ne sont protégées que les informations confidentielles échangées entre le spécialiste en matière de brevets et le client en vue d’un procès devant un tribunal.

La majorité des tribunaux de première instance accepte le fait que, même lors du conseil en matière de brevets à l’étranger, la communication concernée peut bénéficier de la protection de divulgation lors de procédures civiles américaines. Toutefois, la pratique judiciaire ne permet pas de dégager un principe homogène en ce qui concerne les circonstances et les modalités. En application du principe de courtoisie internationale, certains tribunaux appliquent des réglementations nationales, dans la mesure où le contenu de la communication concerne uniquement le pays en question et non pas les intérêts des Etats-Unis. Selon une autre approche fonctionnelle, les tribunaux accordent le *attorney-client privilege* dans la mesure où le spécialiste étranger en matière de brevets a rempli une tâche qui, du point de vue de la fonction, est équivalente à celle d’un *patent attorney* américain. Ce faisant, les tribunaux ont tendance à se baser plutôt sur le type d’activité des personnes en question que sur la dénomination professionnelle. D’autres tribunaux encore accordent le *attorney-*

client privilege pour autant que la protection dans le pays de référence soit équivalente à celle des Etats-Unis.

Il en découle que lors de procédures en contrefaçon qui se déroulent aux Etats-Unis (et dans d'autres pays ayant la même tradition juridique), les individus et les entreprises suisses sont exposés au danger de devoir divulguer à la partie adverse la correspondance échangée avec leur conseil en brevets suisse. Le manque de réglementation juridique favorise une telle éventualité. Les entreprises concurrentes étrangères ou leurs conseils en brevets, pour lesquels le droit national prévoit un secret professionnel et le droit de refuser de témoigner, peuvent par contre, le cas échéant, faire appel au droit professionnel ou procédural national. Ils jouissent dès lors d'une situation de départ plus avantageuse, même s'ils ne disposent pas d'une garantie absolue d'être libérés de l'obligation de témoigner ou de fournir des documents. Un tel état de fait entraîne une situation de désavantage concurrentiel pour les conseils en brevets suisses. Les clients qui craignent d'être impliqués dans des litiges aux Etats-Unis refusent parfois de charger les conseils en brevets suisses de la défense de leurs intérêts. Dans un tel contexte, les milieux intéressés s'efforcent d'obtenir l'instauration de l'obligation du secret professionnel, assortie du droit de refuser de témoigner. Même si une telle solution ne peut pas garantir une protection équivalente au *attorney-client privilege* de leur activité de conseil par les tribunaux américains, elle permet toutefois d'améliorer la situation de départ des conseils en brevets suisses et conduit à une égalité de traitement par rapport aux autres pays européens.

1.2 Initiative parlementaire

L'initiative parlementaire de la conseillère aux Etats Helen Leumann-Würsch, datée du 17 juin 2005, «Loi sur les brevets. Réglementer la profession d'agent de brevets et créer un tribunal fédéral des brevets»⁵ demande entre autres que l'art. 13 LBI soit complété par une réglementation de la profession de conseil en brevets et une réglementation de l'exercice de cette profession dans le cadre d'une procédure administrative.

En ce qui concerne la réglementation de la profession de conseils en brevets, la conseillère aux Etats Helen Leumann-Würsch avance que la complexité de la matière est un véritable casse-tête, surtout pour les PME. De nos jours, il est indispensable pour les industriels de se faire conseiller par des spécialistes. En Suisse, il n'existe aucune garantie concernant la qualité du conseil, alors que dans tous les pays voisins, la profession de conseil en brevets est réglementée du point de vue des exigences qualitatives. Les principales raisons évoquées pour justifier la création d'une loi sur les conseils en brevets sont la garantie que les conseils exerçant la profession présentent les qualifications requises et remplissent les exigences qualitatives, la reconnaissance mutuelle des titres de formation et l'importance de remédier à certains inconvénients rencontrés dans le contexte international. L'initiative requiert en outre que le secret professionnel soit inscrit dans la loi. Celui-ci doit permettre d'éviter que les expertises élaborées par des conseils en brevets suisses doivent être livrées à la partie adverse, tandis que les entreprises concurrentes étran-

⁵ 05.418

gères ou leurs conseils peuvent invoquer ce qu'on appelle le *attorney-client privilege*.

Lors de sa séance du 24 avril 2006, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a donné suite à l'initiative parlementaire. La Commission des affaires juridiques du Conseil national a confirmé cette décision à l'unanimité lors de sa séance du 14 septembre 2007.

Le projet de loi tient compte de la requête essentielle de l'initiative. Par contre, il ne prévoit ni des conditions personnelles pour l'exercice de la profession de conseil en brevets, ni des règles professionnelles (ch. 1.3). Concernant l'éthique professionnelle, la réglementation proposée ne va donc pas aussi loin que l'initiative parlementaire, sans remettre pour autant son but en question. L'exemple de l'Institut des conseils agréés par l'Office européen des brevets démontre que les règles disciplinaires et professionnelles peuvent sans autre faire l'objet d'une autorégulation. On peut admettre dès lors que les objectifs visés par l'initiative parlementaire ont été atteints au moyen de ce projet de loi et que cette dernière peut être classée en vertu de l'art. 113 al. 2, let. a, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)⁶.

1.3 Nouvelle réglementation proposée

La nouvelle réglementation tient compte de manière appropriée de la nécessité d'une réglementation, telle que décrite ci-dessus (ch. 1.1). La protection du titre permet de garantir la qualité du conseil et de la représentation en matière de brevets. L'autorisation de porter certains titres est rattachée à des conditions légales déterminées (être titulaire d'un diplôme du degré tertiaire en sciences naturelles ou ingénierie; avoir réussi un examen de conseil en brevets; avoir une expérience pratique) dont le but est d'assurer que les personnes qui utilisent les désignations protégées possèdent des compétences professionnelles élevées et, par là même, proposent des services de haute qualité.

Pour les personnes et les entreprises innovatrices qui font appel à ce type de services, il est important que la qualification professionnelle des conseils en brevets soit transparente en Suisse. Ces personnes ou ces entreprises doivent pouvoir vérifier de façon simple et fiable si un prestataire de services satisfait aux conditions légales, ce qui est rendu possible par l'instauration d'un registre des conseils en brevets tenu par l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI). L'IPI inscrit les requérants dans ce registre après avoir constaté que les conditions au niveau de la formation sont remplies et qu'il existe un domicile de notification en Suisse. La publicité du registre est réglée de façon adéquate.

En vertu du projet de loi, la représentation et le conseil dans les affaires de brevets ne sont pas uniquement réservés aux conseils en brevets inscrits au registre. Les participants au marché qui ne satisfont pas aux conditions régissant l'inscription au registre des conseils en brevets sont toujours autorisés à offrir des services dans ce domaine, mais il leur est interdit de porter les titres protégés. L'inscription au registre des conseils en brevets permet de garantir de façon suffisante que les personnes et les entreprises innovatrices pourront facilement trouver un prestataire de services qualifié. Un droit exclusif à une représentation à titre professionnel des

⁶ RS 171.10

conseils en brevets inscrits au registre n'apporte aucun avantage supplémentaire qui permettrait de justifier une atteinte aussi grave à la liberté de la concurrence.

Le projet de loi ne prévoit pas de conditions personnelles pour l'exercice de la profession de conseil en brevets, ni de règles professionnelles. La définition d'une éthique professionnelle et son application demeurent du ressort des associations de conseils en brevets ou de l'Institut des conseils agréés près l'Office européen des brevets. Aujourd'hui, la grande majorité des brevets prenant effet en Suisse sont délivrés sur la base de la Convention sur le brevet européen. Les conseils agréés par l'Office européen des brevets sont membres de l'Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets (epi) et sont soumis aux règles de conduite et de discipline de celui-ci. Par ailleurs, il existe également, en vertu du droit du mandat, des devoirs de diligence concernant le conseil et la représentation en matière de brevets. La surveillance des conseils (pas uniquement les titulaires du titre) est exercée par le DFJP (cf. art. 48*b* LBI; ch. 2.6).

Le projet de loi instaure un secret professionnel. Les conseils en brevets inscrits au registre sont liés par le secret professionnel pour toutes les affaires qui leur sont confiées en raison de leur profession ou de l'exercice de celle-ci. Ce devoir de discrétion tient compte, en premier lieu, du fait que les conseils en brevets se voient souvent confier des informations ultraconfidentielles dans le cadre de leur activité. Par le secret professionnel, les maîtres du secret sont protégés dans leur confiance à ce que la discrétion soit observée. En même temps, les conseils en brevets bénéficient d'une meilleure situation de départ concernant la protection de leur activité de conseil dans le cadre de procédures en contrefaçon, en particulier aux Etats-Unis (voir ch. 1.1).

La loi présentée ici prévoit de préserver les droits acquis des personnes qui exerçaient une activité de conseil en brevets avant son entrée en vigueur dans le cadre d'une réglementation transitoire qui ne remet toutefois pas en question l'assurance de la qualité ambitionnée par le projet.

1.4 Justification et appréciation de la solution proposée

1.4.1 Justification

Les brevets d'invention constituent souvent un avoir de départ décisif pour les inventeurs individuels et les entreprises innovatrices, bien que ces derniers soient, la plupart du temps, dépassés par la complexité du droit des brevets. Ils sont tributaires d'un soutien professionnel lorsqu'ils souhaitent protéger leurs inventions au moyen de brevets et faire ensuite valoir cette protection.

Un conseil ou une représentation non qualifiés sont susceptibles d'entraîner des procédures en contrefaçon coûteuses, le rejet ou la perte du brevet. Au vu des interactions internationales en matière de brevets, cela peut même impliquer la perte de la protection au niveau mondial. Une qualité de conseil insuffisante se manifeste souvent plusieurs années après le dépôt de l'invention, c'est-à-dire lorsque le brevet est définitif et qu'il n'est plus possible de le corriger. Toutes les personnes et les entreprises exerçant des activités innovatrices qui dépendent d'un savoir spécialisé externe sont concernées par ce problème. La perte d'un seul titre de protection peut décider de leur avancement ou de leur existence. L'incompétence en matière de

conseil a donc des effets négatifs, non pas uniquement sur les entreprises concernées mais, en fin de compte, sur l'économie dans son ensemble.

Compte tenu de la responsabilité des conseils en brevets dans le processus d'innovation, des services qualifiés permettant de soutenir l'économie dans ce domaine complexe sont d'une importance capitale pour la Suisse en tant que pôle d'innovation. C'est pourquoi le projet de loi vise en premier lieu à assurer un conseil et une représentation de haute qualité en matière de brevets. Il pose à cet effet des exigences professionnelles régissant l'exercice de la profession sous un titre protégé. Ces conditions sont examinées avant le début de l'activité professionnelle. Le registre des conseils en brevets met en place la publicité et la transparence nécessaires (voir à ce sujet ch. 1.3). L'intérêt prépondérant d'assurer une protection aux déposants ou aux titulaires de brevet contre les représentants non qualifiés justifie l'atteinte à la liberté de la concurrence découlant de la protection du titre. L'introduction d'un secret professionnel auquel sont liés les conseils en brevets inscrits au registre renforce la relation de confiance entre le prestataire et son client.

Afin d'assurer un haut niveau de qualification à la profession de conseils en brevets, il n'est pas nécessaire d'instaurer un droit de représentation exclusif (semblable à celui des avocats en matière judiciaire). Les participants au marché qui ne remplissent pas les conditions spécialisées sont ainsi autorisés à conseiller et représenter des tiers en matière de brevets, mais pas à utiliser les désignations protégées. De ce fait, le public est protégé contre les prestataires non qualifiés. En faisant une publicité adéquate du titre protégé, les associations professionnelles de conseils en brevets ont le pouvoir de rendre ceux qui font appel à leurs services conscients de l'existence de ces titres.

1.4.2 Solutions examinées

Une alternative à la solution proposée consiste à proposer une autorégulation par les associations professionnelles: les associations de conseils en brevets définissent dans leurs statuts des exigences concernant la qualité de membre, notamment au niveau de la formation ou de l'expérience pratique, elles établissent des règles professionnelles et surveillent leur observation. Sur la base de considérations d'ordre politique, l'Etat renonce à jouer un rôle régulateur et laisse aux associations professionnelles concernées le soin et la responsabilité de veiller à une haute qualité du conseil et de la représentation dans les affaires de brevets. Il existe également un devoir de discrétion en vertu du droit du mandat. Une telle solution présente des inconvénients considérables. Le fait qu'une affiliation n'est pas obligatoire et le grand nombre d'associations professionnelles existantes rendent peu crédible la mise en œuvre d'un standard de qualité élevé. En effet, il est difficile de garantir la transparence voulue lors de la recherche de conseils compétents si chaque association crée ses propres normes et ses propres titres. De même, cette solution ne permet pas d'obtenir un meilleur accès à la profession de conseil en brevets en Europe. Du reste, il est douteux que le droit de refuser de témoigner soit garanti. En résumé, une telle solution n'apporte pas de véritable amélioration par rapport à la situation actuelle.

Une autre possibilité consisterait à définir un système avec autorisation de représentation exclusive: la représentation, à titre professionnel, dans les procédures administratives en matière de brevets est assujettie à autorisation et est réservée – tout

comme certains titres – à ceux qui en bénéficient. Les personnes qui ne satisfont pas aux conditions nécessaires pour l’octroi d’une autorisation peuvent tout au plus fournir des conseils et ce, sous une autre dénomination professionnelle. Les conseils qui détiennent une autorisation sont soumis au secret professionnel et ont le droit de refuser de témoigner. Une solution de ce genre permet de remédier aux carences de la situation actuelle. Mais d’un autre côté, le droit de représentation exclusif empiète plus fortement sur la liberté économique que le présent projet. Du point de vue de la proportionnalité, l’avantage d’une meilleure protection du public contre les prestataires non qualifiés ne justifie en aucun cas une telle intervention.

Enfin, le système avec autorisation de représentation exclusive, règles professionnelles et surveillance disciplinaire paraît également discutable: la représentation à titre professionnel dans les procédures administratives en matière de brevets est réservée aux conseils en brevets disposant d’une autorisation (voir ci-dessus). Dans l’exercice de leur métier, ils sont soumis à une surveillance disciplinaire liée à des règles professionnelles, exercée par le DFJP ou, de préférence, par une commission de surveillance spécialement instituée à cet effet par la Confédération. Des règles professionnelles et la surveillance disciplinaire permettent de garantir de meilleures pratiques dans l’exercice de la profession et renforcent ainsi la confiance du client en son conseil en brevets. Cette solution sous-tend cependant une intervention poussée dans la liberté économique et entraîne une forte densité législative. Par ailleurs, l’instauration d’une nouvelle commission de surveillance implique des coûts d’exécution supplémentaires.

1.4.3 Résultat de la procédure de consultation

L’avant-projet de loi sur les conseils en brevets a été soumis en consultation le 29 novembre 2006 par le Conseil fédéral. La procédure a duré jusqu’au 30 mars 2007.

L’avant-projet a suscité des réactions positives. D’une manière générale, tous les participants à la consultation ont accueilli favorablement le projet mis en consultation. Certains considèrent en général le principe consistant à réglementer des professions comme problématique, mais estiment que le projet en soi est abouti. D’autres préconisaient une réglementation plus large de la profession de conseil en brevets, avec un droit de représentation exclusif ou des règles de déontologie et des dispositions disciplinaires.

Secret professionnel

Un canton, un parti politique, quatre organisations spécialisées et cinq organisations de l’industrie et de l’économie demandent la réglementation du secret professionnel et une libération des obligations procédurales de collaborer ou de témoigner, comme statué pour les avocats. Ils avancent que dans le contexte du *attorney-client privilege* (ch. 1.1), la situation des conseils en brevets suisses s’améliore avec chaque renforcement de la protection du secret.

Le projet prévoit donc un statut juridique pour les conseils en brevets proche de celui des avocats en ce qui concerne le secret professionnel et les obligations procédurales de collaborer ou de témoigner. Cela augmente les chances de reconnaissance du *attorney-client privilege* pour les conseils en brevets. Il n’est cependant pas possible d’introduire une disposition en Suisse qui garantisse un tel privilège,

notamment aux Etats-Unis, étant donné que ce sont les tribunaux locaux qui décident si, et à quelles conditions, ce privilège est accordé.

Examen fédéral de conseil en brevets

Plusieurs participants à la consultation ont fait remarquer qu'il n'existe aucune formation postgrade en Suisse qui corresponde aux exigences fixées dans l'avant-projet. Les organisations spécialisées et les milieux économiques soulignent qu'il est important de pouvoir contrôler si les personnes disposent des connaissances et des aptitudes nécessaires pour exercer cette profession. Ils estiment que la voie par laquelle ces connaissances ont été acquises est secondaire.

Cette requête a été prise en considération: la formation postgrade en droit de la propriété intellectuelle proposée lors de la consultation est remplacée par l'examen fédéral de conseil en brevets. Dans le cadre d'un examen professionnel, il est possible de vérifier de manière précise si une personne dispose des qualifications professionnelles requises et de tenir compte des formations que les candidats ont achevées. Il est prévu de confier l'organisation et l'exécution de l'examen fédéral de conseil en brevets à des organisations de droit public ou privé (cf. art. 8) pour pouvoir profiter du savoir-faire considérable des hautes écoles et des hautes écoles spécialisées notamment, et à la rigueur des organisations professionnelles spécialisées et des institutions privées.

1.5 Corrélation entre les tâches et les ressources financières

Le projet de loi crée de nouvelles tâches dans le domaine de l'examen des conditions relatives aux titres protégés visés à l'art. 2 en rapport avec une demande d'inscription au registre des conseils en brevets et avec la tenue du registre. Ces tâches seront assumées par l'IPI. Lors de la vérification des conditions selon l'art. 2, l'IPI pourra se fonder sur des décisions d'accréditation et de reconnaissance des services compétents en la matière. Compte tenu de la réglementation proposée, ceux-ci ne devraient pas avoir à supporter une plus grande charge de travail qu'ils ne puissent gérer dans le cadre des tâches actuelles et qui ne puisse être financée par les moyens disponibles.

S'agissant de la charge de travail supplémentaire à laquelle l'IPI sera confronté en raison des nouvelles tâches, elle pourra être financée au moyen des taxes et, si nécessaire, par d'autres sources de revenu de l'IPI. Compte tenu de l'importance d'une représentation et d'un conseil qualifiés en matière de brevets pour le pôle d'innovation qu'est la Suisse, le but de la réglementation et les efforts nécessaires pour atteindre ce but se trouvent dans un rapport équilibré, voire favorable.

De nouvelles tâches sont également créées en rapport avec l'examen de conseil en brevets (organisation et réalisation de la surveillance et de la procédure de recours). La charge de travail supplémentaire occasionnée par la surveillance de l'examen et par une éventuelle procédure de recours devrait pouvoir être gérée dans le cadre des tâches actuelles et financée par les moyens disponibles. L'examen de conseil en brevets doit en premier lieu être financé par les taxes d'examens prélevées (pour les détails par rapport à l'examen de conseil en brevets, cf. le commentaire relatif aux art. 6 et 8).

Qualifications professionnelles des conseils en brevets et secret professionnel

La profession de conseils en brevets n'est pas réglée de façon uniforme dans le droit européen, mais elle fait l'objet d'une réglementation dans la majorité des Etats membres de l'UE. D'une étude de l'Institut des conseils agréés près l'OEB⁷, il ressort que la réglementation de l'accès à la profession de conseil en brevets diffère d'un pays à l'autre, car elle est fonction de particularités et de nécessités nationales. La plupart des Etats européens rattachent l'exercice de la profession de conseils en brevets à des qualifications professionnelles. Dans la majorité des cas sont exigés un diplôme sanctionnant une formation postsecondaire d'au moins trois ans et une expérience pratique de plusieurs années. Dans plusieurs pays, les candidats doivent par ailleurs passer une épreuve technique spéciale.

Cette image disparate reflète les différences nationales dans les situations de départ. Elle démontre cependant que le projet de loi, qui vise à garantir les qualifications de la profession de conseils en brevets, correspond à un intérêt légitime, auquel ont déjà répondu plusieurs pays d'Europe. Dans un tel contexte, l'absence de règles en Suisse accentue le besoin d'une réglementation. En effet, on peut craindre que le marché des services suisse attire les personnes qui ne remplissent pas les conditions d'exercice de la profession à l'étranger.

Les Etats européens qui réglementent la profession connaissent souvent un secret professionnel qui lie les conseils en brevets. Une telle obligation existe en particulier dans les Etats voisins que sont la France, l'Allemagne, l'Autriche et le Liechtenstein. En vertu des dispositions en matière disciplinaire de l'Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets, les conseils en brevets européens sont également tenu de respecter le secret professionnel concernant les informations qui leurs ont été confiées dans le cadre de l'exercice de leur profession. La disposition 153 du Règlement d'exécution de la Convention sur le brevet européen⁸ révisé stipule un droit correspondant de refuser de témoigner dans le cadre de la procédure devant l'OEB. De toutes ces réglementations, il ressort que la protection de la confiance du client est placée au premier plan. Le *attorney-client privilege* a toutefois motivé la révision de l'art. L 422-11 du Code français de la propriété intellectuelle, ainsi que la nouvelle disposition 153 du Règlement d'exécution de la Convention sur le brevet européen dans sa version révisée. Le projet de loi correspond à la situation juridique en Europe.

Amélioration de la libre circulation des personnes

Les dispositions d'un Etat membre qui rattachent l'exercice ou l'accès à une profession (professions réglementées) à des exigences qualitatives nationales (diplômes, etc.) se révèlent parfois de véritables barrières pour la libre circulation des personnes. Afin de faciliter celle-ci, le droit communautaire (comme l'accord de libre circulation⁹) prévoit divers actes juridiques communautaires visant à reconnaître les

⁷ <http://216.92.57.242/patentepi/français/300/390/index.php>

⁸ Tel qu'adopté par le Conseil d'administration dans sa décision du 7 décembre 2006, JO OEB, édition spéciale n° 1 2007, p. 103 ss. Entrée en vigueur probable le 13.12.2007.

⁹ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes; RS 0.142.112.681.

certificats d'aptitude professionnelle qui décrivent les conditions que doivent remplir les citoyens d'un Etat contractant en vue d'exercer dans un autre Etat membre une activité qui y est réglementée (c'est-à-dire qui est réservée aux personnes titulaires d'un certain titre de formation national). C'est pourquoi il importe de créer les conditions pour éviter que les personnes formées dans un autre Etat contractant se retrouvent interdites à exercer leur métier dans un autre Etat en raison de qualifications professionnelles lacunaires.

Pour certaines professions, il existe des directives sectorielles (pour les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes, les avocats, etc.) qui règlent la reconnaissance quasi-autonome des diplômés et qui fixent dans des listes exhaustives les diplômés réputés reconnus. Les professions universitaires qui ne sont pas régies par des directives sectorielles sont (pour le moment) soumises à la directive 89/48/CEE¹⁰. Cette dernière contient une réglementation générale concernant la reconnaissance des diplômés d'enseignement supérieur. Elle vise la reconnaissance des diplômés, non pas sur base d'une coordination antérieure des diverses formations, mais selon le principe de la confiance mutuelle dans la formation. La directive 89/48/CEE établit que la formation des Etats contractants et les diplômés d'Etats tiers qu'ils ont reconnus sont en principe équivalents. Si les citoyens d'un Etat contractant disposent d'un diplôme qui donne accès à l'exercice de cette profession dans un autre Etat membre, le principe de l'équivalence des formations s'applique. Dans la mesure où la profession concernée n'est pas réglementée dans le pays d'origine, l'équivalence est également donnée lorsque les citoyens de l'Etat membre possèdent un diplôme attestant qu'ils ont suivi des études d'au moins trois ans et qu'au cours des dix dernières années, ils ont exercé ce métier à plein temps pendant deux ans. Contrairement aux directives sectorielles, la reconnaissance au sens de la directive 89/48/CEE n'intervient pas automatiquement. Bien qu'il existe une obligation de reconnaître les titres de qualification professionnelle dans la mesure où le requérant dispose des qualifications nécessaires dans son pays d'origine, les Etats membres ont – du fait que la formation n'est pas coordonnée dans ces domaines – la possibilité de prévoir des mesures dites de compensation lorsqu'il existe des différences importantes au niveau de la durée ou du contenu de la formation. Les mesures en question sont par exemple une expérience pratique, un stage d'adaptation ou une épreuve d'aptitude.

Concernant la profession de conseils en brevets, il n'existe pas de directive sectorielle. Par conséquent, la directive 89/48/CEE régit la reconnaissance des qualifications professionnelles. Il s'ensuit que les diplômés et les titres de formation de conseils en brevets qui autorisent à exercer la profession dans leur pays d'origine doivent en principe être considérés comme équivalents par les Etats membres. S'il existe toutefois des divergences considérables concernant les exigences permettant d'exercer la profession, les Etats membres ont la possibilité d'exiger les mesures de compensation mentionnées.

¹⁰ Directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômés d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO L 19 du 24.1.1989, p. 16, selon la directive 2001/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2001, JO L 206 du 31.7.2001, p. 1).

expérience pratique et avoir réussi l'examen de conseil en brevets. Ces titres garantissent aux personnes et aux entreprises innovatrices qu'elles font appel à un prestataire de services qualifié et compétent. Les personnes ne possédant pas les qualifications requises sont tenues de proposer leurs services sous une autre dénomination professionnelle. L'utilisation des titres protégés pour une raison de commerce est régie par les dispositions sur la formation des raisons de commerce (art. 944 ss CO¹⁴). L'utilisation abusive d'un titre professionnel protégé est passible d'une amende (cf. art. 15).

L'*al. 1* énumère de façon exhaustive les titres professionnels protégés. Il s'agit des titres couramment utilisés dans les langues officielles et en anglais pour désigner les personnes actives dans le domaine du conseil et de la représentation dans les affaires de brevets. L'utilisation de l'un de ces titres présuppose que la personne remplisse les conditions de formation énoncées à l'*al. 2* et qu'elle soit inscrite au registre des conseils en brevets.

L'*al. 2* définit les exigences sur le plan de la formation qui régissent l'inscription au registre et l'utilisation des titres professionnels protégés. Les art. 4 à 9 précisent ces exigences. Les qualifications professionnelles reflètent les impératifs auxquels doit répondre un conseil en brevets afin d'offrir un conseil qualifié. Ce dernier agit en tant qu'intermédiaire entre, d'une part, les personnes ayant une formation scientifique et technique qui inventent ou qui développent des produits et, d'autre part, la sphère juridique. Une compréhension approfondie des composantes scientifiques d'une invention est essentielle pour pouvoir saisir dans des termes généraux l'objet même d'une demande de brevet et garantir ainsi une protection effective par le brevet. S'il veut conseiller ses clients de manière compétente et complète, le conseil en brevets doit disposer, en plus d'une formation de base technique, de connaissances très spécialisées et détaillées en droit. Pour être en mesure d'assurer un conseil global, il doit ainsi connaître non seulement le droit des brevets, mais aussi celui qui régit les autres droits immatériels et celui qui vient à s'appliquer lors de l'utilisation et de l'application des droits de la propriété intellectuelle (en particulier le droit procédural devant les autorités administratives et civiles, le droit contractuel et le droit suisse de la concurrence). Par ailleurs, il faut prendre en considération que l'activité de conseil en brevets est de plus en plus internationale; aujourd'hui, la grande majorité des brevets prenant effet en Suisse est délivrée sur la base de la Convention sur le brevet européen. Face à cette situation, les entreprises suisses ont aussi un intérêt prépondérant à recevoir un conseil professionnel en ce qui concerne les procédures européennes et internationales en matière de brevets et à pouvoir se faire représenter par des personnes hautement qualifiées devant les autorités nationales ou internationales.

Outre les conditions de formation, l'*al. 2, let. d*, requiert un domicile de notification en Suisse. L'art. 7 du Traité sur le droit des brevets, qui a été approuvé par le Parlement¹⁵, régit cette disposition. En vertu de celui-ci, chaque partie contractante peut exiger que le conseil ait une adresse dans la région désignée par la partie contractante. En revanche, les prescriptions juridiques nationales selon lesquelles le conseil doit avoir son siège ou son domicile dans l'Etat contractant correspondant ne sont pas compatibles avec le Traité sur le droit des brevets.

¹⁴ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), RS 220.

¹⁵ FF 2007 4473

Art. 3 Conseil en brevets européens

L'inscription sur la liste des mandataires agréés tenue par l'OEB est liée à la réussite d'une épreuve d'aptitude à l'OEB, à laquelle seules sont admises les personnes titulaires d'un diplôme du degré tertiaire pouvant, de plus, justifier d'une expérience professionnelle de plusieurs années.

L'*art. 3* énumère les titres dont l'utilisation est réservée en Suisse aux personnes inscrites sur la liste des mandataires en brevets agréés tenue par l'OEB. Il s'agit de la traduction de la désignation anglaise («*european patent attorney*») qui s'est imposée dans la pratique. La Convention sur le brevet européen¹⁶ ne régleme nte pas la dénomination professionnelle. Le Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets a jusqu'à présent également renoncé à régler de manière contraignante la dénomination professionnelle pour les conseils agréés.

Pour l'heure, les conseils en brevets suisses qui sont agréés comme conseil devant l'Office européen des brevets utilisent uniquement la désignation «*european patent attorney*». La désignation professionnelle «*zugelassener Vertreter vor dem EPA*» ou «*europäischer Patentvertreter*» n'est pas employée, car elle rapproche la profession de celle des commerciaux. Par l'*art. 3* de la loi, les conseils en brevets suisses ambitionnent l'utilisation du titre «*conseil en brevets européens*» qui est l'équivalent de la désignation anglaise dans la procédure établie par la Convention sur le brevet européen.

Il est possible d'exercer la profession de conseil sous un titre visé à l'*art. 3* en plus ou au lieu d'un titre visé à l'*art. 2*. Il n'est donc pas exclu qu'un conseil propose de conseiller ou de représenter un tiers dans des affaires de brevets uniquement sous le titre européen. Par rapport à la Suisse, la formation des personnes figurant sur la liste des mandataires en brevets tenue par l'OEB présente toutefois des lacunes, car l'épreuve d'aptitude ne couvre pas l'action civile en contrefaçon, ni les particularités de la procédure administrative suisse. Compte tenu du rôle central que joue en Suisse la procédure européenne de délivrance dans la protection des brevets, il paraît néanmoins inapproprié de rattacher la protection du titre européen aux conditions énoncées à l'*art. 2*, al. 2. Le risque de tromperie du client ne peut pas justifier l'ingérence dans la liberté économique qui en découlerait.

Art. 4 Reconnaissance des diplômes suisses du degré tertiaire

Les *art. 4* et 5 précisent les conditions de formation énoncées à l'*art. 2*, al. 2, let. a. Le conseil doit détenir un diplôme sanctionnant une formation en sciences naturelles ou en ingénierie de trois ans à temps plein au moins ou une formation équivalente à temps partiel. Les diplômés de médecine entrent également dans la catégorie des diplômés du degré tertiaire en sciences naturelles.

Dans le cadre du débat public, il a été évoqué à plusieurs reprises que le diplôme de bachelor ne devait pas figurer dans l'énumération de l'*art. 4* à cause de sa durée d'étude inférieure et en raison du fait qu'il ne permet pas de garantir que les diplômés disposent des connaissances techniques nécessaires. En outre, l'assimilation du diplôme de bachelor au master ne correspondait pas aux règles de l'OEB, selon lesquelles le titulaire d'un diplôme de bachelor ou d'une haute école spéciale doit justifier d'une expérience pratique d'une durée plus longue. De plus, pour pouvoir

¹⁶ RS 0.232.142.2

accéder à la profession d'avocat, il fallait également avoir un diplôme de master. Il est tenu compte de ces remarques dans la mesure où une expérience pratique de six ans est requise pour les personnes avec un diplôme de bachelor, en analogie aux règles de l'OEB (art. 9).

Les diplômes du degré tertiaire sont des formations du degré tertiaire dispensées par une haute école au sens de la future loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine des hautes écoles, à savoir une haute école spécialisée, une école polytechnique ou une université (ISCED¹⁷ 5A ou 5A/6). Afin d'assurer la qualité de la formation, l'art. 4, al. 2, exige, de plus, que l'institution dispensant la formation soit accréditée. La loi énumère les différents diplômes qui peuvent être présentés à l'IPI pour documenter la demande d'inscription au registre des conseils en brevets.

L'art. 4, al. 2, confère au Conseil fédéral la responsabilité de régler l'accréditation des hautes écoles suisses. Il est prévu que l'accréditation institutionnelle des hautes écoles suisses soit régie par la future loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine des hautes écoles. Un conseil d'accréditation devrait reprendre les compétences dans ce domaine. En tant qu'organe d'accréditation, l'organe d'accréditation et d'assurance qualité examinera les demandes d'accréditation pour le compte du conseil. La loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine des hautes écoles régira également la procédure.

Art. 5 Reconnaissance des diplômes étrangers du degré tertiaire

En vue de garantir la mobilité internationale, les diplômes étrangers du degré tertiaire en sciences naturelles et en ingénierie sont réputés reconnus au même titre que les titres visés à l'art. 2, al. 2, let. a, à condition que leur équivalence avec un diplôme reconnu remis par une haute école suisse soit prévue dans un traité sur la reconnaissance réciproque des diplômes avec l'Etat concerné ou avec une organisation supranationale (p. ex. dans les contrats sectoriels avec la CE, dans la Convention AELE ou peut-être à l'avenir dans l'Accord général sur le commerce des services [AGCS]), ou qu'elle soit prouvée au cas par cas.

S'il est reconnu, un diplôme étranger du degré tertiaire déploie les mêmes effets juridiques qu'un diplôme suisse reconnu.

Lorsqu'un diplôme étranger du degré tertiaire n'est pas reconnu, il est du ressort des services compétents de décider, conformément au droit applicable, d'éventuelles mesures afin que le titre puisse satisfaire à la condition énoncée à l'art. 2, al. 2, let. a (*al. 2*).

Le Conseil fédéral désigne les services compétents pour les questions d'équivalence d'un diplôme étranger du degré tertiaire avec un diplôme suisse (*al. 3*). Cette délégation tient compte du fait que depuis l'adoption, le 21 mai 2006, de l'arrêté fédéral modifiant les articles de la Constitution sur la formation¹⁸, les structures institutionnelles et les compétences pour les domaines actuels des hautes écoles et des universités sont adaptées à la loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine des hautes écoles. Il s'agit également d'une tentative de concentrer les compétences actuelles. La nouvelle réglementation n'a pas encore été arrêtée.

¹⁷ International Standard Classification of Education

¹⁸ FF 2005 6793

Actuellement, les compétences pour la reconnaissance des diplômes sont définies comme suit: la reconnaissance des diplômes délivrés par des institutions comparables à une école polytechnique ou une haute école spécialisée incombe à l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, alors que les diplômes remis par des institutions comparables à une université sont du ressort des cantons, qui prennent leur décision sur la base d'une recommandation du Centre d'information sur les questions de reconnaissance (Swiss ENIC).

Art. 6 Examen fédéral de conseil en brevets

Les art. 6 et 7 précisent les conditions de l'examen de conseil en brevets énoncées à l'art. 2, al. 2, let. b. En déposant une demande d'inscription au registre des conseils en brevets, le requérant est tenu de présenter à l'IPI des documents attestant qu'il a réussi l'examen de conseil en brevets. Les arguments présentés en rapport avec la formation postgrade en droit de la propriété intellectuelle lors de la procédure de consultation (ch. 1.4.3) ont fait pencher la balance en faveur de l'examen de conseil en brevets. Actuellement, il n'existe pas de formation postgrade en Suisse qui corresponde aux exigences fixées dans l'avant-projet de loi. En outre, il a été souligné qu'il est important de pouvoir contrôler si les personnes disposent des connaissances et des aptitudes nécessaires pour exercer cette profession. La variante prévoyant une formation postgrade comporte le risque qu'un tel cours ne soit jamais proposé en raison d'une demande insuffisante. Avec un examen réussi de conseil en brevets, il est possible d'attester efficacement et spécifiquement que le candidat maîtrise la pratique professionnelle et qu'il dispose de connaissances approfondies. De cette manière, il est également possible de prendre en compte les connaissances préalables du candidat, et le biais par lequel les connaissances ont été acquises ne joue plus aucun rôle. De plus, l'organisation de l'examen peut être adaptée à la demande existante.

L'al. 2 attribue au Conseil fédéral la compétence pour définir les conditions d'admission à l'examen, les contenus de l'examen et la procédure d'examen. Le Conseil fédéral détermine notamment les domaines spécialisés au sujet desquels les candidats devront être examinés. En plus du droit national et international des brevets (droit procédural inclus), des connaissances de base générales des autres droits de la propriété intellectuelle feront partie de l'examen (droit de la concurrence inclus). Il est en outre essentiel que d'autres domaines juridiques indispensables dans la défense des brevets (à savoir le droit procédural devant les autorités administratives et civiles, ainsi que le droit contractuel et le droit de la responsabilité civile) fassent l'objet de l'examen de conseil en brevets. En accord avec les milieux intéressés, le Conseil fédéral définira les contenus et il tiendra compte du fait que les candidats ont éventuellement déjà passé des examens dans les domaines juridiques requis.

Conformément à l'al. 3, il incombera aussi au Conseil fédéral de désigner les services chargés de l'organisation de l'examen (cf. commentaire de l'art. 8) et de la surveillance de son bon déroulement. Si l'exécution de l'examen de conseil en brevets est confiée à des organisations et à des personnes relevant du droit public ou privé (comme exposé à l'art. 8), il paraît opportun d'attribuer la surveillance de cet examen à l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, qui exerce également la surveillance de la formation professionnelle supérieure confor-

mément à la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (LFPr)¹⁹.

Art. 7 Reconnaissance d'examens étrangers de conseil en brevets

De manière analogue à l'art. 5, l'art. 7 règle la reconnaissance des examens étrangers de conseil en brevets. En vue de garantir la mobilité internationale, les examens étrangers de conseil en brevets sont réputés reconnus au même titre que les examens visés à l'art. 2, al. 2, let. b, à condition que leur équivalence soit prouvée (*al. 1*).

Si le service compétent ne reconnaît pas un examen étranger, il est de son ressort de décider d'éventuelles mesures afin que les conditions énoncées à l'art. 2, al. 2, let. b (*al. 2*) soient remplies.

Le commentaire de l'art. 8 traite du service chargé d'accorder la reconnaissance d'examens étrangers de conseils en brevets (*al. 3*).

Art. 8 Délégation de tâches à des organisations et à des personnes relevant du droit public ou privé

L'exécution de l'examen fédéral de conseil en brevets peut être confiée à des organisations ou des personnes relevant du droit public ou privé (*art. 8, al. 1, let. a*). Le Conseil fédéral souhaite ainsi tirer profit du savoir spécialisé disponible et des synergies existantes. Il paraît judicieux de confier ces tâches à des hautes écoles ou des hautes écoles spécialisées, ou à la rigueur à des associations professionnelles spécialisées ou des institutions privées ne faisant pas partie des associations professionnelles.

Le Conseil fédéral est d'avis que pour des motifs professionnels les organes de la Confédération ne peuvent pas exécuter les tâches en rapport avec l'examen fédéral de conseil en brevets. En outre, les conséquences personnelles, financières ou organisationnelles découlant de l'introduction d'une commission d'examen doivent être assumées par les personnes qui en sont à l'origine. Dès lors, l'entrée en vigueur de la loi sous revue dépend de la possibilité ou non de confier à une organisation de droit public ou privé les tâches concernant l'organisation et l'exécution de l'examen fédéral de conseil en brevets.

Le Conseil fédéral peut également confier la tâche de reconnaître les examens étrangers de conseils en brevets à des organisations ou des personnes relevant du droit public ou privé (*art. 8, al. 1, let. b*). Il paraît judicieux que les organes qui ont la charge de l'examen assument également cette tâche.

En tant qu'exception dans l'organisation ordinaire des autorités, la délégation de tâches d'exécution exige une base légale expresse. L'art. 6 constitue la base légale permettant l'externalisation de tâches d'exécution.

Art. 9 Expérience pratique

Les requérants doivent justifier d'une expérience pratique sous la surveillance d'un conseil en brevets inscrit au registre ou d'une personne possédant des qualifications équivalentes au niveau de la formation (*al. 1* en relation avec art. 2, al. 2, let. c). Cette expérience est indispensable, car une grande partie du savoir dont un conseil

¹⁹ RS 412.10

en brevets a besoin dans l'exercice quotidien de son activité est acquise exclusivement sur le terrain.

Les arguments soulevés lors de la discussion publique contre une assimilation du diplôme de bachelor au diplôme de master (cf. commentaire de l'art. 4) sont pris en considération dans la mesure où la durée de l'expérience pratique requise est prolongée pour les personnes titulaires d'un diplôme de bachelor (*al.* 2). Entre le diplôme de bachelor et le diplôme de master, il existe des différences notables concernant le contenu et le niveau des études: alors que le bachelor se limite à une culture générale et des connaissances de base, les étudiants au master, quant à eux, assimilent des connaissances approfondies, spécialisées et basées sur la recherche. Etendre l'expérience pratique exigée pour les titulaires d'un bachelor sur six ans semble, au vu de la situation, proportionnée et correspond, de plus, à la réglementation de l'OEB, laquelle pose une norme européenne dans ce domaine. Il convient de rappeler à cet endroit que les personnes qui ne sont pas en mesure d'apporter la preuve de leurs qualifications professionnelles peuvent quand même proposer leurs services à condition toutefois de ne pas se prévaloir des titres professionnels protégés.

Il y a la possibilité d'accomplir l'expérience pratique à temps partiel et d'en adapter la durée en conséquence. Compte tenu de l'internationalisation croissante de l'activité de conseil en brevets, il est possible de suivre un stage professionnel à l'étranger, à condition toutefois qu'une année au moins de l'expérience pratique présente un rapport suffisamment étroit avec la Suisse.

En accord avec les milieux intéressés, le Conseil fédéral réglementera dans les dispositions d'exécution les détails concernant l'expérience pratique, notamment le but et les contenus, les exigences vis-à-vis d'une personne de surveillance qui n'est pas inscrite au registre ou le rapport à la Suisse (*al.* 3). Pour ce dernier point, il sera demandé un minimum de pratique dans la procédure nationale suisse. Il serait toutefois réducteur d'exiger qu'une année au moins de l'expérience pratique soit effectuée auprès d'un conseil en brevets en Suisse, car cette mesure ne permet pas de garantir un rapport suffisant à la procédure nationale suisse. Il est en effet envisageable, dans la pratique, que le conseil en brevets en question ne représente des tiers que devant l'OEB ou que son activité soit axée sur la procédure internationale de dépôt. A l'inverse, il est également imaginable qu'un conseil en brevets travaillant en zone frontalière soit souvent confronté à la procédure nationale suisse dans son activité de conseil, compte tenu de l'abandon de l'exigence de domicile énoncée à l'art. 13 LBI, et qu'il satisfasse par conséquent aux exigences requises. En outre, le Conseil fédéral devra considérer le fait que les conseils agréés par l'OEB ont déjà fait 3 ou 6 ans de stage dans le cadre de l'examen européen de qualification.

Lors du dépôt de la demande d'inscription au registre, la personne qui assure la surveillance du stage professionnel est tenue de confirmer à l'IPI que les exigences professionnelles sont remplies.

Art. 10

Dans le cadre du conseil et de la représentation dans les affaires de brevets, les conseils se voient confier des informations ultraconfidentielles (concernant une invention non encore déposée ou des secrets d'affaires qui sont en rapport avec l'invention). Dans leur travail, ils traitent tout aussi souvent d'informations confidentielles (p. ex. pour tirer au clair si une invention est bien nouvelle ou pour évaluer les éventuels conflits avec d'autres brevets en vigueur). D'un point de vue économique, la clientèle a donc un intérêt prépondérant à ce que les tiers (du moins jusqu'à un certain stade de la procédure) n'aient pas connaissance de ces informations. C'est pourquoi elle doit pouvoir faire entière confiance au conseil en brevets en matière de secret professionnel et être en mesure de lui exposer tous les faits importants. C'est à cette seule condition que le conseil en brevets peut offrir à sa clientèle un conseil avisé et une représentation efficace.

L'art. 10 lie le conseil en brevets au secret professionnel pour tous les secrets qui lui sont confiés en raison de sa profession ou de l'exercice de celle-ci. Il faut toutefois qu'il y ait un rapport entre la connaissance du secret et l'activité de conseil en brevets, et il s'agira de vérifier au cas par cas si l'information concernée a été confiée en raison de l'activité professionnelle²⁰. Le conseil en brevets n'est pas tenu au secret professionnel pour toutes les informations qui lui ont été confiées à titre privé ou qui sont de notoriété publique.

Le secret professionnel auquel sont tenus les conseils en brevets est valable en tout temps et à l'égard de tout tiers. Pour les conseils en brevets salariés, il existe cependant une exception vis-à-vis de l'employeur. Dans la mesure où ils sont chargés d'affaires internes à l'entreprise, c'est l'employeur (ou les personnes désignées par lui) qui est le «maître du secret»; c'est de lui qu'émanent les informations confidentielles et c'est à lui qu'il faudra livrer les résultats du traitement de ces dernières. Mais dans les cas où le conseil en brevets conseille et représente des tiers au nom de son employeur, il doit aussi pouvoir lui en rendre compte de manière globale. Dans ce cas de figure, il agit en tant qu'auxiliaire qui est soumis aux directives de l'employeur. Celui-ci est, de son côté, responsable vis-à-vis du mandant que le mandat confié sera exécuté dans les règles de l'art. Par rapport à l'employeur, le «maître du secret» ne peut pas faire valoir un intérêt au maintien du secret. En revanche, lorsqu'un conseil en brevets salarié conseille et représente des tiers en son nom propre à titre d'activité professionnelle secondaire, il est tenu au secret professionnel, sans restriction aucune.

Les conflits potentiels entre les intérêts des différents clients d'un conseil en brevets ne touchent pas le secret professionnel. En ce qui concerne le devoir de loyauté à observer dans l'acceptation et l'exécution du mandat, ce sont l'art. 398 du code des obligations (CO)²¹ et les éventuelles règles déontologiques des associations professionnelles qui s'appliquent.

Le secret professionnel visé à l'art. 10 est garanti juridiquement de deux manières: d'une part, sa violation par le conseil en brevets ou par ses auxiliaires est punissable (cf. annexe «Modification du droit en vigueur», ch. 4, modification de l'art. 321,

²⁰ ATF 112 Ib 606

²¹ RS 220

al. 1, CP²²); d'autre part, le conseil peut se prévaloir, en guise de contrepartie procédurale, du droit de refuser de témoigner: Les avocats ne sont en règle générale pas obligés de collaborer dans une procédure pénale ou civile (art. 171, CPP²³, art. 160, let. b, P-CPC²⁴). Le rapprochement du statut juridique des conseils en brevets à celui des avocats (cf. ch. 1.4.3) requiert une modification de l'art. 171, al. 1, du code de procédure pénale (cf. annexe «Modification du droit en vigueur», ch. 5, modification de l'art. 171, al. 1, CPP).

L'al. 2 précise expressément que les conseils en brevets doivent veiller à ce que leurs auxiliaires respectent le secret professionnel. Bien que cette obligation découle déjà du droit privé, on répond ainsi à un souhait qui avait été formulé au cours de la consultation.

2.4 Registre des conseils en brevets

Art. 11 Tenue du registre

Le registre des conseils en brevets est tenu par l'IPI (*al. 1*), qui administre aussi le registre des marques, le registre des brevets, le registre des designs et le registre des topographies et qui possède donc une infrastructure appropriée. Aujourd'hui, l'IPI s'impose comme centre d'information, en particulier pour les personnes qui n'ont pas d'expérience dans les brevets et qui recherchent un conseil dans leur région. Ils disposeront désormais du registre public des conseils en brevets (cf. art. 14). Comme par le passé, l'IPI ne fournira pas de recommandations concrètes.

Le registre peut être tenu sous forme électronique (*al. 2*). Toutes les lois spéciales du droit de la propriété intellectuelle prévoient cette disposition (art. 16a LTo²⁵, art. 40 LPM²⁶, art. 26a LDes²⁷, art. 65a LBI²⁸). L'utilisation d'outils de travail modernes permet une tenue du registre efficace en limitant les frais qui en découlent.

Art. 12 Inscription au registre

Quiconque désire être inscrit au registre doit déposer une demande correspondante et s'acquitter d'une taxe perçue en application de l'art. 13 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (LIPI)²⁹ (*al. 1*). Il faut joindre à la demande des documents appropriés attestant que le requérant remplit les conditions stipulées à l'art. 2, al. 2 (*al. 2*). Pour l'essentiel, l'examen de l'IPI se limite à vérifier que les formations de base, la réussite à l'examen de conseil en brevets et l'expérience pratique sont suffisamment documentées et que le requérant dispose d'un domicile de notification en Suisse.

²² RS 311.0

²³ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP), RS 312.0.

²⁴ Cf. message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841 6927 ss.

²⁵ Loi du 9 octobre 1992 sur les topographies (LTo), RS 231.2.

²⁶ Loi du 28 août 1992 sur la protection des marques (LPM), RS 232.11.

²⁷ Loi du 5 octobre 2001 sur les designs (LDes), RS 232.12.

²⁸ Loi du 25 juin 1954 sur les brevets (LBI), RS 232.14.

²⁹ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, RS 172.010.31.

Si l'IPI conclut qu'un conseil remplit toutes les conditions, il le porte au registre et lui établit une attestation d'inscription. Toute personne qui ne dépose pas de demande d'inscription au registre ou dont l'inscription est refusée parce que certaines conditions font défaut est autorisée à agir en tant que conseil dans des affaires de brevets, mais ne peut pas porter les titres visés à l'art. 2.

L'inscription ou le refus d'une inscription intervient sous forme de décision qui peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 31 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral³⁰) et, le cas échéant, auprès du Tribunal fédéral. L'art. 83, let. t, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)³¹ ne s'y oppose pas, puisque l'IPI ne procède à aucune évaluation matérielle des capacités et ne possède aucun pouvoir d'appréciation que le Tribunal fédéral ne pourrait pas examiner. En effet, l'IPI effectue davantage un examen formel visant à établir si les justificatifs requis sont produits, ce qui relève d'une pure question juridique que le Tribunal fédéral peut examiner.

Les dispositions relatives à la communication électronique entre les autorités (*al. 3 et 4*) correspondent aux prescriptions susmentionnées (cf. commentaire de l'art. 11) des différentes lois spéciales du droit de la propriété intellectuelle. La réserve en faveur des dispositions générales de la loi sur l'organisation judiciaire permet de garantir que les principes procéduraux qui y sont inscrits seront également appliqués dans le présent contexte. Le Conseil fédéral peut déléguer les détails techniques à l'IPI afin que ce dernier assure la compatibilité avec les autres systèmes qui, par ailleurs, doivent être, à leur tour, compatibles avec ceux de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, de l'Office européen des brevets et des offices nationaux partenaires.

Art. 13 Contenu du registre

L'*al. 1* énumère les informations qu'il importe d'inscrire au registre afin de parvenir à la transparence ambitionnée. En plus de l'inscription en tant que telle (datée), l'objectif premier est d'identifier clairement le conseil en brevets en indiquant son nom et son prénom, sa date de naissance, son lieu d'origine ou sa nationalité (la let. b correspond sur ce point à l'art. 5, al. 2, let. a, de la loi sur les avocats³²). Les coordonnées du conseil en brevets et, le cas échéant, le nom de son employeur sont également portés au registre.

L'inscription au registre des conseils en brevets doit permettre, en premier lieu, de garantir que les personnes et les entreprises innovatrices pourront facilement trouver un prestataire de services qualifié. Il est très important pour la clientèle d'avoir accès à des informations complémentaires concernant la qualification professionnelle (formation et formation postgrade, spécialisation) des prestataires de services. Ces informations ne sont cependant pas publiées dans le registre, étant donné qu'elles ne sont pas contrôlables par manque de références standardisées et qu'elles sont destinées à changer en permanence. C'est aux associations des conseils en brevets de rendre ces informations accessibles sous une forme adéquate.

³⁰ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), RS **173.32**.

³¹ RS **173.110**

³² Loi du 23 juin 2000 sur les avocats (LLCA), RS **935.61**.

Différents participants à la consultation ont demandé que des dispositions relatives à la radiation de l'inscription soient inscrites au niveau de la loi. L'art. 48b al. 3 LBI constitue la base légale pour la radiation de l'inscription du registre. Le projet de loi ne prévoyant ni des conditions personnelles, ni des règles professionnelles, il n'existe aucun motif de radiation dans ce contexte. La radiation de l'inscription sera effectuée d'office par l'Institut, si ce dernier constate que les conditions pour l'inscription au registre selon l'art. 2, al. 2, ne sont plus remplies ou si la personne concernée est décédée. En outre, chaque conseil en brevets peut en tout temps demander par écrit à l'Institut de radier son inscription.

Les conseils en brevets inscrits doivent, en vertu de l'al. 2, communiquer à l'IPI toute modification des données qui les concernent dans les plus brefs délais afin que ce dernier puisse tenir à jour le registre.

Art. 14 Publicité du registre

C'est grâce à sa publicité avant tout que le registre des conseils en brevets est en mesure d'assurer la transparence ambitionnée. C'est pourquoi l'al. 1 institue un droit général de consultation du registre; de même, il est possible de demander des renseignements à l'IPI sur son contenu. Dans le but de faciliter davantage la consultation, l'IPI est autorisé à mettre en ligne le contenu du registre (al. 2).

2.5 Dispositions pénales

Art. 15 Usurpation de titres

Cette disposition se rattache aux art. 2 et 3. Toute personne qui utilise abusivement l'un des titres visés aux articles susmentionnés est punissable d'une amende. Il est interdit aux personnes non autorisées d'utiliser les titres protégés énoncés à l'art. 2. S'agissant des titres figurant à l'art. 3, l'utilisation de titres pouvant prêter à confusion (p. ex. «conseil agréé par l'OEB») est également punissable. Si l'utilisation des titres prêtant à confusion avec les titres visés à l'art. 2 était également punissable, les personnes qui aimeraient conseiller ou représenter des clients en matière de brevets sans utiliser l'un des titres professionnels protégés ne disposeraient de pratiquement aucun titre. Il s'agit là d'une atteinte disproportionnée à leur liberté économique.

La loi du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)³³ prévoit déjà une protection des titres professionnels visés aux art. 2 et 3: en vertu de l'art. 3, let. c, en relation avec l'art. 23 LCD, quiconque porte ou utilise des titres ou des dénominations professionnelles inexacts, qui sont de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières, est puni sur plainte d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Dans le cas présent, cependant, le fait qu'il soit nécessaire de porter plainte pour engager une poursuite pénale et que tout le monde ne soit pas légitimé à entamer une action en justice ne permet pas de garantir la protection des clients contre la tromperie telle qu'ambitionnée par la loi. En prévoyant une disposition pénale dans la loi sur les conseils en brevets, les buts et les particularités de cette loi peuvent être pris en considération de manière spécifique. L'usurpation d'un titre au sens de l'art. 15 est poursuivie d'office. Cette

³³ RS 241

mesure permet de protéger les personnes et les entreprises innovatrices contre un conseil non qualifié et entraîne des conséquences positives pour la Suisse en tant que pôle d'innovation. La peine prévue à l'art. 15 se justifie en raison de l'état de fait de l'usurpation d'un titre. La peine selon la LCD (peine privative de liberté de trois ans au plus ou peine pécuniaire) se réfère à toutes les formes de concurrence déloyale et s'avère donc plus élevée. Par rapport à l'état de fait étudié, la peine privative ne semble pas appropriée. Etant donné que l'état de fait de l'art. 15 contient tous les éléments de l'art. 3, let. c, LCD et qu'il poursuit le même but, la disposition pénale prévue dans cette loi prime celle de la LCD en application du principe selon lequel la loi spéciale prévaut sur la loi générale.

L'al. 2 émet une réserve en faveur des personnes autorisées conformément au droit liechtensteinois relatif aux personnes habilitées à exercer la profession de conseil en brevets. En vertu de l'art. 8 du Traité sur les brevets³⁴, ces personnes sont autorisées à représenter des tiers dans les procédures présentées devant l'IPI. Il est dès lors essentiel de leur octroyer le droit d'utiliser en Suisse le titre professionnel prévu à l'art. 9 de la loi liechtensteinoise du 9 décembre 1992 sur les conseils en brevets³⁵ même s'ils ne remplissent pas les conditions énoncées à l'art. 2.

2.6 Dispositions finales

Art. 17 Modification du droit en vigueur

Art. 42, al. 1, LPM, 18, al. 1, LDes et 13, al. 1, LBI

Conformément aux *art. 42, al. 1, LPM*³⁶, *18, al. 1, LDes*³⁷ et *13, al. 1, LBI*³⁸, le conseil désigné par le déposant doit être établi en Suisse. Dans sa pratique courante, l'IPI n'applique pas l'exigence d'établissement de manière stricte, et il accorde davantage d'importance au fait que le conseil justifie d'un domicile de notification en Suisse. En vue d'une harmonisation avec la situation juridique régissant notamment la procédure administrative (*art. 11b PA*³⁹), une personne n'ayant ni domicile ni siège en Suisse doit désormais désigner uniquement un domicile de notification en Suisse. Les personnes qui n'ont pas de domicile en Suisse ne sont dès lors plus liées à l'obligation de constituer un mandat. En conformité avec le Traité sur le droit des brevets qui a été approuvé par le Parlement⁴⁰, l'art. 13 LBI énumère les actes qui peuvent être accomplis par des personnes domiciliées à l'étranger et qui n'ont pas de domicile de notification en Suisse.

³⁴ RS 0.232.149.514

³⁵ Bulletin des Lois Liechtensteinoises 1993 n° 43

³⁶ RS 232.11

³⁷ RS 232.12

³⁸ RS 232.14

³⁹ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021.

⁴⁰ FF 2007 4473

Art. 48a (nouveau) et art. 48b (nouveau) LBI

L'art. 48a, al. 1, LBI⁴¹ statue que personne n'est tenu de se faire représenter dans une procédure administrative selon la présente loi.

Le terme «mandataire» utilisé aux art. 48a et 48b comprend les personnes inscrites au registre et celles qui, n'étant pas inscrites, conseillent et représentent en matière de brevets en utilisant un autre titre professionnel.

L'al. 2 précise qui est autorisé à agir en tant que conseil. Cette disposition reflète dans son contenu l'art. 9, al. 1, OBI⁴². L'exigence du domicile ou du siège a cependant été abandonnée et remplacée par le domicile de notification (voir aussi les explications ci-dessus relatives à l'art. 2, al. 2, let. d).

L'art. 48b reprend la teneur de l'art. 9, al. 2 à 4, OBI. La fonction de surveillance exercée par le DFJP sur les conseils acquiert davantage d'importance avec l'introduction de la présente loi. C'est pourquoi elle doit être réglée au niveau de la loi, ce qui permet également de prévenir une objection d'ordre constitutionnel selon laquelle l'art. 9 OBI ne suffirait pas pour permettre au DFJP d'exercer une surveillance disciplinaire, et notamment de prononcer une sanction (éventuellement en relation avec l'ingérence dans la liberté de concurrence de la personne concernée). Le DFJP est en outre habilité à ordonner la radiation de l'inscription au registre de la personne concernée. Cela répond partiellement aux requêtes de certains participants à la consultation, qui ont regretté qu'il n'y ait pas de règles disciplinaires et qui auraient souhaité une surveillance plus étroite.

Art. 120 LBI

Cette disposition a été introduite en vertu de l'art. 143 de la Convention sur le brevet européen⁴³ lors de la révision de la loi sur les brevets de 1976. Elle devait servir de base pour réglementer la libre circulation réciproque en vue de l'admission des conseils en brevets suisses dans les procédures prévues par la Convention sur le brevet européen. Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur et l'introduction du brevet communautaire n'est pas prévue dans un futur proche. D'où la proposition d'abroger cette disposition. Cette démarche est d'autant plus justifiée que le projet de loi prévoit que chaque personne ayant un domicile de notification en Suisse peut agir en tant que conseil devant l'IPI dans les affaires de brevets (cf. art. 48a, al. 2 LBI). Mais une introduction ultérieure du brevet communautaire impliquera de toute manière de nouvelles adaptations.

Art. 321 CP

Aux termes de l'art. 321 CP⁴⁴, la violation du secret professionnel est punissable. Dans sa teneur actuelle, cet article ne mentionne pas les conseils en brevets. Il doit donc être complété pour que les conseils en brevets soient assimilés aux avocats en cas de violation du secret professionnel.

⁴¹ RS 232.14

⁴² Ordonnance du 19 octobre 1977 sur les brevets (OBI), RS 232.141.

⁴³ Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen) RS 0.232.142.2.

⁴⁴ RS 311.0

Art. 171, al. 1, CPP

Cet article énumère les professionnels qui peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci. Afin de réaliser le rapprochement ambitionné des statuts juridiques des conseils en brevets et des avocats s'agissant de ce droit (cf. ch. 1.4.3), les premiers doivent figurer à l'art. 171, al. 1, CPP⁴⁵.

Art. 18 Disposition transitoire

Les droits acquis par les conseils en brevets qui exerçaient leur activité avant l'entrée en vigueur de la loi sont préservés. En effet, ces derniers sont autorisés à porter l'un des titres visés à l'art. 2 même s'ils ne remplissent que partiellement les conditions de l'art. 2, al. 2, pour autant que l'assurance de la qualité soit garantie et que les clients soient protégés contre la tromperie.

Quiconque exerçait régulièrement en Suisse, avant l'entrée en vigueur de la présente loi, une activité de conseil en brevets, est titulaire d'un titre délivré par une haute école (*al. 1, let. a*) ou inscrit sur la liste des mandataires agréés tenue par l'OEB (*al. 1, let. b*), et dispose en Suisse d'un domicile de notification, est autorisé à demander l'inscription au registre à condition d'avoir payé la taxe correspondante.

Le terme «activité de conseil en brevets» comprend toutes les activités liées à la consultation et à la représentation en matière de brevets, mais ne s'étend pas aux activités dans le domaine des marques et des designs. L'exigence, stipulée à la *let. a*, de la possession d'un titre délivré par une haute école a été introduite après la procédure de consultation: en effet, plusieurs participants à la consultation ont estimé que la proposition d'origine était formulée de façon trop large et qu'elle nuisait à l'assurance de la qualité recherchée. Etant donné que le projet de loi ne prévoit qu'une protection de titre et qu'il autorise les personnes qui ne remplissent pas les conditions d'utilisation des titres professionnels à poursuivre leurs activités sous un autre titre, il est justifié de formuler des règles transitoires plus sévères sans pour autant restreindre trop fortement la liberté économique. La durée réduite à la *let. b* est compensée par les exigences très élevées que l'épreuve de qualification européenne impose en matière de qualification et d'expérience pratique. Si l'expérience pratique a été accomplie à temps partiel, sa durée se prolonge en conséquence (cf. commentaire de l'art. 9).

3 **Conséquences**

3.1 **Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes**

L'exécution de la loi sur les conseils en brevets relève de la Confédération. De nouvelles tâches d'exécution résultent de la vérification des conditions régissant l'utilisation des titres professionnels visés à l'art. 2 dans le cadre d'un dépôt de demande d'inscription au registre, de la tenue du registre lui-même et de l'examen de conseil en brevets (surveillance et procédure de recours). Les tâches en rapport

⁴⁵ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP), RS 312.0.

avec le registre seront assumées par l'IPI. Pour l'examen des conditions selon l'art. 2, l'IPI pourra se baser sur des décisions d'accréditation et de reconnaissance des services fédéraux et cantonaux compétents en la matière. Sur la base de la réglementation proposée, ceux-ci ne devraient pas avoir à affronter une plus grande charge de travail qu'ils ne puissent gérer dans le cadre des tâches actuelles et qui ne puisse être financée par les moyens disponibles.

S'agissant de la charge de travail supplémentaire à laquelle l'IPI sera confronté en raison de la surveillance de l'examen de brevets et de l'éventuelle procédure de recours, elle pourra être gérée dans le cadre des tâches actuelles et financée par les moyens disponibles. Les tâches supplémentaires n'ont donc pas de conséquences personnelles, financières ou organisatrices pour la Confédération.

Outre les tâches d'exécution dans le domaine de la formation du degré tertiaire, la poursuite pénale est du ressort des cantons. Il est peu probable que les nouvelles infractions pénales requièrent des ressources supplémentaires en personnel.

3.2 Conséquences économiques

3.2.1 Nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat

Les fournisseurs disposent du savoir nécessaire concernant les caractéristiques de qualité effectives de certains services, ce qui est rarement le cas des consommateurs (clients). Cette asymétrie de l'information peut mener à des problèmes de sélection adverse et d'aléa moral. Les standards de qualité minimale sont un moyen efficace⁴⁶ de réglementation des marchés permettant de vaincre ces deux effets indésirables et de contrer l'asymétrie de l'information. En effet, ils offrent aux consommateurs des informations fiables concernant la qualité des services et diminuent les coûts de transaction et de recherche sur les marchés caractérisés par l'information asymétrique⁴⁷. Il en résulte ainsi un gain de temps et d'argent pour les consommateurs, qui ne sont plus forcés de vérifier la qualité des produits et des services avant de les acheter. De plus, les standards de qualité minimale créent les conditions nécessaires pour faire jouer les effets de réseau qui assurent une distribution et une utilisation larges de ces produits et services.

On retrouve cette asymétrie de l'information en ce qui concerne les services offerts par les conseils en brevets. Ceux qui sont à la recherche de conseils en matière de brevets (souvent des petites et moyennes entreprises) ne sont pas en mesure de vérifier les qualifications professionnelles des fournisseurs de services. Le projet de loi prévoit de rattacher l'utilisation, en Suisse, du titre de conseils en brevets à des exigences professionnelles. En rapport avec les titres protégés, la qualification professionnelle requise est un moyen qui, à l'instar des standards de qualité minimale, permet de rendre plus claires la nature et la qualité des services proposés. Simultanément, la profession bénéficie d'une hausse de qualité. Ainsi, les entreprises suisses disposent d'une meilleure offre de services, ce qui stimule l'utilisation et la diffusion du système des brevets.

⁴⁶ Leland, H.E. (1979), Quacks, lemons and licensing: a theory of minimum quality standards, *Journal of Political Economy*, 87, 1328 à 1346.

⁴⁷ Hudson, J. P. Jonas (2001), Measuring the efficiency of stochastic signals of product quality, *Information Economics and Policy*, 13 (1), 35 à 49.

La Suisse est un des rares pays où la profession de conseil en brevets n'est pas encore réglementée. L'intervention du législateur, qui demeure mesurée, instaure un cadre juridique précis permettant la reconnaissance mutuelle de formations équivalentes, d'examens dans le contexte de la consultation et de la représentation en matière de brevets et de stages pratiques des conseils en brevets suisses dans l'environnement européen, leur donnant ainsi un meilleur accès au marché des services européen.

3.2.2 Autres Conséquences

La réglementation proposée n'entraîne pas un évincement du marché des conseils en brevets qui sont déjà établis et qualifiés. Les dispositions transitoires, notamment, résolvent ce problème. Si les conseils subissent une plus grande concurrence provenant du reste de l'Europe, les règles proposées devraient leur permettre d'accéder plus facilement à la représentation dans d'autres pays.

A l'avenir, les conseils en brevets qui souhaitent exercer leur profession en Suisse seront confrontés à une barrière d'entrée plus importante. Les mesures légales ne constituent toutefois pas une restriction d'accès absolue mais se concentrent sur la qualité. Le titre est à la fois le garant de leur qualification et de la qualité de leur travail. Mais dans son ensemble, le marché reste ouvert à toute personne qui offre des services de conseil et de représentation en matière de brevets.

Pour les conseils en brevets étrangers, l'accès au marché suisse n'est pas entravé par des barrières d'entrée élevées. Seule l'utilisation des titres protégés est liée à la détention de qualifications professionnelles. Si les conditions sont remplies, les conseils étrangers peuvent également demander une inscription au registre des conseils en brevets. Ils sont aussi autorisés à offrir leurs services sous une autre dénomination, pour autant qu'ils disposent d'un domicile de notification en Suisse. Il ne faut donc pas craindre que la réglementation prévue entrave la concurrence dans le secteur des services.

L'inquiétude a été formulée que la standardisation de la profession de conseils en brevets entraîne un renchérissement des services en Suisse, ce qui compliquerait, voire rendrait impossible, l'utilisation effective du système des brevets, en particulier pour les petites et moyennes entreprises. Un tel argument est lié à la crainte d'une cartellisation présumée des marchés en Suisse par une réglementation professionnelle. Ce n'est qu'à cette condition qu'une augmentation des prix des services offerts est envisageable. Vu la mobilité accrue et la suppression des barrières au sein de l'UE, il faut cependant plutôt s'attendre à une intensification de la concurrence en Suisse, et il est donc peu probable que les PME aient à supporter des coûts plus élevés pour ces services.

Les clients des conseils en brevets bénéficient du fait qu'un sceau de qualité est attribué à la profession. L'introduction de titres protégés offre aux clients une meilleure compréhension des qualifications et de la qualité du travail des conseils en brevets en Suisse. Par conséquent, les personnes qui ont besoin d'un avis juridique auront à supporter des frais de recherche et de transaction moins élevés pour des services de haute qualité.

3.2.3 Conséquences pour l'économie dans son ensemble

Le but des droits de propriété intellectuelle est de stimuler l'innovation sur les marchés où la libre concurrence a tendance à la freiner. L'innovation crée des places de travail, stimule la croissance économique et donc augmente l'attrait de la place économique suisse. Les conseils en brevets occupent un rôle central dans le processus d'innovation et sont chargés de responsabilités. Dans ce sens, une réglementation qui garantit la qualification d'une profession soutenant l'économie dans ce domaine complexe est une mesure essentielle visant à encourager l'innovation. Il importe d'assurer l'efficacité et l'effet d'incitation à l'innovation inhérents au système des brevets, qui est capital pour la Suisse.

D'aucuns craignent qu'une loi sur les conseils en brevets mène à une cartellisation des marchés en Suisse. Il faut toutefois souligner que les qualifications professionnelles sont requises uniquement pour l'utilisation des titres protégés. Dans les autres cas, les services de conseil et de représentation ne sont pas réglementés par des dispositions légales. Ils sont également accessibles à des prestataires de services étrangers, mis à part quelques limitations. Il faut donc plutôt s'attendre à une augmentation de la concurrence qu'à une cartellisation du marché suisse en matière de services de conseil.

3.2.4 Réglementations possibles

Il existe une série de solutions possibles, dont les plus importantes ont déjà été abordées sous le ch 1.4.2. Une autoréglementation des associations concernées permet certes de renoncer à l'intervention du législateur, mais ne garantit cependant pas que les objectifs d'assurance de la qualité et de protection des clients contre le risque de tromperie seront atteints. Les autres solutions envisagées induisent par contre une réglementation plus poussée de la profession, sans pour autant apporter des avantages supplémentaires au niveau du but poursuivi par la loi.

3.2.5 Aspects pratiques de l'exécution

Le présent projet de loi ne requiert pas de nouvelles structures administratives. Le travail supplémentaire à la charge des unités administratives fédérales et cantonales est modeste et le financement des nouvelles tâches de l'IPI peut en tous les cas être assuré à partir de taxes (ch. 3.1).

L'exécution du projet de loi ajoute des difficultés supplémentaires lorsque les conseils en brevets doivent obtenir auprès des diverses instances la reconnaissance de leur formation étrangère ou de leur examen de conseil en brevets étranger. Pour le reste, les charges administratives sont tout à fait acceptables.

Pour les clients, l'exécution ne crée aucune complication car à l'avenir le choix des prestataires de services sera plus aisé.

4 Liens avec le programme de la législature et le plan financier

La matière dont il est question ici est un aspect partiel de la révision de la loi sur les brevets. Cette révision a été prévue indirectement dans le rapport concernant le programme de la législature 2003 à 2007 et inscrite en tant qu'objet des grandes lignes⁴⁸.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

5.1.1 Base légale

La loi se fonde tout d'abord sur l'art. 95 Cst.⁴⁹ qui autorise la Confédération à légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées. Il faut également prendre en considération l'art. 97 Cst. qui habilite la Confédération à prendre des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices.

5.1.2 Compatibilité avec les droits fondamentaux

L'exercice de l'activité de conseil en brevets est compris dans le droit à la liberté économique (art. 27, al. 1, Cst.). Les limitations à cette liberté requièrent une base légale, doivent être justifiées par un intérêt public et être proportionnées par rapport au but visé.

Le présent projet de loi fournit la base légale requise. La compétence (art. 3 Cst.) résulte de ce qui a été dit ci-dessus.

L'intérêt public à une réglementation de la profession de conseil en brevets découle, d'une part, du fait que le public doit être protégé de conseils non qualifiés et, d'autre part, du fait qu'une haute qualité en matière de conseil et de représentation constitue une condition cadre importante pour le pôle d'innovation qu'est la Suisse.

Le projet de loi sous revue est proportionné au but visé; il permet de remédier aux points faibles résultant de la situation juridique actuelle tout en prévoyant une intervention modérée de l'Etat. On a notamment renoncé à accorder un droit de représentation exclusif aux conseils en brevets dans le cadre des litiges administratifs en matière de brevets, à établir des règles professionnelles ou à mettre en place une autorité de surveillance spécifique dans la loi. La loi se contente donc de régler les aspects nécessaires pour atteindre le but visé.

⁴⁸ FF 2004 1048 1079

⁴⁹ RS 101

5.2 **Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse**

5.2.1 **Libre circulation des personnes**

Afin de faciliter la libre circulation des personnes, le droit communautaire et l'accord de libre circulation⁵⁰ prévoient différentes règles (actes juridiques communautaires) concernant la reconnaissance des certificats d'aptitude professionnelle. Dans le contexte actuel, la directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans⁵¹ est particulièrement importante (voir ch. 1.6).

Le projet de loi est compatible avec les obligations de la Suisse découlant de l'accord de libre circulation, et notamment de la directive 89/48/CEE. Les aspects suivants sont particulièrement importants:

- étant donné que le projet de loi rattache l'utilisation de titres professionnels donnés à certaines qualifications pour une forme d'exercice de la profession de conseils en brevets, ladite profession doit être considérée comme une activité professionnelle réglementée au sens de l'art. 1, al. 1, let. d, de la directive 89/48/CEE;
- le projet de loi respecte l'obligation de tenir compte des qualifications acquises dans un autre Etat membre, en prévoyant la reconnaissance de diplômes étrangers du degré tertiaire à l'art. 5, d'examens étrangers de conseil en brevets à l'art. 7 et de l'expérience pratique acquise à l'étranger à l'art. 9. L'exigence de la directive 89/48/CEE de tenir compte d'éventuels diplômes étrangers et d'une éventuelle expérience pratique du requérant à l'étranger est ainsi respectée (art. 3 de la directive);
- conformément à l'art. 4 de la directive 89/48 CEE, le projet de loi crée une base légale permettant d'ordonner des mesures de compensation lorsqu'il existe des divergences significatives au niveau de la durée et du contenu de la formation (cf. art. 5, al. 2 et art. 7, al. 2).

A partir du 20 octobre 2007, la directive 89/48/CEE sera remplacée par la directive 2005/36/CE⁵² (ch. 1.6). Comme le principe européen de la reconnaissance reste en principe inchangé, le projet de loi est également compatible avec la nouvelle directive.

⁵⁰ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes; RS **0.142.112.681**.

⁵¹ JO L 19 du 24.1.1989, p. 16, selon la directive 2001/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2001, JO L 206 du 31.7.2001, p. 1.

⁵² JO L 255 du 30.9.2005, p. 22

5.2.2 Traité sur le droit des brevets

Le projet de loi tient également compte des obligations découlant du Traité sur le droit des brevets qui a été approuvé par le Parlement⁵³. Il convient de se référer au commentaire relatif à l'art. 2, al. 2, let. d (cf. 2.2).

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet de loi contient des dispositions importantes fixant des règles de droit qui, sur la base de l'art. 164, al. 1, Cst., doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. La compétence de l'Assemblée fédérale découle de l'art. 163, al. 1, Cst.

5.4 Délégation des compétences législatives

Les art. 6, al. 2 et 3, et 9, al. 3, prévoient une délégation des compétences législatives au Conseil fédéral. Ces articles lui confèrent le pouvoir, d'une part, de régler les conditions d'admission à l'examen de conseil en brevets, les contenus de l'examen et la procédure d'examen et, d'autre part, de désigner le service chargé de l'exécution de l'examen, de même que celui chargé de la surveillance. Le Conseil fédéral est également autorisé à définir le but et le contenu de l'expérience pratique, les exigences relatives à un surveillant qui n'est pas inscrit au registre des conseils en brevets et les exigences territoriales et professionnelles concernant le rapport que l'activité pratique doit présenter à la Suisse. Ces délégations visent à délester le texte de loi de réglementations dont les détails excéderaient le niveau de précision d'une loi. Les conditions d'admission, les contenus et la procédure d'examen, tout comme le but et le contenu de l'expérience pratique sont destinés à être adaptés en fonction de l'évolution constante de l'environnement économique et juridique. Il se peut par ailleurs que l'expérience gagnée après l'entrée en vigueur de la loi fasse apparaître un besoin d'adaptation. En considération de ces circonstances, le projet de loi doit parfois se contenter de déterminer un cadre et de confier au Conseil fédéral la réglementation de détail par voie d'ordonnance. Un contenu trop précis constituerait un frein au développement et pourrait même empêcher les adaptations nécessaires. Les normes de délégation décrivent de façon suffisamment concrète le contenu, le but et l'étendue de ce qui doit être réglé, de sorte que la compétence de réglementation par ordonnance satisfait au principe de spécialité.

Les art. 5, al. 3, et 7, al. 3, confient au Conseil fédéral la tâche de désigner l'organe responsable pour les questions d'équivalence des diplômes étrangers du degré tertiaire ou de la reconnaissance des examens étrangers de conseil en brevets; conformément à l'art. 4, al. 2, l'accréditation des hautes écoles suisses est également du ressort du Conseil fédéral. Ces délégations tiennent compte du fait que, suite à l'adoption, le 21 mai 2006, de l'arrêté fédéral modifiant les articles de la Constitution sur la formation⁵⁴, les structures institutionnelles et les compétences pour les domaines actuels des hautes écoles et des universités seront adaptées à la future loi fédérale sur l'aide aux hautes écoles et la coordination dans le domaine des hautes

⁵³ FF 2007 4473

⁵⁴ FF 2005 6793

écoles, mais la nouvelle réglementation n'a pas encore été arrêtée de façon définitive.

En vertu de l'art. 12, al. 3, le Conseil fédéral peut habiliter l'IPI à réglementer la communication électronique dans le cadre des dispositions générales sur la procédure fédérale. Il est préférable de ne pas inscrire la réglementation de la communication électronique dans la loi. Des solutions plus flexibles permettent en effet de réagir rapidement aux développements technologiques.