

LA NOUVELLE LOI BELGE SUR LES BREVETS D'INVENTION
=====

Lorsque sa Majesté le Roi Baudouin a apposé sa Sanction sur la loi sur les brevets d'inventions le 28 mars 1984, la Belgique a accompli un pas important dans le cadre de sa révolution de propriété industrielle. Ce pas a connu une première concrétisation par la publication de la loi au Moniteur Belge du samedi 9 mars, ce qui a pour conséquence que, conformément à l'article 78 de la loi, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions se fera pour le 9 mars 1987 au plus tard.

La nouvelle loi est un aboutissement et un départ.

Un aboutissement car elle est le résultat d'un double processus : d'une part, une harmonisation avec les conventions internationales qui ont été approuvées par la loi du 8 juillet 1977 (Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963, Traité P.C.T. du 19 juin 1970, Convention de Munich du 5 octobre 1973 et Convention de Luxembourg du 15 décembre 1975), d'autre part, une modernisation de la législation existante qui date du 24 mai 1854.

Un départ car la nouvelle loi va être confrontée à une série de problèmes qui sont en train de se manifester avec de plus en plus d'acuité, et ceci du fait de l'évolution très rapide des techniques qui, aux yeux de certains, semblent déjà prendre de court certaines dispositions de la loi du 28 mars 1984. Je veux parler ici des problèmes de la protection des programmes d'ordinateurs, des inventions bio-technologiques, du délai de grâce, des chips électroniques et de la prolongation de la durée des brevets de médicaments.

C'est essentiellement cet aspect apparent "de remise en question" de la nouvelle loi que je vais traiter devant vous.

En ce qui concerne le double processus d'harmonisation et de modernisation, permettez-moi rapidement de dire qu'il en résulte essentiellement cinq grands points :

- 1) valorisation du brevet belge, non seulement en adoptant les critères modernes de brevetabilité reconnus sur le plan international, mais également, à défaut d'un examen technique quant au fond, en prévoyant l'établissement d'un "rapport de recherche" ;
- 2) assurer de la manière la plus efficace possible, la protection des intérêts légitimes des inventeurs brevetés, ou en passent de l'être. Cela est notamment prévu aux articles 26 à 30 de la loi ;
- 3) améliorer l'information du public sur les inventions brevetées par l'intermédiaire, entre autres choses, de la tenue d'un Registre qui sera beaucoup plus étoffé que celui existant actuellement ;
- 4) prévoir les moyens aptes à combattre les abus éventuels que viendraient à commettre les brevetés en tenant compte des obligations des inventeurs à l'égard de la collectivité nationale par la possibilité de demander au Ministre des Affaires Economiques des licences obligatoires (Articles 31 à 38) ;
- 5) combler la lacune existante dans le domaine de la représentation des tiers devant l'Office. Il s'agit en l'espèce de l'important Chapitre III dont, en application de l'Article 78 de la loi, certains articles sont déjà entrés en vigueur, soit le 19 mars dernier. Notamment l'Article 64 qui prévoit une procédure pour permettre à certaines personnes de demander à être inscrites sur le registre des mandataires agréés et cela compte tenu de ce qu'on pourrait appeler des "droits acquis".

D'autres points de la nouvelle loi peuvent également être mentionnés car ils présentent une nette évolution par rapport à la loi de 1854 : la procédure de restauration des brevets déchués prévues à l'Article 41, la centralisation des juridictions appelées à connaître des actions ayant trait aux brevets d'invention réglée par l'Article 73 et la suppression des brevets d'importation et de perfectionnement.

Après cette très rapide évocation des nouveautés de la loi, permettez-moi d'aborder certaines interpellations qui lui sont lancées par l'évolution technologique et qui semblent déjà prétendre que certains points de la loi doivent être réformés alors qu'elle n'est encore entièrement entrée en vigueur. Je voudrais dire immédiatement ici que, que ce soit à propos des programmes d'ordinateurs, de la bio-technologie, du délai de grâce, des chips électroniques ou de la prolongation de la durée des brevets de médicaments, la solution aux problèmes posés ne peut se trouver que compte tenu du fait que la loi offre un cadre de réglementation dont on ne peut pas évacuer d'un revers de la main certains aspects sans remettre en cause tout l'édifice mis en place. De plus, il ne faut pas négliger l'aspect international du droit des brevets et les obligations qui en résultent.

Des cinq points litigieux que je viens de citer, je vais essentiellement en aborder deux : les inventions bio-technologiques et le délai de grâce. Mais, avant, abordons les trois autres points.

La protection des programmes d'ordinateurs est réglée d'une manière négative mais certaine dans la loi. En effet, l'Article 3 dit que les programmes d'ordinateurs ne sont pas considérés comme des inventions. Donc, sur base de la loi, on ne peut pas accorder à leurs auteurs un droit exclusif et temporaire appelé brevet d'invention. Alors, le problème qui se pose est de savoir comment va-t-on protéger les programmes d'ordinateurs. Il est très important de le savoir car l'industrie du software est en pleine expansion. Pour l'instant, il n'y a pas de textes légaux ou jurisprudentiels qui précisent d'une manière non équivoque le type de protection qui doit

s'appliquer aux programmes d'ordinateurs. La pratique belge en la matière dépend donc essentiellement des circonstances qui font que la protection juridique d'un programme d'ordinateur est soulevée ou non. Notamment, on pourra ainsi invoquer le droit des contrats, la législation sur la concurrence déloyale, le droit d'auteur, etc... Il faut dire ici qu'il y a un important débat qui est en train de se dérouler à un niveau international, c'est à dire au sein des Communautés européennes et entre les pays membres de l'O.M.P.I. Cette dernière a d'ailleurs récemment organisé à Genève, en collaboration avec l'UNESCO, une réunion d'experts sur ce sujet. Pour résumer brièvement le débat, on peut dire que deux thèses sont en présence : la protection par le droit d'auteur d'une part et, d'autre part, la protection par le biais d'un droit "sui generis". Dans l'état actuel du problème et sans préjudice d'une évolution future, les autorités belges ont opté pour la première thèse, le droit d'auteur.

La protection des chips électroniques, on dit aussi puces, circuits intégrés, plaquettes semi-conductrices, fait également problème et ici il n'y a pas de référence légale positive ou négative. Il faut donc innover en la matière et cela est urgent car les circuits intégrés jouent un rôle de plus en plus important dans toute une gamme de secteurs industriels, pas seulement dans l'industrie électronique elle-même. Or, si de gros investissements sont nécessaires pour créer des circuits intégrés nouveaux, on peut les copier à un coût bien inférieur à celui de leur conception. En juin 1983, le comité d'experts chargé d'étudier la protection juridique du logiciel, réuni à la demande de l'OMPI à Genève, a abordé les difficultés liées à la protection juridique des circuits intégrés. Le comité d'experts a simplement demandé à l'OMPI d'établir un document de travail sur cette question. L'OMPI doit encore le fournir. Mais, le processus de réflexion et de décisions sur le problème s'est brusquement accéléré dernièrement. En effet, une loi sur la protection des plaquettes semi-conductrices a été promulguée aux Etats-Unis le 8 novembre 1984. Une particularité de cette loi est que les étrangers ne bénéficient pas de la protection octroyée aux ressortissants et résidents des Etats-Unis, sauf si les gouvernements

étrangers ont signé dans ce domaine un Traité dont les Etats-Unis sont partie, à moins que le président étende la protection aux ressortissants des pays qui offrent aux ressortissants des Etats-Unis une protection similaire à celle dont jouissent les nationaux de ces pays ou à celle envisagée par la législation américaine. De plus, suivant l'article 914 de la loi américaine, pendant une période transitoire de trois ans à compter de la date de promulgation de la loi, le Secrétaire au Commerce peut étendre la protection aux producteurs étrangers s'il estime que les pays concernés s'efforcent de bonne foi de se doter du même type de protection que celle existantes aux Etats-Unis, que ce soit par la voie d'un traité avec les Etats-Unis ou par celle d'une législation propre.

L'industrie électronique européenne s'est manifestée et a signalé les grandes difficultés qui pourraient résulter d'une adaptation trop lente ou trop faible de la législation applicable dans les Etats membres des Communautés européennes. En conséquence, ces derniers envisagent une initiative qui prendrait la forme d'un instrument communautaire ayant, avant tout, deux fonctions principales d'une part, il assurerait une base commune aux mesures législatives qui seraient prises dans plusieurs Etats membres, d'autre part, il fournirait la "preuve de la bonne foi" nécessaire pour que le secrétaire américain au Commerce étende, par décret, la protection inscrite dans la loi américaine aux industriels européens, et ce pendant la période transitoire.

Le troisième problème que je voudrais aborder -il serait peut-être plus juste de dire la troisième question- est celui de la durée des brevets de médicaments. Qu'en est-il pratiquement ? La durée de validité d'un brevet est limitée à 20 ans à compter de la date de dépôt. Or, les autorisations de mise sur le marché des médicaments prennent du temps : certaines personnes avancent une durée moyenne de 10 ans. Les industriels des produits pharmaceutiques estiment donc qu'ils subissent un important manque à gagner car ils brevettent le nouveau médicament dès qu'il a été inventé avant que la procédure d'autorisation de mise sur le marché ne soit commencée ; ce en

quoi ils ont tout à fait raison car il est fondamental de se protéger le plus tôt possible contre toutes les "fuites" pouvant se produire. En conséquence, les industriels en question demandent la prolongation de la durée de protection du temps mis pour obtenir les autorisations nécessaires afin de pouvoir rentabiliser leurs investissements sur la même période de temps disponible que pour les brevets des autres domaines de la technique. La réponse à ce problème doit essentiellement tenir compte des engagements internationaux de la Belgique découlant de la Convention de Munich, notamment les articles 63 (durée du brevet européen) et 167 (réserves). La durée d'un brevet européen est de vingt ans et la seule possibilité pour un Etat contractant de prolonger la durée d'un brevet européen aux mêmes conditions que celles applicables à ses brevets nationaux est pour tenir compte d'un état de guerre ou de crise comparable. Modifier la durée de protection d'un brevet dans un domaine technique particulier doit donc d'abord se décider au niveau de la Convention de Munich. Or, si cela se faisait, les pays contractants à la Convention de Munich iraient eux-mêmes à l'encontre d'une volonté certaine qui a existé lors de l'élaboration de cette Convention : une absence de particularisme quel que soit le domaine technique visé. C'est bien pour cela que la France n'a pas gardé dans sa législation de 1968 le brevet spécial du médicament et qu'au Royaume Uni, le Patent Act de 1977 n'a plus repris l'article 23 du Patent Act de 1949 qui prévoyait la possibilité pour un breveté de requérir une Prolongation de la durée de protection dans certaines conditions. De plus, si tous les pays membres de l'Office européen des brevets convenaient, malgré tout, de prévoir une exception, qui consisteraient en la prolongation possible des brevets de médicaments, cela ne pourrait se faire que par rapport aux situations spécifiques dans chacun des pays, ce qui amènerait des traitements différents pour un même brevet, avec la conséquence qu'un brevet serait encre en vigueur dans un pays et tombé dans le domaine public dans un autre pays. Cela est assez difficile à concevoir. Enfin, il ne faut pas oublier que les médicaments sont souvent soumis à une obsolescence rapide. De ce fait, on pourrait alors se demander s'il est encore nécessaire de promulguer leur durée. En définitive, toute décision sur ce problème devra d'abord passer par une juste évaluation de ce dernier point.

Le problème de la protection juridique des inventions bio-technologiques est probablement celui qui est actuellement le plus discuté car il soulève toute une série de questions, notamment celle du délai de grâce, qui, plus encore peut-être que les trois sujets que je viens d'aborder, semblent contester certains principes de base du droit des brevets. Et cela, parce que justement on a tendance à oublier comment s'appliquent et doivent être interprétés ces principes de base pour se fixer dans un contexte plus général. D'autre part, nous nous trouvons également dans un domaine où, du fait de l'émergence récente de la technique en cause, les "biologistes" et les "juristes" n'ont pas encore trouvé une même longueur d'onde pour pouvoir s'entendre, les uns interprétant les données des autres qu'avec les schémas analytiques et d'interprétation propres à leurs domaines de prédilection, et inversement.

En conséquence, je n'aborderai pas les questions précises qui sont actuellement discutées, notamment la distinction à faire entre une invention et une découverte dans le cadre bien précis de la bio-technique, la différence qu'il faut établir entre les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux et les procédés microbiologiques, etc... mais je vais me permettre de rappeler certains principes qui ont été à l'origine des législations actuelles, tant nationales qu'internationales. En effet, si on se précipite trop vite sur certains points, que je reconnais comme étant importants, on arrive à la conclusion qu'il faut aménager la législation en vigueur. Or, cet aménagement risque de remettre en question, de miner en quelque sorte tout le système en place parce que les principes fondamentaux du droit des brevets n'auront pas "éclairé" les difficultés rencontrées.

La technique en cause est récente. Tellement récente que certains scientifiques estiment que l'arsenal juridique à leur disposition est complètement inadapté. Ces personnes oublient deux choses essentielles que je tiens spécialement à souligner ici :

- 1) par définition, en quelque sorte, le droit des brevets fait référence à quelque chose d'inconnu avant que la protection ne soit demandée ;
- 2) l'évolution, tant nationale qu'internationale, du droit des brevets a abouti à une volonté certaine d'absence de particularisme.

Je ne vais que répéter ici ce que j'ai déjà dit à propos de la durée des brevets de médicaments, mais cela me semble essentiel.

En ce qui concerne le premier point, il faut bien se dire que l'inquiétude que les bio-technologistes ressentent ne devraient pas être normalement limitée à leur domaine technique particulier si on suit leur raisonnement. En effet, tout inventeur, quel que soit le domaine technique en cause, peut légitimement estimer que son invention, dans la mesure où il respecte les conditions de brevetabilité et notamment la première -la nouveauté- ne peut pas être efficacement protégée sur base de règles qui ont été fixées à un moment où son invention n'était pas encore réalisée. En conséquence, comment faire confiance à une législation sensée réglementer une situation qui est chaque fois originale de par les exigences mêmes de cette législation. Le raisonnement que je viens de tenir n'est pas bon car il insiste sur un paradoxe apparent du droit des brevets. Paradoxe que les bio-technologistes n'ont pas encore totalement surmonté car ils oublient pour l'instant le rôle de la législation en la matière qui est de fixer certains principes généraux pour pouvoir obtenir un brevet et non de tout régler dans les plus infimes détails. Je crois que c'est ceci qui gêne, avant tout, les scientifiques. Mais, dans le même temps qu'ils se posent ces questions, ils devraient être rassurés car, dans tous les autres domaines de la technique, les scientifiques ont parfaitement intégré cette difficulté. S'il n'en était pas ainsi, tout le développement récent du droit de la propriété industrielle ne se serait jamais passé.

C'est ainsi que je parlais tout à l'heure du fait que la bonne longueur d'onde n'était pas encore trouvée entre les "biologistes" et les "juristes". Pour y parvenir, il faut tout simplement dialoguer à propos des difficultés en présence pour les uns et pour les autres.

Le deuxième point que je voudrais souligner c'est que le droit des brevets, dans son état actuel, témoigne, d'une manière évidente, de l'aboutissement d'un processus visant à supprimer tout particularisme. C'est à dire qu'on a voulu retenir qu'un seul titre juridique quel que soit le domaine technique concerné. Je n'ai pas le temps de vous faire ici tout l'historique de cette évolution vers le "titre unique", mais il suffit tout simplement de se référer à l'article 167 de la Convention de Munich concernant les possibilités de réserves offertes aux Etats contractants. D'autre part, on peut également souligner la suppression du Brevet Spécial de Médicament (B.S.M) au sein de la législation française en 1968. Il ne faut donc pas céder trop vite à la tentation d'aménager les règles existantes sinon on risque de recréer un particularisme, surtout que la législation n'a pas encore été entièrement mise à l'épreuve des faits.

Le problème du délai de grâce n'est pas particulier au domaine de la bio-technologie, mais on en parle tout spécialement à son propos. Il faut noter ici que l'OMPI réunira début juillet, à Genève, un comité d'experts sur l'harmonisation de certaines dispositions des législations protégeant les inventions, qui va traiter de ce problème.

La loi belge prévoit deux cas où une divulgation de l'invention n'est pas prise en considération pour l'établissement de l'état de la technique ; ils sont mentionnés au paragraphe 5 de l'Article 5 : il s'agit de l'abus évident à l'égard du demandeur ou de son prédécesseur en droit et si l'invention en cause a été exposée dans une exposition considérée comme une exposition internationale au sens de la Convention signée à Paris le 22 novembre 1928. Il est évident que ceci constitue un délai de grâce extrêmement restrictif et qui trouve peu de cas pour s'appliquer. De ce fait, les

personnes qui estiment devoir prendre des contacts avec des tiers avant le dépôt d'une demande de brevet, par exemple pour faire des essais, pour demander un financement, pour bénéficier d'un réseau de commercialisation, etc..., ou celles qui veulent publier le plus vite possible le résultat d'une recherche dans une publication scientifique, et on sait bien qu'il y a de plus en plus une course à la publication à laquelle sont confrontée les chercheurs, ces personnes se sentent défavorisées et lésées car en agissant ainsi elles détruisent elles-mêmes la nouveauté de leur invention et perdent toute possibilité de rentabiliser leurs investissements.

Le problème est réel et il faut trouver une solution. Certains proposent d'instaurer un délai de grâce général d'une durée de six mois ou d'une année. C'est à dire que, quelle que soit l'origine de la divulgation, elle sera estimée non-opposable par rapport à l'exigence de nouveauté. Mais alors, les difficultés qui risquent de surgir sont de deux ordres : d'une part par rapport à l'état de la technique et, d'autre part, par rapport aux conséquences inévitables sur le droit de priorité.

L'état de la technique s'apprécie d'une manière absolue dans le cadre de la Convention de Munich et il en est de même au sein de la nouvelle loi belge. Or, l'état de la technique se juge au moment de la date de dépôt et celle-ci n'est accordée que si certaines conditions précises sont remplies. Le délai de grâce général ôterait, en quelque sorte, une année à l'état de la technique, mais alors se poserait un problème de preuve qui risquerait d'être extrêmement difficile à résoudre ; la personne qui dépose la demande de brevet à propos de laquelle on constate que des divulgations non opposables existent est-elle celle qui est en droit de le faire ? En effet, on peut parfaitement imaginer que l'invention est divulguée de différentes manières et comment déterminer, alors, la personne qui peut légitimement se prévaloir de la non-opposabilité ? D'autres difficultés peuvent également se poser car le délai de grâce se calcule à partir d'un événement imprécis lorsque les actes qu'il "couvrira" sont accomplis. Une certaine incertitude risque d'exister et ceci ne peut qu'entraîner une insécurité juridique certaine.

Le droit de priorité se calcule à partir de la date d'un premier dépôt régulier. Or, le droit de priorité "n'immunise" que contre les faits intervenants après cette date. Pour éviter la perte de la possibilité d'invoquer le droit de priorité pour un demandeur de brevet qui entend bénéficier d'un délai de grâce général, il faut imaginer un système adaptant le droit de propriété à la nouvelle situation envisagée. En effet, par définition, le droit de priorité n'existerait plus si l'invention en cause pourrait être divulguée avant le premier dépôt. Mais l'adaptation à faire semble extrêmement difficile, même impossible.

La volonté d'établir un délai de grâce général, outre les difficultés d'application que je viens de mentionner, ferait également naître des difficultés au niveau de la modification de la Convention de Munich que la Belgique a signé et ratifié. En effet, cette convention devrait être modifiée dans le sens proposé, ce qui poserait de grosses difficultés compte tenu de son article 172 qui nécessite, vu la formulation de son paragraphe 4, une unanimité des différents pays membres de l'O.E.B. pour éviter que celui-ci n'éclate. Or, actuellement, cette unanimité ne semble pas prête à être réalisée car la plupart des pays concernés, dont la Belgique, ont récemment modifié leur législation dans le sens d'un délai de grâce strict et, de ce fait, ils ne sont pas prêts à faire, en quelque sorte, "machine arrière".

On peut donc s'interroger sur le bien fondé de la solution du délai de grâce général car son adoption présente le grand risque de créer encore plus de troubles qu'elle n'est sensée en résoudre.

Alors, que faire ?

Tout simplement, comme je l'ai déjà dit au cours de cet exposé, en pratiquant une meilleure information mutuelle entre toutes les personnes concernées. Le droit de la propriété industrielle, ce n'est pas uniquement un ensemble de règles juridiques qui paraissent extrêmement compliquées, c'est avant tout la possibilité d'obtenir un moyen commercial extraordinairement efficace pour conquérir des marchés et pour rentabiliser ses investissements.

Il faut donc qu'il y ait de véritables politiques de brevets qui soient menées par les chercheurs et par les entreprises, tout spécialement les P.M.E., et cela en tenant compte des exigences de base de la propriété industrielle, exigences qu'il est très facile d'intégrer si on s'y prend convenablement et à temps.

Dominique VANDERGHEYNST

Docteur en Droit