

# Loi sur les brevets : vers un brevet suisse avec examen complet

Le Conseil fédéral souhaite que les inventeurs sachent à l'avenir plus vite si leur innovation est véritablement nouvelle. Ce changement doit renforcer la sécurité juridique et l'attractivité du système de brevet suisse. *Alexander Pfister, Hansueli Stamm*

**Abrégé** La prospérité repose essentiellement sur le progrès technique, issu d'efforts de recherche, d'inventions et de développements. Or, les résultats de ces coûteux efforts sont souvent faciles à copier. Le système de brevet permet de les protéger pendant 20 ans. Une motion demande aujourd'hui au Conseil fédéral d'améliorer ce système pour les brevets nationaux, relativement peu nombreux, mais essentiels pour les PME notamment. Les demandes de brevets seraient à l'avenir également examinées en Suisse sous l'angle de la nouveauté et de l'innovation. Un « modèle d'utilité » devrait en outre être introduit : un « petit brevet », sans examen sur le fond et d'une durée plus courte. Ces nouvelles offres entraîneront des glissements de la demande entre les différents titres de protection. Les entreprises auront plus de possibilités et pourront mieux ajuster leur stratégie en matière de propriété intellectuelle, ce qui apportera une légère plus-value économique.

La recherche et le développement génèrent souvent des coûts importants. Or, les résultats – bonnes idées ou inventions – sont généralement très faciles à copier. Les inventeurs ont donc besoin d'un système de protection leur permettant d'interdire l'utilisation de leurs inventions pendant un certain temps à ceux qui souhaiteraient en profiter.

Les brevets permettent de garantir un tel droit d'exploitation exclusif limité dans le temps<sup>1</sup>. Sans cette protection, les innovateurs ne seraient plus incités à poursuivre leurs investissements dans la recherche et le développement. Le progrès technique – et donc la prospérité – serait alors compromis.

## Deux systèmes de brevets

Il existe deux façons pour les inventeurs d'obtenir un brevet en Suisse. Ils peuvent, d'une part, choisir d'enregistrer leur invention auprès de l'Office européen des brevets (OEB). Ce dernier centralise l'examen – complet – des brevets européens pour 38 États européens, les enregistre, puis les transmet ensuite aux offices nationaux des brevets sélectionnés par le demandeur, comprenant souvent l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI) en Suisse. L'IPI

inscrit ensuite le brevet dans le registre national.

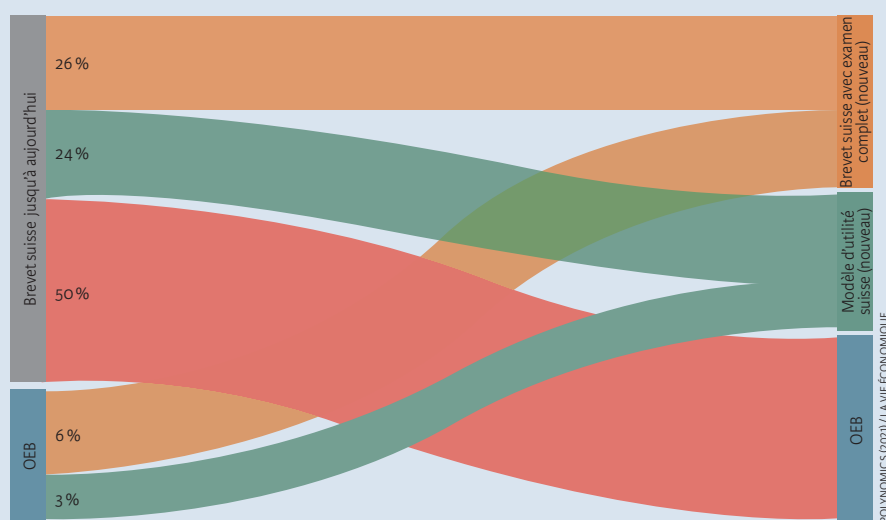
Les inventeurs peuvent d'autre part choisir de soumettre leur demande directement à l'IPI. Cette solution, plus rapide et moins coûteuse, présente cependant un désavantage : à la différence de l'OEB, l'IPI n'examine pas les deux conditions centrales de la brevetabilité, à savoir la nouveauté de l'invention et son caractère réellement innovant par rapport à

l'état de la technique, montrant qu'elle s'appuie sur une « activité inventive ». Ainsi, bien que ces deux critères soient des conditions à la validité du brevet, ils ne sont pas examinés dans le cadre de la demande d'enregistrement, mais seulement en cas d'éventuelle action en nullité ultérieure au cours d'une procédure civile.

## Une particularité suisse

L'absence d'examen complet des demandes de brevet par l'IPI fait que l'enregistrement d'un brevet en Suisse ne garantit pas de façon fiable qu'il résistera à l'examen d'un juge. Les titulaires de brevets, en particulier les moins expérimentés, croient souvent (à tort) que leur brevet est automatiquement opposable à des tiers dès son enregistrement. En réalité, l'absence d'examen de la nouveauté et de l'activité inventive rend les brevets suisses plus vulnérables aux actions devant les tribunaux civils que les brevets européens, également valables en Suisse.

Effets de substitution liés au changement de système de brevets



OEB = Office européen des brevets. Environ 95 % des brevets valables en Suisse sont aujourd'hui délivrés par l'OEB. La majeure partie de ceux-ci (toujours plus de 90 %) devrait rester enregistrée auprès de l'OEB après la révision de la loi et n'est pas représentée dans le graphique.

<sup>1</sup> Voir l'article de Gaëtan de Rassenfosse (EPFL) dans ce dossier (p. 32–34).



Le « Chevalier bleu » de l'artiste bernois Bernhard Luginbühl veille sur l'Office européen des brevets, à Munich (Allemagne). La majorité des brevets valables en Suisse y sont enregistrés.

Au fil du temps, le brevet suisse a ainsi perdu toujours plus d'importance par rapport au brevet européen : aujourd'hui, environ 95 % des inventeurs qui souhaitent protéger leur invention par un brevet en Suisse l'enregistrent auprès de l'OEB, 5 % seulement choisissant la voie d'une demande nationale directe auprès de l'IPI. Fin 2019, le registre suisse des brevets avait reçu environ 7000 demandes de brevets nationaux, contre presque 122 000 brevets examinés par l'OEB. En comparaison internationale, la solution suisse consistant à octroyer les brevets sans examen complet est par ailleurs peu courante. Dans la plupart des pays européens (dont l'Allemagne, l'Italie, l'Autriche et la France), les demandes de brevets font l'objet d'un examen complet.

C'est notamment ce constat qui a incité le conseiller aux États Thomas Hefti (PLR/GL) à déposer une motion<sup>2</sup> demandant au Conseil fédéral d'élaborer un projet de révision du droit suisse des brevets devant inclure un examen par l'IPI qui soit pratique pour les utilisateurs et réponde aux normes internationales. Cette motion demande par ailleurs que le projet prévoi-

des procédures d'opposition et de recours efficaces et abordables, ainsi que la mise en place d'un « modèle d'utilité ».

### Le Conseil fédéral veut un examen complet

Le projet de loi élaboré à la suite de l'adoption de la motion Hefti en reprend le point central et prévoit l'introduction d'un examen complet pour les demandes de brevets suisses. La disposition actuelle interdisant à l'IPI d'examiner les demandes sous l'angle de la nouveauté et de l'activité inventive doit être abrogée. L'IPI sera donc tenu de déterminer l'état actuel de la technique pour pouvoir juger si une invention se distingue suffisamment de ce qui est déjà connu. Le brevet suisse avec examen complet donnera aux inventeurs une véritable alternative nationale au brevet européen, octroyé lui aussi sur la base d'un examen complet. Son prix se situera entre celui du brevet suisse actuel et celui d'un brevet examiné par l'OEB.

Un « modèle d'utilité » doit également être mis en place. Le droit suisse ne prévoit pas de tel instrument à ce jour. Ce titre de protection, souvent appelé « petit brevet » à l'étranger, est attribué à l'issue d'une procédure rapide et simple, sans examen

complet du contenu. Une telle procédure allégée ne convient toutefois pas pour les inventions dans les domaines des biotechnologies, de la pharmacie ou de la chimie, ni pour les inventions en matière de procédés. Des questions techniques complexes se posent généralement dans ces domaines, excluant l'utilisation de modèles d'utilité. Ces derniers sont protégés pendant 10 ans, contre 20 ans pour les brevets. Les inventeurs auront donc la possibilité d'opter pour un titre de protection basé sur un examen partiel, comparable à celui existant aujourd'hui, plutôt que pour un brevet avec examen complet. Le prix d'un modèle d'utilité sera vraisemblablement comparable ou légèrement inférieur au prix du brevet suisse actuel.

L'introduction d'un examen complet des brevets exige par ailleurs d'adapter les procédures d'opposition et de recours. Suite à l'enregistrement, les tiers pourront, dans le cadre d'une procédure d'opposition, faire trancher par un juge la question de savoir si l'IPI a fait un examen correct de la demande de brevet – y compris les deux nouvelles conditions de

<sup>2</sup> Voir la motion 19.3228 « Pour un brevet suisse en phase avec notre époque ».

brevetabilité. La suppression des modèles d'utilité enregistrés à tort pourra quant à elle être demandée à travers une procédure administrative simple. Le recours au Tribunal administratif fédéral (TAF) restera ouvert contre les décisions de l'IPI après l'introduction du brevet avec examen complet. Le TAF sera donc probablement appelé à examiner les conditions de brevetabilité de la nouveauté et de l'activité inventive, ce qui représente un changement dans les compétences techniques requises de ses juges.

Enfin, le système suisse de brevets doit être adapté pour que l'anglais, langue de référence du monde de la science et de la recherche, puisse être utilisé le plus largement possible dans les procédures de demande de brevet, d'opposition et de recours.

## Quels effets sur l'économie ?

Les effets de la nouvelle loi sur l'économie dépendront de la demande que susciteront les nouveaux brevets avec examen complet et les modèles d'utilité. Les inventeurs choisiront-ils le nouveau brevet suisse ou continueront-ils à privilégier les enregistrements à travers l'OEB ? Opteront-ils plutôt pour les modèles d'utilité ?

Ce sont en premier lieu les sociétés menant leurs activités de recherche et de développement en Suisse qui seront appelées à faire ces choix, généralement des petites et moyennes entreprises. Pour les sociétés actives à la fois en Suisse et sur le plan international, le brevet européen restera généralement plus attractif. Les résultats préliminaires de l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) commandée par l'IPI au cabinet de conseil Polynomics<sup>3</sup> prévoient que l'introduction de l'examen

complet provoquera une réorientation de la demande (voir *illustration*, p. 41).

Un large sondage mené dans le cadre de l'AIR a montré que la moitié des brevets jusqu'à présent déposés en Suisse seraient déposés auprès de l'OEB après la révision. Un quart environ choisirait l'option « brevet suisse avec examen complet » et le dernier quart opterait pour le nouveau modèle d'utilité. Inversement, 6 % des enregistrements directs actuellement réalisés auprès de l'OEB passeraient au nouveau brevet suisse et 3 % au modèle d'utilité. L'étude de Polynomics envisage trois scénarios : dans le premier, la demande de titres de protection suisses (c'est-à-dire de nouveaux brevets avec examen complet et de modèles d'utilité nationaux) reste plus ou moins constante ; dans les deux autres, cette demande baisse ou augmente. Même dans le scénario optimiste, les besoins en ressources de l'IPI devraient être limités à dix nouveaux examinateurs de brevets au plus. L'IPI profiterait en outre du fait que ses experts en brevets ont déjà acquis une large expérience en matière de recherche, notamment grâce aux services proposés de recherche assistée dans la littérature brevets.

## Une plus-value pour les usagers

Le double système de brevet avec examen complet et de modèle d'utilité donnera davantage de possibilités aux entreprises de protéger leurs inventions. Elles pourront ainsi mieux adapter leur stratégie de protection à leurs besoins et à leurs moyens économiques. L'extension de la possibilité de recourir à l'anglais dans la procédure d'enregistrement renforcera également l'attractivité du système suisse de brevets et du pays en tant que pôle d'innovation.

L'amélioration du système de brevets viendra cependant surtout du renforcement de la sécurité juridique : pour toutes les parties concernées, l'examen complet des demandes augmentera la probabilité que l'invention protégée soit véritablement nouvelle et issue d'une activité inventive. Les brevets octroyés seront donc plus difficiles à contester, ce qui réduira l'insécurité juridique et les coûts qu'elle engendre.

En conclusion, la plus-value que la réforme apportera à l'économie devrait être plus importante que les coûts de réorientation de la stratégie en matière de propriété intellectuelle qu'elle cause. Ses effets positifs devraient toutefois rester limités.



**Alexander Pfister**

Chef du Service juridique Droits de propriété industrielle, division Droit et affaires internationales, Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), Berne



**Hansueli Stamm**

Chef économiste, chef du secteur Économie, division Droit et affaires internationales, Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), Berne

<sup>3</sup> Voir Polynomics (2021, à paraître), « Patentrechtsreform », analyse d'impact de la réglementation, Olten (SO).