

N° 4673¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2000-2001

PROJET DE LOI**portant modification de la loi du 20 juillet 1992
portant modification du régime des brevets d'invention, telle que modifiée
par la loi du 24 mai 1998**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(7.11.2000)

Par dépêche du 26 mai 2000, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat du projet de loi sous examen. Au texte du projet étaient joints un exposé des motifs, assorti d'un commentaire des articles, ainsi qu'une version coordonnée de la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention qui met en évidence les ajouts et suppressions prévus par la loi en projet. La saisine faisait en outre mention de la consultation de la Chambre de commerce dont l'avis n'est pas encore parvenu au Conseil d'Etat.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Aux termes de l'exposé des motifs, le projet prévoit la transposition en droit interne de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (Journal Officiel des Communautés Européennes No L 213 du 30.7.1998 pp. 13-21) ainsi que l'amendement d'un certain nombre d'autres dispositions du régime légal des brevets d'invention établi par la loi modifiée du 20 juillet 1992 précitée. En outre, il est prévu d'apporter des changements ponctuels aux lois d'approbation du Traité de coopération en matière de brevets, fait à Washington, le 19 juin 1970 et de la Convention sur la délivrance de brevets européens, signée à Munich, le 5 octobre 1973, datant toutes les deux du 27 mai 1977.

Au regard de la technicité de la matière traitée par la directive 98/44/CE et de la complexité de la loi du 20 juillet 1992 à amender en vue de la transposition de cette directive, le Conseil d'Etat aurait souhaité disposer d'un tableau de concordance mettant en présence les dispositions de la directive et les modifications de la loi censées en assurer la transposition.

Selon le paragraphe 1 de l'article 15 de la directive 98/44/CE, les Etats membres sont tenus de mettre en vigueur les dispositions de transposition nationales de cette directive au plus tard le 30 juillet 2000.

Comme le projet de loi prévoit, conformément à la directive, d'accorder aux agriculteurs et éleveurs de bétail une dérogation au principe de l'application de la protection par brevet aux générations successives des produits de plantes transgéniques et d'éléments de reproduction animaux, en les autorisant à utiliser des produits résultant d'inventions biotechnologiques pour le réensemencement ou pour l'élevage nécessaires au maintien et à la reproduction de leur cheptel, le Conseil d'Etat rend attentif à la nécessité d'une consultation de la Chambre d'agriculture qui s'impose au même titre que celle de la Chambre de commerce. En ce qui concerne l'introduction d'un „brevet de courte durée“, la même remarque vaut pour la consultation de la Chambre des métiers. Le Conseil d'Etat insiste pour que les avis en question soient sollicités.

Dans le sillage des conventions et des accords internationaux et européens qui ont entrepris dès la fin de la Deuxième Guerre mondiale d'actualiser, d'harmoniser et de codifier le droit international de la propriété industrielle, le Luxembourg s'est donné, grâce à l'adoption de la loi précitée du 20 juillet

1992, une législation moderne en matière de brevets s'appuyant largement sur les textes internationaux que notre pays avait ratifiés antérieurement. La consultation étendue des chambres professionnelles qui avait précédé l'adoption de cette loi par la Chambre des députés ainsi que l'échange très étoffé de réflexions entre les institutions impliquées dans le processus législatif ont finalement abouti à un corps de dispositions fondées sur un large consensus de l'ensemble des instances publiques et des milieux professionnels concernés par la propriété industrielle. La modification de la loi du 20 juillet 1992 qui a été rendue nécessaire par l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, signé à Marrakech, le 15 avril 1994, et qui est intervenue par la loi du 24 mai 1998, n'a fait que confirmer cet état des choses.

Abstraction faite des autres modifications qu'il est projeté d'apporter au régime légal des brevets introduit en 1992, la reprise en droit national interne de la directive 98/44/CE ouvre ou plutôt consacre un domaine d'application nouveau de la propriété industrielle. Sous l'effet d'un courant d'opinion pendant longtemps prédominant en la matière, il était admis que tout ce qui touche à la vie, c'est-à-dire les éléments génétiques et le génome humain tout comme les variétés végétales et les races animales ainsi que les procédés biologiques auxquels celles-ci peuvent donner lieu, est de par nature soustrait à la brevetabilité, d'une part, parce que ces matières sont censées faire partie de ce qui est considéré comme patrimoine commun de l'humanité (cf. *déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'UNESCO du 11 novembre 1997*), et, d'autre part, parce que toute recherche biochimique qui s'y rattache s'apparente à une découverte et non à une invention.

Or, les espoirs nourris par la recherche génétique et le développement des biotechnologies dans les domaines notamment de la santé et de l'environnement ont suscité l'intérêt de protéger les inventions biotechnologiques et microbiologiques. Au-delà des considérations éthiques et scientifiques sous-jacentes au débat, une prise en compte adéquate de l'impact économique de la recherche et des investissements considérables et à haut risque qu'elle comporte s'est imposée; c'est dire, et le préambule de la directive le souligne, qu'il a fallu faire la part des choses entre les découvertes biologiques au sens propre du terme qui continuent à être soustraites au droit de la propriété industrielle, et les inventions biotechnologiques qui s'y greffent et qui demandent une protection juridique appropriée pour pouvoir être convenablement rentabilisées. Le 14^e considérant du préambule rappelle en même temps que l'essence du brevet d'invention ne constitue pas en soi une autorisation pour le titulaire de mettre en œuvre une invention, mais ne fait que lui conférer le droit d'interdire à des tiers d'exploiter son invention à des fins industrielles ou commerciales. Le principe de brevetabilité des inventions biotechnologiques ne saurait donc remplacer ou rendre superflues des restrictions ou interdictions légales sur l'utilisation ou la commercialisation des résultats de telles inventions „par rapport aux exigences de santé publique, de sécurité, de protection de l'environnement, de protection des animaux, de préservation de la diversité génétique et par rapport au respect de certaines normes éthiques“ (cf. préambule de la directive 98/44/CE).

Face au difficile dénominateur commun à trouver entre les exigences bioéthiques et l'édifice juridique du droit des brevets et plutôt que de séparer strictement l'éthique et le droit des brevets ou encore de définir un droit particulier en matière de biotechnologies, le législateur communautaire a, il est vrai après les avatars infligés par le Parlement européen à un premier projet de directive, opté, selon la formule retenue par le Conseil d'Etat français, pour l'introduction de l'éthique dans le droit des brevets en adoptant la directive 98/44/CE. Dans cet ordre d'idées, le préambule de la directive confirme une nouvelle fois que „le corps humain, dans toutes les phases de sa constitution et de son développement, cellules germinales comprises, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments ou d'un de ses produits, y compris la séquence ou séquence partielle d'un gène humain, ne sont pas brevetables“, et que sont de même exclus de la brevetabilité „(les) variétés végétales et (les) races animales ainsi que (les) procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux“. Par contre, sont brevetables les inventions portant sur un élément isolé du corps humain ou autrement produit, si celui-ci résulte „de procédés techniques l'ayant identifié, purifié, caractérisé et multiplié en dehors du corps humain“ ou „sur des plantes ou des animaux, si leur application n'est pas techniquement limitée à une variété végétale ou à une race animale“, étant entendu que notamment „les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas au corps humain et à ses éléments dans leur environnement naturel“.

L'importance de la question avait déjà été pressentie par la Commission de l'Economie de la Chambre des députés, lorsque dans son rapport du 13 mars 1992 relatif au projet qui est devenu la loi du 20 juillet 1992 elle a souligné la nécessité de combler au plus vite le vide juridique qui risquait

d'apparaître en l'absence de brevetabilité des inventions biotechnologiques et biogénétiques dont le marché était en train d'éclorre.

La directive 98/44/CE répond aux interrogations en question, et elle met en même temps fin, comme le relèvent les auteurs du projet de loi sous examen, aux questions laissées ouvertes par la jurisprudence de l'Office Européen des Brevets quant à l'applicabilité des brevets aux variétés végétales et aux races animales. Au vu du délicat équilibre que la directive a dû établir entre les exigences bioéthiques et la protection des inventions biotechnologiques, le Conseil d'Etat ne peut que se féliciter de l'option prise par les auteurs du projet de loi de se tenir à une transposition très fidèle, à de nombreux égards littérale des dispositions communautaires, approche qui évitera des problèmes d'interprétation inutiles dus à des divergences rédactionnelles entre les dispositions européennes et les prescriptions nationales en projet.

Au chapitre des „autres modifications“, les auteurs du projet de loi mettent en exergue les avantages du „petit brevet“ ou brevet de courte durée qu'il est projeté d'introduire dans la législation nationale à l'instar des modèles français, belge et néerlandais. L'unique forme de brevet que connaît la législation actuelle est le brevet qui protège l'invention pendant 20 ans, mais qui comporte pour chaque demande un rapport de recherche d'antériorités dont le coût élevé avait amené le législateur de 1992 à accorder au requérant la possibilité de laisser son dossier au stade de la demande pendant un délai maximal de 7 ans, délai pendant lequel l'intéressé doit pourtant produire ledit rapport de recherche, faute de quoi la demande devient caduque. L'introduction du „petit brevet“ est justifiée par l'avantage donné par les milieux professionnels à un brevet de durée plus courte, en l'occurrence 6 ans, mais permettant de faire l'économie des coûts du rapport de recherche d'antériorités. Le Conseil d'Etat aurait apprécié de disposer des avis de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers à cet égard.

Un troisième volet de la loi en projet concerne les amendements proposés dans le but de simplifier les procédures administratives et de réduire les taxes. Le Conseil d'Etat ne peut que souscrire à l'objectif de cette démarche qui consiste à ne plus demander de taxes de maintien en vigueur d'un brevet pendant les deux premières années, d'une part, et à supprimer l'exigence appliquée aux conseils en brevets de disposer d'un domicile réel au Luxembourg. Par contre, il doute de la pertinence de l'idée d'imposer aux conseils en brevets une qualification professionnelle spécifiquement luxembourgeoise, sanctionnée en plus par un examen. Si a priori l'amélioration des connaissances s'avère en général une bonne fin en soi pour toutes les activités professionnelles, l'intérêt d'une formation purement nationale dans la matière sous examen risquera de rester plutôt limité. En effet, le Conseil d'Etat se demande quelle pourrait en être la plus-value en présence de l'exigence d'une formation d'un niveau au moins équivalent, mais d'envergure certainement supérieure dont doit justifier tout candidat à l'accréditation comme conseil auprès de l'Office Européen des Brevets qui exige une formation de trois ans, sanctionnée par un examen organisé par l'Office. Compte tenu de la préférence accordée au brevet européen par la grande majorité des demandeurs d'une protection de leurs inventions et de la marginalisation concomitante du brevet luxembourgeois, le Conseil d'Etat se demande dès lors si l'utilité de la démarche est donnée ou si celle-ci n'expose pas tout simplement le Luxembourg à un nouveau reproche de protection illicite des intérêts nationaux, la formation nationale risquant d'être considérée comme remplaçant l'exigence antérieure du domicile réel au Luxembourg qu'il est prévu d'abolir à la demande de la Commission européenne pour non-conformité aux principes fondamentaux du marché commun. Le Conseil d'Etat propose d'abandonner cette exigence.

*

EXAMEN DU TEXTE

L'avis du Conseil d'Etat porte sur le projet de loi sous examen qui lui a été soumis par le Gouvernement (et non pas avant-projet de loi comme indiqué erronément dans l'intitulé du texte communiqué). Ce texte comporte l'intitulé complet du projet de loi, contrairement au document parlementaire No 4673 qui lui est entre-temps parvenu, et qui reproduit cet intitulé sous forme abrégée en omettant de citer les deux lois d'approbation du Traité de Washington et de la Convention de Munich que la loi en projet prévoit pourtant d'amender aux termes de ses articles 25 et 26. Conformément à la présentation du projet gouvernemental, il convient de rétablir l'intégralité de l'*intitulé*.

L'article 1er prévoit de compléter le relevé des définitions qui figure à l'article premier de la loi modifiée du 20 juillet 1992 par les notions nouvellement définies par la directive 98/44/CE. Les défini-

tions de la „matière biologique“, du „procédé microbiologique“ et du „procédé d’obtention de végétaux et d’animaux essentiellement biologique“ reproduisent fidèlement le texte de la directive. Elles ne donnent pas lieu à observation. Quant à la définition proposée de la „variété végétale“, elle intervient sous forme de référence à la définition retenue à l’article 5 du règlement (CE) No 2100/94; dans l’intérêt d’une consultation aisée de la future législation, il est préférable d’en reproduire intégralement le texte plutôt que de procéder par référence. Le quatrième tiret de l’article 1er devra dès lors se lire comme suit:

- „variété végétale“: un ensemble végétal d’un seul taxon botanique du rang le plus bas connu qui, qu’il réponde ou non pleinement aux conditions d’octroi d’une protection des obtentions végétales, peut
 - être défini par l’expression des caractères résultant d’un certain génotype ou d’une certaine combinaison de génotypes,
 - être distingué de tout autre ensemble végétal par l’expression d’au moins un desdits caractères, et
 - être considéré comme une entité eu égard à son aptitude à être reproduit sans changement.

Un „ensemble végétal“ est constitué de végétaux entiers ou de parties de végétaux dans la mesure où ces parties peuvent produire des végétaux entiers, tous deux dénommés „constituants variétaux“. L’expression des caractères mentionnés au premier tiret peut être variable ou invariable entre des constituants variétaux d’un même type, pour autant que, également, le degré de variation résulte du génotype ou de la combinaison de génotypes.

Les *articles 3 à 14* ne donnent pas lieu à observation.

L’*article 15* se propose d’introduire à la suite de l’article 47 quatre articles nouveaux dans la loi précitée du 20 juillet 1992, numérotés de *47bis* à *47quinquies*. Ces dispositions reprennent textuellement les articles 8 à 11 de la directive 98/44/CE et ne donnent dès lors pas lieu à observation, sauf pour ce qui est du paragraphe 3 de l’article 11 réservant aux législations nationales la faculté de préciser l’étendue et les modalités des dérogations accordées aux agriculteurs en relation avec la protection de substances brevetées, lorsque celles-ci sont utilisées pour le réensemencement ou pour la reproduction du cheptel animal. En vue de mettre pleinement à profit la marge offerte à cet égard par la directive et de prévenir les problèmes qu’à l’avenir la délimitation des dérogations en question pourra, le cas échéant, poser, le Conseil d’Etat propose d’insérer, à la suite du paragraphe 2 de l’article *47quinquies*, un paragraphe 3 nouveau, libellé comme suit:

„3. Les modalités d’application des dérogations prévues aux paragraphes 1 et 2 peuvent être précisées par voie de règlement grand-ducal.“

La numérotation des paragraphes 3 à 5 devra être revue en conséquence.

Le paragraphe 5 (6 selon le Conseil d’Etat) dudit article *47quinquies* ne reflète que partiellement les dispositions du paragraphe 3 de l’article 12 de la directive 98/44/CE. C’est pourquoi le Conseil d’Etat propose de compléter le texte de ce paragraphe comme suit:

„6. A la condition pour le demandeur d’une licence obligatoire d’établir que la variété ou l’invention représente un progrès technique important d’un intérêt économique considérable par rapport à l’invention revendiquée dans le brevet ou à la variété végétale protégée et que les possibilités offertes par l’article 55 ne sont pas données, la procédure et les conditions d’octroi des licences visées aux paragraphes 4 et 5 sont celles définies aux articles 60 à 62 de la loi.“

Les auteurs du projet de loi restent en défaut d’expliquer pourquoi ils ont omis de traiter le chapitre IV de la directive relatif au dépôt d’une matière biologique, à l’accès à une telle matière et au nouveau dépôt dans le cadre des dispositions légales de transposition sous examen. En l’absence de commentaires afférents dans l’exposé des motifs, la lecture que le Conseil d’Etat donne aux dispositions du Titre IV de la loi modifiée du 20 juillet 1992 lui fait craindre que celles-ci ne fassent que très incomplètement refléter les exigences de la directive à cet égard. La raison de cette omission semble tenir au défaut de ratification par le Grand-Duché de Luxembourg du Traité de Budapest du 28 avril 1977 sur la reconnaissance internationale du dépôt de micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets, traité auquel l’article 13 de la directive fait expressément référence. Il en résulte une situation juridique où un texte de droit international a été du moins implicitement repris dans le droit communautaire dérivé, malgré l’absence de ratification du traité par tous les Etats membres. Au regard des consi-

dérations qui précèdent le Conseil d'Etat se doit de constater une transposition incomplète de la directive 98/44/CE.

Les *articles 16 à 18* ne donnent pas lieu à observation.

La proposition prévue à l'*article 19* de supprimer à l'article 83, paragraphe 4 de la loi modifiée du 20 juillet 1992 la dernière phrase, comme ayant trait à l'exigence pour le conseil en propriété industrielle de justifier d'un domicile réel dans le pays, trouve l'assentiment du Conseil d'Etat. Par contre, il ne peut pas, pour les raisons évoquées plus en avant, marquer son accord à la proposition de modification du paragraphe 2 de l'article 85 de cette loi, par laquelle il est prévu d'introduire une formation professionnelle spécifiquement luxembourgeoise pour les conseils en brevets. Il convient par conséquent de donner la teneur suivante à ce paragraphe:

„2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 de l'article 83, sont considérés comme mandataires agréés, outre les avocats inscrits aux tableaux de l'Ordre auprès des tribunaux luxembourgeois, les personnes physiques autorisées à exercer la profession de conseil en propriété industrielle en vertu de la loi modifiée du 28 décembre 1988 1. réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales; 2. modifiant l'article 4 de la loi du 2 juillet 1935 portant réglementation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise dans l'exercice des métiers.“

Les *articles 20 à 23* ne donnent pas lieu à observation.

Au regard des remarques à l'endroit de l'article 19, il convient de supprimer l'*article 24*, l'ajout proposé à l'article 96 de la loi modifiée du 20 juillet 1992 devenant sans objet.

Les *articles 25 et 26* (24 et 25 selon le Conseil d'Etat) ne donnent pas lieu à observation.

Enfin, selon l'article 15 de la directive 98/44/CE, les dispositions de transposition nationales doivent comporter une référence à la directive. Le Conseil d'Etat rappelle la nécessité de l'insertion de cette référence dans le cadre de la publication de la future loi.

Sous le bénéfice des observations qui précèdent le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec le projet de loi sous avis.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 7 novembre 2000.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Raymond KIRSCH

