

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL  
Faculté de droit et des sciences économiques

---

LA SUISSE ET L'HARMONISATION  
DU DROIT DES BREVETS

(en prenant particulièrement en considération la souveraineté  
de l'Etat et l'organisation judiciaire)

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences  
économiques pour obtenir le grade de  
docteur en droit

par

JEAN DANIEL POINTET

licencié en droit  
avocat

1969

VERLAG FÜR RECHT UND GESELLSCHAFT AG BASEL

Monsieur Jean Daniel Pointet est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit: « La Suisse et l'harmonisation du droit des brevets ». Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 20 mai 1969

Le doyen  
de la Faculté de droit et des  
sciences économiques

FRANÇOIS CLERC

Reproduction interdite

Tous droits réservés, inclus le droit de traduction. Il n'est pas permis sans autorisation formelle de l'éditeur de reproduire tout ou partie de cet ouvrage par une reproduction photomécanique (photocopie, microscopie)

Printed in Switzerland

© Copyright 1969 by Verlag für Recht und Gesellschaft AG Basel/Switzerland

Je tiens à remercier très vivement  
M. Joseph Voyame, Vice-Directeur des Bureaux internationaux  
réunis pour la protection de la  
propriété intellectuelle (BIRPI), à Genève,  
et M. Jean François Aubert, Professeur à l'Université de Neuchâtel,  
qui en tant que professeurs rapporteur  
et corapporteur m'ont aidé de leurs précieux conseils lors de la rédaction  
de ma thèse de doctorat.

## Table des matières

Table des matières . . . . .	VII
Abréviations . . . . .	XII
Bibliographie . . . . .	XIII
Introduction . . . . .	XVII

### Chapitre premier

#### Généralités

I. Le brevet d'invention . . . . .	1
II. L'importance des brevets d'invention dans la vie économique . . . . .	3
III. La territorialité des brevets et les inconvénients en résultant . . . . .	4
IV. Les principales difficultés s'opposant à un rapprochement des législations . . . . .	5
V. Les motifs justifiant un rapprochement des législations et l'octroi d'un brevet commun à plusieurs pays . . . . .	6

### Chapitre II

#### Les tendances d'unification du droit des brevets en Europe

I. Généralités . . . . .	7
II. Les diverses tentatives d'établir un titre de brevet unique . . . . .	8
1. Les projets antérieurs à la deuxième guerre mondiale . . . . .	8
a) Le brevet mondial de Du Bois-Reymond . . . . .	8
b) Accord international instituant un Bureau central des brevets . . . . .	8
c) Le Bureau des brevets de l'Empire britannique . . . . .	9
d) Proposition de J. A. Prins de 1931 . . . . .	9
e) Proposition italienne . . . . .	10
2. Les projets postérieurs à la deuxième guerre mondiale . . . . .	10
a) Préambule . . . . .	10
b) Les divers projets . . . . .	10
aa) Le plan Longchambon . . . . .	10
bb) Le plan Reimer no I . . . . .	11
cc) Le plan De Haan . . . . .	11
dd) Les plans Was et Reimer no II . . . . .	11
III. L'Institut international des brevets de La Haye . . . . .	12
IV. Les efforts du Conseil de l'Europe et les résultats obtenus . . . . .	13
1. Généralités . . . . .	13

2. La Convention européenne relative aux formalités prescrites pour les demandes de brevets, du 11 décembre 1953 . . . . .	13
3. La Convention européenne sur la classification internationale des brevets d'invention, du 19 décembre 1954 . . . . .	14
4. La Convention européenne sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention, du 27 novembre 1963 . . . . .	15
5. Projet de Convention tendant à faciliter le dépôt et l'examen des demandes de brevets (Plan de Vienne) . . . . .	16
6. Autres projets d'harmonisation . . . . .	18
7. Le Conseil de l'Europe et l'avant-projet de Convention établissant un brevet européen de la CEE . . . . .	18
V. L'avant-projet de Convention établissant un brevet européen de la CEE (de 1962) . . . . .	19
1. Généralités . . . . .	19
2. L'avant-projet de Convention . . . . .	21
a) Remarques préliminaires . . . . .	21
aa) Le problème de l'ouverture de la Convention . . . . .	21
bb) Le problème de l'accessibilité . . . . .	21
cc) La juridiction compétente . . . . .	22
b) Dispositions générales . . . . .	22
c) Inventions brevetables . . . . .	23
d) L'Office européen des brevets . . . . .	23
e) Le dépôt de la demande . . . . .	24
f) Délivrance et confirmation du brevet européen . . . . .	24
g) Maintien en vigueur . . . . .	25
h) Extinction et nullité . . . . .	25
i) Les licences obligatoires . . . . .	25
k) Dispositions communes de procédure devant l'Office européen des brevets . . . . .	26
l) Procédure en contrefaçon et autres procédures civiles . . . . .	26
m) Dispositions transitoires . . . . .	26
n) Dispositions finales . . . . .	27
3. Les propositions néerlandaises . . . . .	27
a) Introduction . . . . .	27
b) Fondement de la position néerlandaise . . . . .	28
c) Les diverses propositions . . . . .	29
aa) Problèmes institutionnels . . . . .	29
bb) Contrôle juridictionnel . . . . .	30
cc) Problème de l'autonomie de la CEE . . . . .	30
dd) Question de l'accessibilité . . . . .	31
VI. Les travaux de l'Association européenne de libre-échange (AELE) . . . . .	32
1. Introduction . . . . .	32
2. Projet d'Office AELE de délivrance des brevets . . . . .	33
3. Reconnaissance réciproque de la validité des brevets . . . . .	33
4. Conclusions . . . . .	34
VII. Les travaux effectués dans les pays nordiques . . . . .	35

VIII. Le plan des BIRPI pour l'établissement d'un Traité de coopération en matière de brevets (PCT) . . . . .	37
1. Généralités . . . . .	37
2. La portée du plan . . . . .	38
a) Généralités . . . . .	38
b) La première phase . . . . .	39
c) La deuxième phase . . . . .	40
3. Les avantages du système proposé . . . . .	40
a) Avantages de la première phase . . . . .	40
b) Avantages de la deuxième phase . . . . .	40
4. Conclusions . . . . .	41

### Chapitre III

#### La question de l'ouverture de la Convention de la CEE établissant un brevet européen et l'article 15 de la Convention de Paris

I. Généralités . . . . .	42
1. Les arrangements particuliers conclus dans le cadre de l'Union générale	42
2. Les arrangements bilatéraux . . . . .	43
3. Les arrangements multilatéraux conclus en dehors de l'Union générale	43
II. Le caractère de la Convention CEE selon l'avant-projet de 1962 . . . . .	44

### Chapitre IV

#### L'accessibilité au brevet européen et l'article 2 de la Convention de Paris

I. Généralités . . . . .	47
II. Les conséquences de l'assimilation de l'étranger au national . . . . .	48
III. La proposition de l'AIPPI . . . . .	50
IV. Conclusions . . . . .	51

### Chapitre V

#### L'avant-projet de la CEE et la Suisse

I. Généralités . . . . .	54
1. Etat de la discussion au sein du Marché commun . . . . .	54
2. Attitude de la Suisse vis-à-vis de l'avant-projet CEE . . . . .	57
II. Conséquences d'une participation ou d'une non-participation de la Suisse à la Convention européenne . . . . .	58
1. L'adhésion et l'association . . . . .	58

2. Les avantages d'une participation à la Convention . . . . .	59
3. Les conséquences d'une non-participation à la Convention . . . . .	60
4. Problèmes posés par la participation de la Suisse à la Convention . . . . .	61
III. Questions se rapportant à la souveraineté de l'Etat . . . . .	61
1. Introduction . . . . .	61
2. La notion de souveraineté . . . . .	62
a) La souveraineté du point de vue du droit international public . . . . .	62
b) La souveraineté du point de vue du droit constitutionnel . . . . .	64
3. Souveraineté et pouvoir juridictionnel dans l'Etat fédéral . . . . .	65
4. Juridiction supranationale et limitation de souveraineté . . . . .	67
a) Introduction . . . . .	67
b) Juridiction étatique internationale . . . . .	67
c) Juridiction administrative supranationale . . . . .	68
d) Juridiction civile supranationale . . . . .	69
5. Conclusions . . . . .	70
a) Généralités . . . . .	70
b) Limitation de souveraineté et droit des brevets européen . . . . .	71
IV. De l'octroi du brevet d'invention . . . . .	72
V. L'organisation judiciaire en matière de brevets en Suisse . . . . .	72
1. La réglementation actuelle . . . . .	72
2. Des tentatives de modifier en Suisse l'organisation judiciaire en matière de brevets d'invention . . . . .	73
a) Généralités . . . . .	73
b) Le postulat Speiser . . . . .	73
c) Le projet de Tribunal fédéral de première instance . . . . .	74
d) Projet de Cour spéciale du Tribunal fédéral composée de juges et de techniciens . . . . .	74
3. Les propositions de modification de l'organisation judiciaire et la Constitution fédérale . . . . .	75
4. La modification apportée en 1954 à la loi fédérale d'organisation judiciaire . . . . .	76
VI. L'organisation judiciaire prévue par l'avant-projet de Convention CEE . . . . .	77
1. Les actions en nullité . . . . .	77
2. Les actions en cessation de l'acte . . . . .	77
3. Les actions en dommages-intérêts . . . . .	77
4. Les actions en constatation . . . . .	78
5. Interprétation de la Convention . . . . .	78
VII. Les dispositions de l'avant-projet de Convention de la CEE en matière d'organisation judiciaire sont-elles compatibles avec le droit suisse? . . . . .	78
1. Des diverses actions portées devant les tribunaux cantonaux . . . . .	78
2. La compétence du Tribunal fédéral . . . . .	79

VIII. Possibilités pour la Suisse, du point de vue de l'organisation judiciaire, de participer à une Convention établissant un brevet européen . . . . .	79
1. Selon l'avant-projet de 1962 . . . . .	79
2. Selon les propositions néerlandaises de double convention . . . . .	80
IX. Les inventions non brevetables . . . . .	81
X. Durée de la Convention . . . . .	82
XI. Les autres problèmes que pose à la Suisse l'avant-projet de 1962 de la CEE	83
1. Les langues officielles . . . . .	83
2. L'obligation d'échange d'informations et d'assistance judiciaire . . . .	84
3. Le droit d'exécution forcée . . . . .	84
4. La clause «Euratom» . . . . .	84
XII. Traité liant la Suisse et procédure d'approbation . . . . .	85
XIII. Questions ayant trait à l'application du traité liant la Suisse à la Convention CEE en cas de dérogation de cette dernière au droit public et civil suisse	89

Chapitre VI

<b>Les autres projets d'unification du droit des brevets et la Suisse</b>	<b>92</b>
<b>Conclusions</b> . . . . .	<b>93</b>

## Abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
AF	Assemblée fédérale
AIPPI	Association internationale pour la protection de la propriété industrielle
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse
BIRPI	Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle, Genève
Bulletin	Bulletin du Groupe suisse de l'AIPPI (a paru jusqu'en 1948 et a été remplacé dès 1949 par la Revue suisse de la propriété industrielle et du droit d'auteur)
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne
Cst. féd.	Constitution fédérale suisse
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FF	Feuille fédérale
GRUR*	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR Ausl. jusqu'en 1966 et GRUR Int. depuis 1967 = internationaler Teil)
ICLQ*	The international and comparative law quarterly, Londres
JAA	Jurisdiction des autorités administratives (Suisse)
LBI	Loi fédérale sur les brevets d'invention
LF	Loi fédérale
NJW*	Neue Juristische Wochenschrift, Munich
NZZ*	Neue Zürcher Zeitung, Zurich
OJ	Loi sur l'organisation judiciaire (Suisse)
PCT	Plan des BIRPI pour l'établissement d'un Traité de coopération en matière de brevets (Plan for a Patent Cooperation Treaty)
Prop. ind.*	La Propriété industrielle (BIRPI)
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international à La Haye
RDI*	Rivista di Diritto Industriale, Milan
RDS*	Revue de droit suisse
RIPIA*	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique, Paris
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales
RSJ*	Revue suisse de jurisprudence
Revue suisse*	Revue suisse de la propriété industrielle et du droit d'auteur (a remplacé dès 1949 le Bulletin du Groupe suisse de l'AIPPI)
SDN	Société des Nations
SDES	Société pour le développement de l'économie suisse, Genève/Zurich
SSJ	Société suisse des juristes
TF	Tribunal fédéral suisse
US	United States Supreme Court Reports

\* = périodiques

## Bibliographie

- AUBERT, J. F. *Traité de droit constitutionnel suisse*, 2 vol., Neuchâtel 1967.
- L'autorité, en droit interne, des traités internationaux, RDS 1962, p. 265.
- BLUM/PEDRAZZINI. *Das schweizerische Patentrecht*, 3 vol., Berne 1957, 1959 et 1961.
- BOLLA, P. L'art. 67 de la nouvelle loi fédérale d'organisation judiciaire, *Bulletin* 1945, p. 170.
- BORGARO, G. La nouvelle législation nordique sur les brevets, *Prop. ind.* 1968, p. 186.
- BOSSUNG, O. *Grundfragen einer europäischen Gerichtsbarkeit*, thèse Lausanne 1959.
- BRACK, H. *Das Patentgericht*, thèse Berne 1950.
- BURCKHARDT, W. Die staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge, RDS 1915, p. 145.
- CASALONGA, A. *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, 2 vol., Paris 1949.
- COLAS, A. La non-accessibilité des ressortissants de pays tiers et l'art. 2 de la Convention de Paris, *Prop. ind.* 1963, p. 47.
- DE HAAN, C. J. Neuregelung des Patenterteilungsverfahrens in den Niederlanden, *GRUR Ausl.* 1964, p. 349.
- DE VISSCHER, CH. *Théories et réalités en droit international public*, Paris 1953.
- DU BOIS-REYMOND, A. *Das Weltpatent*, Berlin 1909.
- ERLER, F. *Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts*, Göttingen 1956.
- FINNISS, G. L'incidence d'une politique de la recherche sur l'expansion économique et le niveau de vie, *Prop. ind.* 1966, p. 94.
- FLEINER/GIACOMETTI. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1965.
- FRANCESCHELLI, R. *Trattato di Diritto industriale*, 2 vol., Milan 1960.
- FRAYNE, G. Le brevet CEE et le principe de l'égalité de traitement, *Prop. ind.* 1962, p. 134.
- FRICTSHE, H. Über die Schaffung eines eidgenössischen Patentgerichtes als separate Kammer beim Bundesgericht, *Bulletin* 1948, p. 15.
- FROSCHEMAIER, F. Some aspects of the draft Convention related to the European Patent Law, *ICLQ* 1963, p. 886.
- GAUL/BREITENBACH. Bedeutsame Auswirkungen der Reform des Patent- und Warenzeichenrechts, *NJW* 1968, p. 1353.
- GIACOMETTI, Z. Die Verfassungsmässigkeit eines eidgenössischen Patentgerichtshofes, *Bulletin* 1945, p. 256, et 1946, p. 134.
- GUGGENHEIM, P. *Traité de droit international public*, Genève 1953/54.
- Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse, RDS 1963, p. 221.
  - Fiches juridiques suisses, no 487, *Traités internationaux*.

- GULDENER, M. Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1958, ainsi que suppléments I et II, Zurich 1964.
- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, RDS 1961, p. 1.
- GUNST, D. Der Begriff der Souveränität im modernen Völkerrecht, Hildesheim 1953.
- HAURI, K. Die Verfassungsmässigkeit der Staatsverträge, thèse Berne 1962.
- HAERTEL, K. Die neuere Entwicklung des Patentrechts in Europa unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs über ein europäisches Patentrecht, GRUR 1965, p. 58.
- Die Bemühungen um eine Patentrechtsvereinheitlichung im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GRUR Int. 1966, p. 135.
- v. HOLSTEIN, P. International cooperation in the field of patent law with special reference to the activities of the Council of Europe, ICLQ 1967, p. 191.
- KAMBLI, W. Die Verfassungsmässigkeit eines schweizerischen Patent-Nichtigkeitsgerichts, Bulletin 1945, p. 244.
- KELSEN, H. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen 1920.
- v. KLEFFENS, A. Sovereignty in international law, RCADI 1953.
- KOCKLAEUNER/KROEMER. Zum Vorentwurf eines Abkommens über ein europäisches Patentrecht, GRUR Int. 1963, p. 347.
- LADAS, St. Le traité du Marché commun concernant les brevets et les marques de fabrique ou de commerce sera-t-il «ouvert» ou «fermé»? , Prop. ind. 1962, p. 35.
- La protection internationale de la propriété industrielle (traduit par A. Conte), Paris 1933.
- LARDY, P. La force obligatoire du droit international en droit interne, thèse Neuchâtel 1966.
- LEWIN, S. Der skandinavische Patentgesetzentwurf im Schlussbericht der Sachverständigen, GRUR Int. 1964, p. 253.
- LEWIN, S. et v. ZWEIFBERGK, A. Die neue nordische Patentgesetzgebung, GRUR Int. 1968, p. 305.
- MACHLUP, F. Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, Weinheim 1962.
- MONNET, J. Brevets d'invention et Marché commun, Propriété industrielle et Marché commun, Paris 1964, p. 52.
- NAVIASKI, H. Bund und Eidgenossenschaft, RSJ 1937/38, p. 117.
- OPPENHEIM/LAUTERPACHT. International Law, Londres 1952.
- OUDEMANS, G. Commentary of the draft Convention of the EEC, Londres 1963.
- PEORAZZINI, M. Beitritt der Schweiz zum internationalen Patentinstitut, NZZ du 12. 1. 1958.
- PERRIN, G. Fondement et limites du droit des gens, ASDI 1955, p. 35.
- PERRIN, Tell. Considérations concernant une nouvelle organisation de la juridiction en matière de brevets, Bulletin 1948, p. 8.
- PFANNER, K. Vereinheitlichung des materiellen Patentrechts im Rahmen des Europarates, GRUR Int. 1962, p. 545.
- PLAISANT, M. De la protection internationale de la propriété industrielle, Paris 1933.
- Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle, Paris 1949.

- POINTET, P. J. La protection des inventions, Neuchâtel 1965.
- Le rôle de la propriété industrielle dans le développement économique des pays, Prop. ind. 1967, p. 64.
  - Rapports annuels présentés au Groupe suisse de l'AIPPI, Revue suisse 1961 (p. 3), 1962 (p. 9), 1963 (p. 5), 1964 (p. 7), 1965 (p. 1), 1966 (p. 3), 1967 (p. 5), 1968 (p. 3).
- REICHLIN, K. Traité d'association et législation dans le régime de démocratie directe, SDES, Genève/Zurich 1962.
- REIMER, E. Europäisierung des Patentrechts, Munich 1955.
- L'idée européenne en matière de droit sur les brevets d'invention, Prop. ind. 1955, p. 178.
  - Patentgesetz, 2 vol., Munich 1950.
- ROUBIER, P. Le droit de la propriété industrielle, 2 vol., Paris 1952 et 1954.
- ROUSSEAU, CH. Droit international public, Paris 1953.
- RUCK, E. Schweizerisches Staatsrecht, Zurich 1957.
- SAINT GAL, Y. Projet d'un titre européen en matière de marques, RIPIA 1962, p. 200.
- SCELLE, G. Droit international public, Paris 1944.
- SCHINDLER, D. Supranationale Organisationen und schweizerische Bundesverfassung, RSJ 1961, p. 197.
- SCHOLLENBERGER, J. Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Berlin 1905.
- Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Berlin 1920.
- STRUPP/SCHLOCHAUER. Wörterbuch des Völkerrechts, Berlin 1962.
- THEOBALD. Englische Gedanken über ein britisches Reichspatent, GRUR 1920, p. 29.
- TROLLER, Alois. Immaterialgüterrecht, 2 vol., Bâle 1959 et 1962; 2<sup>e</sup> éd. du vol. I, 1968.
- Die mehrseitigen völkerrechtlichen Verträge im internationalen gewerblichen Rechtsschutz- und Urheberrecht, Bâle 1965.
  - Setzt die Einführung eines schweizerischen Patentgerichtes eine Revision der Bundesverfassung voraus?, Bulletin 1944, p. 93.
  - Europäisierung des Patentrechts und Gerichtsstand, RDI 1955, p. 158.
- ULMER, E. Europäisches Patentrecht im Werden, GRUR Int. 1962, p. 537.
- Accessibilité au brevet européen et la Convention de Paris, Prop. ind. 1963, p. 51.
- ÜSTERI, M. Theorie des Bundesstaates, thèse Zurich 1954.
- VOYAME, J. Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 1961, p. 67.
- Une nouvelle organisation intergouvernementale: l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, ASDI 1967, p. 25 ss.
- WAGRET, M. Brevet d'invention et propriété industrielle, Paris 1964.
- Quelques aspects de l'économie des brevets d'invention, Prop. ind. 1966, p. 201.
- WEIDLICH/BLUM. Das schweizerische Patentrecht, Berne 1936.
- WEINSTEIN, Z. Le droit des brevets d'invention, Paris 1968.
- WILDHABER, L. Die völkerrechtlichen Wirkungen von Verträgen, welche die bundesstaatliche Kompetenzverteilung einer Bundesverfassung verletzen, ASDI 1967, p. 161 ss.

- Vorschläge zur Verfassungsrevision betreffend den Abschluss internationaler Verträge, RSJ 1969, p. 117 ss.

WINTER, W. Über ein eidgenössisches Gericht für Patent-Nichtigkeitsklagen, Bulletin 1945, p. 217.

v. ZWEIGBERGK, A. Die nordische Patentrechtsvereinheitlichung, GRUR Int. 1966, p. 136.

v. ZWEIGBERGK, A. et LEWIN, S. Die neue nordische Patentgesetzgebung, GRUR Int. 1968, p. 305.

Nous avons en outre eu la possibilité de consulter divers documents internes du Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, à Berne, du «Vorort» de l'Union suisse du commerce et de l'industrie, à Zurich, de l'Association européenne de libre-échange (AELE), à Genève, de la Communauté économique européenne (CEE), à Bruxelles, et du Conseil de l'Europe, à Strasbourg.

## Introduction

L'harmonisation du droit des brevets en Europe pose de nombreuses questions d'ordre juridique, politique et économique.

Si les conventions, arrangements ou traités internationaux actuellement en vigueur ne soulèvent pas de problèmes d'ordre constitutionnel, il en va tout autrement de la création d'un droit européen des brevets, auquel la Suisse pourrait participer par une adhésion ou une association éventuelle à une convention élaborée dans ce domaine par la CEE.

Nous avons tenu, dans la présente étude, à examiner tout d'abord ce qui a déjà été fait et ce qui est en train de se faire sur le plan européen en matière d'unification et d'harmonisation du droit des brevets. Puis nous nous sommes efforcé de démontrer qu'une participation de notre pays à ce mouvement européen est non seulement souhaitable, mais également nécessaire et possible, les obstacles rencontrés étant davantage d'ordre politique et économique que juridique.

Les problèmes d'ordre constitutionnel qui pourraient se poser à notre pays en raison d'une participation, sous une forme ou une autre, à une convention de la CEE en matière de brevets d'invention ne sont évidemment pas de la même importance que ceux résultant d'une adhésion ou d'une association éventuelle à la CEE elle-même. Ces problèmes pourraient être résolus assez aisément et notre politique de neutralité n'en serait aucunement atteinte. Lors d'une intégration économique, il pourrait en être tout différemment selon la forme que prendrait une telle intégration<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En ce qui concerne les nombreux problèmes soulevés par l'intégration proprement dite, et plus spécialement la participation de la Suisse au Marché commun, cf. en particulier BAUER G., *La CEE et les États neutres*, Revue économique et sociale; Lausanne 1963, p. 5; BINDSCHEDLER, *Rechtsfragen der europäischen Einigung*; Bâle 1954; GUGGENHEIM, *Die Schweiz in der Völkergemeinschaft*, Zurich 1957; Richtlinien für eine schweizerische Europapolitik, NZZ des 9 et 10 mars 1957; Organisations économiques supranationales et indépendance de la Suisse, Mémoire publié par la Faculté de droit de l'Université de Genève, 1964 (dans le même ouvrage, cf. LONG; *La Suisse et l'intégration européenne*; LALIVE, *Harmonisation et rapprochement des législations européennes*); Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse, RDS 1963, p. 223; HAGEMANN, *Die europäische Wirtschaftsintegration und die Neutralität und Souveränität der Schweiz*, Bâle 1957; KOHLI,

Le problème constitutionnel qui nous intéresse dans le cadre de ce travail est celui de savoir dans quelle mesure l'avant-projet de convention de la CEE en matière de brevets d'invention (de 1962) est compatible avec nos institutions suisses et comment il faudrait procéder si nous entendions nous lier à une telle convention par un traité d'adhésion ou d'association.

Récemment, et alors que la présente étude était achevée, de nouvelles propositions ont été présentées par la CEE afin de relancer l'idée du brevet européen. Ces propositions tendent à l'élaboration de deux conventions: l'une générale, à laquelle, outre les Etats de la CEE, certains pays tiers pourraient adhérer, qui réglerait la procédure jusqu'à l'octroi du brevet, et une autre, réservée aux pays de la Communauté, dont les effets s'étendraient au-delà de l'octroi du brevet.

L'examen de l'avant-projet de convention de 1962 et des conséquences en découlant pour notre pays n'en est pas pour autant devenu inutile. En effet, la convention générale envisagée sera établie sur la base de l'avant-projet de 1962. D'autre part, il n'est pas possible de prévoir comment les négociations évolueront et ce que sera en définitive le texte qui sera élaboré. Il n'est même pas exclu qu'on revienne un jour à l'idée d'une seule convention établissant un véritable brevet européen.

Die Schweiz und die übernationalen Wirtschaftsorganisationen, RDS 1963, p. 345; SCHINDLER, Supranationale Organisationen und schweizerische Bundesverfassung, RSJ 1961, p. 197 ss.; STRAUB, Über Souveränität, Unabhängigkeit, Neutralität und EWG, SDES Zurich/Genève 1962. Die Schweiz und die europäische Integration, avis de droit et conférences, textes réunis à la suite d'un séminaire organisé par le Crédit Suisse, Zurich 1968. Message du CF à l'AF sur la participation de la Suisse à l'AELE du 5. 2. 1961, FF 1960 I, p. 888-892. Du point de vue économique: AEBI, Considérations sur l'état actuel de l'intégration européenne, SDES Zurich/Genève 1967. «La Suisse et le Marché commun», version française d'une série d'articles parus dans la NZZ de février et mars 1962, SDES Zurich/Genève 1962. Die Schweiz und die EWG, textes réunis à l'occasion d'une «table ronde» organisée par la NZZ le 30 novembre 1967. ASCHINGER/ZELLER, Die Schweiz und die EWG, «NZZ Schriften zur Zeit», Zurich 1968.

## Chapitre premier

# Généralités

### I. Le brevet d'invention

La loi suisse, comme du reste la plupart des lois étrangères, ne donne aucune définition de l'invention<sup>2</sup>. Une définition consacrée par la loi serait vite dépassée par le développement de la technique; «au surplus, elle limiterait dans une mesure excessive la libre appréciation du juge»<sup>3</sup>.

D'après la jurisprudence constante du TF<sup>4</sup>, il y a invention lorsque, grâce à une idée créatrice particulière, un effet utile, et par conséquent un progrès technique, a été obtenu.

L'invention est la réalisation technique d'une idée créatrice. Toute idée nouvelle permettant d'obtenir quelque chose de nouveau dans l'industrie n'est donc pas nécessairement une invention.

L'invention doit créer quelque chose de nouveau. La découverte n'est pas une invention, car par la découverte, on connaît quelque chose qui existait déjà dans la nature, mais qui précédemment était resté inconnu de l'homme<sup>5</sup>.

Le brevet est un certificat par lequel l'Etat accorde à l'inventeur un droit exclusif d'exploitation pendant une période déterminée. Ce droit n'a d'effets que dans le pays qui a délivré le brevet. Il est temporaire et il est accordé en contrepartie de la divulgation complète de l'invention. Sa caractéristique essentielle est l'exclusivité.

Si tous les Etats qui connaissent une législation en matière de brevets accordent pendant une certaine durée un droit exclusif d'exploitation pour les inventions ayant fait l'objet d'un brevet, ce n'est pas tant pour récompenser l'inventeur – ou son ayant cause – qui a réussi à trouver quelque chose de nouveau dont la collectivité est à même de bénéficier: c'est surtout pour inciter les inventeurs à ne pas garder leurs inventions secrètes. Le privilège accordé au titulaire du brevet d'être seul autorisé pendant une période déterminée à tirer parti de son invention est «une

<sup>2</sup> BLUM/PEDRAZZINI, Das schweizerische Patentrecht, vol. 1, Berne 1957, p. 66.

<sup>3</sup> P. J. POINTER, La protection des inventions, Neuchâtel 1965, p. 17.

<sup>4</sup> Cf. par ex. ATF 85 II 138, 89 II 167, 92 II 48.

<sup>5</sup> Par ex. l'électricité, la force de la vapeur.

compensation équitable pour son apport au développement de la technique»<sup>6</sup>.

La plupart des pays ont établi un régime national des brevets qui leur est propre et qu'ils cherchent à adapter aux conditions de leur développement économique. On constate, il est vrai, d'un pays à l'autre, des différences notables dans l'octroi des brevets et en particulier en ce qui concerne la notion de la nouveauté de l'invention, la limitation des inventions susceptibles d'être brevetées, l'évaluation du caractère brevetable et la durée des brevets, pour ne citer que quelques points importants.

Des critères différents sont appliqués en ce qui concerne la notion de la nouveauté. C'est ainsi que la loi fédérale sur les brevets (art. 7) précise qu'on considérera comme nouvelle toute invention qui, avant le dépôt de la demande de brevet, n'aura pas été divulguée en Suisse ou n'aura pas été exposée dans des publications, dans un pays quelconque, par écrit ou par l'image, de manière à pouvoir être exécutée par l'homme de métier.

La limitation des inventions susceptibles d'être brevetées diffère également suivant les pays. Nombre d'entre eux excluent certains produits de la brevetabilité, par exemple en vue de laisser le champ libre à leurs industries, pour protéger leurs intérêts économiques dans des domaines où ils se sentent moins développés que d'autres, ou parce qu'ils estiment qu'une telle limitation est dans l'intérêt de la collectivité. C'est ainsi qu'en Suisse, les inventions de produits chimiques ou pharmaceutiques ainsi que les inventions d'aliments, de denrées fourragères et de boissons ne peuvent pas être brevetées, mais que les procédés (à l'exception des procédés non chimiques pour la fabrication de remèdes) peuvent l'être. D'autre part, ce n'est que depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1959, date de l'entrée en vigueur du titre IV de la loi sur les brevets du 25 juin 1954, que les inventions ayant pour objet des produits obtenus avec application de procédés non purement mécaniques pour le perfectionnement des fibres textiles de tous genres sont brevetables dans notre pays.

D'importantes différences existent aussi quant aux brevets accordés. Certains pays accordent les brevets tels qu'ils ont été demandés et laissent aux tribunaux le soin de déterminer la limite des droits conférés et l'étendue de l'exclusivité que procurent ces droits. D'autres pays en revanche procèdent à un examen de nouveauté.

<sup>6</sup> P. J. POINTEP, op. cit., p. 18.

## II. L'importance des brevets d'invention dans la vie économique

L'évolution de l'industrie au cours des soixante dernières années, tant en Suisse qu'à l'étranger, a prouvé que la protection accordée par les brevets d'invention avait été un puissant stimulant de la recherche et, par conséquent, du progrès technique et du développement industriel<sup>7</sup>.

Ce n'est en effet que parce qu'il est assuré de bénéficier pendant quelques années de droits exclusifs que l'inventeur, ou son ayant cause, est en mesure de prendre des risques et d'investir des sommes souvent considérables pour la recherche<sup>8</sup>.

En échange des droits exclusifs qu'il accorde, l'Etat entend que l'invention profite à la collectivité. Pour cela, il faut que l'invention soit mise en valeur, c'est-à-dire exploitée dans le pays. C'est la raison pour laquelle presque tous les Etats prévoient dans leur législation l'obligation pour le titulaire d'un brevet d'exploiter l'invention dans le pays au cours d'un certain délai<sup>9</sup>. Pour assurer le respect de l'obligation d'exploiter, les diverses législations nationales recourent à deux sortes de sanctions: la déchéance du brevet et l'octroi de licences obligatoires.

En Suisse, l'obligation d'exploiter est prévue à l'art. 37 LBI. Lorsqu'aucun intérêt essentiel de l'Etat ou de la collectivité n'est en jeu, l'obligation d'exploiter perd toutefois sa raison d'être. Aussi l'art. 39

<sup>7</sup> Cf. MACHLUP, *Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts*, Weinheim 1962; WAGRET, *Brevets d'invention et propriété industrielle*, Paris 1964, p. 64-81; du même auteur: *Quelques aspects de l'économie des brevets d'invention*, *Prop. ind.* 1966, p. 201; FINNISS, *L'incidence d'une politique de la recherche sur l'expansion économique et le niveau de vie*, *Prop. ind.* 1966, p. 94.

<sup>8</sup> L'importance des risques courus apparaît dans les montants extrêmement élevés consacrés à la recherche. Les dépenses totales pour la recherche dans le monde entier ont été évaluées en 1965 à 260 milliards de francs. Pour la même année, les dépenses de la Suisse ont été estimées à plus d'un milliard de francs. Quant aux dépenses par tête de population, elles ont été estimées – les chiffres relatifs à l'URSS n'étant pas connus – à environ 400 francs aux Etats-Unis, 140 francs en Grande-Bretagne, 140 francs en Rép. féd. d'All. et 106 francs en Suisse (cf. P. J. POINTER, *Le rôle de la propriété industrielle dans le développement économique des pays*, *Prop. ind.* 1967, p. 64). – Selon de récentes informations, on peut admettre que la part du produit national brut consacrée à la recherche et au développement a passé en Suisse de 1,7% en 1965 à 2% environ en 1967 (cf. *Bulletin d'information du délégué aux questions conjoncturelles*, 1968, n° 3, p. 32). Il ressort d'autre part d'une enquête du «Vorort» de l'Union suisse du commerce et de l'industrie que les investissements au titre de la recherche et du développement ont atteint 1,3 milliard en 1967 (cf. *Rapport du «Vorort» sur les résultats de l'enquête concernant la situation en Suisse dans le domaine de la recherche industrielle et du développement*, en particulier p. 17 et 27, Zurich 1967).

<sup>9</sup> Les Etats-Unis ne connaissent pas une telle obligation; ils disposent en revanche d'une législation antitrusts permettant de réprimer les abus.

LBI autorise-t-il le Conseil fédéral à déclarer inapplicables à l'égard des ressortissants des pays accordant la réciprocité les dispositions relatives à l'obligation d'exploiter l'invention en Suisse<sup>10</sup>.

### III. La territorialité des brevets et les inconvénients en résultant

Actuellement, un brevet d'invention n'est valable qu'à l'intérieur des frontières de l'Etat qui l'a délivré. Les lois, la jurisprudence et la doctrine de tous les pays reconnaissent ce principe<sup>11</sup>.

L'une des conséquences directes de la territorialité est que l'inventeur qui entend faire protéger son invention, par exemple dans dix pays, doit déposer une demande de brevet auprès de dix offices nationaux différents. Chacun des offices des pays pratiquant l'examen<sup>12</sup> devra examiner sa demande en particulier du point de vue de la nouveauté, d'où une perte de temps pour l'inventeur, sans parler des frais élevés en résultant.

Le principe de la territorialité a encore un autre inconvénient. L'inventeur doit en effet intenter un procès en violation ou en contrefaçon dans tous les pays où son brevet a été violé ou contrefait. Ces procès coûtent très cher et prennent beaucoup de temps.

Etant donné la territorialité du brevet, sa durée de validité varie d'un pays à l'autre. En outre, le maintien du brevet délivré dépend généralement du paiement d'annuités progressives en raison des avantages qui résultent du droit exclusif d'exploitation accordé à son titulaire.

L'opportunité d'assouplir le principe de la territorialité en matière de brevets paraît donc incontestable.

<sup>10</sup> Il a été fait usage à deux reprises de cette possibilité: accord avec la Rép. féd. d'All. du 13 avril 1892 et arrêté du Conseil fédéral du 28 janvier 1908 à l'égard des Etats-Unis.

<sup>11</sup> Pour la Suisse, cf. par ex. WEIDLICH/BLUM, *Das schweizerische Patentrecht*, Berne 1936, p. 418-ATF 35 II 660. Pour les autres pays, cf. REIMER, *Europäisierung des Patentrechts*, Munich 1955, p. 4, n. 1 et les auteurs cités.

<sup>12</sup> En Europe occidentale: Rép. féd. d'All., Autriche, Danemark, Finlande, Grande-Bretagne, Irlande, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Suède et Suisse (dans le domaine de la technique de la mesure du temps et dans celui du perfectionnement des fibres textiles).

#### IV. Les principales difficultés s'opposant à un rapprochement des législations

L'une des principales difficultés s'opposant à un rapprochement des législations en matière de brevets d'invention est certainement la variété des exigences de chaque pays lors de l'octroi d'un brevet.

Dans de nombreux pays, un brevet est délivré dès que les conditions de forme prévues sont remplies. Dans d'autres, un examen concernant le niveau inventif, le progrès technique et la nouveauté de l'invention est effectué avant que le brevet d'invention ne soit délivré, mais l'importance et la « qualité » de l'examen ainsi que l'étendue territoriale de la recherche de nouveauté varient fortement d'un pays à l'autre<sup>13</sup>. Il convient encore de distinguer entre les pays qui pratiquent l'examen de nouveauté d'office (par ex. les Etats-Unis, le Canada, la République fédérale d'Allemagne jusqu'en 1968, l'Autriche, la Grande-Bretagne et partiellement la Suisse), sur demande (par ex., à la suite de l'introduction de l'examen différé, les Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne depuis 1968) ou à la suite d'une procédure d'opposition (par ex. le Portugal et la Hongrie).

Une autre difficulté s'opposant à un rapprochement des législations réside dans le fait que les pays possèdent des systèmes juridiques et politiques parfois fort différents. La participation à une convention établissant un brevet commun ou une harmonisation des législations modifierait dans de nombreux cas les systèmes actuels des pays participants. Des problèmes d'ordre constitutionnel, comme la perte de certaines compétences, font aussi obstacle à un rapprochement des lois.

Relevons pour terminer le problème des langues différentes et les tendances nationalistes de certains pays.

Des constatations qui précèdent, deux sortes de difficultés peuvent être dégagées : celles rencontrées jusqu'au moment de l'octroi du brevet d'invention et celles qui apparaissent lorsque le brevet a été délivré (juridiction internationale ou supranationale). Aucune de ces difficultés ne nous paraît insurmontable.

<sup>13</sup> Au sujet des procédures d'octroi des brevets des différents pays et du degré d'importance attaché à la nouveauté, cf. LADAS, *La protection internationale de la propriété industrielle* (trad. par Conte), Paris 1933, p. 254 ss.

## V. Les motifs justifiant un rapprochement des législations et l'octroi d'un brevet commun à plusieurs pays

Ce sont certes les inventeurs et les déposants qui bénéficieront en tout premier lieu d'un rapprochement des législations en matière de brevets d'invention. La procédure d'octroi du brevet sera en effet grandement simplifiée et il en résultera un gain de temps et d'argent appréciable.

Les administrations nationales bénéficieront toutefois également d'une harmonisation du droit des brevets. Le système actuel, qui exige un examen de nouveauté simultanément ou successivement dans plusieurs pays, est peu rationnel. Les offices nationaux sont surchargés de travail et il en résulte un retard souvent très grand dans l'octroi des brevets.

Ce retard porte préjudice non seulement aux inventeurs ou à leurs ayants cause, mais aussi aux entreprises concurrentes qui, jusqu'à l'octroi d'un brevet, ne savent pas si des droits exclusifs seront accordés à celui qui a déposé une demande de brevet ou si, au contraire, le produit ou le procédé entrant en considération sont librement disponibles.

Nous avons d'autre part déjà relevé les inconvénients résultant de l'application du principe de la territorialité des brevets<sup>14</sup>.

Il convient en outre de rappeler que les investissements toujours plus considérables qu'exige la recherche ne seront effectués que si les résultats obtenus, c'est-à-dire les inventions, bénéficient d'une protection adéquate. Les milieux de l'industrie et du commerce en sont bien conscients et c'est la raison pour laquelle ils se prononcent en faveur d'une harmonisation des législations, comme en témoigne la résolution adoptée le 31 octobre 1968 par la Commission pour la protection de la propriété industrielle de la Chambre de commerce internationale sur la «Coopération internationale en matière de brevets d'invention». Cette résolution, approuvée le 3 décembre 1968 par le Comité exécutif de la CCI, attire l'attention sur le fait qu'étant donné «le nombre croissant des demandes de brevets et les difficultés d'ordre administratif et financier qui en résultent, aussi bien pour les administrations nationales que pour les milieux industriels», une «collaboration aussi étroite que possible entre les Etats dans le domaine des procédures d'octroi des brevets» est indispensable<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Cf. chap. premier, ch. III, p. 4.

<sup>15</sup> Cf. Doc. CCI n° 450/305 du 13. XI. 1968.

## Chapitre II

# Les tendances d'unification du droit des brevets en Europe

### I. Généralités

La Convention internationale pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, dite «Convention de Paris», révisée pour la dernière fois à Stockholm le 14 juillet 1967, mais dont le dernier texte en vigueur est celui de Lisbonne du 31 octobre 1958, traite notamment des droits de propriété industrielle dont peuvent se prévaloir les ressortissants des Etats unionistes.

Indépendamment de dispositions relatives aux différents droits, la Convention contient un certain nombre de règles communes à tous les droits, de caractère impératif. Les deux règles suivantes sont particulièrement importantes :

L'assimilation de l'étranger au national – L'art. 2 de la Convention interdit toute différence de traitement entre, d'une part, les nationaux et, d'autre part, les ressortissants d'un autre pays membre ou ceux d'un pays non membre qui sont domiciliés dans un pays de l'Union ou y ont un établissement industriel ou commercial. L'étranger ressortissant d'un Etat unioniste peut donc se prévaloir tant des droits reconnus spécialement par la Convention que de ceux reconnus aux nationaux par les lois internes, sans qu'aucune obligation de domicile ou d'établissement puisse lui être imposée par le pays unioniste où la protection est réclamée.

Le délai de priorité – L'art. 4 de la Convention accorde à celui qui, dans un pays quelconque de l'Union, a déposé régulièrement, c'est-à-dire conformément à la législation nationale, une demande de brevet d'invention ou un modèle d'utilité, un délai de priorité de douze mois pendant lequel il a la possibilité d'effectuer de nouveaux dépôts dans d'autres pays unionistes, tout en étant placé, du point de vue de la sauvegarde de ses droits et en particulier de la nouveauté de l'invention, comme si la nouvelle demande avait été présentée à la date du premier dépôt.

Les autres règles communes aux différents droits de propriété industrielle qui instituent un droit matériel – bien que limité – concernent la protection aux expositions (art. 11), le délai de grâce (art. 5bis), l'obligation de légiférer (art. 17) et la réserve par laquelle les pays de l'Union conservent le droit de conclure entre eux, et séparément, des arrangements particuliers plus favorables que le régime institué par la Convention d'Union (art. 15).

Peut-on aller plus loin que ne l'a fait la Convention de Paris dans la voie du rapprochement des législations et arriver en Europe à une unification du droit des brevets?

Certains estiment qu'il est aujourd'hui nécessaire et possible de créer en Europe, par une convention, ce que les auteurs allemands appellent un «Patent-Territorium»<sup>16</sup>, c'est-à-dire un territoire comprenant plusieurs pays dans lesquels une invention émanant d'un pays de ce territoire – ou d'un pays tiers si le principe de l'accessibilité est retenu<sup>17</sup> – serait protégée par un seul brevet.

Nous nous proposons d'examiner tout d'abord brièvement les diverses tentatives qui ont déjà été faites en vue de l'établissement d'un titre unique de brevet valable dans plusieurs pays et ensuite les réalisations intervenues depuis la fin de la seconde guerre mondiale dans la voie du rapprochement des législations européennes. Nous traiterons enfin des diverses propositions d'unification en discussion sur le plan européen.

## **II. Les diverses tentatives d'établir un titre de brevet unique**

### **1. Les projets antérieurs à la deuxième guerre mondiale**

#### **a) Le brevet mondial proposé par du Bois-Reymond**

En 1908 déjà, l'agent de brevet allemand du Bois-Reymond fit paraître dans les «Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes» une étude consacrée au «brevet mondial»<sup>18</sup>. La proposition faite cherchait davantage à situer le problème qu'à le résoudre.

#### **b) Accord international instituant un Bureau central des brevets, conclu par les Alliés de la première guerre mondiale, mais jamais entré en vigueur (1920)**

Durant la première guerre mondiale, une conférence économique interparlementaire, groupant des représentants des pays alliés, siégea à

<sup>16</sup> O. BOSSUNG, Grundfragen einer europäischen Gerichtsbarkeit in Patentsachen, thèse Lausanne 1959, p. 3, et auteurs cités.

<sup>17</sup> Cf. chap. IV, p.47.

<sup>18</sup> DU BOIS-REYMOND, Das Weltpatent, Berlin 1909.

Paris en 1916. Elle décida d'envisager des mesures propres à réaliser sur une base la plus large possible l'unification des lois régissant la propriété industrielle<sup>19</sup>. Ses délibérations aboutirent à l'adoption d'un accord, le 15 novembre 1920. Cet accord fut signé par 19 Etats; il n'entra toutefois jamais en vigueur, car aucun des Etats signataires ne le ratifia. L'une des raisons principales de cet échec fut probablement que la portée de l'Accord était trop étendue. Un enregistrement international et un examen de nouveauté centralisé étaient en effet envisagés. En outre, la non-participation de la Grande-Bretagne joua vraisemblablement aussi un rôle défavorable.

### **c) Le Bureau des brevets de l'Empire britannique**

Un «Report of the Committee of the Institution of Electrical Engineers on Patent Law Amendment» concernant «a suggested British Empire Patent Law»<sup>20</sup> fut présenté en juin 1919. Il y était relevé que le plan proposé pourrait être mis immédiatement et facilement en pratique, sans pour autant gêner les lois existantes sur les différents territoires de l'Empire («without disturbing the existing laws in the various territories in the Empire»).

Ce plan était le suivant: l'inventeur aurait déposé sa demande de brevet dans n'importe quelle partie de l'Empire ayant un bureau des brevets. Il aurait pu, dans un délai de 18 mois à compter du dépôt, demander qu'un brevet d'Empire lui soit octroyé, en adressant une requête dans ce sens au Bureau des brevets de Grande-Bretagne à Londres.

Le Président du Bureau des brevets de Grande-Bretagne envoya en 1920 aux différents gouvernements régionaux un mémoire traitant des possibilités d'une unification en matière de brevets dans le cadre de l'Empire britannique. Une Conférence d'Empire tenue à Londres en 1922 examina la question; aucun accord ne put toutefois être réalisé.

### **d) Proposition de J. A. Prins de 1931 tendant à la création d'un bureau international chargé de l'examen préalable des demandes de brevets**

Selon la proposition de Prins<sup>21</sup>, les Etats pratiquant l'examen préalable, à titre obligatoire ou facultatif, auraient entretenu en commun un bureau international chargé de l'examen. Chacun d'eux aurait continué à délivrer lui-même les brevets en tenant compte, soit avant soit

<sup>19</sup> MAUNOURY, dans *Journal of the Patent Office Society*, 1919, p. 83.

<sup>20</sup> Reproduit dans un article de THEOBALD, *Englische Gedanken über ein britisches Reichspatent*, GRUR 1920, p. 29.

<sup>21</sup> Cf. GRUR 1931, p. 1240.

après la délivrance du brevet, de sa propre législation en ce qui concerne l'état de la technique et les conditions formelles exigées pour l'octroi du brevet. Ainsi, l'examen préalable et la délivrance auraient été séparés territorialement. Ce projet n'eut pas de suite.

### e) Proposition italienne

Lors du Congrès de Londres de l'Association internationale pour la protection de la propriété industrielle (AIPPI) en 1932, l'ingénieur Bandini présenta un rapport au nom du Groupe italien<sup>22</sup>. Bandini proposa la création d'un Bureau international des brevets ayant son siège à Berne. Ce Bureau aurait travaillé pour le compte du pays qui lui aurait soumis la demande de brevet. Il aurait procédé à un examen préalable, en tenant compte des lois applicables dans ce pays.

Cette proposition était illusoire, en raison aussi bien des difficultés politiques que des difficultés pratiques qu'elle aurait soulevées. Aucune suite ne lui fut donnée.

## 2. Les projets postérieurs à la deuxième guerre mondiale

### a) Préambule

Alors que le monde se trouvait en pleine guerre, et plus particulièrement de 1941 à 1943, divers auteurs tels que v. Knieriem, Redies, Wiegand, Lindenmaier, v. d. Trenck, Theumer et v. Ladomer ont présenté des propositions tendant à l'unification du droit des brevets sur le plan européen. Il n'est pas possible ici, ni nécessaire, de relater tous ces travaux<sup>23</sup>. Relevons toutefois que «l'abondance des suggestions de ces spécialistes allemands a grandement aidé et aidera les autres artisans de l'europanisation du droit sur les brevets»<sup>24</sup>.

### b) Les divers projets

#### aa) Le plan Longchambon<sup>25</sup>

En 1949, le sénateur français Longchambon présenta à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe un plan tendant à unifier le droit des brevets en Europe. Ce projet fut rejeté par l'Assemblée. La raison principale de cet échec réside certainement dans le fait que le projet Long-

<sup>22</sup> Cf. Annuaire AIPPI, 1932, p. 587.

<sup>23</sup> Cf. le résumé de ces travaux dans GRUR 1942, p. 449 ss. et GRUR 1943, p. 99 et p. 313 ss.

<sup>24</sup> E. REIMER, «L'idée européenne en matière de droit sur les brevets d'invention», Prop. ind. 1955, p. 178.

<sup>25</sup> E. REIMER, Europäisierung des Patentrechts, Munich 1955, p. 227 ss. (plan) et p. 84 ss. (critique).

chambon tendait uniquement à unifier l'examen de nouveauté. Longchambon n'a pas tenu compte du fait que l'examen préalable consiste non seulement en un examen de nouveauté, mais aussi en un examen concernant le progrès technique et le niveau inventif de l'invention<sup>26</sup>.

Ce plan prévoyait également une voie de recours contre les décisions de l'office européen des brevets faisant ainsi ressortir l'importance d'une juridiction supranationale.

#### **bb) Le plan Reimer n° I**

Le plan Reimer n° I date du printemps 1953<sup>27</sup>. Reimer partait de l'idée que l'octroi d'un brevet européen ne pouvait se faire que si les éléments essentiels du droit des brevets étaient préalablement unifiés. La difficulté résidait principalement dans la question de l'organisation pratique d'un examen préalable européen.

Le plan Reimer n° I prévoyait aussi une instance de recours. Cela n'est pas dit de façon explicite, mais on peut le déduire du § 12 du plan<sup>28</sup>.

Pour la première fois, il était prévu d'instituer une juridiction européenne qui aurait eu à connaître des actions en nullité (§ 20) et en contrefaçon (§ 26).

#### **cc) Le plan De Haan**

Au contraire du projet Reimer n° I, le plan De Haan (mars 1954)<sup>29</sup> partait du principe qu'il n'était pas possible d'unifier en temps utile les éléments essentiels du droit des brevets. Le plan prévoyait par conséquent le maintien des droits nationaux, tout en envisageant la mise en place d'un office central européen et une procédure européenne d'octroi de brevets. Dès la délivrance du brevet, celui-ci aurait dépendu de la législation de chacun des pays contractants. On aurait ainsi obtenu non pas à proprement parler un brevet européen, mais un faisceau de brevets nationaux.

#### **dd) Les plans Was et Reimer n° II**

Le plan Was<sup>30</sup> date de juin 1954 et le plan Reimer n° II<sup>31</sup> d'octobre de la même année. Ces plans avaient des buts plus modestes que les projets précédents. Ils prévoyaient l'examen préalable de la nouveauté, du niveau inventif (Erfindungshöhe) et du progrès technique de l'invention

<sup>26</sup> O. BOSSUNG, op. cit., p. 12.

<sup>27</sup> E. REIMER, op. cit., p. 100 ss. (exposé) et p. 259 ss. (plan).

<sup>28</sup> O. BOSSUNG, op. cit., p. 13.

<sup>29</sup> E. REIMER, op. cit., p. 239 ss. (plan) et p. 87 ss. (critique).

<sup>30</sup> E. REIMER, op. cit., p. 251 ss.

<sup>31</sup> E. REIMER, op. cit., p. 102 et 279.

par un office national des brevets. Cet examen préalable devait lier les autres offices nationaux. Le plan Was envisageait, en cas de refus par l'examineur de breveter une invention, la possibilité « d'appel à une cour européenne des brevets ».

Ces deux plans ne sont donc pas réalisables sans une instance administrative européenne, l'inventeur n'ayant sans cela aucune possibilité de recours.

### III. L'institut international des brevets de La Haye

Dans toute procédure d'octroi des brevets, mais surtout lorsque le brevet est délivré après examen, la documentation joue un très grand rôle. Une bonne partie du travail des examinateurs des offices de brevets des différents pays consiste en effet à effectuer des travaux de recherches documentaires.

En vue de décharger les offices de brevets nationaux d'un tel travail, la France, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas ont conclu le 6 juin 1947 un Accord, révisé le 16 février 1961 (le texte révisé n'est toutefois pas encore entré en vigueur), visant à la création d'un Institut international des brevets, avec siège à La Haye<sup>32</sup>. La Suisse a adhéré le 1<sup>er</sup> janvier 1960 à cet Accord, auquel se sont joints également le Maroc, Monaco, la Turquie et, le 2 août 1965, le Royaume-Uni. Un règlement concernant l'application de l'Accord a été adopté en 1951 et partiellement révisé en 1952<sup>33</sup>.

L'Institut ne délivre pas de brevets. Sa tâche principale est de faire des recherches de nouveauté et de donner des avis de nouveauté aux offices nationaux de propriété industrielle des pays membres qui le lui demandent.

Des avis concernant la nouveauté d'une invention ou toute autre recherche relative à l'état de la technique peuvent également être demandés à l'Institut par des personnes physiques ou morales ressortissant des pays parties à l'Accord ou ressortissant d'autres pays, mais qui ont leur domicile, leur siège ou un établissement industriel ou commercial sur le territoire de l'un des pays parties à l'Accord ou encore par des personnes physiques ou morales de n'importe quel pays, mais qui ont leur domicile, leur siège ou un établissement industriel ou commercial sur le territoire d'un Etat partie à la Convention de Paris.

<sup>32</sup> Texte de l'Accord dans FF 1959, p. 2146, et 1962, p. 430.

<sup>33</sup> Prop. ind. 1951, p. 38, et 1952, p. 109.

## IV. Les efforts du Conseil de l'Europe et les résultats obtenus

### 1. Généralités

Dès sa création, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a manifesté un grand intérêt pour les problèmes du droit des brevets. Il suffit de rappeler la Recommandation n° 23 adoptée lors de la première session ordinaire, le 8 septembre 1949. Cette Recommandation contenait une étude d'un «avant-projet de convention sur la création d'un Office européen des brevets», chargé de délivrer des certificats européens d'invention sur demandes présentées par l'intermédiaire des offices de brevets nationaux<sup>34</sup>.

A la suite de cette Recommandation, le Comité des Ministres créa un comité d'experts en brevets, qui se réunit pour la première fois le 17 janvier 1951 et qui chargea un groupe de travail d'étudier en particulier l'organisation d'un office européen dans le cadre de l'Institut international de La Haye.

Peu après cependant, le comité d'experts estima que la première tâche du Conseil de l'Europe dans le domaine des brevets devait porter sur l'élaboration de mesures applicables dans l'avenir immédiat et que l'uniformisation de la procédure et des formalités prescrites dans les Etats membres devait être réalisée avant l'institution d'un Office européen des brevets. La politique préconisée par le Comité d'experts a été suivie et les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine des brevets peuvent être considérés comme une étape préparatoire en vue de la création d'un système de brevet européen. C'est ainsi que trois Conventions ont été conclues, la troisième n'étant toutefois pas encore entrée en vigueur<sup>35</sup>.

### 2. La Convention européenne relative aux formalités prescrites pour les demandes de brevets, du 11 décembre 1953

Cette Convention<sup>36</sup> fixe en six articles, suivis de dispositions finales, les conditions de forme requises pour le dépôt des demandes de brevets.

<sup>34</sup> Cf. Document n° 110 du Conseil de l'Europe; également Document n° 75 (Rapport Longchambon, contenant l'avis de la Commission des questions juridiques et administratives).

<sup>35</sup> Cf. VON HOLSTEIN, *International cooperation in the field of patent law with special reference to the activities of the Council of Europe*, ICLQ 1967, p. 191 ss.; TROLLER, *Die mehrseitigen völkerrechtlichen Verträge im internationalen gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Bäle 1965, p. 93; PFANNER, *Vereinheitlichung des materiellen Patentrechts im Rahmen des Europarates*, GRUR Ausl. 1962, p. 545.

<sup>36</sup> Cf. le texte de la Convention dans Prop. ind. 1954, p. 21; égal. RO 1959, p. 2154.

Les Etats contractants (actuellement au nombre de 18, dont la Suisse) ne peuvent imposer d'autres prescriptions de forme que celles qui découlent de la Convention. Ils peuvent toutefois ne pas exiger l'observation de l'ensemble de ces prescriptions (art. 1<sup>er</sup>, al. 2).

Le Comité d'experts en brevets du Conseil de l'Europe a décidé, à sa session de février 1966, d'examiner la possibilité de reviser la Convention de 1953 en élaborant deux conventions: l'une sur la procédure de délivrance et l'autre sur les questions de fond.

Le groupe de travail constitué à cet effet a terminé ses travaux préparatoires par un rapport du 15 octobre 1968<sup>37</sup>. Le rapport contient un projet de Convention européenne sur l'unification des demandes de brevets, destinée à remplacer la Convention européenne relative aux formalités prescrites pour les demandes de brevets. Le but visé par le nouveau projet est d'obtenir que sous réserve de la langue, la même demande soit recevable formellement dans tous les Etats membres. En outre, diverses propositions sont faites en vue de mettre sur pied un ou plusieurs avenants à la Convention européenne sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention du 27 novembre 1963, non encore entrée en vigueur<sup>38</sup>. Les compléments apportés à cette dernière convention devraient permettre d'unifier certaines questions de fond. Il appartiendra au Comité d'experts lui-même d'arrêter les textes qui seront ensuite soumis à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Le Comité d'experts a toutefois décidé, à sa session du 18 au 21 novembre 1968, de ne prendre aucune décision définitive en ce qui concerne la révision de la Convention sur les formalités. Cela afin de mettre le texte de cette Convention en harmonie avec les dispositions correspondantes du projet de Traité de coopération en matière de brevets (Plan PCT) des BIRPI<sup>39</sup>.

### 3. La Convention européenne sur la classification internationale des brevets d'invention du 19 décembre 1954

Cette Convention<sup>40</sup> constitue la première étape vers l'unification des différentes classifications de brevets applicables dans les divers pays. Elle prévoit une classification en huit sections, les sections elles-mêmes

<sup>37</sup> Doc. Conseil de l'Europe EXP/Brev.(68)2.

<sup>38</sup> Cf. ch. 4 p. 15.

<sup>39</sup> Cf. le texte de la Convention dans Prop. ind. 1955, p. 3; en outre REIMER, op. cit., p. 76.

<sup>40</sup> Cf. Rapport du Président du Groupe suisse de l'AIPPI du 27 mars 1969 - Revue suisse 1969, fasc. 1 p. 19.

étant divisées en sous-sections, c'est-à-dire en un certain nombre de classes. Les classes comprennent à leur tour des sous-classes, désignées par des lettres minuscules. Cette subdivision détaillée représente une classification comprenant 25 000 unités environ.

Le travail de classification des brevets est un exemple intéressant illustrant l'activité d'un comité permanent de travail sur le plan international. Une telle classification doit sans cesse être mise au point; c'est pourquoi un Comité de classification a été institué.

Quinze Etats sont liés par la Convention sur la classification internationale des brevets d'invention, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1965. La Suisse n'y a tout d'abord pas adhéré. En effet, par arrêté du Conseil fédéral du 27 décembre 1957, la Suisse a adopté la classification allemande, sauf en ce qui concerne l'horlogerie (classe 83), pour laquelle la classification internationale, plus détaillée, a été reprise.

Par la suite, le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle a cependant tenu compte, dans sa classification des brevets, de la classification internationale, en vue d'une adhésion à la Convention du Conseil de l'Europe.

Après que la Suisse eut signé la Convention le 22 octobre 1965, le Conseil fédéral, par message du 1<sup>er</sup> mars 1966, proposa aux Chambres la ratification de cette convention et de cinq autres conventions européennes<sup>41</sup>. Les Chambres fédérales ayant donné suite à la proposition du Conseil fédéral, les instruments de ratification purent être déposés par notre pays le 20 décembre 1966<sup>42</sup>.

Le Comité d'experts en matière de brevets du Conseil de l'Europe, au cours de sa réunion de novembre 1967, a invité le secrétaire général du Conseil de l'Europe à examiner, en collaboration avec les BIRPI, la possibilité de donner à la Convention européenne sur la classification internationale des brevets un caractère plus universel en vue de faciliter son adoption sur le plan mondial et, plus particulièrement, de permettre à tout pays membre de l'Union de Paris de participer sur un pied d'égalité à l'amélioration future de la classification internationale<sup>43</sup>.

#### **4. La Convention européenne sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention du 27 novembre 1963**

La Convention<sup>44</sup> sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention du 27 novembre 1963 n'est pas encore entrée en

<sup>41</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à l'approbation de six conventions du Conseil de l'Europe, FF 1966, p. 465 ss.

<sup>42</sup> Cf. ROLF 1967, p. 845; pour le texte de la Convention, cf. ROLF 1967, p. 908.

<sup>43</sup> Cf. Prop. ind. 1968, p. 3, 266/7 et 383.

<sup>44</sup> Cf. Doc. 1708, Conseil de l'Europe, in fine.

vigueur. Elle a été signée par onze Etats, dont la Suisse. Elle traite en quatorze articles des exigences auxquelles une invention doit répondre pour être brevetable, des règles applicables à la description d'une invention et des revendications contenues dans le brevet, en prévoyant en particulier ce qui suit :

Des brevets doivent être accordés dans les Etats contractants pour toute invention susceptible d'une application industrielle nouvelle et impliquant une activité inventive.

La description doit exposer l'invention de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter. L'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par la teneur des revendications. Toutefois, la description et les dessins servent à interpréter les revendications (art. 8, 3 in fine).

L'art. 12, ch. 1, lit. a) de la Convention prévoit qu'un pays contractant peut se réserver, pendant une période transitoire de dix ans, comptée à partir de l'entrée en vigueur de la Convention, la faculté de ne pas prévoir l'octroi de brevets pour les produits alimentaires et pharmaceutiques en tant que tels. Lors de la signature de la Convention, le représentant de la Suisse a fait usage de cette réserve.

## **5. Projet de Convention tendant à faciliter le dépôt et l'examen des demandes de brevets (Plan de Vienne)**

A la suite de la Conférence diplomatique de Lisbonne (1958), qui modifia sur certains points la Convention de Paris, les offices nationaux de propriété industrielle des pays de l'Europe occidentale connaissant l'examen préalable ont cherché à s'entendre sur une procédure visant à mettre à la disposition de tous les offices qui s'occupent de la même invention les résultats de la recherche de nouveauté faite par l'office qui a entrepris la première recherche. Ces efforts tendaient à éviter tout double emploi, à réduire les délais d'octroi des brevets, à remédier à la pénurie de personnel et à diminuer les frais incombant aux déposants, tout en sauvegardant les droits de ces derniers.

Les directeurs de ces offices nationaux se constituèrent, par la suite, en sous-comité du Comité d'experts en brevets du Conseil de l'Europe, afin que le projet de Convention qu'ils avaient élaboré puisse être définitivement mis au point dans le cadre de cette organisation. Le directeur du Bureau fédéral de la propriété intellectuelle a également participé aux travaux du sous-comité.

Le projet de «Convention européenne tendant à faciliter le dépôt et l'examen des demandes de brevets dans plusieurs Etats», adopté par le

sous-comité<sup>45</sup> et révisé par son comité de rédaction<sup>46</sup>, prévoyait en particulier une disposition selon laquelle la priorité unioniste serait sauvegardée si, dans les douze mois suivant le premier dépôt, le déposant se contentait d'annoncer dans les autres Etats son intention de déposer une demande de brevet sous la forme d'une «demande seconde préliminaire» pouvant être présentée directement, c'est-à-dire sans recourir à un mandataire. Le déposant aurait eu alors un délai de 18 mois depuis le premier dépôt pour effectuer dans les autres Etats un dépôt complet sous la forme d'une «demande seconde complète», accompagnée d'une déclaration de nouveauté de l'office du pays dans lequel avait été effectué le premier dépôt.

Lors de sa session du 14 au 17 mai 1963, le Comité d'experts en brevets du Conseil de l'Europe a approuvé le projet présenté par le sous-comité, à l'exception de la disposition relative aux demandes secondes préliminaires, certaines délégations s'y étant opposées. Le Comité décida alors de surseoir à l'étude du projet et de demander au Directeur des BIRPI, à Genève, de présenter un rapport sur cette question.

Dans le rapport présenté en octobre 1963, le Directeur des BIRPI se prononça sur la compatibilité du projet de Convention avec la Convention de Paris. Il arriva à une conclusion négative, estimant que le délai de priorité unioniste de 12 mois était un délai maximum et que, par conséquent, il n'était pas possible de prévoir dans une convention spéciale un délai de 18 mois<sup>47</sup>.

Le Comité d'experts, à sa session du 4 au 7 mai 1964, a dans sa grande majorité suivi les conclusions de ce rapport et décidé l'abandon du projet; la prolongation à 18 mois du délai de priorité était en effet considérée par plusieurs pays comme le principal avantage de la réglementation envisagée<sup>48</sup>. Le représentant des Etats-Unis a toutefois déclaré que la coopération des offices de brevets dans le domaine de l'examen technique, à laquelle tendait le projet de Convention, pourrait être réalisée selon des voies différentes, susceptibles de faire l'objet d'une étude ultérieure<sup>49</sup>. Cette idée fut par la suite reprise sous la forme du Plan de coopération technique des BIRPI (Plan PCT)<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Cf. Doc. Conseil de l'Europe EXP/Brev. II(62)1 du 13. 11. 1962.

<sup>46</sup> Cf. Doc. Conseil de l'Europe EXP/Brev.(63)2 du 13. 2. 1963.

<sup>47</sup> Cf. Consultation des BIRPI, Doc. Conseil de l'Europe EXP/Brev.(63)13 du 25. 11. 1963.

<sup>48</sup> Cf. Doc. Conseil de l'Europe CM(64)95 du 14 mai 1964, p. 3; égal. Rapport annuel du Président du Groupe suisse de l'AIPPI, Revue suisse 1965, p. 15.

<sup>49</sup> Cf. Doc. Conseil de l'Europe, op. cit., p. 3.

<sup>50</sup> Cf. p. 37 ss.

## 6. Autres projets d'harmonisation

A diverses reprises, des suggestions ont été faites au sein du Comité d'experts en brevets du Conseil de l'Europe en vue d'unifier certaines dispositions du droit matériel des brevets.

C'est ainsi que la délégation suédoise a présenté les deux propositions suivantes: fixer la durée de validité des brevets d'invention d'une façon uniforme, à 20 ans à compter du dépôt de la demande, et rendre accessible au public les demandes de brevets et les documents y relatifs dans un délai de 18 mois à compter de la date du dépôt de la demande ou, si des priorités sont revendiquées, à compter de la date de la priorité la plus ancienne<sup>51</sup>.

Quant à la délégation suisse, elle a suggéré que le Comité d'experts en brevets mette à son ordre du jour également les questions concernant l'unité de l'invention, l'harmonisation des délais légaux et le droit de possession personnelle<sup>52</sup>.

Ces diverses propositions suédoises et suisses ont fait l'objet d'une première étude et il leur a été partiellement donné suite dans le projet de protocole à la Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets établi par un groupe de travail à l'intention du Comité d'experts en brevets<sup>53</sup>.

## 7. Le Conseil de l'Europe et l'avant-projet de Convention établissant un brevet européen de la CEE

Sur la base d'un rapport présenté par la Commission juridique, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a adopté, le 17 janvier 1964, une recommandation visant à un rapprochement des Etats membres de la CEE et des autres pays membres du Conseil de l'Europe dans le domaine de l'unification du droit des brevets en Europe.

Après avoir constaté que les travaux entrepris dans le domaine des brevets par la CEE correspondent d'une manière générale aux vœux que l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe avait elle-même exprimés par sa résolution du 8 septembre 1949, la recommandation relève que l'avant-projet de convention relatif à un droit européen des brevets soulève deux problèmes importants: celui de savoir dans quelle mesure les Etats tiers pourraient adhérer à la Convention (question de

<sup>51</sup> Cf. Doc. Conseil de l'Europe CM(64)95 du 14. 5. 1964, p. 4 et 5.

<sup>52</sup> Cf. Doc. Conseil de l'Europe EXP/Brev.(64)3 du 24. 2. 1964 et CM(64)95 du 14. 5. 1964, p. 6; égal. Rapport du Président du Groupe suisse de l'AIPPI, Revue suisse 1964, p. 14/15.

<sup>53</sup> Cf. p.14.

l'ouverture) et celui des personnes qui pourraient demander la délivrance d'un brevet européen (question de l'accessibilité)<sup>54</sup>.

L'Assemblée consultative a par conséquent proposé au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de recommander aux gouvernements qui avaient contribué à l'élaboration de l'avant-projet de soumettre ce projet à l'examen du Comité d'experts du Conseil de l'Europe et de tenir compte, pour la rédaction définitive, des commentaires présentés par les représentants des pays n'ayant pas participé à la préparation du projet.

La Commission juridique du Conseil de l'Europe estime d'autre part qu'il serait possible de concevoir une règle souple en ce qui concerne le problème de l'accessibilité et celui de l'adhésion à la Convention des Six. Elle suggère l'étude et l'adoption de l'une des solutions suivantes<sup>55</sup>:

- *Tout pays* membre de l'Union de Paris pourra adhérer à la Convention sans que l'accord unanime des pays déjà parties à la Convention soit requis;
- *tout pays européen* membre de l'Union pourra adhérer à la Convention sans que l'accord unanime des pays déjà parties à la Convention soit requis;
- tout pays membre de l'Union qui a *ratifié* la Convention européenne sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention pourra adhérer à la Convention sans que l'accord unanime des pays déjà parties à la Convention soit requis.

Du fait de l'opposition des pays de la CEE, il n'a jusqu'ici pas été possible de donner une suite favorable aux recommandations de la Commission juridique.

## V. L'avant-projet de Convention établissant un brevet européen de la CEE (de 1962)

### 1. Généralités

A la fin de l'année 1959, les gouvernements des Etats membres de la Communauté économique européenne ont décidé de mettre à l'étude, en liaison avec la Commission de la CEE, un programme d'harmonisation et d'unification des législations de la propriété industrielle en vigueur dans ces Etats<sup>56</sup>. Ce programme comportait notamment la préparation

<sup>54</sup> Cf. p. 21 ss.

<sup>55</sup> Cf. Doc. 1708, Conseil de l'Europe, in fine; cf. égal. au sujet de la recommandation de l'Assemblée consultative, du 17. 1. 1964, le rapport annuel du Président du Groupe suisse de l'AIPPI, Revue suisse 1964, p. 16.

<sup>56</sup> FROSCHMAIER, Grundzüge des Konventionsentwurfs über ein europäisches Patentrecht, GRUR Ausl. 1962, p. 433, et, en trad. angl.: Some aspects of the draft Convention related to the European Patent Law, ICLQ 1963, p. 886; ULMER, Europäisches Patentrecht im Werden, GRUR Ausl. 1962, p. 537; OUDEMANS,

des trois avant-projets de conventions concernant respectivement les brevets, les marques de fabrique et les dessins ou modèles, ainsi que d'un avant-projet de convention générale contenant les règles communes pour la mise en œuvre des titres internationaux dont l'institution était envisagée dans chacun de ces domaines. A cet effet, les gouvernements ont décidé la création de trois groupes de travail compétents en matière de brevets, de marques et de dessins ou modèles, et celle d'un comité de coordination chargé d'orienter et d'harmoniser les travaux de ces groupes.

Au cours d'une réunion tenue en décembre 1960, les secrétaires d'Etat dont relevait la propriété industrielle dans les six pays ou leurs représentants, sous la présidence du membre compétent de la Commission de la CEE, ont défini, sur les propositions du comité de coordination, les principes fondamentaux à observer dans la préparation des avant-projets, étant entendu que ces derniers ne devraient contrevenir en rien aux engagements souscrits ailleurs par les Etats membres, en particulier au titre de la Convention de Paris.

Il a été notamment prévu que le droit européen envisagé coexisterait avec les droits nationaux, lesquels seraient maintenus sous la seule réserve des harmonisations éventuellement nécessaires. En revanche, les titres de protection européens devaient être conçus comme des droits autonomes et unitaires et non comme des droits nationaux juxtaposés. A cet effet, les avant-projets devaient prévoir les administrations et juridictions indépendantes nécessaires à la mise en œuvre et à l'interprétation du droit européen. Enfin, les titres européens devaient, sans constituer des entraves injustifiées à la liberté du commerce, être conçus de façon à assurer à leurs titulaires les garanties les plus larges.

C'est sur la base de ces directives que le groupe de travail « brevets » a élaboré un avant-projet de convention relative à l'institution d'un droit européen des brevets.

L'avant-projet n'a pas été examiné au fond par le comité de coordination ni par les secrétaires d'Etat. Ceux-ci, considérant que l'avant-projet relevait de la phase des études préliminaires, ont décidé, au cours d'une réunion tenue en octobre 1962, de le publier sans délai dans la forme qui lui avait été donnée par le groupe de travail, afin de recueillir à son sujet les observations des milieux intéressés et de le soumettre en même temps aux administrations nationales compétentes.

Ce n'est que lorsque cette instruction aura été menée à son terme que les gouvernements seront appelés à se prononcer sur l'opportunité de

*Commentary of the draft Convention of the EEC, London 1963; KOCKLÄUNER/KROEMER, Zum Vorentwurf eines Abkommens über ein europäisches Patentrecht, GRUR Ausl. 1963, p. 347.*

transformer le texte de l'avant-projet, éventuellement révisé, en une convention.

Le groupe de travail s'est efforcé de donner à son avant-projet une forme telle qu'il puisse être intelligible en dehors de tout autre texte. Il ne s'est pas préoccupé, de ce fait, de ventiler parmi ses dispositions celles qui devraient figurer dans la convention générale en tant que dispositions communes intéressant toutes les conventions spéciales (brevets, marques, dessins ou modèles). De même, il y a inséré des dispositions qui trouveront ultérieurement leur place dans un règlement d'exécution.

L'avant-projet établi par des experts gouvernementaux en matière de propriété industrielle et qui comporte d'ailleurs, sur des points importants, des variantes et des réserves, ne saurait évidemment préjuger des résultats de la consultation ultérieure des administrations nationales intéressées.

## 2. L'avant-projet de Convention

### a) Remarques préliminaires

L'avant-projet de Convention, qui comprend 12 parties et 217 articles, se réfère à différentes reprises à une «Convention générale destinée à régler les problèmes communs à tous les droits de propriété industrielle: brevets, marques, dessins et modèles». Cette convention reste à établir.

D'autre part, l'avant-projet de convention devra être complété par un règlement d'exécution afin de fixer les détails de procédure et les taxes.

Indépendamment de certains problèmes techniques pour lesquels il existe des propositions alternatives, les trois questions de fond importantes suivantes sont en particulier encore en suspens:

#### aa) Le problème de l'ouverture de la Convention

La Convention sera-t-elle une convention CEE, c'est-à-dire réservée aux six pays de la Communauté, ou sera-t-elle ouverte aux pays tiers qui désireraient en faire partie? L'avant-projet ne règle pas la question, car les avis sont partagés. Nous reviendrons encore sur cette question<sup>67</sup>.

#### bb) Le problème de l'accessibilité

La question de l'accessibilité à la Convention est traitée à l'art. 5, qui prévoit deux variantes: la première, de nature libérale, donne à chacun la possibilité de demander un brevet européen. La seconde, plus restrictive, entend réserver aux ressortissants des Etats contractants la possi-

<sup>67</sup> Cf. chap. III, p. 42.

bilité de demander un brevet européen. On doit admettre qu'entre les deux variantes extrêmes, des solutions intermédiaires pourront, le cas échéant, être envisagées.

Au sujet de l'accessibilité restreinte, on peut se demander si cette disposition ne viole pas l'art. 2 de la Convention de Paris concernant l'assimilation de l'étranger au national. Les avis à ce sujet divergent au sein de la CEE. Certains<sup>58</sup> estiment que l'art. 2 de la Convention de Paris ne serait pas violé par une disposition restrictive. D'autres<sup>59</sup> en revanche sont d'avis opposé. Quant à M. Haertel, qui a présidé le groupe de travail «brevets» de la CEE, il est d'avis qu'initialement, une restriction de l'accessibilité ne pourrait pas être évitée; il base son argumentation sur le fait que l'office des brevets doit d'abord être «rodé» et ne pourrait pas accepter un trop grand nombre de demandes de brevets<sup>60</sup>. Il s'agit là cependant d'une considération purement pratique qui ne touche pas à la question juridique.

Nous reviendrons encore sur la question de l'accessibilité<sup>61</sup>.

### cc) La juridiction compétente

La juridiction compétente pour l'application et pour l'interprétation du droit des brevets n'est pas encore déterminée. Une «Cour européenne des brevets» est prévue, mais la question de savoir si cette Cour doit être un nouvel organisme international indépendant ou si les tâches lui incombant doivent être confiées à la Cour de justice des communautés européennes n'est pas résolue.

### b) Dispositions générales

Les brevets européens auront un caractère unitaire (leurs effets s'étendront sur le territoire de tous les Etats contractants) et autonome (ils ne seront soumis qu'aux dispositions de la Convention). Ils seront délivrés par un «*Office européen des brevets*», organisme commun aux Etats contractants et doté de l'autonomie administrative et financière. Un *Conseil d'administration* exercera, entre autres fonctions, un contrôle sur l'administration et la gestion financière de cet Office. Une

<sup>58</sup> Cf. par ex. COLAS, La non-accessibilité des ressortissants de pays tiers et l'art. 2 de la Convention de Paris, Prop. ind. 1963, p. 47 ss.

<sup>59</sup> Cf. par ex. ULMER, Accessibilité au brevet européen et la Convention de Paris, Prop. ind. 1963, p. 51 ss.

<sup>60</sup> Déclaration de M. Haertel lors d'une conférence sur le brevet européen faite le 7 octobre 1963 à Zurich, dans le cadre de la Société suisse des industries chimiques.

<sup>61</sup> Cf. chap. IV, p. 47.

juridiction commune, la «*Cour européenne des brevets*», sera compétente pour connaître en dernière instance des actions qui lui seront réservées par la Convention. La question de l'organisation et du fonctionnement de la Cour européenne des brevets devra faire l'objet d'un texte spécial.

La Convention ne portant pas atteinte aux droits des Etats contractants, le brevet européen coexistera avec les brevets nationaux.

Si en principe l'art. 7 interdit le cumul des protections, les art. 194 et 195 autorisent toutefois ce cumul pendant une période transitoire.

### **c) Inventions brevetables**

Les brevets européens seront délivrés pour les inventions nouvelles résultant d'une activité inventive et susceptibles d'une application industrielle. Les seules exceptions à la brevetabilité prévues visent les inventions contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public; en outre, les variétés végétales et les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux et d'animaux ne seront pas non plus brevetables.

Une invention sera considérée comme nouvelle si elle ne rentre pas dans l'état de la technique. L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant le jour du dépôt de la demande par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen. Est également considéré comme faisant partie de l'état de la technique le contenu des fascicules de brevets européens fondés sur un dépôt antérieur, dans la mesure où ce contenu a été publié le jour de la nouvelle demande ou après ce jour. L'avant-projet se prononce donc en faveur d'une nouveauté absolue.

### **d) L'Office européen des brevets**

L'Office européen des brevets sera un organisme commun aux Etats contractants, doté de l'autonomie administrative et financière. Il aura la personnalité juridique. Son siège n'est pas encore fixé. Les langues utilisées auprès de l'Office européen des brevets seront le français, l'allemand et l'anglais. Un dépôt pourra être effectué dans une autre langue, mais une traduction devra être produite dans le délai d'un mois.

A titre exceptionnel, des contributions financières devront être versées par les Etats contractants. Deux variantes ont été prévues pour fixer la clé de répartition.

Les art. 54 à 59 règlent l'organisation de l'Office européen des brevets. Celui-ci comprendra des sections d'examen, des divisions d'examen, des divisions d'administration des brevets, des chambres de recours et des chambres des annulations.

Un registre européen des brevets sera tenu. Les publications de l'Office paraîtront dans un bulletin européen des brevets et dans un journal officiel de l'Office européen des brevets.

Les brevets seront classés selon la classification internationale prévue à l'art. 1<sup>er</sup> de la Convention européenne du 19 décembre 1954.

#### e) Le dépôt de la demande

La demande de brevet européen pourra être déposée soit à l'Office européen des brevets, soit, si la législation d'un Etat contractant le prévoit, auprès du Bureau de la propriété industrielle de cet Etat. Chacun des Etats contractants pourra prescrire qu'un dépôt de demande de brevet passera obligatoirement par son entremise.

La demande de brevet ne peut concerner qu'une seule invention. L'art. 66 règle les conditions de la demande. La description doit exposer l'invention de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter.

Les art. 72 à 75 traitent de la priorité. Conformément à la Convention de Paris, le droit de priorité est de douze mois à compter de la date du dépôt de la première demande. Est reconnu comme donnant naissance au droit de priorité tout dépôt ayant la valeur d'un dépôt national régulier. L'art. 75 précise que la demande de brevet européen a, dans les Etats contractants, la valeur d'un dépôt national régulier.

#### f) Délivrance et confirmation du brevet européen

La section d'examen demandera à l'Institut international des brevets de La Haye un avis de nouveauté sur l'invention. Dès réception de l'avis de nouveauté, celui-ci sera transmis au demandeur, lequel sera invité par la section d'examen à verser dans un délai de trois mois les taxes de délivrance et d'impression du brevet. Lorsque les taxes auront été versées, la section d'examen délivrera un brevet européen provisoire. La décision y relative sera inscrite au Registre européen des brevets et publiée dans le Bulletin européen des brevets.

Dans les cinq ans qui suivront le jour de la publication de la délivrance du brevet provisoire, le titulaire ou un tiers pourra demander que l'invention fasse l'objet d'un examen. L'avant-projet prévoit donc le système de l'*examen différé*. La division d'examen vérifiera si «le brevet européen provisoire, l'invention qui en fait l'objet et la description publiée» (art. 88) satisfont à toutes les prescriptions de la Convention. Elle pourra soit prononcer l'annulation du brevet provisoire, soit le confirmer. Dans ce dernier cas, la confirmation sera inscrite au Registre européen des brevets et publiée dans le Bulletin européen des

brevets. Par l'effet de la publication, le brevet européen provisoire sera transformé en brevet définitif.

Les art. 105 à 113 concernent les possibilités et la procédure de recours. Les décisions de la chambre de recours pourront faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la Cour européenne des brevets.

#### **g) Maintien en vigueur**

Le brevet européen donne lieu au paiement de taxes annuelles dès la troisième année à compter du dépôt de la demande.

#### **h) Extinction et nullité**

Le brevet européen ne pourra faire l'objet d'une renonciation que pour l'ensemble des territoires sur lesquels il produira ses effets. La renonciation pourra être limitée à une ou plusieurs revendications du brevet.

Le brevet européen provisoire s'éteindra non seulement si le titulaire du brevet y renonce et si les taxes annuelles n'ont pas été acquittées en temps utile, mais également si aucune requête en examen n'est présentée dans le délai de cinq ans.

La demande en nullité d'un brevet européen devra être introduite par écrit auprès de l'Office européen des brevets. La décision de la chambre des annulations pourra faire l'objet d'un recours en révision devant la Cour européenne des brevets. Le recours aura un effet suspensif.

#### **i) Les licences obligatoires**

Des licences obligatoires sont prévues pour défaut ou insuffisance d'exploitation (art. 136), pour cause de dépendance de brevets (art. 137), en vertu de l'art. 17 du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique – Euratom (art. 138). Cet art. 17 prévoit qu'à défaut d'accord amiable, des licences non exclusives peuvent être concédées – sous certaines conditions énumérées aux art. 18 à 23 – par voie d'arbitrage ou d'office soit à la Communauté de l'Euratom elle-même, soit à des personnes ou entreprises qui en font la demande. L'art. 17 précise à son chiffre 4 que «les stipulations du présent article ne portent pas atteinte aux dispositions de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle».

Sauf disposition contraire, la portée de la licence obligatoire s'étendra à l'ensemble du territoire de tous les Etats contractants. Les dispositions de l'art. 29 du projet de Convention CEE relatives à la licence contractuelle s'appliqueront cependant par analogie, c'est-à-dire que la licence pourra aussi être accordée pour une partie seulement des territoires sur lesquels le brevet produit ses effets.

L'art. 144 prévoit une réserve en faveur des législations nationales en ce qui concerne la concession de licences pour des raisons d'intérêt public.

La procédure et l'octroi de licences obligatoires sont réglés par les art. 145 à 152. La demande de concession d'une licence obligatoire sur un brevet européen devra être introduite par écrit auprès de l'Office européen des brevets. Après avoir entendu le défendeur et après une procédure orale, la chambre des annulations prendra une décision. La licence obligatoire sera considérée comme accordée le jour où la décision de concession sera devenue définitive. La licence obligatoire sera inscrite au Registre européen et publiée au Bulletin européen des brevets.

Un recours (avec effet suspensif) pourra être adressé à la Cour européenne des brevets.

#### **k) Dispositions de procédure devant l'Office européen des brevets**

Alors que les art. 153 à 159 concernent les dispositions générales de procédure telles que l'exclusion et la récusation, l'instruction, les délais et la désignation de l'inventeur, les art. 160 à 163 traitent de la publicité, des notifications et des communications. Les art. 164 à 170 règlent la question des frais et celle de l'exécution forcée et enfin les art. 171 à 173 celle de la représentation.

#### **l) Procédure en contrefaçon et autres procédures civiles**

Les art. 174 à 182 traitent de la procédure en contrefaçon. Les actions en contrefaçon d'un brevet européen relèveront des tribunaux nationaux. La Cour européenne des brevets sera toutefois compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de la Convention et sur la validité et l'interprétation de dispositions arrêtées en exécution de la Convention, dans la mesure où il ne s'agit pas de dispositions nationales.

Les actions relatives au brevet européen en d'autres matières que la contrefaçon relèveront de la compétence des tribunaux nationaux.

#### **m) Dispositions transitoires (art. 185 à 205)**

L'introduction du brevet européen se fera par étapes. C'est ainsi qu'à l'origine, la réception des demandes sera limitée à certains domaines de la technique, pour être ensuite étendue progressivement aux autres domaines. Le système prévu est donc analogue à celui adopté en Suisse<sup>62</sup>.

Le dépôt national préalable pourra être exigé. Les art. 189 à 193 traitent du dépôt commun pour la délivrance des brevets nationaux. Dès l'ouverture de l'Office européen des brevets, des dépôts communs

<sup>62</sup> Cf. art. 87 LBI.

comportant une requête en délivrance de brevets nationaux dans tous les Etats contractants pourront être effectués dans les domaines de la technique pour lesquels les demandes de brevet européen ne seront pas encore reçues.

Les art. 194 à 205 concernent le cumul des protections conférées par un brevet européen et des brevets nationaux pendant une période transitoire (alors que l'art. 7 interdit en principe le cumul).

#### **n) Dispositions finales (art. 206 à 217)**

L'avant-projet prévoit l'application par analogie de la Convention aux modèles d'utilité nationaux, l'adaptation de la législation nationale au droit européen des brevets, le règlement de différends éventuels entre Etats contractants, le champ d'application de la Convention, la procédure de révision, la possibilité d'adhérer à la Convention ou de s'y associer.

Quant à la question de l'adhésion éventuelle de tout Etat membre de l'Union de Paris, elle n'a pas été définitivement tranchée. Certains des auteurs de l'avant-projet entendent limiter l'adhésion aux Etats européens. Par la suite, une majorité des Etats de la CEE s'est même prononcée pour une limitation, du moins au début, en faveur des seuls Etats membres du Marché commun.

Au lieu d'une demande d'adhésion, un Etat membre de la Convention de Paris pourra présenter une demande d'association, qui devra aussi être acceptée à l'unanimité.

La Convention aura une durée illimitée.

### **3. Les propositions néerlandaises**

#### **a) Introduction**

Si jusqu'ici aucune suite concrète n'a été donnée à l'avant-projet de Convention de 1962, cela tient essentiellement aux divergences de vues existant entre les pays de la CEE sur un certain nombre de questions et en particulier au sujet de la juridiction compétente, de l'accessibilité, de l'ouverture de la Convention, de la territorialité des brevets et des licences générales.

Devant choisir entre les deux possibilités: création d'un brevet unique pour l'ensemble de la Communauté européenne sur la base d'une convention conclue seulement entre les six pays, ou création d'un brevet international par la conclusion d'une convention ouverte à tous les pays, la Commission de la CEE s'est prononcée, entre 1962 et 1968, en faveur de la première solution, c'est-à-dire du brevet communautaire. La solution du brevet international a toutefois eu ses partisans et les Pays-Bas l'ont soutenu. Dans ce cas, une réglementation uniforme n'existe-

rait que jusqu'au moment de l'octroi du brevet par un office international. Toute contestation postérieure serait réglée par le droit national.

Les partisans d'une convention réservée aux pays de la CEE ont déclaré que seule la solution du brevet communautaire était de nature à tenir compte des intérêts politiques et économiques du Marché commun. Les pays tiers pourraient en revanche collaborer par la conclusion d'accords particuliers qui leur permettraient de s'associer à la convention, sous une forme et à des conditions à déterminer de cas en cas.

Dans la recherche d'un compromis acceptable pour chacun, le représentant des Pays-Bas à la Commission a proposé de scinder l'actuel projet de convention en une convention qui réglerait la procédure de délivrance des brevets et une deuxième convention qui réglerait le contenu du brevet au sein de la CEE (proposition dite de «double convention»). De cette façon, les pays tiers pourraient accéder à la première convention sur un pied d'égalité.

En vue d'éviter les malentendus auxquels a donné lieu la terminologie utilisée jusqu'à présent, la réglementation préconisée par les Pays-Bas pourrait – selon la proposition de ses auteurs – être dénommée: «brevet CEE – délivrance internationale», ce qui permettrait de la distinguer de la réglementation envisagée par la majorité de la Commission, qui serait désignée comme «brevet CEE – délivrance communautaire».

#### **b) Fondement de la position néerlandaise**

Le gouvernement néerlandais s'efforce, par le brevet européen, de satisfaire, dans la mesure la plus large possible, non seulement les intérêts de la Communauté en tant que telle, mais également les intérêts de l'industrie et ceux des administrations nationales.

aa) Les intérêts de l'industrie (en tant que demandeur de brevets) seraient servis au mieux par une forme de brevet européen permettant d'obtenir par une procédure unique de demande et de délivrance une protection aussi large que possible. L'industrie y serait d'autant plus intéressée que le nombre de pays participant à une procédure commune de délivrance des brevets serait élevé.

Il n'est pas certain que les pays tiers manifesteraient beaucoup d'intérêt à l'égard d'une procédure prévoyant leur participation par des conventions d'association. En revanche, leur intérêt serait certainement stimulé par la possibilité qu'ils auraient de participer à une convention de délivrance des brevets sur un pied d'égalité.

bb) La création d'un office international des brevets qui pourrait reprendre progressivement une partie des activités des offices nationaux de brevets serait dans l'intérêt bien compris de chaque pays. En effet, actuellement, les offices nationaux pratiquant l'examen de nouveauté,

du fait du nombre croissant de demandes de brevets et de la pénurie d'examineurs, enregistrent dans la procédure d'octroi des brevets des retards allant de trois à cinq ans, et même davantage dans certains cas.

Pour des raisons purement pratiques, il serait donc intéressant de créer l'Office européen des brevets sur une base aussi large que possible. De cette façon, les dépenses qui, au début, seraient très considérables, pourraient être réparties entre un grand nombre de pays et le même travail d'examen n'aurait plus à être effectué simultanément dans plusieurs pays.

cc) Le fait que le brevet européen contribuerait à encourager l'intégration européenne et à permettre la réalisation du Marché commun servirait enfin les intérêts de la Communauté.

### **c) Les diverses propositions**

#### **aa) Problèmes institutionnels**

– L'Office européen des brevets devrait être habilité à délivrer un faisceau de brevets composé d'un brevet CEE intégré pour la Communauté et de brevets nationaux pour chacun des pays tiers participants. Il devrait également pouvoir délivrer, à la requête des intéressés, un brevet uniquement valable pour la Communauté et, le cas échéant, pour un pays tiers.

– L'avant-projet de Convention a laissé ouverte la possibilité pour les pays tiers adhérents d'être représentés au Conseil d'administration. De l'avis des Pays-Bas, une telle participation est effectivement souhaitable. L'élément communautaire pourrait être assuré par un accord entre les Etats membres de la CEE, aux termes duquel ils se présenteraient à l'égard des représentants des pays tiers participants, comme une entité unique, exprimant le point de vue communautaire.

Outre les Etats membres, la Commission devrait également disposer d'un siège au Conseil d'administration et pouvoir peut-être formuler aussi les points de vue de la CEE.

La manière dont les décisions seraient prises au sein de la CEE pourrait être arrêtée sous forme d'un protocole interne particulier.

– Le Conseil intergouvernemental. – De l'avis des Pays-Bas, il conviendrait qu'un Conseil intergouvernemental intervienne en tant qu'organe le plus élevé. L'avant-projet de convention ne prévoit pas cette institution, mais certains problèmes peuvent se poser, rendant nécessaire une consultation directe entre gouvernements participants.

Le Conseil gouvernemental devrait trancher les questions importantes et disposer d'une compétence réglementaire dans le domaine de la procédure de délivrance des brevets.

De même que pour le Conseil d'administration, les Pays-Bas sont d'avis qu'au sein du Conseil intergouvernemental, la CEE devrait pouvoir intervenir en tant qu'entité (le Conseil des Ministres de la CEE déterminant la position commune).

#### **bb) Contrôle juridictionnel**

– Cassation: le Gouvernement néerlandais ne méconnaît pas l'utilité de la cassation, mais il n'aurait pas d'objection majeure à la suppression d'une telle possibilité de recours.

Si l'on tient à réserver la possibilité de cassation (au sens visé à l'art. 113 de l'avant-projet de convention), les pays tiers participants devraient pouvoir être représentés à la Cour de cassation, car la cassation des décisions des organes judiciaires de l'Office des brevets relève de la réglementation concernant la procédure de délivrance.

– Nullité: la procédure de nullité soulève la question fondamentale de l'unité de la jurisprudence. Les Pays-Bas proposent une solution consistant à adjoindre à la Cour de Justice des Communautés une chambre spécialisée, dont feraient également partie des juges provenant des pays tiers ayant adhéré à la Convention ou liés par un accord d'association. Il serait néanmoins possible, comme le propose la Commission, de réserver la procédure en nullité aux instances judiciaires compétentes dans les différents territoires pour lesquels un brevet d'invention a été délivré. Cela impliquerait évidemment que la Cour de Justice des Communautés soit compétente pour les brevets CEE et que dans les pays tiers participants, cette compétence soit du ressort du juge national.

#### **cc) Problème de l'autonomie de la CEE**

Dans la solution préconisée par les Pays-Bas, la CEE reste entièrement autonome en ce qui concerne le contenu du brevet délivré, qui sera déterminé uniquement par les Etats membres de la CEE. En théorie, tel ne sera pas le cas en ce qui concerne la réglementation internationale de la *délivrance* des brevets. Toutefois, dans la pratique, les problèmes qui pourraient se présenter quant à l'autonomie de la Communauté pourraient, selon les Pays-Bas, être résolus dans le cadre des règles relatives à la formation des décisions au sein du Conseil d'administration de l'Office des brevets et au sein du Conseil intergouvernemental. (Par exemple, il pourrait être convenu que toute décision devra être prise à la majorité qualifiée.)

L'objection majeure formulée de différents côtés à l'encontre de la solution néerlandaise, c'est qu'elle prévoit la délivrance des brevets sur une base internationale; cela signifierait, dans les négociations avec les pays tiers intéressés, que tout le dispositif de l'avant-projet de Conven-

tion serait remis en discussion. On peut, avec le Gouvernement néerlandais, répliquer :

- que les pays tiers qui se sont montrés intéressés jusqu'à présent sont d'accord, dans une large mesure, sur le contenu de l'avant-projet de Convention quant au fond; les points de divergence seront, dès lors, très peu nombreux;
- qu'entre temps, la CEE peut poursuivre, sur le plan interne, la mise au point de la Convention quant au contenu du brevet;
- que, dans le cas où les pourparlers avec les pays tiers exigeraient plus de temps qu'il n'en a été prévu, la CEE devrait se réserver le droit de mettre en vigueur des règles de procédure relatives à la délivrance internationale du brevet CEE avant la conclusion des négociations avec les pays tiers intéressés.

#### **dd) Question de l'accessibilité**

Selon le point de vue néerlandais, la Convention de Paris est intégralement applicable au brevet CEE. Les ressortissants des Etats unionistes non membres de la CEE devraient donc pouvoir demander l'octroi du brevet européen. Indépendamment de cet argument juridique, la non-accessibilité conduirait à ce que les ressortissants des pays tiers continuent à demander des brevets nationaux, avec toutes les conséquences que l'on veut précisément éviter par la création d'un tel brevet CEE. Il conviendrait donc d'offrir aux pays tiers, dès le début et sans restrictions, la possibilité pour leurs ressortissants d'obtenir le brevet CEE.

Il semble qu'à un certain moment en tout cas, la Commission de la CEE ait été en faveur d'une solution libérale dans le domaine de l'accessibilité. Cette Commission, dans sa majorité, envisageait en effet d'autoriser les ressortissants de tous les pays - et non seulement ceux qui sont membres de la Convention de Paris - à déposer des demandes de brevet CEE.

Les représentants français se sont toutefois opposés au principe de l'accessibilité. Cette attitude paraît avoir été motivée essentiellement par des raisons de politique économique, l'industrie française craignant le dépôt de brevets par des ressortissants de pays tiers - en particulier américains - en trop grand nombre. Le dernier mot n'a toutefois pas encore été dit à ce sujet<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Cf. chap. IV, p.47 ss., où nous examinons d'une façon plus approfondie la question de l'accessibilité.

## VI. Les travaux de l'Association européenne de libre-échange (AELE)

### 1. Introduction

Les Etats européens qui ne sont pas membres du Marché commun se sont naturellement aussi intéressés au projet de la CEE. Sur l'initiative du Royaume-Uni et de la Suède, une discussion a été ouverte au sein de l'AELE. Un premier échange de vues entre experts des pays membres de l'AELE a eu lieu à Genève les 3 et 4 février 1965. Les experts ont estimé que le système de la double convention, préconisé par les Pays-Bas, était celui qui permettrait la coopération la plus efficace à l'échelon européen.

Réuni au niveau ministériel à Vienne les 24 et 25 mai 1965, le Conseil mixte de l'Association Finlande-AELE a approuvé ces conclusions et a constitué formellement le groupe de travail «brevets». Il l'a chargé, d'une part, de présenter, en ce qui concerne la collaboration avec la CEE, des propositions tenant compte des développements actuels et, d'autre part, d'étudier les possibilités de coopération entre les Etats de l'AELE.

Dès juillet 1965, le groupe de travail a examiné l'ensemble de la question; il est arrivé à la conclusion que l'avant-projet publié en 1962 par la CEE constituait une bonne base de travail et il a établi un projet de répartition des dispositions de cet avant-projet entre les deux conventions envisagées<sup>64</sup>.

Le groupe de travail «brevets» a en outre abordé la question des possibilités de coopération entre les Etats de l'AELE. Il a envisagé les quatre possibilités suivantes<sup>65</sup>:

- création d'un brevet AELE,
- échange des résultats des recherches techniques,
- création d'un office AELE de délivrance des brevets,
- validité dans tous les pays de l'AELE des brevets délivrés par chacun d'eux.

Les deux premières possibilités ont cependant été écartées d'entrée de cause. La première parce qu'en l'état actuel des choses, il a paru qu'un brevet commun, avec tous les effets en découlant, ne correspondait pas à une nécessité. La seconde du fait qu'en raison de la diversité existant

<sup>64</sup> Le Conseil de l'AELE a autorisé au début de 1969 la diffusion du rapport de son Comité d'experts en brevets du 19 janvier 1967 (cf. Doc. EFTA 4/67 + trois annexes, en anglais seulement).

<sup>65</sup> Cf. Rapport du Président du Groupe suisse de l'AIPPI, Revue suisse 1966, p. 15.

dans les recherches techniques, aucune comparaison n'est possible d'un pays à l'autre; tous les pays de l'AELE ne pratiquent du reste pas le même examen de nouveauté.

Le groupe de travail a en revanche entrepris un examen approfondi des deux autres possibilités de coopération au sein de l'AELE.

## **2. Projet d'Office AELE de délivrance des brevets**

La constitution et les tâches d'un Office AELE de délivrance des brevets feraient l'objet d'une convention internationale qui réglerait directement la matière. Il ne serait donc pas nécessaire d'amender les législations nationales.

L'Office AELE procéderait à un examen complet des conditions auxquelles serait soumise la délivrance d'un brevet valable (notamment la nouveauté et l'idée créatrice).

En ce qui concerne l'organisation de l'Office, le groupe de travail estime qu'il faudrait éviter une trop grande centralisation. Il propose de créer, d'une part un office central et d'autre part une succursale dans chaque Etat membre<sup>66</sup>. L'examen serait exécuté essentiellement par ces succursales, entre lesquelles les demandes de brevets pourraient être réparties selon leur origine, la matière technique qu'elles concernent ou la langue dans laquelle elles sont rédigées.

Du point de vue suisse, la création d'un Office AELE ne se heurterait sans doute pas à de grandes difficultés. Si notre pays tient à maintenir les restrictions actuelles à la brevetabilité de certaines inventions (substances chimiques, produits pharmaceutiques, etc.), on pourrait limiter en conséquence la validité des brevets délivrés par l'Office AELE.

On peut toutefois se demander s'il ne serait pas préférable de créer un office complètement centralisé. La solution des offices-succursales, envisagée par le groupe de travail, provoquerait certainement des complications administratives sérieuses.

## **3. Reconnaissance réciproque de la validité des brevets**

Le groupe de travail a considéré que le système envisagé exigerait l'harmonisation des législations des Etats membres dans de nombreux domaines, notamment en ce qui concerne le droit au brevet, l'idée créatrice, la nouveauté, le contenu de la description, l'interprétation des revendications et les conditions de délivrance des brevets additionnels. Les procédures d'opposition et de nullité devraient aussi être adaptées. De plus, il faudrait unifier la documentation technique qui sert de base

<sup>66</sup> Cf. Doc. EFTA/W 2/67, Annexe 1, p. 3.

à l'examen. Chaque pays resterait en revanche libre de refuser la brevetabilité à certaines catégories d'inventions.

La réalisation de cette solution serait certainement longue et difficile. Si l'on veut aboutir à une collaboration efficace et relativement étroite entre les Etats de l'AELE, la solution de l'Office AELE serait vraisemblablement préférable; au surplus, elle serait de nature à favoriser une future collaboration AELE-CEE en matière de brevets d'invention. La reconnaissance réciproque de la validité des brevets aurait en revanche l'avantage d'éviter la création d'un nouvel organisme international.

La Suisse ne pourrait participer à un tel système que dans la mesure où elle aurait introduit l'examen préalable complet des demandes de brevets<sup>67</sup>. Cela se traduirait par une augmentation de personnel et de frais. Rappelons qu'actuellement, l'examen préalable n'est pratiqué en Suisse que dans le domaine de la technique de la mesure du temps et dans celui des fibres textiles artificielles; cet examen ne s'étend qu'à 5% environ des demandes de brevets.

#### 4. Conclusions

En l'état actuel des discussions, les membres suisses du Comité d'experts ont estimé qu'il conviendrait que, dans chaque pays, les milieux économiques intéressés soient consultés, «puisque'en définitive, ce sont eux qui bénéficieront des mesures prises ou qui auront à les subir, selon que celles-ci leur paraîtront opportunes ou non»<sup>68</sup>. Le Comité d'experts ayant décidé de donner suite à cette suggestion, le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle a consulté, à fin avril 1966, les milieux intéressés suisses, à savoir le «Vorort» de l'Union suisse du commerce et de l'industrie, la Fédération suisse des ingénieurs-conseils et le Groupe suisse de l'AIPPI.

Une fois en possession des observations de ses membres, le Groupe suisse, dans un mémoire commun avec le «Vorort» de l'Union suisse du commerce et de l'industrie, a fait connaître à fin juin 1966 son avis au Bureau fédéral<sup>69</sup>.

Les milieux consultés ont été unanimes à estimer que l'effort principal de la Suisse devait tendre à la réalisation d'une réglementation valable

<sup>67</sup> Relevons à ce propos que le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle a l'intention de consulter les milieux économiques pour déterminer s'il est opportun d'envisager une extension des domaines techniques pour lesquels les brevets sont délivrés après examen de nouveauté (cf. le Rapport annuel du Président du Groupe suisse de l'AIPPI du 27 mars 1969, Revue suisse 1969, fasc. 1 p. 32.)

<sup>68</sup> P. J. POINTET, Revue suisse, 1966, p. 15.

<sup>69</sup> Cf. Revue suisse, 1967, p. 24.

pour tous les pays de l'Europe de l'Ouest. Dans la mesure où provisoirement une telle solution ne serait pas réalisable, le système de double convention préconisé par les Pays-Bas devrait être soutenu. Si les Etats de la CEE refusaient la collaboration des pays de l'AELE dans un système de double convention et réalisaient leur projet de convention réservée aux seuls partenaires de la Communauté, tout devrait être mis en œuvre pour que les ressortissants des pays non membres puissent déposer des demandes de brevets.

Le Comité des brevets de l'AELE a tenu plusieurs réunions au cours de ces dernières années. Il a voué une attention toute particulière aux possibilités de rapprochement avec la CEE. Jusqu'ici, aucun résultat n'a toutefois été obtenu; il ne pouvait pas en être autrement, étant donné l'interruption des discussions au sein de la CEE.

La reprise des travaux relatifs à la Convention établissant un brevet européen, décidée en principe par le Conseil des Ministres de la CEE au début de novembre 1968<sup>70</sup>, permettra peut-être un rapprochement – du moins dans le domaine des brevets – entre l'AELE et la CEE.

## VII. Les travaux effectués dans les pays nordiques

Les pays nordiques ont décidé de collaborer dans le domaine des brevets, avant tout pour des raisons de rationalisation, en vue de réduire, d'une part, le travail administratif considérable des offices de brevets de ces différents pays et, d'autre part, d'accélérer sensiblement la procédure, parfois très longue, de l'octroi des brevets<sup>71</sup>.

La mise au point d'un système nordique de demandes de brevets n'a pas été le point de départ, mais elle est le résultat des travaux accomplis. La réalisation des pays nordiques a ainsi confirmé la thèse du Conseil de l'Europe selon laquelle une unification des lois de brevets est une condition essentielle si l'on veut créer un brevet valable dans plusieurs pays<sup>72</sup>.

Si les travaux préparatoires ont conduit à l'élaboration d'un projet de loi uniforme, en revanche, chacun des quatre Etats nordiques (Danemark, Finlande, Norvège et Suède) a promulgué sa propre loi, qui diffère du projet dans certaines de ses dispositions<sup>73</sup>. Les différences

<sup>70</sup> Cf. p. 55.

<sup>71</sup> v. ZWEIFBERGK, Der skandinavische Patentgesetzentwurf, GRUR Ausl., 1962, p. 554.

<sup>72</sup> HAERTEL, Die neuere Entwicklung des Patentrechts in Europa unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs über ein europäisches Patentrecht, GRUR 1965, p. 61.

<sup>73</sup> Loi danoise du 20. 12. 1967, loi finlandaise du 15. 12. 1967, loi norvégienne du 15. 12. 1967 et loi suédoise du 1. 12. 1967; cf. Prop. ind. 1968, p. 168, et GRUR (Int.) 1968, p. 327.

concernent cependant surtout l'organisation des diverses autorités judiciaires et administratives. Pour le reste, l'harmonisation a été réalisée dans une large mesure. En particulier, on a créé la base d'un système commun d'examen et de délivrance des brevets. Il suffira de déposer une seule demande de brevet – dans l'un quelconque des quatre pays – pour les quatre pays ou pour trois pays seulement, y compris celui de la demande. A côté du système nordique de demande – qui n'entrera en vigueur qu'après qu'un accord spécial aura été conclu entre les gouvernements des quatre pays –, la possibilité subsiste de déposer une demande nationale ne concernant que le pays où elle a été présentée<sup>74</sup>.

Selon le système prévu, on n'aura toutefois pas affaire à un brevet commun, mais à un faisceau de quatre brevets nationaux, c'est-à-dire un brevet danois, finlandais, norvégien et suédois. Car, dès l'octroi du brevet, chacun de ces quatre brevets nationaux existera indépendamment des autres. Il pourra, dans un pays, être cédé, abandonné ou faire l'objet d'une licence sans que les trois autres brevets en soient affectés.

Les nouvelles lois nordiques sur les brevets ont incontestablement un grand mérite. Elles tiennent compte aussi bien des travaux effectués à Strasbourg au sein du Conseil de l'Europe que de ceux de Bruxelles entrepris par la Communauté économique européenne. Les pays nordiques disposent aujourd'hui d'une codification moderne en matière de brevets d'invention qui devrait pouvoir s'insérer sans grandes difficultés dans le cadre d'une coopération européenne plus large en matière de brevets<sup>75</sup>.

Les textes législatifs adoptés, même abstraction faite de leur aspect «international», ne constituent toutefois pas une solution finale au problème de l'unification du droit des brevets au sein des pays nordiques. Ils n'en représentent qu'une étape. Indépendamment de ce que nous venons de voir au sujet des brevets, la réglementation reste à plusieurs égards «nationale». Nous n'en voulons pour preuve que les deux exemples suivants :

Les demandes de brevets peuvent être déposées auprès de l'un quelconque des offices scandinaves, quel que soit le domaine technique entrant en considération. Chaque office national doit donc avoir recours à des examinateurs qualifiés pour tous les différents domaines techniques, même si cet office ne reçoit que peu de demandes dans tel ou tel domaine. Du point de vue de la rationalisation de l'examen des demandes, il eût

<sup>74</sup> Cf. BORGARD, La nouvelle législation nordique sur les brevets, Prop. ind. 1968, p. 186; v. ZWEIFBERGK et LEWIN, Die neue nordische Patentgesetzgebung, GRUR (Int.) 1968, p. 305.

<sup>75</sup> Dans le même sens: LEWIN, Der skandinavische Patentgesetzentwurf im Schlußbericht des Sachverständigen, GRUR Ausl., 1964, p. 254.

évidemment été plus judicieux de donner à chaque office la compétence de s'occuper d'un certain domaine de la technique. Le recrutement du personnel qualifié en aurait été facilité.

D'autre part, seuls les tribunaux nationaux ont la compétence de connaître des différentes actions en matière de brevet. Une divergence d'un pays à l'autre quant à la jurisprudence semble de ce fait inévitable. Seul un tribunal nordique supranational aurait été en mesure d'éviter une telle divergence jurisprudentielle. Une unification dans ce domaine a cependant paru prématurée. Il a été nécessaire de tenir compte du fait qu'aucun des Etats nordiques n'était actuellement prêt à accepter la création d'un tribunal supranational ou à reconnaître chez lui les décisions des tribunaux des autres pays contractants.

## VIII. Le plan des BIRPI pour l'établissement d'un *Traité de coopération en matière de brevets (PCT)*

### 1. Généralités

Les mesures prises par certains pays<sup>76</sup>, quelque utiles qu'elles soient du point de vue national, n'apportent pas de solution aux problèmes que pose la protection des inventions dans plusieurs pays.

Afin d'alléger le travail des offices de brevets et de faciliter le dépôt des demandes de brevets dans les différents pays, le Comité exécutif de l'Union de Paris, sur la proposition des Etats-Unis d'Amérique, a adopté le 29 septembre 1966 une résolution demandant au directeur des BIRPI d'étudier le plus rapidement possible ce problème et de trouver une solution qui permettrait de réduire raisonnablement les demandes de dépôts multiples<sup>77</sup>.

Avec la collaboration d'experts provenant des six pays ayant le plus de demandes de brevets<sup>78</sup>, les BIRPI ont élaboré un projet de plan visant à faciliter le dépôt et l'examen des demandes de protection d'une même

<sup>76</sup> Par ex. en Rép. féd. d'Allemagne et au Pays-Bas, introduction de l'examen différé; cf. GAUL/BREITENBACH, *Bedeutende Auswirkungen der Reform des Patent- und Warenzeichenrechts*, NJW 1968, p. 1353; DE HAAN, *Neuregelung des Patenterteilungsverfahrens in den Niederlanden?* GRUR Ausl., 1964, p. 349. — En Suisse, à la suite de diverses mesures internes prises dès 1964 par le Bureau fédéral pour augmenter le nombre des demandes traitées par les examinateurs, le nombre des demandes de brevets en suspens a reculé chaque année (cf. p. 59, note 123).

<sup>77</sup> Cf. Prop. ind. 1966, p. 59 et 241.

<sup>78</sup> Rép. féd. d'Allemagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Grande-Bretagne, Japon, URSS.

invention dans plusieurs pays<sup>79</sup>. A fin mai 1967, un premier projet de convention a été soumis aux experts des pays intéressés. Ce projet a fait l'objet d'un examen par un comité d'experts réuni à Genève du 2 au 10 octobre 1967 et groupant les représentants des 23 pays dans lesquels plus de 5000 demandes de brevets sont déposées chaque année<sup>80</sup>. Tous les experts présents, à l'exception de celui du Mexique, et quelles que soient les remarques faites quant aux dispositions envisagées, se sont prononcés en faveur des idées contenues dans le plan.

La Conférence des représentants de l'Union de Paris, au cours de sa session de décembre 1967, a exprimé l'opinion que les travaux préparatoires relatifs au Traité devraient être poursuivis<sup>81</sup>.

A la suite de la réunion à Genève du 25 au 29 mars 1968 d'un groupe de travail d'experts gouvernementaux<sup>82</sup> et des suggestions faites par les milieux intéressés, les BIRPI ont repris l'étude de l'ensemble du problème et préparé un second projet de plan pour l'établissement d'un Traité de coopération en matière de brevets ainsi qu'un projet de Règlement d'exécution<sup>83</sup>.

## 2. La portée du plan

### a) Généralités

Le nouveau projet de Traité proposé comprend trois éléments principaux: une demande internationale, une recherche internationale et un examen préliminaire international<sup>84</sup>. Les deux premiers éléments sont inséparables; en effet, toutes les demandes internationales feraient l'objet d'une recherche internationale. Ces deux éléments sont donc obligatoires, c'est-à-dire que chaque Etat devenant partie au PCT devrait les appliquer

<sup>79</sup> Plan des BIRPI pour l'établissement d'un Traité de coopération en matière de brevets (Plan for a Patent Cooperation Treaty = PCT); cf. mémoire explicatif concernant le premier projet dans Prop. ind. 1967, p. 167 ss.

<sup>80</sup> Cf. Prop. ind. 1968, p. 16.

<sup>81</sup> Cf. Prop. ind. 1968, p. 16.

<sup>82</sup> Cf. Prop. ind. 1968, p. 91.

<sup>83</sup> Cf. Doc. BIRPI/PCT III/5 et 6 du 15. 7. 1968. - Le second projet a été examiné et de nouvelles suggestions ont été faites à l'occasion de la réunion à Genève, du 2 au 10 décembre 1968, d'un Comité d'experts aux travaux duquel tous les pays de l'Union de Paris ont été invités à se faire représenter. Une nouvelle version du projet et du Règlement d'exécution sera établie par les BIRPI au cours de 1969. La question est encore ouverte de savoir si le nouveau projet sera soumis tout d'abord à un petit Comité d'experts ou directement, en 1970, à une conférence diplomatique, qui se tiendra vraisemblablement à Washington (cf. Rapport annuel du Président du Groupe suisse de l'AIPPI du 27 mars 1969, Revue suisse 1969, fasc. 1 p. 17).

<sup>84</sup> En ce qui concerne les modifications apportées au deuxième projet par rapport au premier, cf. Doc. BIRPI/PCT III/3 du 15. 7. 1968; cf. égal. les «Grandes lignes du Traité proposé», Doc. BIRPI/PCT III/4, Prop. ind. 1968, p. 240 ss.

et aucun déposant choisissant d'utiliser le PCT ne pourrait les éviter; ils constituent ce qu'on appelle «la première phase».

Le troisième élément – l'examen préliminaire international – serait facultatif. Tout Etat contractant pourrait décider de ne pas adhérer aux dispositions du Traité qui concernent l'examen préliminaire international. Cet élément est appelé «la seconde phase» du PCT. Pour les Etats ou les déposants qui choisiraient de ne pas utiliser la seconde phase, la première serait la seule phase internationale.

## b) La première phase

La première phase comprendrait les étapes suivantes:

Le déposant déposerait une demande internationale auprès de son office national. Cet office contrôlerait la demande quant à la forme et vérifierait en particulier si elle remplit les conditions minimums lui permettant d'acquiescer une date de dépôt. Ce même office adresserait une copie de la demande au Bureau international et une copie à l'administration chargée de la recherche, c'est-à-dire, indépendamment de l'Institut international des brevets de La Haye, les administrations nationales prêtes à faire la recherche de nouveauté, soit les offices de brevets de Moscou, Munich, Tokyo et Washington. Cette administration procéderait à une recherche documentaire à l'égard de la demande et établirait un rapport («rapport de recherche») qui se bornerait à citer les documents considérés comme pertinents aux fins de l'examen. Après avoir pris connaissance du rapport, le déposant aurait la possibilité de retirer sa demande ou de modifier les revendications.

La demande, avec le rapport de recherche, serait ensuite communiquée à l'office national de chaque Etat contractant désigné par le déposant. La demande internationale serait alors publiée par le Bureau international, mais pas avant la date à laquelle elle aurait de toute façon été publiée conformément à la législation nationale de l'Etat désigné par le déposant et en aucun cas avant l'expiration d'un délai de 18 mois à compter de la date de priorité. Le Traité ne contiendrait pas de dispositions relatives à la phase nationale au cours de laquelle la demande de brevet serait examinée dans chaque pays où le déposant désire obtenir un brevet. Cet examen ne pourrait cependant pas commencer avant l'expiration du vingtième mois à compter de la date de priorité.

Le dépôt d'une demande internationale aurait deux effets juridiques:

- la demande internationale aurait les effets d'une demande nationale dans chacun des Etats désignés;
- la procédure relative à la demande au sein des offices nationaux serait suspendue jusqu'à l'expiration d'un délai de vingt mois au moins à

compter de la date de priorité et, en principe, jusqu'à ce que le rapport international de recherche soit disponible.

### **c) La deuxième phase**

La deuxième phase comprendrait les étapes suivantes:

Le déposant demanderait l'examen préliminaire international. Cette demande serait adressée à l'administration chargée de l'examen préliminaire. L'examen porterait essentiellement sur la question de savoir si l'invention revendiquée «semble être nouvelle», si elle implique une activité inventive et si elle est susceptible d'application industrielle. Le rapport d'examen préliminaire serait alors établi; il ne se prononcerait pas sur la brevetabilité de l'invention revendiquée.

Afin de sauvegarder les intérêts du déposant, le rapport d'examen préliminaire ne serait pas publié. Le fait qu'un examen préliminaire a été demandé serait confidentiel. Un retrait éventuel de la demande d'examen et les résultats de ce dernier seraient également confidentiels.

Le seul effet juridique découlant de l'utilisation de la seconde phase serait que la procédure au sein des offices nationaux serait suspendue jusqu'à l'expiration du vingt-cinquième mois au moins à compter de la date de priorité.

## **3. Les avantages du système proposé**

### **a) Avantages de la première phase**

Une des premières conséquences pratiques du système est que le déposant pourrait provoquer l'existence de demandes dans plusieurs pays en déposant une seule demande rédigée en une langue et en payant une seule fois les taxes prévues.

Une seconde conséquence de grande importance réside dans le fait que les procédures nationales commenceraient à des conditions plus avantageuses que si le PCT n'existait pas, aussi bien pour le déposant que pour les offices nationaux. Le déposant pourrait se former une opinion quant à la valeur de son invention; les offices nationaux se verraient déchargés d'une part substantielle de la tâche d'examen, la recherche de l'état de la technique ayant déjà été effectuée.

### **b) Avantages de la deuxième phase**

Dans la deuxième phase également, la procédure nationale commencerait à des conditions plus avantageuses que si le PCT n'existait pas, aussi bien pour le déposant que pour les offices nationaux. Le déposant aurait, grâce au rapport d'examen préliminaire, une indication sur ses chances d'obtenir un brevet. Les offices chargés de l'examen économiseraient la

quasi-totalité de leurs efforts relatifs à l'examen; tout ce qu'ils devraient encore faire serait de tirer du rapport leurs propres conclusions quant à la brevetabilité, à la lumière de leur législation nationale.

#### 4. Conclusions

Le PCT constituerait incontestablement un grand progrès sur le plan international et serait une excellente base pour le développement ultérieur de la protection des inventions.

Le système proposé diffère fondamentalement du plan des six Etats membres de la CEE. Tandis que le projet de convention CEE prévoit un brevet international, une Cour de justice supranationale et une procédure devant cette dernière en vue de juger de la validité des brevets, et contient d'autres dispositions sortant leurs effets après l'octroi du brevets<sup>85</sup>, le projet des BIRPI ne traite d'aucune de ces questions. Tous les problèmes pouvant naître après la délivrance du brevet continueraient à relever exclusivement de la juridiction de chaque Etat contractant.

Malgré les différences existant entre les propositions des BIRPI et celles de la CEE, il n'y a entre les deux projets aucune opposition susceptible de créer des conflits<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Cf. p. 19 ss.

<sup>86</sup> Cf. également dans ce sens Doc. BIRPI/PCT/Int./1 du 28. 2. 1967, Prop. ind. 1967, p. 62/63, ch. 13 et Doc. BIRPI/PCT/III/4 du 15. 7. 1968.

## **La question de l'ouverture de la Convention de la CEE établissant un brevet européen et l'article 15 de la Convention de Paris**

### **I. Généralités**

La Convention CEE en matière de brevets d'invention sera-t-elle réservée aux seuls pays membres de la CEE ou sera-t-elle ouverte également aux pays tiers qui désireraient en faire partie?

La seule disposition de la Convention de Paris qui se réfère à d'autres conventions ou arrangements conclus par des Etats membres de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle est l'art. 15, qui réserve aux pays de l'Union le droit de prendre «séparément, entre eux, des arrangements particuliers pour la protection de la propriété industrielle»; de tels arrangements ne doivent toutefois pas contrevenir aux dispositions de la Convention de Paris.

Les arrangements que des pays unionistes peuvent conclure entre eux sont à classer en trois principales catégories:

#### **1. Les arrangements particuliers conclus dans le cadre de l'Union générale**

Les arrangements multilatéraux élaborés en tant qu'arrangements particuliers parce que la prise en considération de leurs dispositions dans la Convention de Paris n'était pas possible faute d'unanimité sont actuellement au nombre de six: l'Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses, l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques de fabrique ou de commerce, l'Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins et modèles industriels, l'Arrangement de Nice concernant la classification des produits et des services auxquels s'appliquent les marques de fabrique ou de commerce, l'Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international et l'Arrangement

de Locarno instituant une classification internationale pour les dessins et modèles industriels (ce dernier arrangement, du 8 octobre 1968, n'est pas encore entré en vigueur).

Ces six Arrangements, conclus dans le cadre de l'Union générale en tant que chartes d'unions particulières, sont ouverts à tous les pays membres de l'Union générale. Aucun doute n'existe à ce sujet et personne n'a jamais prétendu le contraire.

## **2. Les arrangements bilatéraux**

Des arrangements bilatéraux ont été conclus entre certains Etats membres de l'Union afin de régler des questions particulières. Par exemple, l'Accord germano-suisse du 13 avril 1892 concernant la protection réciproque des brevets, dessins, modèles et marques et le Traité conclu entre la Suisse et la République fédérale d'Allemagne le 7 mars 1967 relatif à la protection des indications de provenance et d'autres dénominations géographiques<sup>87</sup>.

De tels accords bilatéraux ne peuvent, de par leur nature même, qu'être fermés. Leur but est de régler des questions précises qui ne concernent que les deux Etats parties à l'accord et on ne saurait concevoir un droit quelconque pour d'autres pays unionistes de s'immiscer dans ces relations bilatérales.

## **3. Les arrangements multilatéraux conclus en dehors de l'Union générale**

Des arrangements multilatéraux ont été conclus par plusieurs Etats unionistes en dehors du cadre de l'Union de Paris; ils traitent de questions que ces Etats ont considéré utile de régler entre eux.

Il en est par exemple ainsi de la Convention et de la loi uniforme Benelux en matière de marques de produits, signées le 19 mars 1962<sup>88</sup>, mais non encore entrées en vigueur, et de l'Accord instituant un système nordique de demande de brevet, partie intégrante des lois votées en 1967 par les Parlements du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède, qui entrera en vigueur après la conclusion d'un accord spécial entre les gouvernements des quatre pays<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> ou par ex. les accords concernant la protection des indications de provenance conclus par la Rép. féd. d'All. avec la France (du 8 mars 1960), l'Italie (du 23 juillet 1963) et la Grèce (du 16 avril 1964).

<sup>88</sup> Le projet de Convention et de loi uniforme a été publié par le Secrétariat général de l'Union douanière néerlando-belgo-luxembourgeoise, Bruxelles (sans date).

<sup>89</sup> Cf. p. 35 ss.

Les accords multilatéraux de ce genre ont aussi manifestement été conclus pour régler des questions propres aux pays qui les ont mis sur pied et on voit mal comment d'autres pays unionistes pourraient y adhérer. Ces accords doivent donc également être considérés comme fermés, du moins aussi longtemps que les pays membres ne jugeront pas utile de les ouvrir à d'autres pays.

## II. Le caractère de la Convention CEE selon l'avant-projet de 1962

La question qui se pose est celle de savoir si la Convention CEE établissant un brevet européen rentre dans la catégorie des accords multilatéraux fermés ou si au contraire elle doit être considérée comme ouverte.

A notre connaissance, ceux qui jusqu'ici se sont occupés du problème se sont fondés non sur la distinction que nous avons établie sous ch. I ci-dessus, ni à proprement parler sur des considérations d'ordre juridique, mais essentiellement sur des motifs d'opportunité politico-économique.

Pour les auteurs qui considèrent que la Convention CEE ne saurait être assimilée à un arrangement conclu dans le cadre de l'art. 15 de la Convention d'Union, il ne saurait faire de doute qu'on a affaire à une convention fermée<sup>90</sup>.

Quant aux adversaires de la solution «fermée», ils font valoir qu'en vertu du principe de l'assimilation de l'étranger au national de l'art. 2 de la Convention d'Union, seule l'ouverture de la Convention n'aurait pas d'effets discriminatoires pour les ressortissants des autres pays membres de l'Union de Paris. Ils soutiennent que cette discrimination devient encore plus manifeste lorsque l'on considère que de grandes sociétés étrangères établiront sans aucun doute dans les pays du Marché commun des filiales et des succursales qui – puisqu'elles ressortiront audit Marché – pourront demander et obtenir des brevets CEE, alors que des sociétés de petite et moyenne importance et les inventeurs isolés ne disposant pas de gros capitaux seront privés des avantages du Traité, puisqu'ils ne pourront pas s'établir dans les limites du Marché commun<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> Cf. les auteurs cités au chapitre IV, L'accessibilité au brevet de la CEE et l'art. 2 de la Convention de Paris, p. 49, note 96

<sup>91</sup> Cf. LADAS, «Le Traité du Marché commun concernant les brevets et les marques de fabrique ou de commerce sera-t-il «ouvert» ou «fermé»?», Prop. ind. 1962, p. 37; cf. également la Note présentée par LADAS à la Commission pour la protection internationale de la propriété industrielle de la CCI (Doc. 450/220 du 16 mars 1962).

Quelque pertinents que puissent être ces motifs du point de vue de la politique économique, il n'en reste pas moins que sur le plan juridique, la Convention CEE doit être classée dans la catégorie des arrangements multilatéraux conclus en dehors de l'Union de Paris. Son but est d'instituer un brevet commun afin de tenir compte des besoins des pays membres. Que d'autres pays estiment qu'une participation à ce brevet commun serait également intéressante pour eux ne change rien au droit des six pays de limiter à leurs territoires le champ d'application de la Convention et, partant, de considérer cette dernière comme fermée.

Les pays tiers ne sauraient d'autre part invoquer pour justifier une demande d'ouverture de la Convention – la question de l'accessibilité que nous traitons au chapitre suivant étant réservée – une discrimination à l'égard de leurs ressortissants contraire au principe de l'assimilation de l'étranger au national (art. 2 de la Convention de Paris). D'une part parce que lesdits ressortissants continueraient d'avoir la possibilité de demander dans chacun des six pays de la CEE l'octroi d'un brevet national et, d'autre part, parce qu'une solution libérale au problème de l'accessibilité serait suffisante pour écarter toute possibilité de discrimination.

Le seul grief qu'on pourrait faire à la CEE – mais il ne s'agit pas d'un grief juridique –, c'est d'avoir provoqué la confusion dans les esprits en baptisant son brevet «européen». Si l'on avait parlé d'entrée de cause d'une Convention établissant un brevet «Marché commun», il est probable que la discussion concernant la question de savoir si l'on avait affaire à une convention ouverte ou fermée aurait été étouffée dans l'œuf<sup>92</sup>.

Au point de vue du développement de la protection des droits de propriété industrielle sur le plan international, il serait opportun que les six pays de la CEE fassent preuve de libéralisme – du reste dans leur propre intérêt bien compris – et ouvrent la Convention établissant un brevet européen à d'autres pays connaissant des conditions de protection des brevets d'invention analogues à celles qui existent dans les pays du Marché commun.

La Conférence des Présidents de l'AIPPI tenue à Berlin en 1963 a eu l'occasion d'examiner le problème. Après avoir relevé que la question de l'ouverture de la Convention était dominée par l'option de base: brevet du Marché commun et convention fermée, ou brevet européen ou même brevet international à vocation universelle et convention ouverte, la Conférence des Présidents s'est prononcée à l'unanimité en faveur d'un brevet international à vocation universelle et, par conséquent,

<sup>92</sup> Il n'est par ex. venu à l'idée de personne de prétendre que la Convention et la loi uniforme Benelux en matière de marques devaient être ouvertes à d'autres pays.

en faveur de l'ouverture de la Convention, en invoquant en particulier les motifs suivants: il est dans l'intérêt des inventeurs de simplifier et d'unifier la procédure, de réduire les frais et d'assurer une plus grande extension territoriale de la protection, tout en saisissant l'occasion de réaliser l'unification du droit recherchée depuis très longtemps<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> Cf. Annuaire AIPPI 1963, nouvelle série no 13, 1<sup>re</sup> partie, p. 718.

## Chapitre IV

# L'accessibilité au brevet européen et l'article 2 de la Convention de Paris

### I. Généralités

L'ouverture d'une convention est la faculté offerte à d'autres pays que les Etats signataires d'y adhérer. L'accessibilité est la possibilité donnée aux ressortissants de pays non membres de bénéficier des dispositions d'une convention au même titre que les ressortissants des Etats membres.

Dans le cas de la Convention de la CEE établissant un brevet européen, «l'accessibilité s'entend de la faculté de demander le brevet européen», pour reprendre la définition formulée par la Conférence des Présidents de l'AIPPI de 1963 (Berlin)<sup>84</sup>.

Les adversaires de l'accessibilité font valoir les difficultés qui résulteraient de l'application de ce principe pour l'Office européen des brevets, qui risquerait d'être submergé de demandes émanant de ressortissants de pays non membres de la Convention et n'ayant de ce fait à supporter aucune des charges administratives et financières incombant aux six pays de la CEE. Un grand nombre de demandes entraînerait un surcroît de travail et un retard dans l'octroi des brevets, dont souffriraient avant tout les ressortissants des Etats membres.

Un autre motif d'opposition, non avoué, est la crainte de certains milieux de la Communauté que l'accessibilité n'ouvre la voie à de nombreuses demandes de brevets européens et crée ainsi des obstacles à l'évolution et à l'expansion de la vie économique des pays membres de la CEE.

En ce qui concerne le premier argument, on peut répondre qu'une augmentation du travail administratif de l'Office européen des brevets serait largement compensée par la diminution de travail qui résulterait pour chaque administration nationale du fait du dépôt d'une seule demande de brevet européen, à la place du dépôt d'une demande dans les six différents pays membres. L'intérêt bien compris de ces pays est

<sup>84</sup> Cf. Annuaire AIPPI 1963, Nouvelle série, no 13, p. 9.

donc d'accepter l'accessibilité, puisqu'il en résulterait un allègement notable pour leurs propres offices de brevets.

Quant au second argument, le moins qu'on puisse dire, c'est qu'à la longue les mesures autarciques ne sont jamais payantes.

## II. Les conséquences de l'assimilation de l'étranger au national

La thèse de l'accessibilité est fondée sur l'art. 2 de la Convention de Paris, de la teneur suivante:

« Les ressortissants de chacun des pays contractants jouissent dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des conditions et formalités imposés aux nationaux. »

En application de ce principe, les pays unionistes ne peuvent plus, comme c'était le cas avant 1883, faire dépendre l'octroi du bénéfice de la législation nationale à un étranger de la réciprocité accordée dans le pays d'origine. Toute différence de traitement entre nationaux et étrangers a été supprimée. L'étranger ressortissant d'un Etat unioniste peut donc se prévaloir tant des droits reconnus spécialement par la Convention que de ceux reconnus aux nationaux par les lois internes, sans qu'aucune obligation de domicile ou d'établissement puisse lui être imposée par le pays où la protection est réclamée<sup>95</sup>.

Certes, ainsi que nous l'avons déjà relevé à propos de l'ouverture de la Convention, la possibilité restera donnée de demander un brevet national dans chacun des pays membres de la Communauté. Mais si cet argument peut être retenu comme suffisant en ce qui concerne la question de savoir si la Convention doit être ouverte ou si elle peut être fermée, il est en revanche inopérant dans le cas qui nous occupe ici.

Alors que l'ouverture intéresse les Etats tiers, l'accessibilité concerne en effet leurs ressortissants. Et l'art. 2 de la Convention vise non les rapports entre Etats, mais la situation des ressortissants unionistes dans chacun des Etats membres de la Convention.

En cas de non-accessibilité, les ressortissants des Etats unionistes non membres de la Convention CEE se trouveront discriminés par rapport aux ressortissants des Etats membres de la Communauté. Il en sera en particulier ainsi si le brevet européen couvre certaines catégories d'inventions non protégées par le brevet national. Il y aura également

<sup>95</sup> Cf. P. J. POINTEY, Cours de propriété intellectuelle, Université de Neuchâtel.

discrimination si le ressortissant étranger n'a pas la possibilité de bénéficier des avantages offerts par le brevet européen, par exemple de voir sa demande soumise à l'examen préalable différé ou si le montant total des taxes, émoluments et annuités qu'il doit payer dans l'ensemble des six pays est supérieur au montant total des taxes, émoluments et annuités résultant du brevet européen.

L'accessibilité est la conséquence logique du principe de l'assimilation de l'étranger au national de l'art. 2 de la Convention de Paris.

Les partisans de la non-accessibilité<sup>96</sup> interprètent l'art. 2 de la Convention d'Union de façon étroite, en faisant observer qu'il ne s'applique qu'à l'égard des lois nationales des pays de l'Union<sup>97</sup>. Or, selon eux, les traités bilatéraux ou plurilatéraux, la Convention de Paris elle-même, les arrangements mentionnés à l'art. 15 de celle-ci ainsi que la future Convention sur le brevet européen ne constituent pas des «lois nationales»<sup>98</sup> émanant de la puissance publique dans chacun des pays respectifs. La Convention sur le brevet européen doit en outre, à leur avis, être considérée comme rentrant dans le cadre des arrangements particuliers visés à l'art. 15 de la Convention de Paris, dont le bénéfice est réservé aux ressortissants des pays signataires.

Ces thèses sont vivement combattues par les partisans de l'accessibilité<sup>99</sup>, qui relèvent que, dans plusieurs pays, les traités et conventions internationaux se trouvent intégrés dans la loi nationale, soit automatiquement dès la ratification, en raison de dispositions constitutionnelles, soit par une adaptation de la loi nationale, de sorte qu'il n'y a pas de différence de nature entre la législation d'une part et les traités et conventions d'autre part.

<sup>96</sup> Cf. COLAS, La non-accessibilité des ressortissants de pays tiers au bénéfice de la Convention sur le brevet européen serait-elle contraire à l'art. 2 de la Convention de 1883?, Prop. ind. 1963, p. 47; SAINT GAL, Projet d'un titre européen en matière de marques, RIPIA 1962, p. 200 ss.

<sup>97</sup> Cf. PLAISANT, De la protection internationale de la propriété industrielle, Paris 1933, p. 29 et 33; du même auteur: Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle, Paris 1949, p. 27.

<sup>98</sup> COLAS, op. cit., p. 48.

<sup>99</sup> ULMER, Accessibilité au brevet européen et Union de Paris, Prop. ind. 1963, p. 51 ss.; LADAS, Le traité du Marché commun concernant les brevets et les marques de fabrique ou de commerce sera-t-il «ouvert» ou «fermé»? , Prop. ind. 1962, p. 35 ss.; FRAYNE, Le brevet CEE et le principe de l'égalité de traitement, Prop. ind. 1962, p. 134 ss.

### III. La proposition de l'AIPPI

L'opposition doctrinale au sujet de l'accessibilité – la question ayant été mise en discussion par le Groupe américain<sup>100</sup> – s'est reflétée dans les rapports des groupements nationaux de l'AIPPI rédigés en vue du Comité exécutif d'Helsinki (1967)<sup>101</sup> et en particulier dans les rapports des groupes français et allemand. Alors que le premier a exprimé l'avis que l'interprétation des art. 2 et 15 de la Convention de Paris « autorise à refuser l'accès au ressortissant d'un pays membre de l'Union à des accords particuliers dans lesquels son pays ne serait pas partie »<sup>102</sup>, le second estime que l'art. 2 de la Convention a le pas sur l'art. 15 et qu'en conséquence, « les arrangements spéciaux, selon l'art. 15, qui concèdent directement aux ressortissants des Etats membres de ces arrangements spéciaux des droits dans leurs propres pays et dans les autres Etats membres de ces arrangements, doivent être conçus de manière que ces droits soient accessibles aux ressortissants de tous les Etats membres de la Convention »<sup>103</sup>.

A la suite des discussions qui eurent lieu à Helsinki en 1967, le Comité exécutif adopta la résolution suivante<sup>104</sup>:

« Tout arrangement conclu dans le cadre de l'art. 15 doit, s'il concerne le fond du droit, indiquer expressément s'il est ouvert ou fermé (c'est-à-dire si les autres Etats peuvent ou non y adhérer) et

- a) doit, s'il est fermé, être rendu accessible aux ressortissants de tous les pays de l'Union,
- b) peut, s'il est ouvert, être rendu inaccessible aux ressortissants des Etats de l'Union qui n'ont pas adhéré à l'arrangement. »

La proposition de l'AIPPI est intéressante et logique. En effet, si une convention est ouverte, chaque Etat a la possibilité, en y adhérant et en prenant à son compte les charges inhérentes à une participation, de mettre ses ressortissants au bénéfice des avantages offerts par la Convention. Dans ce cas, l'accessibilité peut – mais ne doit pas nécessairement – être refusée sans que soit violé le principe de l'assimilation de l'étranger au national, consacré par l'art. 2 de la Convention de Paris. Au contraire, si la Convention est fermée, la seule possibilité de tenir compte du principe de l'assimilation de l'étranger au national réside dans la reconnaissance de l'accessibilité.

<sup>100</sup> Cf. Rapport du Groupe des Etats-Unis, *Annuaire AIPPI 1964*, nouvelle série, no 13, 2<sup>e</sup> partie, p. 323.

<sup>101</sup> Cf. *Annuaire AIPPI 1967/II*, p. 48 ss.

<sup>102</sup> Cf. *Annuaire AIPPI 1967/II*, p. 297.

<sup>103</sup> Cf. *Annuaire AIPPI 1967/II*, p. 275.

<sup>104</sup> Cf. *Annuaire AIPPI 1967/III*, p. 53.

La résolution d'Helsinki limite toutefois l'application de la règle formulée aux arrangements concernant le fond du droit. La proposition présentée par le représentant du Groupe suisse de ne pas faire de distinction entre les arrangements de fond et les arrangements de procédure n'a pas été retenue<sup>105</sup>. Le Groupe suisse a toutefois repris cette proposition dans un nouveau rapport préparé en vue du Congrès de Venise (1969) de cette association, car il existe à son avis «autant d'intérêt de la part des pays de l'Union et de leurs ressortissants pour les possibilités, voire avantages découlant d'arrangements de cette catégorie»<sup>106</sup>.

Pour le surplus, le Groupe suisse s'est entièrement rallié à la résolution d'Helsinki; la solution proposée lui paraît en effet être la seule compatible avec la Convention de Paris.

Nous sommes également d'avis qu'aucune distinction ne devrait être faite entre les arrangements de fond et ceux de procédure. Non seulement parce que généralement les arrangements contiennent des dispositions aussi bien de droit matériel que de procédure, mais surtout parce que l'art. 2 de la Convention consacre le principe de l'assimilation de l'étranger au national sans distinguer entre le fond et la procédure. Par conséquent, si l'on se prononce en faveur de l'accessibilité, cette dernière ne peut être que complète.

#### IV. Conclusions

Un accord qui va plus loin que les arrangements particuliers traditionnels par le fait qu'il prévoit, comme cela est envisagé pour la Convention relative à un droit européen des brevets, un transfert de certaines compétences à la Communauté<sup>107</sup>, doit, à notre avis, également être considéré comme un arrangement particulier au sens de la Convention de Paris. Or, les engagements de droit international souscrits par les Etats contractants du fait de leur adhésion à la Convention d'Union ne sont pas affectés par ce transfert de compétences. Les Etats contractants ne peuvent pas se décharger de leurs engagements internationaux en transférant certaines compétences<sup>108</sup> à la communauté dont ils relèvent<sup>109</sup>. Ils doivent au contraire veiller à ce que l'accord qui implique le transfert

<sup>105</sup> Cf. *Annuaire AIPPI* 1967/III, p. 53.

<sup>106</sup> Cf. Rapport du Groupe suisse concernant l'application des articles 2 et 15 de la Convention d'Union (question 48 B), *Annuaire AIPPI* 1968 (rapports des groupes nationaux pour le Congrès de Venise), à p. 378 ss.

<sup>107</sup> Cf. p. 22.

<sup>108</sup> ULMER, *op. cit.*, p. 53.

<sup>109</sup> OPPENHEIM/LAUTENFACHT, *International Law*, Londres 1952, I, art. 23.

de compétences soit conforme à leurs engagements de droit international. Il nous paraît par conséquent juridiquement inexact de prétendre que «l'assimilation des ressortissants de pays tiers aux nationaux ne saurait s'étendre à une convention sur le brevet européen, en raison du caractère exorbitant de cet arrangement à l'égard de la Convention de 1883, tant en ce qui concerne l'extension territoriale des droits qu'il confère que la supranationalité des autorités qui auront à délivrer le titre et à en contrôler la validité»<sup>110</sup>.

Il est frappant de constater que la thèse de la non-accessibilité est presque exclusivement soutenue par des auteurs français. Les raisons sont sans doute d'ordre politique et économique. Il s'agit d'une sorte de protectionnisme moderne.

Si l'on fait abstraction de toute considération d'opportunité à courte vue et qu'on se place sur le plan juridique ainsi que dans la perspective du rapprochement à longue échéance des législations des pays membres de l'Union de Paris, la thèse de l'accessibilité doit l'emporter. Les conclusions de Ulmer sont en effet pertinentes et nous nous y rallions entièrement: «Ce sont les Etats envisageant la conclusion d'une Convention relative à un droit européen des brevets qui sont membres de l'Union de Paris et non la Communauté fondée par cette Convention.» Chacun d'eux est par conséquent «tenu d'accorder aux ressortissants des pays de l'Union et aux personnes assimilées... les mêmes avantages que ceux qu'implique la possibilité de déposer une demande de brevet européen»<sup>111</sup>.

Remarquons encore que ni les auteurs du projet Benelux de Convention et de loi uniforme en matière de marques<sup>112</sup> ni les auteurs du projet de demande nordique des brevets<sup>113</sup> n'ont entendu restreindre en quoi que ce soit, à l'égard des ressortissants des pays tiers, l'accessibilité à la marque Benelux et au brevet nordique.

De leur côté, les Arrangements de Madrid concernant l'enregistrement international des marques et de La Haye relatif au dépôt international des dessins et modèles industriels sont ouverts à tous les pays de l'Union de Paris, et ils prévoient expressément<sup>114</sup> l'assimilation aux ressortissants des pays contractants, des ressortissants des pays n'ayant pas adhéré à l'Arrangement qui, sur le territoire de l'Union particulière, satisfont aux conditions établies par l'art. 3 de la Convention de Paris.

<sup>110</sup> COLAS, *op. cit.*, p. 51.

<sup>111</sup> ULMER, *op. cit.*, p. 60 *in fine*.

<sup>112</sup> Cf. p. 43.

<sup>113</sup> Cf. p. 35 *ss.*

<sup>114</sup> Art. 2 de l'Arrangement de Madrid (Marques) et art. 1<sup>er</sup> de l'Arrangement de La Haye.

Par conséquent, les ressortissants des pays faisant ou ne faisant pas partie de l'Union de Paris, qui sont domiciliés ou ont des établissements industriels ou commerciaux effectifs et sérieux sur le territoire de l'un des pays de l'Union particulière de Madrid ou de La Haye, bénéficient dans ces pays de l'accessibilité.

Quant à l'Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses, il est aussi ouvert à tous les pays de l'Union de Paris. En revanche, les ressortissants d'Etats tiers (membres ou non de l'Union de Paris) ne peuvent pas bénéficier de ses dispositions ; l'Arrangement ne leur est donc pas accessible. Cela se comprend aisément dans ce cas, car on ne saurait demander à un pays de l'Union particulière d'assurer la protection d'une indication de provenance concernant un pays non membre sans qu'il y ait réciprocité. L'Arrangement étant ouvert, tout pays membre de l'Union peut y adhérer et ainsi bénéficier de ses dispositions.

## L'avant-projet de la CEE et la Suisse

### I. Généralités

#### 1. Etat de la discussion au sein du Marché commun

Le Conseil de la CEE a été saisi à sa session de mars 1965 d'un rapport de la Commission de la Communauté économique européenne du 16 novembre 1964 contenant ses propositions pour la conclusion d'une convention relative au brevet européen. De l'avis de la Commission, deux possibilités peuvent être envisagées :

- création d'un brevet unique pour l'ensemble de la Communauté européenne, la convention y relative devant être conclue seulement entre les six pays;
- création d'un brevet international par la conclusion d'une convention ouverte à tous les pays. Dans un tel cas, la convention ne réglerait le droit au brevet que jusqu'au moment de son octroi par un office international. Toute contestation postérieure à la délivrance du brevet devrait être réglée par le droit national. Dans cette éventualité, les Etats de la CEE devraient conclure un second accord afin de créer au sein de la Communauté un brevet unique avec toutes les conséquences en résultant.

Jusqu'à fin 1968, seuls les Pays-Bas semblent s'être résolument prononcés en faveur de la solution dite «libérale», c'est-à-dire de la convention ouverte à tous les pays<sup>115</sup>. La Belgique, sans s'être prononcée catégoriquement, paraît avoir soutenu le point de vue néerlandais.

Les autres pays de la CEE, de même que la Commission dans son rapport, se sont prononcés en revanche en faveur d'une convention restreinte aux pays du Marché commun, une possibilité d'association devant être prévue en faveur des pays tiers intéressés.

A l'appui de cette proposition, la Commission a fait en particulier valoir que seule la solution du brevet communautaire tient compte des intérêts politiques et économiques de la Communauté. La Commission

<sup>115</sup> Cf. p. 27 ss.

dans son ensemble s'est en outre – contre l'avis de la France – prononcée en faveur de la plus large accessibilité au brevet européen.

En ce qui concerne la possibilité d'association, la Commission a envisagé la négociation d'accords particuliers avec les pays intéressés. Des négociations préalables pourraient être ouvertes déjà avant l'entrée en vigueur de la Convention du Marché commun.

Le contenu de l'accord d'association pourrait varier d'un pays à l'autre et, par exemple, exclure certains domaines de la brevetabilité. La Commission a d'autre part prévu la possibilité que les Etats tiers participent au fonctionnement de l'Office international des brevets et collaborent au conseil d'administration<sup>116</sup>. La France s'y est cependant opposée.

La Commission a enfin prévu une procédure de consultation des Etats tiers avant que la Convention du Marché commun ne soit conclue, en vue, le cas échéant, de tenir compte de leurs suggestions éventuelles.

Depuis 1965, les discussions au sein de la CEE en ce qui concerne le brevet européen paraissent n'avoir été que très intermittentes et de peu d'importance quant à leurs résultats.

Mentionnons cependant que le 7 mars 1968, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a fait connaître ses propositions en vue de favoriser, sur le plan de la politique commerciale et sur celui de la technologie, une collaboration entre les pays membres de la CEE et d'autres pays européens. En ce qui concerne le brevet européen, il a constaté qu'il y avait entre les gouvernements des six pays une unité de vues sur les points suivants: le brevet européen doit être considéré comme un précieux complément aux accords existant au sein de la CEE et ce brevet doit par conséquent être basé sur la Communauté. Il conviendra en particulier de recourir dans toute la mesure du possible aux organes déjà existants. D'autre part, tout pays tiers adhérant à la Communauté aura aussi la possibilité d'adhérer en tant que membre de plein droit à la Convention établissant le brevet européen. Quant aux candidats à une adhésion à la CEE, ils devraient avoir la possibilité de participer à la Convention «brevets», sous une forme encore à préciser, avant même que leur adhésion au Traité de Rome ne soit devenue effective.

Le Conseil des Ministres de la CEE, à sa session des 4 et 5 novembre 1968, a cherché à relancer le développement de la CEE. L'occasion lui en a été donnée par le programme que M. Debré, Ministre des affaires étrangères de la France, avait remis aux instances communautaires à fin octobre 1968. Le point 3 de ce programme portait sur la «reprise des travaux entamés il y a quatre ans et concernant l'institution d'un brevet

<sup>116</sup> Cf. les propositions néerlandaises, p. 27.

communautaire, en invitant les autres pays européens intéressés à participer à une discussion»<sup>117</sup>.

Les représentants permanents des six pays de la CEE chargèrent par la suite un groupe d'experts, présidé par M. Haertel, président de l'Office des brevets allemand, de lui présenter un rapport sur les possibilités d'établir deux conventions: l'une générale, à laquelle participeraient, outre les Etats membres du Marché commun, également des pays tiers européens, devant couvrir toutes les règles de droit matériel et de procédure jusqu'à l'octroi du brevet, et l'autre réservée aux membres de la Communauté, dont les effets s'étendraient au-delà de l'octroi du brevet.

Après avoir pris connaissance du rapport Haertel, les représentants permanents ont, en mars 1969, accepté l'idée d'un système de double convention et décidé d'inviter sept pays: l'Autriche, le Danemark, la Grande-Bretagne, l'Irlande, la Norvège, la Suède et la Suisse – soit les pays qui en 1962 avaient manifesté leur intérêt pour le projet de brevet européen – à participer à des négociations en vue d'élaborer la convention générale envisagée. Les principales modalités proposées par une telle convention sont les suivantes<sup>118</sup>:

Les conditions de la brevetabilité seront fixées en tenant compte de l'avant-projet de 1962 ainsi que de la Convention du Conseil de l'Europe sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention, du 27 novembre 1963, et du Plan PCT des BIRPI.

La procédure d'octroi des brevets s'inspirera des tendances actuelles, c'est-à-dire qu'un brevet ne sera accordé qu'après examen de la brevetabilité et de la nouveauté de l'invention, de l'activité inventive et de la possibilité d'application industrielle.

Un avis sur l'état de la technique devra être présenté dès le début de la procédure. Le principe de l'examen différé prévu dans l'avant-projet de 1962 sera maintenu, mais le demandeur ou tout tiers intéressé pourra requérir l'examen immédiatement, sans attendre l'expiration du délai de cinq ans.

Le déposant aura la faculté d'indiquer dans quels pays il désire obtenir protection; les Etats de la CEE formeront toutefois un tout.

Les demandes de brevet européen avec l'avis documentaire seront publiées dix-huit mois après le dépôt ou après la date de priorité attachée à un dépôt antérieur.

Une procédure d'opposition, sur la base de la publication des revendications du brevet, permettra aux tiers d'intervenir dans la procédure. Si

<sup>117</sup> Cf. circulaire du «Vorort» à ses sections du 2. 12. 1968.

<sup>118</sup> Cf. le Rapport annuel du président du Groupe suisse de l'AIPPI, du 27 mars 1969, Revue suisse 1969, fasc. 1 p. 21.

l'opposition est rejetée ou s'il n'y en a pas, l'Office européen délivrera un brevet européen, dont les effets s'étendront de plein droit dans les Etats parties à la Convention autres que ceux de la Communauté.

La validité du brevet européen délivré ne pourra être contestée que devant les tribunaux nationaux.

La question de savoir si une Cour de justice sera créée est encore ouverte. En revanche, l'institution d'un Conseil d'administration est prévue.

La solution suivante est envisagée au sujet de l'accessibilité: en harmonie avec les dispositions de l'art. 2 de la Convention de Paris, l'accès au brevet européen sera subordonné à la condition que les ressortissants des Etats membres bénéficient dans les Etats tiers des mêmes droits que les propres ressortissants de ces derniers.

A l'instigation de la CEE, une « Conférence intergouvernementale pour l'institution d'un système européen de délivrance des brevets » s'est réunie à Bruxelles le 21 mai 1969. Outre les six pays du Marché commun et la Commission de la CEE, les onze Etats suivants y ont été représentés: Autriche, Danemark, Espagne, Grèce, Irlande, Norvège, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Turquie.

Un mémorandum (du 17 mars 1969) établi par le Conseil des Communautés européennes a fait l'objet d'une première discussion et les principes envisagés (mentionnés ci-dessus) ont été acceptés par la Conférence comme base de travail. Un groupe de travail réunissant les représentants de la République fédérale d'Allemagne, de la France, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, de la Suède et de la Suisse a été constitué afin de préparer les travaux de la Conférence, dont la deuxième session a été fixée au début de janvier 1970.

Les Etats de la CEE ont l'intention de mener parallèlement les négociations relatives à la Convention générale et celles concernant la Convention restreinte aux pays membres de la Communauté, afin que les deux conventions puissent entrer en vigueur à la même date. On peut donc admettre qu'un certain temps s'écoulera avant que le brevet européen devienne réalité.

## 2. Attitude de la Suisse vis-à-vis de l'avant-projet CEE

L'avant-projet de Convention a soulevé en Suisse un intérêt très vif, comme en témoignent les discussions qui ont eu lieu au sein du Groupe suisse de l'AIPPI<sup>119</sup>. Une adhésion aurait en effet d'importants avantages et en particulier les suivants:

<sup>119</sup> Cf. en particulier le Rapport annuel du président du Groupe suisse de l'AIPPI du 14 février 1964, Revue suisse 1964, fasc. 1, p. 16 ss.

- a) Les inventeurs ou leurs ayants droit (les entreprises dans le cas d'inventions réalisées par leurs employés) pourraient, par un seul acte, obtenir la protection de leurs inventions dans plusieurs pays.
- b) La procédure administrative serait grandement simplifiée. Aujourd'hui, les diverses demandes de brevets concernant la même invention doivent, si elles sont déposées dans plusieurs Etats, être examinées par les offices de propriété industrielle de chacun de ces pays. Grâce à la Convention, il n'y aurait plus, pour tous les Etats membres, qu'un examen effectué par l'Office international des brevets, ce qui entraînerait à l'échelon national une économie de personnel très substantielle.

Après consultation des milieux intéressés, les autorités suisses ont fait savoir, dès l'automne 1963, tant à la Commission de la CEE qu'aux gouvernements des six pays de la Communauté, que la Suisse s'intéressait vivement au projet de convention européenne sur les brevets d'invention et souhaitait participer à son élaboration. Elles relevèrent en outre qu'à leur avis, la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle exigeait que le brevet européen fût accessible aux ressortissants des Etats membres de cette Union. Des contacts ont en outre été établis avec le secrétariat de la Communauté pour faire connaître plus en détail la position de notre pays. Enfin, la Suisse a répondu favorablement à l'invitation qui lui a été adressée par la CEE en mars 1969 de participer à des négociations en vue d'élaborer une convention générale réglant la procédure jusqu'à l'octroi du brevet.

Ainsi que l'a relevé le président du Groupe suisse de l'AIPPI dans son rapport annuel du 9 avril 1965<sup>120</sup>, «notre pays est certainement prêt à collaborer dans le domaine du droit des brevets. Si possible en tant que membre d'une convention établissant un brevet véritablement européen, le cas échéant en nous associant à une convention avec le Marché commun. Mais en aucun cas à n'importe quel prix».

## II. Conséquences d'une participation ou d'une non-participation de la Suisse à la Convention européenne

### 1. L'adhésion et l'association

Les art. 211 et 212 de l'avant-projet de Convention traitent de l'adhésion et de l'association.

Par l'adhésion, un Etat se soumet entièrement à toutes les dispositions de la Convention. Si cet Etat désire y apporter certains changements, tous les autres Etats membres doivent être d'accord (règle de l'una-

<sup>120</sup> Cf. Revue suisse 1965, p. 17.

nimité). Le texte de la Convention aura donc la même teneur pour tous les Etats participants.

L'association permet un lien beaucoup plus souple<sup>121</sup>. La règle de l'unanimité n'étant pas appliquée, les Etats associés pourront exclure certaines dispositions non compatibles avec leur système juridique ou éventuellement avec leur politique.

M. Haertel, président du Groupe de travail «brevet» de la CEE, avait en 1965 exprimé l'avis que seuls les membres de la CEE devraient pouvoir adhérer à la Convention. Cela non seulement pour des motifs de principe, mais aussi pour des raisons pratiques. Il estimait en effet que les difficultés qui résulteront de la participation des six pays à l'octroi d'un brevet unique seront telles qu'il ne faut pas les aggraver encore en prévoyant dès le début la collaboration d'autres pays. Ces derniers devraient toutefois avoir la possibilité d'adhérer ultérieurement à la Convention s'ils deviennent membres de la CEE<sup>122</sup>.

Une autre question est celle de savoir quelles réserves ne seraient pas exclues d'avance par la Communauté lors d'une association. Nous pensons qu'il n'y aurait par exemple pas de difficultés à obtenir une modification de la définition des domaines brevetables, à réserver la compétence des tribunaux nationaux ou à préciser la portée de la coexistence du brevet européen et du brevet national.

## 2. Les avantages d'une participation à la Convention

a) Si le brevet européen s'étendait également à la Suisse, que ce soit du fait de l'adhésion ou de l'association de notre pays à la Convention de la CEE, le nombre des demandes de brevets auprès du Bureau fédéral de la propriété intellectuelle diminuerait fortement. Depuis de nombreuses années, ce Bureau rencontre de grandes difficultés en ce qui concerne le recrutement du personnel technique qualifié<sup>123</sup>. Toute réduction du nombre des demandes de brevets serait donc la bienvenue.

<sup>121</sup> Le Professeur HALLSTEIN, président de la Commission de la CEE, a défini le terme d'association en disant que c'était une adhésion partielle pouvant aller de 1% à 99%; cité par HAERTEL, *Die neuere Entwicklung des Patentrechts in Europa*, GRUR 1965, p. 65.

<sup>122</sup> Cf. HAERTEL, *op. cit.*, p. 66.

<sup>123</sup> Grâce à diverses mesures internes prises par le Bureau fédéral pour augmenter le nombre des demandes traitées, le nombre de demandes des brevets en suspens a, depuis 1964, reculé chaque année, passant de 61 538 à fin 1964 à 55 656 à fin 1965, à 46 751 à fin 1966 et à 39 031 à fin 1967, alors que le nombre des nouvelles demandes s'est élevé à 16 925 en 1964, à 18 180 en 1965, à 18 885 en 1966 et à 18 408 en 1967 (dont 5591, soit 30%, provenaient de notre pays). Le Bureau fédéral est d'avis que le retard dans l'octroi des brevets pourra être complètement résorbé à fin 1969 (cf. *Revue suisse* 1968, p. 21).

b) L'inventeur suisse et tout spécialement l'industrie d'exportation doivent déposer des demandes de brevets à l'étranger pour sauvegarder leurs marchés extérieurs. Or, actuellement, pour être protégé dans toute l'Europe occidentale, l'inventeur doit déposer une demande de brevet dans seize pays différents, rédigée dans la langue de ces pays et selon une forme différente d'un pays à l'autre. Cela coûte évidemment très cher et demande un personnel technique toujours plus difficile à trouver. La possibilité d'obtenir un brevet européen, tout au moins pour un certain nombre de pays, est ainsi vivement saluée par les milieux industriels.

c) Le brevet européen présenterait en outre deux avantages importants :

- d'une part, il serait délivré après un examen préalable, alors que la plupart des brevets suisses sont accordés sans examen de nouveauté,
- d'autre part, certaines inventions seront brevetables alors qu'elles ne le sont pas aujourd'hui (inventions de produits chimiques et de produits pharmaceutiques). On peut certes objecter qu'il suffit d'amender la loi suisse pour arriver au même résultat. Cependant, il est moins aisé de réaliser le changement de cette façon que sous la pression d'une convention internationale.

### **3. Les conséquences d'une non-participation à la Convention**

Si la Suisse ne peut ni adhérer ni s'associer à la Convention européenne, deux possibilités se présenteront :

a) Si le brevet européen est rendu « accessible » aux ressortissants de pays non membres, les ressortissants suisses pourraient déposer une demande de brevet unique auprès de l'Office international des brevets et obtenir un brevet dans tous les pays membres de la Convention.

Il n'en résulterait aucun allègement pour le travail du Bureau fédéral de la propriété intellectuelle. En revanche, une telle « accessibilité » rendrait un grand service aux milieux industriels qui, par une seule demande de brevet, obtiendraient protection dans tous les pays membres de la Convention.

b) Si au contraire seuls les ressortissants des pays membres sont à même de déposer une demande de brevet européen, les ressortissants suisses devront continuer comme jusqu'ici à déposer des demandes particulières dans tous les pays où ils entendront obtenir protection. Rien ne sera changé à l'état actuel.

#### 4. Problèmes posés par la participation de la Suisse à la Convention

Le bref examen que nous avons fait du texte de la Convention<sup>124</sup> permet de se rendre compte que la Suisse ne pourrait participer à part entière à la Convention selon l'avant-projet de 1962 que si des modifications étaient apportées non seulement à la loi sur les brevets d'invention du 24 juin 1954, mais aussi éventuellement à la Constitution fédérale. C'est ce que nous allons examiner de plus près maintenant.

### III. Questions se rapportant à la souveraineté de l'Etat

#### 1. Introduction

La création d'une communauté supranationale en matière de brevets d'invention en général et la participation de la Suisse sous une forme ou une autre à la Convention de la CEE en particulier soulèvent des craintes d'ordre constitutionnel et politique.

Nombreux sont ceux qui pensent en effet qu'une juridiction supranationale en matière de brevets d'invention est incompatible avec la souveraineté des Etats intéressés<sup>125</sup>.

Le projet allemand de 1941/42 prévoyant la création d'un brevet européen souleva à l'époque des objections du côté yougoslave et hongrois<sup>126</sup>. Les mêmes objections ont été formulées ces dernières années à l'encontre de l'harmonisation du droit des brevets en Europe<sup>127</sup>. En Suisse, même l'adhésion de notre pays à l'Institut international des brevets de La Haye a suscité des objections d'ordre constitutionnel. Pedrazzini s'est demandé «si la transmission des compétences d'une administration suisse à une administration étrangère est admissible». Il a conclu que «l'examen de nouveauté effectué par l'Institut des brevets n'est rien d'autre qu'une délégation de compétence, délégation qui est

<sup>124</sup> Cf. p. 19 ss.

<sup>125</sup> Cf. BOSSUNG, Grundfragen einer europäischen Gerichtsbarkeit, p. 81.

<sup>126</sup> «Das vorgeschlagene europäische Patentsystem kann mit der Souveränität eines Landes schlecht in Einklang gebracht werden. Ein ungarischer Staatsangehöriger müsste, um in seiner Heimat ein Patent oder eine rechtskräftige Entscheidung in einem Rechtsstreit um ein Patent zu erlangen, ausländische Behörden ersuchen...» (LADOMER, GRUR 1943, p. 312); «...die Schaffung eines gemeinsamen Patentamtes und einer gemeinsamen Judikatur würde die Aufgabe der Souveränitätsrechte der einzelnen Länder auf diesen Gebieten bedeuten.» (SUMAN, GRUR 1943, p. 98).

<sup>127</sup> Cf. DE HAAN, Industrielle Samenwerking, p. 74; WINTER, Bulletin 1955, p. 105: «In allen Staaten zeigen sich äusserst starke Hemmungen gegen die Preisgabe auch nur kleiner Teile der staatlichen Souveränität.»

incompatible avec la loi fédérale sur les brevets d'invention et qui doit pour le surplus être refusée pour des raisons de droit public»<sup>128</sup>.

Pour autant que cela puisse nous être utile dans le cadre de ce travail, nous rechercherons dans les paragraphes suivants le sens véritable du mot «souveraineté» et essayerons de le mettre en relation avec la notion du pouvoir juridictionnel dans l'Etat fédéral. Finalement, nous examinerons si véritablement la création d'une juridiction supranationale en matière de brevets d'invention limite la souveraineté des Etats participants.

## 2. La notion de souveraineté

Le terme «souveraineté», né de la pratique du droit international public, peut être interprété en théorie de façon fort différente<sup>129</sup>. Il est employé aussi bien dans la terminologie du droit international public que dans celle du droit constitutionnel.

Sans aller aussi loin que M. Aubert<sup>130</sup>, qui estime que «la souveraineté est un vocable d'un âge révolu», nous pensons que ce terme, vraisemblablement en raison d'une certaine image mystique qui l'accompagne, est souvent employé comme argument sans que l'on connaisse véritablement son sens réel<sup>131</sup>.

Examinons brièvement ces deux notions de la souveraineté.

### a) La souveraineté du point de vue du droit international public

La souveraineté apparaît d'abord comme un mot employé dans les relations diplomatiques pour exprimer une certaine fonction dans la vie commune des Etats. Un Etat est considéré comme souverain lorsqu'il peut assumer les droits et obligations qui découlent du droit international public. Il pourra prendre des décisions plus ou moins importantes, par exemple signer des traités internationaux, être partie à un contrat, décider d'une guerre ou choisir ses armoiries, arborer un pavillon particulier, se faire représenter dans d'autres pays par des agents diplomatiques.

<sup>128</sup> PEDRAZZINI, Beitritt der Schweiz zum Internationalen Patentinstitut, NZZ du 12. 1. 1958.

<sup>129</sup> GUGGENHEIM, Traité de droit international public, tome 1, 1953, p. 171 et auteurs cités; cf. également: Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse, RDS 1963, p. 221 ss. (Rapport à la SSJ); USTERI, Theorie des Bundesstaates, thèse Zurich 1954, p. 83 ss.; AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, tome 1, Neuchâtel 1967, p. 223, note 589; VAN KLEFFENS, Sovereignty in International Law, Recueil 1953, p. 5 ss.; KELSEN, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen 1920; ROUSSEAU, Droit international public, Paris 1953, p. 88 ss.

<sup>130</sup> AUBERT, op. cit., p. 223.

<sup>131</sup> BOSSUNG, op. cit., p. 83.

Mais la notion de souveraineté a aussi une valeur politique. D'après Perrin<sup>132</sup>, «la souveraineté n'est pas seulement une expression juridique, c'est une possibilité réelle». «Sovereignty», d'après van Kleffens, «is one of those invisible quantities which, for being invisible, are non the less very real»<sup>133</sup>.

Dans les relations interétatiques des pays de l'Europe occidentale, la souveraineté est devenue une notion juridique propre à ces Etats. Tous ont des intérêts communs; leurs structures économiques et sociologiques sont en grande partie identiques. Les principes du droit national et du droit des gens ainsi que les droits démocratiques fondamentaux sont respectés. Au cours des ans, les pays européens ont créé entre eux une sorte de droit public européen classique<sup>134</sup>. Les organes des différents Etats sont soumis à cet ordre juridique<sup>135</sup>. C'est ainsi que De Visscher<sup>136</sup> décrit le rapport entre la souveraineté et le droit: «Les rapports de la souveraineté et du droit dépendent en réalité du degré d'intégration historique du pouvoir politique dans l'ordonnement du droit. Plus cette intégration est poussée, plus la souveraineté, perdant son caractère de domination, tend à devenir un pouvoir de droit.»

Précisant le contenu juridique de la souveraineté – cette dernière étant à la base des rapports des pays de l'Europe occidentale entre eux –, Erlér<sup>137</sup> montre le parallèle existant entre une organisation supra-nationale et une confédération d'Etats: les deux sont titulaires de certaines compétences transmises par l'Etat souverain, sans être souverains eux-mêmes. Pour Erlér, est souverain celui qui possède la «compétence de la compétence».

L'aspect de la nature juridique de la souveraineté dans le cadre d'une communauté européenne a ceci de particulier que la liberté de décision d'un Etat est restreinte par des normes de droit public devenant de plus en plus nombreuses. Les relations entre Etats sont en majeure partie régies par le droit. Du «pouvoir de domination», il résulte un «pouvoir de droit»<sup>138</sup>. Le droit public et l'ordre juridique étatique sont intimement liés. Les rapports entre l'aspect national de la souveraineté et l'aspect extérieur sont par conséquent très importants.

<sup>132</sup> G. PERRIN, *Fondement et limites du droit des gens*, *Annuaire suisse de droit international* 1955, p. 35.

<sup>133</sup> VAN KLEFFENS, *op. cit.*, p. 93.

<sup>134</sup> BOSSUNG, *op. cit.*, p. 87.

<sup>135</sup> Les différentes constitutions contiennent de nombreux articles qui respectent précisément cette soumission à un ordre juridique supérieur.

<sup>136</sup> DE VISSCHER (Charles), *Théories et réalités en droit international public*, Paris 1953, p. 132, note 10.

<sup>137</sup> ERLER, *Grundprobleme des Internat. Wirtschaftsrechts*, Göttingen 1956, p. 164.

<sup>138</sup> DE VISSCHER; cf. note 114 ci-dessus.

## b) La souveraineté du point de vue du droit constitutionnel

Le terme «souveraineté» veut dire ici, pour employer la terminologie allemande, le «Zu-höchst-sein» d'un ordre juridique<sup>139</sup>. Dans cet ordre juridique de l'Etat, il n'y a rien de plus grand et de plus haut que le pouvoir souverain<sup>140</sup>. La souveraineté est dans la vie intérieure des peuples un principe de subordination totale, tandis qu'elle exclut dans la vie extérieure toute subordination.

La souveraineté est donc une qualité de l'ordre juridique d'un Etat; elle possède deux aspects indivisibles<sup>141</sup>. Une partie de la doctrine estime, il est vrai, que la souveraineté est divisible, notamment Naviaski et Gunst<sup>142</sup>. Cette opposition est toutefois avant tout d'ordre terminologique. La doctrine favorable à la théorie de l'indivisibilité de la souveraineté admet en effet que les compétences peuvent être divisées dans un Etat fédéral.

Examinons maintenant la relation entre l'aspect interne de la souveraineté et le pouvoir suprême.

Le pouvoir suprême est la prise d'influence de l'Etat sur les habitants de cet Etat et sur le territoire (Personal- und Territorialhoheit)<sup>143</sup>.

Le pouvoir suprême possède deux bases fondamentales: l'une naturelle, les moyens de contraintes, l'autre historico-sociologique, le «Staatsbewusstsein» commun<sup>144</sup>. Du point de vue constitutionnel, on peut dire que le pouvoir suprême est la somme de toutes les compétences exercées par les organes de l'Etat, compétences législatives, administratives et judiciaires. En tant que somme des compétences, le pouvoir suprême est une notion quantitative. De ce fait, dans un Etat fédéral, ces compétences pourront être partagées entre lui et les Etats membres<sup>145</sup>. Le pouvoir suprême est donc «potestas»; la souveraineté interne, «suprema potestas». Les Etats membres d'un Etat fédéral peuvent ainsi également avoir un pouvoir suprême. La question de savoir si ce pouvoir est délégué ou original ne nous intéresse pas ici. Précisons simplement qu'il est subordonné à la «suprema potestas» de l'Etat fédéral.

Il reste à examiner en quoi consiste la subordination des Etats mem-

<sup>139</sup> USTERI, op. cit., p. 86 et 88 ss.

<sup>140</sup> Cf. AUBERT, op. cit., note 589: «Un Etat est souverain lorsque... à l'intérieur il dispose seul de la totalité du pouvoir.»

<sup>141</sup> USTERI, op. cit., p. 92; FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1949, p. 36 ss.

<sup>142</sup> NAVIASKI, Bund und Eidgenossenschaft, RSJ 1937/38, p. 117 ss.; GUNST, Der Begriff der Souveränität im modernen Völkerrecht, Hildesheim 1953.

<sup>143</sup> BOSSUNG, op. cit., p. 88.

<sup>144</sup> G. PERRIN, op. cit., p. 40.

<sup>145</sup> Sous réserve de ce qui a été dit plus haut.

bres envers l'Etat, c'est-à-dire quelles caractéristiques distinguent l'Etat souverain. Les compétences étant divisibles, nous l'avons vu précédemment, il faut se demander à qui appartient la compétence de diviser les compétences (par la suite, nous emploierons l'expression «compétence de la compétence» utilisée par la doctrine).

Scelle<sup>146</sup> prétend qu'une telle compétence n'existe pas comme notion absolue, car elle s'arrête là où le pouvoir suprême prend fin. Usteri<sup>147</sup>, quant à lui, estime que la notion actuelle de compétence de la compétence comporte le pouvoir matériel absolu d'édicter des dispositions de compétence. L'exercice de cette compétence de la compétence intervient soit par voie législative, soit par révision de la Constitution par les organes constitués de l'Etat. En Suisse et conformément aux art. 118 à 123 de la Constitution fédérale, ces organes sont l'Assemblée fédérale, le peuple suisse et l'ensemble des Etats membres (cantons).

Il est donc possible de dire que celui qui possède la compétence de la compétence est souverain. L'Etat fédéral souverain est responsable en droit international public d'éventuels actes illicites de l'un des organes d'un Etat membre, même si ces actes ont été commis dans un domaine où cet Etat possédait une compétence exclusive (par exemple en matière judiciaire).

### 3. Souveraineté et pouvoir juridictionnel dans l'Etat fédéral

Les trois fédérations que sont la Suisse, la République fédérale d'Allemagne et les Etats-Unis d'Amérique sont nées de la réunion d'Etats qui étaient précédemment souverains. Il est normal que les publicistes se soient demandé à maintes reprises ce qu'il était advenu de la souveraineté de ces Etats membres. Ces mêmes questions se posent aujourd'hui à l'occasion de la création des communautés européennes supranationales<sup>148</sup>.

C'est ainsi que naquit au siècle dernier l'école de la souveraineté divisée, école qui enseigna plus tard la théorie de la «double souveraineté»<sup>149</sup>. Cette théorie a été fortement combattue. Nous avons déjà

<sup>146</sup> SCELLE, *Droit international public*, Paris 1944, p. 77-78.

<sup>147</sup> USTERI, *op. cit.*, p. 102.

<sup>148</sup> Par ex., la question de savoir si les différentes communautés européennes possèdent les caractéristiques d'un Etat fédéral ou si, au contraire, les Etats membres conservent pleinement leur souveraineté, comme cela est le cas dans une confédération d'Etats.

<sup>149</sup> SCHOLLENBERGER, *Das Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Berlin 1920, p. 86; cf. également l'art. 3 CF; dans l'arrêt *Carter v. Carter Coal Co* (298 US 238, 1936), la Cour Suprême des Etats-Unis a déclaré que les Etats membres possédaient une «quasi-souveraineté».

vu qu'en principe le litige concernant la doctrine de la divisibilité de la souveraineté était d'ordre terminologique<sup>150</sup>. En tant que notion qualitative, la souveraineté est certainement indivisible. Ce qui est en revanche divisible, à l'intérieur de l'Etat, ce sont les compétences.

Essayons brièvement de mettre en relation les notions de souveraineté, de compétence de la compétence, de pouvoir suprême et de pouvoir juridictionnel et judiciaire<sup>151</sup>, afin de connaître leur importance du point de vue constitutionnel.

– *L'Etat souverain* (c'est-à-dire la Confédération) *possède seul la compétence de la compétence sur le pouvoir juridictionnel*. Si les Etats membres possèdent une partie du pouvoir judiciaire, ce pouvoir leur est conféré par l'Etat souverain<sup>152</sup>.

– *Le pouvoir juridictionnel* (c'est-à-dire la compétence législative de l'Etat de créer des tribunaux et de régler leur fonctionnement) *est partagé entre la Confédération et les Etats membres*. Le pouvoir juridictionnel appartient à l'Etat fédéral et il est exercé par des tribunaux fédéraux; pour le reste, les Etats membres possèdent le pouvoir juridictionnel.

– *Le pouvoir judiciaire* (c'est-à-dire la compétence exécutive d'administrer la justice) *appartient aux différents tribunaux fédéraux ou cantonaux*<sup>153</sup>, selon leur compétence *ratione loci* et *ratione materiae*, prévue par la loi. C'est ainsi par exemple que le Tribunal d'appel de Bâle-Ville détient la compétence exclusive de connaître des procès en contrefaçon, conformément à l'art. 68 a) de la loi cantonale d'organisation judiciaire<sup>154</sup>. Les cantons détiennent le pouvoir juridictionnel,

<sup>150</sup> Cf. p. 64.

<sup>151</sup> Nous avons choisi ces deux termes pour définir, d'une part, la compétence législative de créer des tribunaux et de régler leur fonctionnement et, d'autre part, la compétence exécutive d'administrer la justice.

<sup>152</sup> En ce qui concerne la Suisse, cf. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1958, p. 57: «Die Abgrenzung der Gerichtsbarkeit (Justizhoheit) der verschiedenen Kantone muss notwendigerweise durch Rechtsnormen erfolgen, die dem kantonalen Recht vorgehen, mithin durch Normen des Bundesrechtes. Dass der Bund den Umfang der kantonalen Gerichtsbarkeit zu bestimmen habe, ist zwar in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber aus dem Wesen der Sache. Der Bund gewährleistet den Kantonen ihr Gebiet und Souveränität (5 BV). Darin ist eingeschlossen, dass die Kantone in den ihnen zukommenden Herrschaftsgebiet von Bundesrechts wegen Gerichtsbarkeit besitzen. Welches der Umfang ist, kann einzig das Bundesrecht entscheiden, wie es auch den Umfang der kantonalen Gebietshoheit festzusetzen hat.» Cf. égal. BURCKHARDT, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, Berne 1931, p. 576.

<sup>153</sup> ou aux tribunaux des Etats membres.

<sup>154</sup> Dans le canton de Berne, cette même compétence appartient au Tribunal cantonal de commerce (art. 5 b du Code de procédure civile bernois).

pouvoir qui leur a été conféré par la compétence de la compétence de la Confédération.

#### 4. Juridiction supranationale et limitation de souveraineté

##### a) Introduction

Après avoir examiné la notion du pouvoir juridictionnel et judiciaire à l'intérieur de l'Etat, il nous paraît opportun de prendre en considération ces différents pouvoirs dans le cadre d'une juridiction supranationale.

Sur le plan international et supranational, les tribunaux ne possèdent que le pouvoir judiciaire, c'est-à-dire la compétence exécutive d'administrer la justice dans des domaines définis préalablement. Les communautés supranationales qui ont créé ces tribunaux n'ont pas la compétence de les dissoudre, d'élargir ou de restreindre leurs compétences<sup>155</sup>. Elles ne détiennent par conséquent aucune compétence juridictionnelle<sup>156</sup>; cette dernière appartient à la totalité des Etats membres<sup>157</sup>.

Il est théoriquement possible d'attribuer à une communauté supranationale un certain pouvoir juridictionnel, pour autant qu'elle possède un organe disposant de la compétence judiciaire totale. Notons que les organes de la CEE ne disposent pas de telles compétences.

La juridiction étant un des attributs du pouvoir<sup>158</sup>, il convient de se demander si la création d'une juridiction supranationale aurait des répercussions sur la souveraineté extérieure et intérieure des Etats participants. A cet égard, on doit distinguer entre la juridiction étatique, administrative et civile.

##### b) Juridiction étatique internationale

Il n'existe pas à l'origine une juridiction étatique ou, en d'autres termes, une compétence permettant d'exercer un pouvoir judiciaire sur des Etats souverains. Cette juridiction, cette compétence, doit être d'abord créée par un acte de volonté émanant des Etats intéressés.

Une juridiction étatique internationale ne peut être créée que si deux conditions se trouvent remplies<sup>159</sup>; libre soumission à une autorité

<sup>155</sup> Ces différentes matières sont réglées par des traités de droit public liant les Etats membres.

<sup>156</sup> La compétence juridictionnelle est une partie du pouvoir suprême; elle découle de la compétence de la compétence de l'Etat.

<sup>157</sup> BOSSUNG, op. cit., p. 137.

<sup>158</sup> Dans le sens de « Staatsgewalt ».

<sup>159</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 546.

judiciaire et reconnaissance de l'existence d'un droit applicable à l'objet du procès<sup>160</sup>.

La soumission et la reconnaissance sont des manifestations de souveraineté librement consenties qui ne limitent aucunement l'exercice de cette souveraineté, mais qui en sont l'expression<sup>161</sup>.

### c) Jurisdiction administrative supranationale

Deux cas différents doivent être distingués lorsqu'on étudie la question d'une éventuelle limitation de souveraineté résultant de l'activité d'un tribunal administratif supranational :

- L'Etat membre se voit amené à prendre certaines dispositions administratives contre ses propres sujets, et cela par décision d'un organe d'une organisation internationale ou d'une communauté supranationale<sup>162</sup>.

Dans un tel cas, l'Etat membre concerné peut recourir auprès d'un tribunal supérieur administratif institué par l'organisation ou la communauté<sup>163</sup>.

Il s'agit plutôt ici d'une juridiction étatique internationale investie de certaines compétences administratives. La souveraineté extérieure de l'Etat membre reste intacte. La décision émanant d'un tel organe n'empiète pas sur la fonction étatique interne<sup>164</sup>.

- La communauté supranationale possède la compétence de prendre des mesures ayant force de loi contre les citoyens des Etats membres. Par un acte administratif, la communauté – ou l'un de ses organes – empiète directement sur l'ordre juridique de l'Etat membre<sup>165</sup>.

Les personnes concernées peuvent recourir auprès du tribunal administratif de la communauté supranationale. Les décisions de ce tribunal auront alors force de loi à l'intérieur des Etats participants.

<sup>160</sup> Avant tout le droit conventionnel, mais aussi les principes généraux du droit international public.

<sup>161</sup> Cf. Message du CF à l'AF du 28 octobre 1924 concernant l'application du Traité de conciliation et de règlement judiciaire, conclu le 20 septembre 1924 entre la Suisse et l'Italie, FF 1924 III, p. 393 ss. et en partic. p. 697: « Un Etat n'abdique rien de sa souveraineté lorsque librement, délibérément, il assure par avance une solution arbitrale ou judiciaire à tous les différends sans exception qui n'auraient pu être aplanis par voie de négociations directes. »

<sup>162</sup> Par ex. art. 67 (atteinte aux conditions de concurrence) et 73 (pouvoir de contrôle de la Haute Autorité sur les licences d'importation et d'exportation) en relation avec l'art. 88 (sanctions décidées par la Haute Autorité et intervention de la Cour de justice) de la Convention de la CEEA.

<sup>163</sup> Par. ex. l'action en nullité prévue par l'art. 173 du Traité de Rome.

<sup>164</sup> BOSSUNG, op. cit., p. 140.

<sup>165</sup> Cf. art. 66/6 de la Convention de la CEEA (amendes imposées par la Haute Autorité).

Ce deuxième cas est totalement différent du premier. La communauté et le tribunal supranational empiètent directement, soit par un acte administratif, soit par une décision judiciaire, sur la souveraineté interne des Etats membres. Ceux-ci perdent une partie de leur fonction étatique; leurs tribunaux nationaux sont remplacés dans certains domaines par un organe ou un tribunal supranational. Cette perte de fonction, perte d'une partie du pouvoir étatique, est communément appelée «limitation de souveraineté», laquelle peut amener sous certaines conditions la perte totale de la souveraineté.

Le poids principal de cette «limitation de souveraineté» se trouve cependant dans le domaine de l'administration supranationale et non dans celui de la juridiction administrative, qui n'est que complémentaire.

#### **d) Juridiction civile supranationale**

L'exercice de la juridiction civile étatique se fait en deux étapes. Des magistrats indépendants prononcent tout d'abord un jugement. Puis ce jugement, après l'expiration des délais de recours, acquiert force de loi. L'Etat ne détient presque jamais – dans les causes civiles – le monopole de la juridiction. En règle générale, il reconnaît des jugements et des sentences arbitrales rendus dans d'autres pays. Il procède cependant à un examen de la décision étrangère – sous la forme d'un jugement d'exequatur – avant de lui conférer force de loi sur son territoire. Cet examen porte notamment sur le respect de l'ordre public et du droit d'être entendu.

Si l'on voit une limitation de la souveraineté étatique dans l'existence de tribunaux civils internationaux ou supranationaux, cette limitation ne sera certainement pas due à l'indépendance de ces tribunaux<sup>166</sup>. Si la justice est indépendante sur le plan interne, elle doit également l'être sur le plan supranational. On ne peut par conséquent prétendre que l'indépendance des tribunaux supranationaux provoque une limitation de souveraineté des Etats membres.

Le deuxième élément de la juridiction civile étatique, l'attribution de la force de loi étatique, est en quelque sorte le résultat d'une justice indépendante. Le fait pour un Etat de conférer force de loi à un jugement prononcé par une instance internationale ou supranationale ne limite pas non plus sa souveraineté. Ce qui importe, c'est que les jugements soient l'aboutissement d'une justice indépendante administrée par des juges compétents en la matière. Pour les Etats membres, la création d'une juridiction civile supranationale ne signifie pas qu'ils perdent leur souveraineté.

<sup>166</sup> BOSSUNG, op. cit., p. 141.

On pourrait évidemment soulever l'argument que le pouvoir judiciaire faisant partie du pouvoir suprême, sa transmission à une instance civile supranationale équivaut à une limitation de souveraineté. A première vue, cette argumentation peut paraître exacte. En réalité, une telle limitation ne porte pas atteinte à la souveraineté<sup>167</sup>. On a simplement affaire à une répartition différente dans l'exercice des attributions que l'Etat s'était précédemment réservées. Or, de même que la Confédération détermine elle-même ses attributions et celles des cantons et qu'«elle peut en tout temps changer cette répartition en modifiant sa constitution»<sup>168</sup>, le transfert d'une partie du pouvoir judiciaire à une instance supranationale nécessite, le cas échéant, une modification de la constitution, mais n'entraîne aucune perte de souveraineté. Cela d'autant moins que le retour à l'état antérieur est en principe toujours possible, l'Etat ayant la faculté de dénoncer le Traité international par lequel il a été amené à transférer une partie du pouvoir judiciaire.

## 5. Conclusions

### a) Généralités

Une juridiction administrative et civile à caractère supranational, en d'autres termes la compétence détenue par des tribunaux supranationaux d'administrer la justice administrative et civile envers des citoyens des Etats membres, repose sur la transmission d'une certaine partie du pouvoir suprême. Une telle transmission peut, à première vue, être considérée comme limitant la souveraineté de l'Etat.

Contrairement à l'avis exprimé par Bossung<sup>169</sup>, nous pensons que cette transmission a une certaine valeur politique. Il sera en effet assez difficile de faire admettre politiquement qu'une partie du pouvoir suprême puisse être déléguée à une juridiction supranationale.

En revanche, cette transmission de compétence est sans signification pour l'exercice de la souveraineté, cela d'autant plus que les tribunaux étatiques restent indépendants. Ce qui importe, c'est que l'Etat qui transmet une certaine compétence à l'organe supranational garde la compétence de la compétence<sup>170</sup>.

Les tribunaux administratifs et civils supranationaux dépendant du pouvoir juridictionnel de tous les Etats membres, on peut les considérer dans une certaine mesure comme appartenant aussi bien à l'ensemble

<sup>167</sup> BOSSUNG, op. cit., p. 142.

<sup>168</sup> VOYAME, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 1961, p. 71.

<sup>169</sup> Cf. BOSSUNG, op. cit., p. 142/3.

<sup>170</sup> Cf. ERLER, op. cit., p. 164; MORRE, Staatenverbindungen zwischen Staatsrecht und Völkerrecht, dans Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1956, p. 229.

des Etats qu'aux Etats individuellement. La seule différence entre un tribunal étatique et un tribunal supranational réside dans le fait que le second appartient également à plusieurs Etats. En d'autres termes, il s'agit d'un tribunal commun<sup>171</sup>.

### **b) Limitation de souveraineté et droit des brevets européen**

Pour la raison mentionnée ci-dessus, la création d'une juridiction européenne en matière de brevets d'invention ne limitera pas la souveraineté des Etats participants.

Si l'on parle souvent, eu égard à l'avant-projet de Convention de la CEE, de limitation de souveraineté, cela est dû essentiellement au fait qu'on envisage la création d'un Office européen des brevets, donc d'une instance administrative supranationale, et d'une Cour européenne des brevets, instance judiciaire. Pour mesurer l'ampleur de cette limitation, il faut connaître l'importance politique qu'attache chaque pays au fait de délivrer des brevets d'invention dans le cadre de sa compétence souveraine.

La délivrance des brevets n'a toutefois pas l'importance que certains lui attribuent. Il en est tout particulièrement ainsi lorsque les structures économiques des pays intéressés à une communauté des brevets se ressemblent<sup>172</sup>.

La crainte d'un empiètement sur le droit national est certes compréhensible. Il se peut qu'un droit des brevets européen ne constitue pas toujours une protection suffisante, comparée avec le droit national. Ce dernier a en effet la possibilité de tenir compte des particularités de chaque pays. Mais ces craintes sont d'ordre humain et personnel et n'ont rien à voir avec la limitation de la souveraineté étatique<sup>173</sup>. On ne pourrait éventuellement parler de violation de souveraineté que s'il n'existait plus d'offices nationaux de brevets ni de brevets nationaux, ce qui n'est en tout cas pas envisagé pour le moment.

Du point de vue juridique, les problèmes de souveraineté ne devraient donc pas faire obstacle à la création d'une communauté supranationale en matière de brevet et, partant, empêcher la Suisse de participer sous une forme ou une autre à la Convention de la CEE.

<sup>171</sup> Ce que les auteurs allemands appellent un «*Kollektivgericht*». Cf. BOSSUNG, *op. cit.*, p. 143.

<sup>172</sup> Cf. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 480: «Le problème que pose aujourd'hui l'avenir des traités d'intégration se ramène à savoir si les structures projetées trouvent dans les pays contractants les facteurs naturels et historiques d'intégration qui leur permettent de trouver ce point d'équilibre.»

<sup>173</sup> BOSSUNG, *op. cit.*, p. 144; cf. également TROLLER, *Europäisierung des Patentrechtes und Gerichtstand*, RDI 1955, p. 158 ss., spéc. p. 167.

## IV. De l'octroi du brevet d'invention

La question est de savoir s'il est admissible qu'un titre juridique (en l'occurrence un brevet) délivré par un organe étranger ait force de droit sur notre territoire.

Selon l'art. 64, al 1 Cst. féd., la législation sur la protection des inventions applicables à l'industrie est du ressort de la Confédération. Les lois fédérales de 1888, 1907 et 1954 réglant la protection des inventions ont été édictées sur la base de cet article constitutionnel. Les brevets sont délivrés par un organe administratif de l'Etat, le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, à Berne.

Aucune disposition constitutionnelle n'interdit au législateur fédéral de régler la protection des inventions d'une autre manière. A côté du brevet octroyé par le Bureau fédéral, il serait tout à fait possible et concevable de reconnaître un brevet délivré par une instance supranationale. Si des difficultés devaient se présenter, elles seraient d'ordre non pas juridique, mais politique.

## V. L'organisation judiciaire en matière de brevets en Suisse

### 1. La réglementation actuelle

D'après le droit positif suisse, les tribunaux connaissent en matière de droit des brevets les actions suivantes:

- action en nullité (art. 26 LF sur les brevets)
- action en cessation de l'acte ou en suppression de l'état de fait (art. 72)
- action en dommages-intérêts (art. 73)
- action en constatation (art. 74).

L'art. 64, al. 3 Cst. féd. prévoit que l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice sont l'affaire des cantons. Le législateur fédéral s'est de tout temps permis de limiter la souveraineté judiciaire des cantons, lorsqu'une intervention était nécessaire, pour assurer l'uniformité de la jurisprudence du droit fédéral. Le droit fédéral l'emporte en effet sur le droit cantonal<sup>174</sup> et ce principe ne s'applique pas seulement lorsque le droit fédéral est conforme à la Constitution. Ainsi que le relève M. Voyame, «l'art. 113, al. 3 Cst. féd., soustrayant à l'examen du Tribunal fédéral la constitutionnalité des lois et arrêtés qui ont une portée générale, on doit en déduire que de tels

<sup>174</sup> Cf. VOYAME, op. cit., p. 71, et les arrêts du TF cités.

actes législatifs sont valables et priment le droit cantonal même s'ils empiètent sur les pouvoirs accordés aux cantons par la Constitution»<sup>175</sup>.

En ce qui concerne les brevets, le législateur a prévu une instance unique pour l'ensemble du territoire de chaque canton (art. 76, al. 1 LBI) afin qu'elle puisse acquérir l'expérience désirable et nécessaire<sup>176</sup>.

Le recours au Tribunal fédéral est recevable sans égard à la valeur litigieuse (art. 76, al. 2 LBI et art. 45 OJ).

## 2. Des tentatives de modifier en Suisse l'organisation judiciaire en matière de brevets d'invention

### a) Généralités

Les travaux préparatoires pour la révision totale de la loi sur les brevets d'invention de 1907 ont été l'occasion de diverses propositions faites en vue d'obtenir une modification de l'organisation judiciaire en matière de brevets d'invention.

Toutes les propositions avaient ceci en commun qu'elles entendaient remédier aux inconvénients résultant du fait que des questions techniques extrêmement difficiles à apprécier étaient jugées en première instance par des tribunaux cantonaux formés uniquement de juristes ne possédant souvent aucune expérience dans le domaine des brevets d'invention<sup>177</sup> et, de ce fait, dépendant pratiquement de l'avis d'experts.

### b) Le postulat Speiser

En mars 1946, M. Speiser, alors membre du Conseil national, déposa un postulat demandant au Conseil fédéral «d'examiner s'il n'y avait pas lieu de créer sans tarder les bases légales nécessaires à l'institution d'une Cour fédérale des brevets comprenant des techniciens»<sup>178</sup>.

Le postulat fut adopté par le Conseil national le 12 juin 1946, après que le Conseil fédéral se fut déclaré disposé à étudier la question.

Dans son exposé des motifs, l'auteur du postulat proposait d'instituer une Cour fédérale de première instance où siègeraient aussi bien des juristes que des techniciens. Les dispositions de la Constitution fédérale

<sup>175</sup> RDS 1961, p. 72; cf. égal. GULDENER, *Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht*, RDS 1961, p. 21: «Das kantonale Zivilprozessrecht hat sich dem Bundesprivatrecht anzupassen, so dass ein harmonisches Ganzes ergibt» et p. 22: «Schon die Verfassungsbestimmung selbst deutet mit den Worten «wie bis anhin» die Möglichkeit bundesrechtlicher Eingriffe in das kantonale Verfahrensrecht an, wie sie schon vor Inkrafttreten der in Rede stehenden Verfassungsbestimmung (1898) erfolgt waren.»

<sup>176</sup> Cf. Message du CF à l'AF concernant la révision de la loi fédérale sur les brevets d'invention, FF 1950 I, p. 1022/3.

<sup>177</sup> FLEINER/GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1965, p. 904 à 909.

<sup>178</sup> Cf. Message du CF, FF 1950 I, p. 950.

ne s'opposaient pas, selon lui, à la création d'une telle Cour, du moins pas pour les actions en nullité du brevet.

### **c) Le projet de Tribunal fédéral de première instance**

La Commission d'experts instituée par le Département fédéral de justice et police, afin de donner son avis sur l'avant-projet de loi sur les brevets élaboré par le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, étudia le problème d'une Cour fédérale de première instance. Elle arriva à la conclusion qu'une juridiction spéciale en matière de brevets devait être créée le plus tôt possible<sup>179</sup>. De l'avis de la commission, cette réforme ne devait cependant pas être opérée dans le cadre de la révision de la loi sur les brevets d'invention, mais indépendamment d'elle et si possible en même temps.

Par la suite, le «Vorort» de l'Union suisse du commerce et de l'industrie fit, à la demande de la Société suisse des constructeurs de machines, une enquête auprès de ses sections afin de connaître leur avis sur l'opportunité de créer une Cour fédérale des brevets de première instance. Les réponses furent en partie plutôt négatives. Aussi la Société suisse des constructeurs de machines, qui avait provoqué le postulat Speiser, limita-t-elle ses propositions en ce sens qu'elle ne demanda plus qu'une réorganisation du Tribunal fédéral: une Cour spéciale, comprenant des techniciens, aurait à connaître des litiges relatifs aux brevets d'invention.

Le président de la Société suisse des constructeurs de machines et le signataire du postulat adopté le 12 juin 1946 étant la même personne, le Conseil fédéral admit qu'il n'y avait plus lieu de s'occuper du postulat et le projet visant la création d'un tribunal fédéral de première instance fut abandonné<sup>180</sup>.

### **d) Projet de Cour spéciale du Tribunal fédéral composée de juges et de techniciens**

Selon la proposition de la Société suisse des constructeurs de machines, la Cour des brevets du Tribunal fédéral devait comprendre un assez grand nombre de techniciens, parmi lesquels on aurait choisi, pour chaque cas, ceux convenant le mieux. La Cour aurait été formée de cinq juges, soit trois juges fédéraux «ordinaires» et deux techniciens fonctionnant comme juges extraordinaires<sup>181</sup>.

<sup>179</sup> Cf. Message du CF, FF 1950 I, p. 950.

<sup>180</sup> Cf. Message du CF, FF 1950 I, p. 951 ss.; BRACK, Das Patentgericht, thèse Berne 1950.

<sup>181</sup> Cf. Bulletin 1948, fasc. 1, p. 31 ss. (propositions concernant la création d'une Cour spéciale du TF, présentées par la Société suisse des constructeurs de machines).

Ce projet fut également abandonné, avant tout du fait des objections d'ordre juridique présentées. Ses adversaires estimaient qu'en appelant des juges techniciens à siéger au Tribunal fédéral à titre de membres extraordinaires, on créerait une nouvelle catégorie de juges fédéraux nécessitant une révision de l'art. 108 Cst. féd.<sup>182</sup>. Certains auteurs, se basant précisément sur l'art. 108 Cst. féd., ne partagèrent toutefois pas ces craintes<sup>183</sup>.

### 3. Les propositions de modification de l'organisation judiciaire et la Constitution fédérale

Lors des diverses tentatives de modifier l'organisation judiciaire en matière de brevets d'invention, des réserves d'ordre constitutionnel furent faites, ce qui provoqua, de la part des partisans et des adversaires, de nombreuses études<sup>184</sup>.

La question était de savoir si la Confédération, en considération de l'art. 64, al. 3 de la Constitution fédérale, avait le droit de créer un Tribunal fédéral de brevets de première instance,

- avec compétence générale ou
- seulement avec compétence en matière de nullité.

Aussi bien Giacometti que Tell Perrin arrivèrent à la conclusion que la création d'un Tribunal fédéral des brevets avec compétence générale (c'est-à-dire en matière de nullité et pour les actions en contrefaçon) violerait la garantie constitutionnelle donnée aux cantons en vertu de l'art. 64, al. 3 Cst. féd. « Cette disposition ne permet pas de supprimer

<sup>182</sup> Cf. Message du CF, FF 1950 I, p. 953.

<sup>183</sup> Cf. en particulier Tell PERRIN, *Considérations concernant une nouvelle organisation de la juridiction en matière de brevets*, Bulletin 1948, fasc. 1, p. 11 et 12; MÜLLER, *Patentgerichtshof*, Bulletin 1946, fasc. 1, p. 27.

<sup>184</sup> Tous ces travaux ont été publiés dans le Bulletin du Groupe suisse de l'AIPPI: A. TROLLER, *Setzt die Einführung eines schweizerischen Patentgerichtes eine Revision der Bundesverfassung voraus?*, 1944, fasc. 3, p. 93; W. WINTER, *Über ein eidgenössisches Gericht für Patent-Nichtigkeitsklagen*, 1945, fasc. 4, p. 217; W. KAMBLI, *Die Verfassungsmässigkeit eines schweizerischen Patent-Nichtigkeitsgerichtes*, 1945, fasc. 4, p. 244; Z. GIACOMETTI, *Die Verfassungsmässigkeit eines eidgenössischen Patentgerichtshofes*, 1945, fasc. 4, p. 256 (avis de droit) et: *Ergänzungsgutachten*, 1946, fasc. 1, p. 134; Tell PERRIN, *Considérations concernant une nouvelle organisation de la juridiction en matière de brevets*, 1948, fasc. 1, p. 8 (avis de droit); H. FRITZSCHE, *Über die Schaffung eines eidgenössischen Patentgerichtes als separate Kammer beim Bundesgericht*, 1948, fasc. 1, p. 15; cf. également: *Eidgenössischer Patentgerichtshof*, remarques du Département fédéral de justice et police, 1946, fasc. 2, p. 123, et le projet de: *Bundesgesetz über die Organisation und das Verfahren des eidgenössischen Patentgerichtes*, élaboré par W. MÜLLER à l'intention de la Société suisse des constructeurs de machines, 1948, fasc. 1, p. 29.

d'une manière générale les tribunaux cantonaux pour l'ensemble des dispositions de la loi sur les brevets d'invention<sup>185</sup>.»

Qu'en est-il de la création d'un tel tribunal avec compétence en matière de nullité uniquement? Pour certains auteurs, l'action en nullité d'un brevet est, d'après son contenu matériel, une contestation de procédure administrative, bien que laissée jusqu'ici par la loi fédérale aux tribunaux civils des cantons<sup>186</sup>. Dès lors, l'art. 64, al. 3 Cst. féd., ne fait pas obstacle à un tel tribunal, du moment qu'il ne s'applique pas à la juridiction administrative. Le Juge fédéral Plinio Bolla, A. Troller et le Département fédéral de justice et police se sont en revanche opposés à ces thèses<sup>187</sup>. Selon eux, une révision de la Constitution est nécessaire si l'on entend instituer un Tribunal fédéral des brevets se prononçant sur la nullité, une action concluant à la nullité revêtant un caractère de droit civil.

Etant donné les oppositions existantes et la difficulté de concilier les points de vue, également pour ne pas retarder la révision de la nouvelle loi sur les brevets, on renonça à l'époque à instituer un Tribunal fédéral des brevets de première instance.

#### 4. La modification apportée en 1954 à la loi fédérale d'organisation judiciaire

Cependant, la loi fédérale d'organisation judiciaire a été modifiée en 1954 pour tenir compte dans une certaine mesure des critiques adressées à la procédure applicable devant le Tribunal fédéral en matière de brevets d'invention<sup>188</sup>. Par l'art. 118 de la loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954, l'art. 67 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 a en effet été abrogé. Le nouvel art. 67, traitant du recours en réforme au Tribunal fédéral en matière de brevets d'invention permet au Tribunal fédéral de revoir les faits d'ordre technique constatés par la juridiction cantonale et d'ordonner à cet effet les mesures probatoires nécessaires.

Cette disposition apporte une dérogation importante aux règles traditionnelles en déliant partiellement le Tribunal fédéral de l'obligation de se fonder sur les faits constatés par la juridiction cantonale. On a fait valoir en sa faveur les raisons suivantes: les questions de fait et de

<sup>185</sup> Tell PERRIN, op. cit., p. 9.

<sup>186</sup> Tell PERRIN, op. cit., p. 10; Z. GIACOMETTI, op. cit., p. 258.

<sup>187</sup> Plinio BOLLA, L'art. 67 de la nouvelle loi fédérale d'organisation judiciaire, Bulletin 1945, fasc. 4, p. 170; A. TROLLER, op. cit., p. 93; Remarques du Département fédéral de justice et police, Bulletin 1946, fasc. 2, p. 123.

<sup>188</sup> Cf. Message complémentaire du CF à l'AF concernant le projet de révision de la loi sur les brevets d'invention du 28 décembre 1951, FF 1952 I, p. 20-27.

droit sont, en matière de brevet, liés de telle sorte que les questions de droit se trouvent d'emblée préjugées en grande partie par l'établissement des faits. Cela a d'autant plus d'importance que l'établissement des faits revêt en matière de brevets une particularité: en examinant si les conditions de la validité du brevet (nouveau, progrès technique et niveau de l'invention) sont remplies, juges et experts ne peuvent tenir compte de la situation donnée au moment de prononcer le jugement ou de déposer l'expertise; ils doivent se prononcer selon «l'état de la technique» au moment du dépôt de la demande de brevet, c'est-à-dire à une date qui peut remonter à plusieurs années en arrière<sup>189</sup>.

## **VI. L'organisation judiciaire prévue par l'avant-projet de Convention CEE**

### **1. Les actions en nullité**

Les actions en nullité seront jugées en première instance par la Chambre des annulations de l'Office européen des brevets et en deuxième et dernière instance par le Tribunal européen des brevets (art. 133 et 135). Pour la Suisse, cela impliquerait l'élimination aussi bien des tribunaux cantonaux que du Tribunal fédéral.

### **2. Les actions en cessation de l'acte**

Les actions en cessation de l'acte ne sont pas prévues dans l'avant-projet. Le juge saisi d'une action en constatation<sup>190</sup> se prononcera toutefois vraisemblablement sur ce point, ce qui aura pour conséquence d'accélérer la procédure.

### **3. Les actions en dommages-intérêts**

Les actions en dommages-intérêts pour violation d'un brevet européen (contrefaçon) seront jugées par les tribunaux nationaux (art. 174, al. 1) avec les restrictions suivantes:

- le tribunal national saisi d'une action en contrefaçon sera incompétent pour statuer sur la validité du brevet européen;
- le tribunal national saisi d'une action en contrefaçon d'un brevet européen définitif suspendra la procédure si le défendeur soulève l'exception de nullité du brevet et si le tribunal considère que cette

<sup>189</sup> Cf. Message complémentaire, FF 1952 I, p. 23.

<sup>190</sup> Cf. ch. 4 p. 78.

- exception n'est pas manifestement sans fondement, sous réserve que le défendeur démontre qu'il a introduit une demande en nullité du brevet antérieurement aux poursuites en contrefaçon ou qu'il introduise une telle demande dans un délai imparti par le tribunal;
- la procédure en contrefaçon du brevet sera suspendue jusqu'à ce que la décision sur la demande en nullité soit devenue définitive.

#### **4. Les actions en constatation**

Les actions en constatation sont réglées par l'art. 181 du projet de convention. Quiconque justifie d'un intérêt légitime peut faire constater que des actes accomplis ou envisagés par lui «ne relèvent pas de l'étendue de la protection assurée» par un brevet européen définitif. La demande devra être introduite par écrit auprès de l'Office européen des brevets; l'exposé des motifs devra contenir une description claire et complète des actes accomplis ou envisagés. La demande en constatation sera irrecevable si le défendeur justifie qu'il a introduit contre le demandeur, avant la présentation de la demande, une action en contrefaçon fondée sur les mêmes actes. La décision de la Chambre d'annulation pourra être portée devant le Tribunal européen des brevets. Les décisions définitives de ces instances lient les tribunaux nationaux saisis ultérieurement d'un litige entre les parties à la procédure de contrefaçon.

#### **5. Interprétation de la Convention**

En plus des diverses restrictions imparties aux tribunaux nationaux, la Cour européenne des brevets sera compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de la Convention. Lorsqu'une telle question sera soulevée devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction sera tenue de saisir la Cour européenne des brevets.

### **VII. Les dispositions de l'avant-projet de Convention CEE en matière d'organisation judiciaire sont-elles compatibles avec le droit suisse ?**

#### **1. Des diverses actions portées devant les tribunaux cantonaux**

L'exclusion des tribunaux cantonaux (pour les actions en nullité et en constatation) constituerait une atteinte à la compétence cantonale en matière judiciaire, explicitement reconnue par l'art. 64, al. 3 Cst. féd.

Quant aux actions en dommages-intérêts, fondées sur la violation d'un brevet européen, elles seront jugées – d'après l'avant-projet de Convention – par les tribunaux nationaux. Cette disposition serait donc compatible avec le droit suisse.

Le fait que les tribunaux cantonaux seraient liés par les décisions des instances européennes en ce qui concerne l'interprétation de la Convention constituerait également une atteinte à leur compétence en matière judiciaire.

## **2. La compétence du Tribunal fédéral**

Les attributions du Tribunal fédéral ne sont pas explicitement délimitées par la Constitution fédérale. L'art. 114 Cst. féd., permet au législateur fédéral de placer d'autres affaires dans la compétence du Tribunal fédéral. Il peut, en particulier, donner à ce tribunal des attributions ayant pour but d'assurer l'application uniforme des lois prévues à l'art. 64 Cst. féd. La nouvelle procédure européenne en matière de brevets, si elle devait être acceptée par la Suisse telle qu'elle résulte de l'avant-projet, ne constituerait donc pas, du point de vue de la compétence du Tribunal fédéral, une violation de la Constitution fédérale, mais elle contreviendrait aux dispositions de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire (LFOJ), qui règle la position et les attributions de notre tribunal suprême.

On doit cependant tenir compte du fait qu'aucune disposition constitutionnelle ne permet de limiter, par une loi fédérale ou un traité international, la compétence du Tribunal fédéral en faveur d'une institution supranationale.

## **VIII. Possibilités pour la Suisse, du point de vue de l'organisation judiciaire, de participer à une Convention établissant un brevet européen**

### **1. Selon l'avant-projet de 1962**

Si la convention qui sera finalement adoptée devait reprendre les dispositions actuelles de l'avant-projet de la CEE, l'attitude de la Suisse différerait selon la possibilité qui s'offrirait à elle de participer au brevet européen par la voie de l'adhésion à la convention ou de l'association.

Par une adhésion pure et simple, les tribunaux cantonaux seraient dessaisis de leur compétence actuelle et la juridiction d'un tribunal

supranational se substituerait à celle du Tribunal fédéral en ce qui concerne les actions soumises à la compétence de la Cour européenne des brevets. Nous avons vu et nous verrons encore<sup>191</sup> que du point de vue juridique – et toute autre question étant réservée –, ce transfert de compétence judiciaire ne porterait pas atteinte à la souveraineté interne de la Suisse et que du point de vue constitutionnel, il n'y a pas d'obstacles insurmontables à une adhésion pure et simple.

Nous doutons cependant qu'à l'heure actuelle, une adhésion soit politiquement opportune et réalisable.

La voie de l'association permettrait en revanche à notre pays de collaborer à l'institution d'un brevet européen tout en sauvegardant – par les réserves qui seraient faites dans l'accord d'association – sa propre juridiction sur le plan fédéral et cantonal.

Si les pays membres de la CEE n'étaient pas prêts à accepter les réserves considérées par la Suisse – du point de vue politique – comme indispensables, toute possibilité d'association serait alors exclue.

## 2. Selon les propositions néerlandaises de double convention

Si la proposition néerlandaise était acceptée<sup>192</sup>, deux conventions seraient établies; l'une, la convention générale, ouverte aussi à d'autres pays que ceux de la CEE, éventuellement, par exemple, à tous les pays membres du Conseil de l'Europe; elle réglerait toutes les questions, jusqu'à l'octroi du brevet par un office international à créer. L'autre convention serait réservée aux seuls pays membres du Marché commun; elle reprendrait dans l'essentiel les dispositions de l'avant-projet de 1962 applicables au brevet européen, celui-ci une fois accordé. Il appartiendrait en particulier à cette convention restreinte de régler toutes les questions relatives à l'organisation judiciaire et aux diverses actions prévues.

La convention générale ne traitant que de la procédure d'octroi des brevets, la Suisse pourrait y adhérer sans difficulté du point de vue de l'organisation judiciaire, puisque celle-ci resterait du domaine des cantons et de la Confédération.

Aucune disposition constitutionnelle n'interdit en effet au législateur fédéral de reconnaître un brevet émis par une instance supranationale<sup>193</sup>. Les voies de recours prévues contre les décisions de l'Office international ne seraient pas un obstacle, puisque les décisions de l'instance de recours, même s'il s'agissait d'une Cour européenne de brevets, seraient

<sup>191</sup> Cf. p. 67 ss. et p. 85 ss.

<sup>192</sup> Cf. p. 27 ss.

<sup>193</sup> Cf. p. 72.

prises dans le cadre de la procédure d'octroi de brevets. On aurait donc affaire à des décisions intervenant au cours d'une procédure administrative et non judiciaire.

## IX. Les inventions non brevetables

En Suisse, selon l'art. 2 LBI, indépendamment des inventions contraires aux bonnes mœurs, les inventions de remèdes et les inventions de procédés non chimiques pour la fabrication de remèdes, les inventions d'aliments, de denrées fourragères et de boissons ainsi que les inventions de substances chimiques ne sont pas brevetables.

Les art. 9 à 14 de l'avant-projet de Convention CEE, traitant de la question de la brevetabilité, ne sont pas définitivement arrêtés. En effet, ils doivent encore être adaptés aux dispositions de la «Convention européenne sur l'unification de certains éléments du droit de brevet d'invention», de 1963, établie dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>194</sup>.

L'art. 10 de l'avant-projet de Convention CEE intéresse particulièrement la Suisse. D'après cet article, ne seraient exclues de la brevetabilité que les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire aux bonnes mœurs ou aux principes fondamentaux de l'ordre public.

La Convention du Conseil de l'Europe de 1963, pour sa part, prévoit expressément, à son art. 1<sup>er</sup>, que des brevets seront accordés «pour toute invention qui est susceptible d'application industrielle, est nouvelle et implique une activité inventive». Selon l'art. 2, les Etats contractants ne sont toutefois pas tenus de prévoir l'octroi de brevets pour les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs et pour les variétés végétales ou les races animales, ainsi que les procédés biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux (certe dernière disposition ne s'étendant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés).

Afin de permettre aux Etats contractants d'adhérer à la Convention de 1963 sans avoir besoin de modifier immédiatement leur loi interne, la Convention réserve à son art. 12, à chacune des parties contractantes – au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion – la possibilité de ne pas prévoir l'octroi de brevets pour les produits alimentaires et pharmaceutiques en tant que tels, ainsi que pour les procédés agricoles ou horticoles autres que ceux auxquels s'applique l'art. 2.

<sup>194</sup> Cf. p.15.

La Suisse a signé la Convention du Conseil de l'Europe avec la réserve mentionnée ci-dessus. De ce fait, le Conseil fédéral – par les pouvoirs donnés à son représentant – a implicitement admis que dès l'entrée en vigueur de la Convention<sup>196</sup>, la brevetabilité des inventions de substances chimiques et des procédés non chimiques pour la fabrication de remèdes sera possible dans notre pays. Au surplus, dès la fin de la période transitoire de dix ans, la protection par brevet devra aussi être accordée aux inventions de produits pharmaceutiques et aux inventions d'aliments en tant que tels.

Les milieux intéressés à la fabrication des produits pharmaceutiques et alimentaires sont, cela va de soi, favorables à l'extension de la brevetabilité à ces produits. Jusqu'ici cependant, et cela a été particulièrement évident lors de l'élaboration de la nouvelle loi sur les brevets du 21 juin 1954, les caisses-maladies se sont toujours opposées à la brevetabilité des produits pharmaceutiques, craignant qu'il n'en résulte une hausse des prix.

Nous avons affaire ici à une question qui relève non du droit, mais de la politique. Une entente devrait être possible sur le plan suisse. Il n'est au surplus pas exclu que la réserve de la période transitoire de dix ans contenue dans la Convention du Conseil de l'Europe soit aussi reprise dans le texte définitif de Convention établissant un brevet européen.

De toute façon, l'obligation d'accorder des brevets non seulement pour les procédés, mais aussi pour les produits pharmaceutiques et alimentaires ne devrait pas être un obstacle à l'adhésion de la Suisse à une convention européenne en matière de brevets. Cela d'autant moins que l'Etat aurait la possibilité de combattre tout abus éventuel par le moyen de la licence obligatoire s'il l'estimait nécessaire.

Bien entendu, en cas d'association à une convention européenne, la Suisse pourrait s'efforcer de maintenir la non-brevetabilité des produits pharmaceutiques et alimentaires si elle le jugeait indispensable.

## X. Durée de la Convention (art. 216)

Selon l'avant-projet de 1962, la Convention sera conclue pour une durée indéterminée, c'est-à-dire qu'elle ne sera pas dénonçable.

L'art. 89, al. 4 de la Constitution fédérale prévoit que les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée seront soumis à l'adoption ou au rejet du peuple lorsque la demande en est faite par 30 000 citoyens actifs ou par huit cantons. Cette disposition constitutionnelle

<sup>196</sup> Au 1. 5. 1969, la Convention n'était pas encore entrée en vigueur.

pourrait constituer un obstacle à l'adhésion de la Suisse à la Convention européenne instituant un brevet européen si l'on devait craindre que le référendum soit demandé et que le peuple aussi bien que les cantons refusent d'approuver l'arrêté fédéral relatif à l'adhésion de notre pays à la Convention. On doit toutefois admettre que les citoyens suisses, suffisamment informés de la portée pratique d'une collaboration de notre pays à un brevet européen, suivraient la proposition qui leur serait faite dans ce sens par les Chambres fédérales.

En s'associant, la Suisse ne deviendrait pas partie contractante; elle pourrait dès lors régler la question de la dénonciation dans son contrat d'association.

Si le système de la double convention est retenu, les difficultés seront vraisemblablement moindres. Les motifs propres au Marché commun n'ayant pas à être pris en considération, il devrait en effet être possible de prévoir dans la Convention établissant un brevet européen la possibilité de dénoncer, comme cela est généralement le cas dans les accords internationaux.

Ajoutons cependant qu'une approbation par le peuple et les cantons serait à notre avis de toute façon nécessaire si la Suisse n'arrivait pas à faire admettre – ou ne désirait pas obtenir – une réserve concernant le maintien de la juridiction nationale<sup>196</sup>.

## **XI. Les autres problèmes que pose à la Suisse l'avant-projet de 1962 de la CEE**

### **1. Les langues officielles**

Les langues utilisées auprès de l'Office européen des brevets seront l'allemand, l'anglais et le français. L'italien, langue nationale et officielle de la Suisse, n'est pas mentionné. Toutefois, selon l'art. 34 ch. 2 de l'avant-projet de Convention, les ressortissants de langue italienne pourront déposer une demande de brevet dans cette langue, pourvu qu'une traduction dans l'une des langues officielles soit produite dans le délai d'un mois à compter du jour du dépôt.

L'Italie, Etat fondateur de la CEE, n'ayant pas réussi à faire admettre l'italien comme langue officielle, on ne voit pas très bien comment la Suisse y parviendrait. Au surplus, aujourd'hui déjà, les exposés de brevets rédigés en Suisse dans l'une des trois langues officielles ne font pas l'objet d'une traduction officielle.

<sup>196</sup> Cf. p. 85 ss. et en partic. 87.

Quoi qu'il en soit, le problème des langues officielles ne constitue pas un obstacle à la participation de la Suisse à la Convention; ce n'est qu'une question technique qui pourra être réglée. La Confédération pourrait, par exemple, prendre à sa charge une partie des frais de traduction des demandes de brevets rédigées en langue italienne.

## **2. L'obligation d'échange d'informations et d'assistance judiciaire**

L'Office européen des brevets et les tribunaux ou les administrations des Etats contractants ont l'obligation (art. 64) de s'assister mutuellement en se communiquant, sur requête, des informations ou des dossiers. En outre, l'Office européen et les offices nationaux de la propriété industrielle se tiendront – sur requête également – mutuellement au courant du déroulement des procédures d'examen relatives aux demandes de brevets déposées, en tout ou partie, pour la même invention. Les informations porteront en particulier sur les résultats des recherches de nouveauté ainsi que sur les notifications d'examen et les décisions intervenues.

D'autre part, sur commission rogatoire de l'Office européen des brevets (art. 65), les tribunaux des Etats contractants procéderont, dans les limites de leur compétence, aux mesures d'instruction ou autres actes judiciaires. Il appartiendra à chaque Etat contractant de désigner l'autorité nationale à laquelle l'Office européen devra adresser la commission rogatoire et de déterminer la procédure à appliquer.

Les mesures envisagées nous paraissent raisonnables et nécessaires pour assurer un bon fonctionnement de la procédure d'octroi de brevet. Nous ne croyons donc pas que des difficultés se présenteront lorsqu'il s'agira de compléter en conséquence notre législation fédérale en la matière (LBI et OJ).

## **3. Le droit d'exécution forcée**

Les décisions de l'Office européen des brevets fixant le montant des frais de procédure, infligeant une amende ou constatant le défaut de paiement des taxes annuelles, forment titres exécutoires au sens de l'art. 170 de l'avant-projet de convention.

Ici aussi, il n'y aurait guère de difficulté à compléter l'art. 81 al. 3 de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite.

## **4. La clause «Euratom»**

Les dispositions des art. 17 à 23 du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique sont applicables au

brevet européen conformément à l'art. 138 de l'avant-projet de Convention de la CEE. La Suisse ne faisant pas partie de cette Communauté, il serait nécessaire d'exclure l'application de ladite clause dans un éventuel contrat d'association à la Convention des brevets. En cas d'adhésion, une réserve devrait être formulée par la Suisse, d'entente avec les autres pays contractants.

## XII. Traité liant la Suisse et procédure d'approbation

Le seul problème important d'ordre constitutionnel que pose une participation de la Suisse au brevet européen de la CEE est la création d'un tribunal supranational qui entraînerait l'exclusion des tribunaux cantonaux pour les actions en nullité et en constatation<sup>197</sup>. Faut-il reviser la Constitution fédérale avant de conclure un traité d'association ou d'adhésion en matière de brevet européen? La question est délicate et importante; elle pose des problèmes d'ordre aussi bien juridique que politique.

Certains auteurs, interprétant d'une façon littérale la Constitution fédérale<sup>198</sup>, soutiennent que les traités anticonstitutionnels n'étant pas prévus dans une catégorie spéciale<sup>199</sup>, ils pourraient être conclus selon la procédure ordinaire. Le pouvoir de conclure des traités de la Confédération<sup>200</sup> ne trouverait donc aucune limitation dans les dispositions constitutionnelles de fond<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> Cf. p. 79.

<sup>198</sup> SCHOLLENBERGER, *Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berlin 1905, p. 163 ss.; GUGGENHEIM, *Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse*, RDS 1963, p. 221 ss., spéc. p. 292-302.

<sup>199</sup> Cf. art. 85 et 102 Cst. féd.

<sup>200</sup> Ce qu'on appelle le «*treaty-making power*», cf. LARDY, *La force obligatoire du droit international en droit interne*, thèse Neuchâtel 1966, p. 226. – La doctrine unanime admet aujourd'hui que le «*treaty-making power*» n'est pas lié par la délimitation interne des compétences entre la Confédération et les cantons; cf. à ce sujet HAURI, *Die Verfassungsmässigkeit der Staatsverträge*, thèse Berne 1962, p. 20 et les auteurs cités. Cf. égal. WILDHABER, *Die völkerrechtlichen Wirkungen von Verträgen, welche die bundesstaatliche Kompetenzverteilung einer Bundesverfassung verletzen*, ASDI 1967, p. 161 ss.

<sup>201</sup> D'après la doctrine dominante, la Confédération peut conclure un traité touchant n'importe quelles matières, même celles qui en droit interne sont réservées aux cantons (cf. AUBERT, *L'autorité, en droit interne, des traités internationaux*, RDS 1962, p. 265 ss. et plus spéc. p. 268 et 269 et les auteurs cités. – Relevons à ce propos que le préambule de la Constitution française de 1946 prévoit que «*sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix*». L'art. 11 de la Constitution italienne autorise égale-

Une autre école affirme au contraire qu'en principe les traités ne peuvent pas être conclus en dérogation à des dispositions de la Constitution fédérale et que, dans un tel cas, une révision constitutionnelle doit préalablement être entreprise<sup>202</sup>.

Une troisième école enfin<sup>203</sup> fait une distinction entre les dispositions de la Constitution fédérale auxquelles le «*treaty-making power*» peut déroger par des accords élaborés en procédure ordinaire et celles auxquelles on ne peut déroger sans révision constitutionnelle préalable. Un traité pourrait déroger à des dispositions constitutionnelles secondaires de portée exclusivement interne. Une révision de la Constitution fédérale serait en revanche nécessaire lorsque le traité «*met en cause des règles fondamentales ou touche à des dispositions constitutionnelles concernant les relations internationales*»<sup>204</sup>.

Le Département politique fédéral paraît s'être rallié dans un avis de droit à cette opinion: «... Wo die Verfassung lediglich interne Probleme regeln will und das Verhältnis nach aussen offen lässt, ist die Bahn frei für eine staatsvertragliche Normierung, desgleichen dann, wenn es sich nicht um schwerwiegende und umstürzende Eingriffe in die innere Struktur handelt<sup>205</sup>.»

Le Chef du Département politique fédéral, M. Spühler, a eu récemment l'occasion de se prononcer sur l'ensemble de la question en répondant à une interpellation de M. Korner, Conseiller national<sup>206</sup>. Ce dernier désirait savoir en particulier si la règle selon laquelle le droit des gens prime le droit national devait être inscrite dans la Constitution, si la législation suisse devait être adaptée au droit international chaque fois qu'un traité international fixe une norme différente et si le Conseil fédéral estimait devoir présenter, en même temps qu'il demande

ment, sous réserve de réciprocité, des restrictions à la souveraineté du pays, dans la mesure où cela est nécessaire pour créer une organisation assurant aux nations la paix et la justice. L'art. 67 de la Constitution des Pays-Bas dispose que «des attributions législatives, administratives ou juridictionnelles peuvent être conférées à des organisations de droit international par ou en vertu d'une convention», alors que, selon l'art. 24 de la «Grundgesetz» de la Rép. féd. d'Allemagne, «der Bund kann durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen».

<sup>202</sup> FLEINER/GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1965, p. 813: «Gleich den Bundesgesetzen müssen sich aber die Staatsverträge des Bundes im Rahmen der Bundesverfassung halten, dürfen also zum Beispiel nicht die Freiheitsrechte beeinträchtigen»; RUCK, *Schweizerisches Staatsrecht*, Zurich 1957, p. 241.

<sup>203</sup> SCHINDLER, *Supranationale Organisationen und schweizerische Bundesverfassung*, RSJ 1961, p. 197 ss.

<sup>204</sup> LARDY, *op. cit.*, p. 227.

<sup>205</sup> JAA 29, no 3, p. 22.

<sup>206</sup> Cf. *Journal de Genève* du 11. 12. 1968 et *NZZ* no 765 du 10. 12. 1968 (Abendausgabe); cf. égal. *Bulletin sténographique de la session de déc. 1968 du Conseil nat.*

d'approuver un traité international, un projet de dispositions assurant l'application de ce traité sur le plan national.

Dans sa réponse, le Chef du Département politique a tout d'abord relevé qu'il n'était pas question pour la Suisse de se soustraire à ses obligations internationales, même si elle pouvait invoquer des dispositions contraires de sa Constitution ou de sa législation. La stricte observation du droit international public est une condition de l'ordre international. Si un conflit devait surgir entre l'application du droit public international et le droit fédéral – ce qui pourrait être le cas lors d'une adhésion à une organisation supranationale –, le droit en vigueur suffit à garantir la prééminence du droit international public.

La pratique suivie jusqu'ici – a ajouté le Chef du Département politique – montre également qu'il n'est pas besoin de reviser chaque fois le droit suisse s'il y a divergence avec le droit international, car, «les traités appliqués deviennent directement applicables en droit national et créent des droits et des obligations pour les individus».

Enfin, M. Spühler a contesté la nécessité de présenter, en même temps qu'une demande de ratification d'un traité international par les Chambres fédérales, un projet relatif aux dispositions d'application. Il va en effet de soi que la Suisse, en signant un accord international, s'engage à en assurer l'application; il n'est pas nécessaire de le prescrire expressément.

Dans ces conditions, a conclu le Chef du Département politique, le Conseil fédéral n'estime pas nécessaire de modifier l'état de droit actuel, qui permet à notre pays d'assumer ses engagements internationaux.

L'interpellateur s'est déclaré satisfait de cette réponse, qui correspond tout à fait à notre point de vue.

Les traités internationaux dérogeant à certaines clauses de la Constitution fédérale doivent-ils être soumis au peuple et aux cantons pour approbation<sup>207</sup>? Rappelons à ce sujet que l'arrêté fédéral par lequel la Confédération a adhéré au Pacte de la SDN a été soumis à l'approbation du peuple et des cantons, sans pourtant que des dispositions contenues dans la Constitution fédérale aient été abrogées ou modifiées. En revanche, le Conseil fédéral n'a pas retenu cette solution pour la question de la participation de notre pays à l'AELE, estimant que cette association ne dérogeait pas à la Constitution fédérale<sup>208</sup>.

<sup>207</sup> Il est intéressant de relever à ce sujet que la jurisprudence américaine distingue entre les dispositions des traités qui sont «of international interest» et celles qui sont «of internal interest». Seules les premières peuvent déroger à la répartition des compétences entre Etat fédéral et Etats fédérés (cf. *Missouri v. Holland*, 252 US 416, 1920; *Kinsella v. Krüger*, 345 US 1, 1957).

<sup>208</sup> Cf. Message du CF à l'AF sur la participation de la Suisse à l'AELE, du 5. 2. 1960, FF 1960 I, p. 869 ss. et en partic. p. 908 ss.

Il est généralement admis par la doctrine<sup>209</sup> qu'une adhésion ou association à une organisation à caractère supranational, si elle entraîne le transfert à une institution superétatique d'attributions dévolues par la Constitution fédérale à des organes internes, doit faire l'objet d'une approbation du peuple et des cantons<sup>210</sup>.

Nous estimons personnellement que l'exclusion des tribunaux cantonaux – et par conséquent aussi du TF – pour certains procès en matière de brevets d'invention ne constitue pas un obstacle d'ordre constitutionnel à la signature d'un traité avec la CEE en matière de brevets d'invention. La disposition de l'art. 64 ch. 3 Cst. féd. a en effet une portée exclusivement interne<sup>211</sup>.

En ce qui concerne la question de savoir si le traité d'association ou d'adhésion à la Convention de la CEE en matière de brevets d'invention – le problème de la durée étant réservé<sup>212</sup> – devrait ou non être soumis au peuple et aux cantons pour approbation, nous sommes d'avis, contrairement au point de vue de Reichlin<sup>213</sup>, que si la Suisse ne parvient pas à faire insérer une réserve en faveur des tribunaux cantonaux dans le traité d'association ou d'adhésion, une approbation par le peuple et les cantons serait nécessaire.

Cela parce que certaines attributions dévolues par la Constitution fédérale à des organes internes seraient transférées à une institution supranationale pour une durée qui, en fait, serait supérieure à quinze ans. Selon l'avis du Département politique fédéral du 2 août 1955<sup>214</sup>, il est de pratique constante que les traités internationaux dont la durée est inférieure à quinze ans, mais qui créent une situation qui durera au-delà de ce délai, doivent être soumis au référendum. On peut admettre qu'un transfert d'attributions juridictionnelles à une autorité supranationale, dans le cadre d'un Traité instituant un brevet européen

<sup>209</sup> GUGGENHEIM, op. cit., p. 302 et auteurs cités; SCHINDLER, p. 197.

<sup>210</sup> Avis contraire: REICHLIN, Traité d'association et législation dans le régime de démocratie directe, SDES 1962, p. 11: «... ce n'est pas le contenu d'un traité d'association, mais bien la durée des engagements que ce dernier comporterait pour notre pays qui déterminera si ledit traité doit être soumis au référendum selon l'art. 89/3 Cst. féd.»

<sup>211</sup> Cf. par analogie la ratification par la Suisse de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958 (ROLF 1965, p. 797). Dans son Message du 18 septembre 1964 (FF 1964 II, p. 625 ss. et plus partic. p. 639), le Conseil fédéral, se référant aux modifications qu'entraîne ladite Convention sur le droit de procédure cantonal, précise que «la Confédération est compétente pour conclure des conventions internationales portant sur des matières qui, en droit interne, sont soustraites à son droit de légiférer».

<sup>212</sup> Cf. p. 82.

<sup>213</sup> Cf. REICHLIN, loc. cit., p. 11 (cf. note 210 ci-dessus).

<sup>214</sup> Cf. J.A.A. 25, p. 50.

conclu pour une durée indéterminée, subsistera au-delà de la durée de quinze ans au cours de laquelle la Suisse pourrait théoriquement le dénoncer si la possibilité lui en était donnée. Notre pays ayant accepté le brevet européen, on ne voit en effet guère comment il pourrait y renoncer et revenir à l'ancien état de choses.

### **XIII. Questions ayant trait à l'application du traité liant la Suisse à la Convention CEE en cas de dérogation de cette dernière au droit public et civil suisse**

Un traité oblige les contractants lorsqu'il est ratifié. Il entre en vigueur au jour convenu par les parties. La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si un traité oblige automatiquement les sujets de droit interne<sup>216</sup>.

La théorie dualiste le conteste. Elle réclame une transformation des dispositions du droit international en droit national. Elle motive cette opinion en prétendant qu'un traité ne contient que l'obligation d'édicter des normes de droit correspondant à ses dispositions<sup>216</sup>.

La théorie moniste rejette ce système de transformation et déclare que des normes valables et obligatoires sur le plan international peuvent très bien obliger sur le plan interne, sans qu'une transformation des lois soit nécessaire. Selon les auteurs suisses, la théorie moniste doit être retenue<sup>217</sup>. «Le traité oblige sur le plan interne parce qu'il est incorporé au droit national du moment où il a été ratifié<sup>218</sup>.»

En droit suisse, les traités internationaux doivent être publiés dans le

<sup>216</sup> Cf. LARDY, op. cit., p. 247; égal. DE VISSCHER, Les tendances internationales des constitutions modernes, Académie de droit international, Recueil des Cours 1952 I, p. 558, «La question de l'introduction du traité dans l'ordre juridique interne et celle du caractère «self executing» du traité sont, à notre sens, des questions distinctes... La procédure de l'introduction du traité dans l'ordre interne est une technique d'exécution des traités, alors que la question de l'applicabilité du traité aux individus est une question qui a trait à la nature même du traité.» VERDROSS, Droit international et droit interne, Revue de droit international 1954, p. 229, «Il faut faire une distinction très nette entre le problème de la primauté du droit international public et une autre question avec laquelle il est souvent confondu, à savoir si une norme du droit international public peut s'appliquer immédiatement aux individus.»

<sup>216</sup> Cf. RUCK, op. cit., p. 240 ss.; STRUPP/SCHLOCHAUER, Wörterbuch des Völkerrechts, Berlin 1962, p. 656 ss. et les auteurs cités.

<sup>217</sup> Cf. BURCKHARDT, «Die staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge», RDS 1915, p. 145 ss.; FLEINER/GIACOMETTI, op. cit., p. 829; GUGGENHEIM, Traité de droit international public, Genève 1953, tome 1, p. 33 ss.

<sup>218</sup> REICHLIN, op. cit., p. 15.

Recueil des lois fédérales<sup>219</sup>. Mais on a renoncé à déclarer de force obligatoire les traités contenus dans le Recueil<sup>220</sup>, car même ceux qui ne seraient pas promulgués de cette façon auraient force obligatoire, en tout cas pour les autorités qui en ont eu connaissance<sup>221</sup>.

Le traité une fois entré en vigueur prime l'ensemble du droit national. C'est une conséquence du principe «pacta sunt servanda». Lorsque le droit national existant est contraire au traité international, il n'est plus applicable<sup>222</sup>.

Même en admettant que certaines divergences pourraient éventuellement être évitées par le moyen des réserves faites au moment de la signature ou de la ratification, il n'est pas moins certain que diverses dispositions d'un traité d'association ou d'adhésion à la Convention CEE établissant un brevet européen seraient selon toute vraisemblance en opposition à notre droit national<sup>223</sup>. Ce dernier devrait donc être modifié ou complété, notamment en ce qui concerne la brevetabilité des produits chimiques et pharmaceutiques ainsi que des denrées alimentaires et fourragères, le droit d'exécution forcée, l'obligation d'assistance judiciaire, l'examen différé des demandes de brevets et la compétence des tribunaux nationaux.

Relevons cependant que selon une partie de la doctrine<sup>224</sup>, il n'existe aucune obligation de supprimer, même formellement, les normes contraires au traité international, leur application étant suspendue en raison de la force dérogoire de ce dernier. La sécurité du droit exige

<sup>219</sup> Cf. l'art. 4 lit. d) de la «Loi fédérale relative à la force obligatoire du recueil systématique des lois et ordonnances fédérales de 1848 à 1947 et à la nouvelle série du Recueil des lois» (ROLF 1949 II, p. 1523 ss.).

<sup>220</sup> Cf. Message complémentaire du CF sur un projet de loi relative à la force obligatoire du Recueil systématique des lois et ordonnances mis à jour (1848-1947) et à la nouvelle série du Recueil des lois, du 11 février 1948, FF 1948 I, p. 817 ss.

<sup>221</sup> GUGGENHEIM, Fiche juridique suisse no 487, p. 1, admet cependant que seule la publication dans le Recueil des lois représente un ordre à tous les sujets de droit de se sentir légitimés ou obligés par le traité international.

<sup>222</sup> Cf. p. 87 ci-dessus. - L'art. 26 de la Constitution française de 1946 prévoit expressément que «les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification». Cf. égal. SPENGLER, «Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», Köln 1957, p. 16: «In Belgien, der Bundesrepublik und Italien erhält das umgegossene Vertragsrecht einfachen Gesetzesrang; d. h. es verdrängt älteres Landesrecht, muss aber seinerseits späterem Landesrecht weichen... In Frankreich und den Niederlanden, wird das Vertragsrecht aber ausdrücklich zu einem Recht höherer Ordnung erhoben, welches auch durch spätere Gesetzgebungsakte nicht aufgehoben oder abgeändert werden kann.»

<sup>223</sup> Cf. chap. V, L'avant-projet de la CEE et la Suisse, p. 19 ss.

<sup>224</sup> LARDY, op. cit., p. 228; REICHLIN, op. cit., p. 18.

cependant la désignation des normes qui ne sont pas formellement abolies ou ne sont plus applicables pendant la durée du traité, même si, juridiquement, cela n'est pas indispensable, comme l'a déclaré le Chef du Département politique fédéral dans sa réponse du 10 décembre 1968 à l'interpellation de M. Korner, Conseiller national<sup>226</sup>.

De la brève étude qui précède, on peut tirer la conclusion qu'un traité liant la Suisse à la CEE en matière de brevets serait immédiatement applicable, sans qu'il soit juridiquement nécessaire – bien que cela soit peut-être souhaitable du point de vue politique<sup>227</sup> – de prévoir un acte législatif interne particulier. Ce traité aurait force de loi fédérale, car un traité régulièrement conclu et publié prime toutes les dispositions contraires de la Constitution fédérale ou d'une loi fédérale antérieure<sup>228</sup>.

Relevons encore que si, jusqu'ici, il a généralement été d'usage en Suisse de ne pas ratifier une convention internationale sans adapter le droit interne de la Confédération, une exception à cette règle a par exemple été faite en ce qui concerne le texte de Lisbonne (1958) de la Convention de Paris, qui a été ratifié<sup>229</sup> sans que la loi sur les brevets et la loi sur les marques aient été révisées<sup>230</sup>.

<sup>226</sup> REICHLIN, *op. cit.*, note 37.

<sup>228</sup> Cf. p. 86 ci-dessus.

<sup>227</sup> On peut supposer que certains milieux industriels de notre pays, qui s'entre-tiennent pour une européisation du droit des brevets, auraient quelques hésitations à accepter d'éventuelles règles anticartellaires incorporées dans une Convention de brevets CEE et qui, pour des motifs touchant la libre circulation des marchandises, auraient pour effet d'entraver la liberté contractuelle. A ce point de vue également, il serait peut-être opportun de ne pas ratifier le traité international sans adapter la loi interne.

<sup>228</sup> Cf. ATF: Schärff (54 I 40) et Steenworden (59 II 331); égal. AUBERT, *op. cit.*, p. 281 et déclaration du Chef du Département politique fédéral, p. 86 ci-dessus.

<sup>229</sup> Cf. AF du 7. 12. 1961, ROLF 1963, p. 117, et Message du CF du 5. 6. 1961, FF 1961 I, p. 1280.

<sup>230</sup> L'art. 16 de la loi fédérale sur les brevets d'invention prévoit toutefois expressément que les ressortissants suisses et les personnes qui sont domiciliées en Suisse ou qui y possèdent un établissement commercial ou industriel peuvent invoquer les traités ratifiés par la Suisse lorsque les dispositions de ces derniers sont plus favorables que celles de la loi fédérale. Une disposition analogue est prévue à l'art. 15 de l'avant-projet de 1968 de la nouvelle loi fédérale sur les marques établi par le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle; la loi actuelle ne contient en revanche aucune disposition de ce genre.

## Les autres projets d'unification du droit des brevets et la Suisse

Ainsi que nous l'avons vu, l'accord créant un Institut international des brevets, ainsi que les diverses conventions du Conseil de l'Europe ne soulèvent aucun problème de souveraineté et d'ordre constitutionnel.

Il en est de même des propositions faites au sein de l'AELE – qui tiennent compte de la suggestion de «double convention» présentée par les Pays-Bas – et du plan des BIRPI (PCT), qui diffèrent fondamentalement de l'avant-projet de Convention établissant un brevet européen de la CEE.

Alors que ce dernier prévoit un brevet international, une Cour de justice supranationale et une procédure devant cette dernière en vue de juger de la validité des brevets, ainsi que diverses dispositions déployant leurs effets *après* l'octroi des brevets, les autres projets d'unification en matière de brevets d'invention ne traitent aucun de ces objets. Toute la phase judiciaire éventuelle après l'octroi du brevet continuera à relever exclusivement de la juridiction de chaque Etat contractant.

Si l'adhésion ou l'association de notre pays à la Convention établissant un brevet CEE pose des problèmes de souveraineté et d'ordre constitutionnel, cela est dû principalement au fait que certaines compétences judiciaires devraient être transmises à une instance supranationale.

En cas de participation de la Suisse à l'un des autres mouvements d'unification, ces problèmes ne se poseront pas, du fait que la juridiction des pays contractants subsistera sans restriction. Seule la procédure d'octroi des brevets sera unifiée et harmonisée.

Une participation au PCT ou au projet de l'AELE nécessitera naturellement une adaptation de la loi fédérale sur les brevets d'invention. Les modifications seront toutefois mineures et auront trait essentiellement à la procédure d'examen et d'octroi des brevets.

Si, à un stade ultérieur, ces projets devaient prévoir une juridiction supranationale ou si des questions identiques ou analogues se posent un jour en fonction d'un autre mouvement international d'unification dans le domaine des brevets d'invention, la question d'une participation de la Suisse devra être examinée en s'inspirant des règles passées en revue dans la présente étude.

## Conclusions

S'il est un domaine où une certaine harmonisation ou unification est souhaitable et possible, c'est bien celui de la propriété industrielle. Cela non seulement parce qu'il s'agit de problèmes purement techniques, mais aussi du fait que des traditions de collaboration se sont développées entre les Etats dans le cadre de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Paris de 1883<sup>231</sup>.

Dans son remarquable Traité du droit de la propriété industrielle, dont le texte original a paru en anglais en 1929, le grand spécialiste américain de la propriété industrielle, St. P. Ladas<sup>232</sup> insistait déjà sur le fait que «l'uniformité des lois serait un bienfait non pas en elle-même, mais parce qu'elle servirait à régler et à protéger plus efficacement et plus complètement les intérêts des inventeurs et du public. Nul ne saurait nier que tous ceux qui sont intéressés dans les brevets seraient bien mieux placés si les formalités, les conditions et la procédure concernant la délivrance des brevets, la brevetabilité des inventions et les droits et les obligations des brevetés étaient uniformes, dans tous les pays du monde»<sup>233</sup>.

Ce ne sont en effet pas seulement les inventeurs ou leurs ayants droit qui bénéficieraient d'une harmonisation et si possible d'une unification, sinon de l'ensemble du droit des brevets – en tant qu'objectif à long terme –, du moins de la procédure d'octroi des brevets, qui pourrait être réalisée plus rapidement et sans difficulté insurmontable du point de vue du droit interne des Etats intéressés.

Les administrations nationales verraient leur travail allégé par la suppression des «doubles emplois» existant actuellement dans le domaine de la recherche documentaire et dans celui de l'examen de nouveauté. Ce dernier permettrait d'autre part aux pays qui ne sont pas en mesure par leurs propres moyens d'introduire l'examen préalable d'éliminer – en participant à un accord international – de nombreux brevets délivrés aujourd'hui sans examen et qui, par le simple fait de leur existence et malgré leur valeur intrinsèque parfois faible ou même très faible, sont de nature à entraver la production, le développement économique, les

<sup>231</sup> Au 1<sup>er</sup> avril 1969, 79 Etats étaient membres de la Convention de Paris. L'intérêt de la Suisse à une harmonisation du droit des brevets résulte, entre autres motifs, du fait que notre pays est celui qui, proportionnellement au chiffre de sa population, prend le plus de brevets à l'étranger (cf. Voyame, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, ASDI 1967, p. 41, note 6).

<sup>232</sup> Cf. LADAS, La protection de la propriété industrielle, trad. par Conte, Paris 1933.

<sup>233</sup> Cf. LADAS, op. cit., p. 255.

échanges internationaux et, par contre-coup, à porter préjudice à l'ensemble de la communauté.

La protection par brevet, nous l'avons déjà dit au début de cette étude, est un stimulant de la recherche et permet les investissements que cette dernière exige. Ces investissements et la recherche elle-même sont d'autant plus efficaces que les brevets sont délivrés après un examen de nouveauté qui leur confère une certaine valeur. Tout devrait donc être mis en œuvre pour faciliter cet examen et éviter une dispersion des efforts des différents offices nationaux de propriété industrielle.

A cet égard, il est incontestable qu'une Convention établissant une procédure d'octroi de brevets européens serait un grand pas en avant. Nous avons vu que parmi les problèmes que pose la Convention de la CEE, certains sont d'ordre politique. A leur sujet, on ne peut qu'exprimer l'espoir que la sagesse l'emportera, que l'œuvre envisagée sera menée à chef et que le plus grand nombre de pays possible seront invités à participer à la future Convention sous une forme ou sous une autre, étant entendu que le système dit de «double convention» selon les propositions néerlandaises et les suggestions de l'AELE aurait notre préférence puisqu'il n'empiéterait d'aucune façon sur la juridiction cantonale et fédérale.

L'intérêt de la Suisse à collaborer dans le cadre d'une Convention établissant un brevet européen est évident, étant donné non seulement l'intérêt que notre pays a toujours porté au développement du droit de la propriété industrielle, mais aussi le grand nombre de demandes de brevets déposées par l'industrie suisse et l'importance attachée à la recherche.

Nous nous sommes efforcé de démontrer qu'une participation de la Suisse à une convention qui reprendrait les dispositions de l'avant-projet publié par la CEE en 1962 ne porterait pas atteinte à la souveraineté de la Confédération et que les restrictions apportées aux attributions des cantons seraient acceptables étant donné l'importance du but fixé. Nous avons également vu que les difficultés d'ordre constitutionnel pourraient être surmontées. D'autre part, nous avons confiance dans le bon sens du peuple suisse. Ce dernier, bien informé, comprendrait certainement les avantages que présenterait pour notre pays l'acceptation d'une solution qui heurterait peut-être certaines de nos habitudes, mais qui, en définitive, serait dans l'intérêt de la collectivité tout entière.

Nos conclusions en ce qui concerne la possibilité pour la Suisse de participer aux tendances actuelles d'harmonisation du droit des brevets en Europe sont en résumé les suivantes :

1. Une participation à la Convention «brevets» de la CEE selon l'avant-projet de 1962, sous la forme de l'adhésion ou de l'association,

est possible sans modification de la Constitution fédérale, dans la mesure où une réserve peut être faite:

a) en faveur de la juridiction des tribunaux cantonaux,

b) éventuellement en faveur de la juridiction du TF, si l'on estime – contrairement à notre point de vue<sup>234</sup> – que l'absence de dispositions constitutionnelles au sujet de la compétence de ce dernier ne permet pas de lui enlever certaines attributions au profit d'une juridiction supra-nationale.

2. Etant donné que les dispositions du traité international l'emportent sur les règles contraires de la législation nationale, une participation à part entière à la Convention «brevets» de la CEE ne nécessiterait aucune modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire. Cependant, pour tenir compte de la sécurité du droit, une adaptation de l'OJ serait opportune.

3. Si la Convention «brevets» de la CEE devait avoir pour la Suisse une durée illimitée ou si les juridictions cantonales – et éventuellement celle du TF – ne pouvaient être réservées, une adhésion ou une association serait soumise au référendum facultatif prévu à l'art. 89 al. 4 Cst. féd.

4. L'adhésion à une convention limitée à l'octroi d'un brevet européen – selon la proposition de «double convention» présentée par les Pays-Bas et par l'AELE ainsi que, récemment, par les autorités de la CEE elles-mêmes<sup>235</sup> – ou la participation au Plan PCT des BIRPI, n'exigeraient pas de modification de la Constitution fédérale. Quant à l'OJ, sa modification, sans être indispensable, serait souhaitable pour la sécurité du droit.

Une consultation du peuple et des cantons ne serait ni nécessaire ni opportune.

<sup>234</sup> Cf. p. 79 ci-dessus.

<sup>235</sup> Cf. p. 54 et 57.