

**N° 4673B<sup>4</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2005-2006

**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 COMPLEMENTAIRE SEPRE DU CONSEIL D'ETAT**

(11.10.2005)

En application de l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, le président de la Chambre des députés a, par dépêche du 25 mars 2005, saisi le Conseil d'Etat d'une série d'amendements au 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.

\*

**CONSIDERATIONS GENERALES**

Le Conseil d'Etat avait été saisi par le Gouvernement du projet de loi en question le 26 mai 2000. Le projet gouvernemental lui soumis à l'époque prévoyait 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, d'une part, ainsi que l'introduction dans le régime légal des brevets d'invention, tel que prévu par la loi modifiée du 20 juillet 1992 précitée, d'un certain nombre de modifications diverses, d'autre part.

Ce deuxième volet „économique“ de modifications à apporter à la législation nationale sur les brevets d'invention comportait notamment l'introduction du „petit brevet“ de durée plus courte que celle du brevet „classique“ protégeant usuellement pendant 20 ans l'inventeur, la simplification des procédures de la délivrance des brevets et la réduction des taxes afférentes ainsi que l'introduction d'une qualification professionnelle spécifiquement luxembourgeoise pour les mandataires et conseils en brevet.

Le Conseil d'Etat rendit son avis le 7 novembre 2000 sur l'ensemble du projet (*No 4673*) dans la version lui soumise lors de sa saisine du 26 mai de la même année.

Or, un courrier du président de la Chambre des députés l'informa le 12 février 2001 que la Chambre des députés avait décidé de scinder en deux le projet de loi, et qu'il avait par ailleurs été retenu d'amender le libellé de la modification à apporter à l'article 83 de la loi du 20 juillet 1992, modification faisant partie du volet „économique“ du projet de loi.

Suite à l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 13 mars 2001 sur le seul volet „économique“ du projet de loi et suite à l'adoption de celui-ci par la Chambre des députés en séance du 11 juillet 2001, cette partie du projet (*No 4673A*) est devenue la loi du 11 août 2001 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; – la loi du 27 mai 1977 portant a) approbation du Traité de coopération en matière de brevets, fait à Washington, le 19 juin 1970, b) adaptation de la législation nationale en matière de brevets telle que modifiée par la loi du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention; – la loi du 27 mai 1977 portant a) approbation de la Convention sur la délivrance de brevets européens, signée à Munich, le 5 octobre 1973; b) adaptation de la législation nationale en matière de brevets telle que modifiée par la loi du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention.

A la date du 18 avril 2001, le Premier Ministre pria la commission consultative nationale d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CNE) d'examiner le projet de loi sous examen. Celle-ci rendit en date du 5 février 2002 son avis qui fut publié le 21 février 2002 au document parlementaire *No 4673B*<sup>1</sup>.

En outre, deux pays membres de l'Union européenne, les Pays-Bas et l'Italie, avaient introduit un recours en annulation contre la directive auprès de la Cour de justice des Communautés européennes qui, dans son arrêt du 9 octobre 2001, rejeta le recours. Cet arrêt précisa cependant l'interprétation de l'article 5 visé en spécifiant dans son point 72: „*en ce qui concerne les éléments du corps humain, ils ne sont en eux-mêmes pas davantage brevetables et leur découverte ne peut faire l'objet d'une protection. Seules peuvent faire l'objet d'une demande de brevet les inventions qui associent un élément naturel à un procédé technique permettant de l'isoler ou de le produire en vue d'une application industrielle*“.

Les amendements sous examen dont le Conseil d'Etat a été saisi le 25 mars 2005 de la part de la Chambre des députés concernent à leur tour le volet éthique de la „transposition de la directive 98/44/CE“.

Comme les dispositions communautaires à transposer comportent également un volet agricole en ce qu'elles prévoient un traitement particulier des inventions biotechnologiques relatives au réensemencement et à l'élevage nécessaire au maintien et à la reproduction du cheptel, le Conseil d'Etat avait insisté dans son avis du 7 novembre 2000 sur la nécessité de requérir aussi l'avis de la Chambre d'agriculture. Or, il doit constater que même si presque 5 ans se sont écoulés depuis son avis, la prise de position de ladite chambre professionnelle ne lui est toujours pas parvenue.

Quant à la transposition proprement dite de la directive 98/44/CE, le Conseil d'Etat s'était dans son avis du 7 novembre 2000 félicité de l'option prise par les auteurs du projet de loi gouvernemental de se tenir à une transposition très fidèle, à de nombreux égards littérale des dispositions communautaires, alors que cette approche évite des problèmes d'interprétation auxquels pourraient donner lieu des divergences rédactionnelles entre les dispositions communautaires à transposer et les prescriptions nationales censées assurer cette transposition.

Au vu de la littérature volumineuse à laquelle a entre-temps donné lieu la controverse sur les recherches biotechnologiques concernant le corps humain et le clonage des variétés végétales ou des races animales ainsi que des débats animés que cette controverse a engendrés dans les milieux scientifiques, politiques, philosophiques et religieux, le Conseil d'Etat comprend les hésitations qu'il y a de suivre à la lettre le législateur communautaire. Il partage par ailleurs le souci de faire preuve sur ce point de beaucoup de circonspection dans la formulation des dispositions légales nationales destinées à transposer la directive communautaire.

Il prend acte qu'à l'instar de l'orientation retenue par d'autres Etats membres et sur base de l'arrêt de la Cour européenne de Justice, la commission parlementaire en charge du dossier propose des amendements qui, tout en respectant les dispositions à transposer, les précisent utilement.

Les amendements en question que la commission parlementaire propose d'apporter au projet (*No 4673B*) de modification de la loi du 20 juillet 1992 et qui concernent, comme relevé ci-avant, le volet des modifications qui n'ont pas été reprises dans la loi précitée du 11 août 2001, sont au nombre de trois. Ils concernent, d'une part, l'article 4 prévoyant l'insertion des nouveaux articles *5bis* et *5ter* dans la loi du 20 juillet 1992 et, d'autre part, l'ajout, par le biais d'un article 6 nouveau du projet de loi, d'un nouveau paragraphe 4 à l'article 44 de cette loi.

## EXAMEN DES AMENDEMENTS

### *Amendement I*

L' article 5ter nouveau que l'amendement I prévoit d'insérer dans la loi du 20 juillet 1992 par le biais de l'article 4 du projet de loi sous examen délimite les exclusions à la brevetabilité.

C'est ainsi que l'article 5ter exclut plus particulièrement le corps humain ainsi que la découverte d'un de ses éléments des inventions brevetables. L'article 5ter du projet gouvernemental de 2000 a prévu sur ce point une reprise littérale du contenu de l'article 5 de la directive 98/44/CE.

L'amendement parlementaire sous avis entend compléter le paragraphe 1er de l'article 5ter par la mention explicite des cellulules germinales parmi les éléments non brevetables, reprenant ainsi les précisions données au considérant (16) du préambule de la directive. Cette précision rédactionnelle figure également dans la loi de transposition allemande de la directive précitée, datée au 21 janvier 2005, qui énumère explicitement les „Keimzellen“ parmi les éléments non brevetables (cf. Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen; Bundesgesetzblatt Jahrgang 2005 Teil I, No 6 – 28 janvier 2005). A noter dans le même ordre d'idées que l'article L. 611-18 du code de propriété intellectuelle français, dans la version modifiée par la loi No 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (cf. Journal officiel No 182 du 7 août 2004), omet cet ajout et se tient au texte de l'article 5, paragraphe 1er de la directive 98/44/CE précitée.

Le Conseil d'Etat peut approuver cet amendement pris dans un souci de précision et en cohérence avec l'esprit de la directive.

### *Amendement II*

La commission parlementaire propose en outre de modifier le paragraphe 3 dudit article 5ter dont le texte du projet gouvernemental s'est limité à exiger, conformément à la disposition afférente de l'article 5 de la directive, que l'application industrielle d'une séquence ou séquence partielle d'un gène doit être décrite en détail dans la demande de brevet à déposer.

La commission parlementaire propose, en relayant en cela en partie les précisions apportées par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (points 72 à 74), reprises par la Commission nationale d'éthique dans son avis (point 3.2.3), de suivre partiellement le législateur français, en maintenant l'énoncé des paragraphes 1er et 2 de l'article 5 de la directive 98/44/CE et en remplaçant le paragraphe 3 par le deuxième paragraphe de l'article L611-18 du code français de la propriété intellectuelle, à savoir: „Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet.“

Or, en maintenant le paragraphe 2 de l'article 5ter, le texte proposé par la Chambre des députés ne répond pas aux critiques majeures de la CNE, qui dit dans son avis: „Du point de vue juridique il n'en est pas moins contestable d'affirmer, dans le premier paragraphe, que le corps humain ne peut faire l'objet d'une invention brevetable et d'admettre dans le deuxième paragraphe, qu'un élément isolé de ce corps humain peut constituer une invention brevetable. La terminologie utilisée est d'ailleurs confuse: ne serait-ce pas plus logique et donc acceptable que le procédé visant à reproduire un élément isolé du corps humain et la reproduction de cette matière puissent faire l'objet, le cas échéant, d'un brevet?“ (point 3.2.2.1, page 15, dernier alinéa).

Le Conseil d'Etat propose en conséquence de suivre entièrement le législateur français en remplaçant les paragraphes 2 et 3 de l'article 5ter de la loi sur les brevets d'invention visés par l'article 4 du projet sous avis par le texte:

„Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet.“

Ainsi, cet article se lira comme suit:

„**Art. 5ter.**– 1. Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, y compris les cellules germinales, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.

2. Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet."

### *Amendement III*

Dans l'optique qui a conditionné l'amendement qu'elle propose d'apporter à l'article 5ter à insérer nouvellement dans la loi du 20 juillet 1992 (cf. amendement II), la commission parlementaire estime qu'il y a lieu de compléter dans le même sens l'article 44 de cette loi qui a trait à l'étendue de la protection conférée par un brevet. En effet, dans la logique de vouloir limiter le brevet à une seule et unique application technique d'une fonction d'un élément du corps humain, qui en plus doit être concrètement exposée dans la demande de brevet, il y a lieu de reprendre cette limitation également de façon formelle au niveau des dispositions légales régissant l'étendue de la protection conférée par le brevet.

En vue de la concordance de la démarche proposée par le Conseil d'Etat à l'égard de l'article 5ter, il convient d'ajouter les mêmes modifications à l'article 44 de la loi sur le régime des brevets.

\*

### **OBSERVATION RELATIVE A L'INTITULE DU PROJET DE LOI**

Il convient enfin de faire remarquer que l'intitulé du projet de loi proposé par le Gouvernement est maintenu. Or, la loi du 20 juillet 1992 a depuis la modification du 24 mai 1998 été changée deux fois de plus par les modifications y apportées par la loi du 11 août 2001 précitée ainsi que par celle du 18 avril 2004 modifiant 1) la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, et 2) la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention.

Aussi le Conseil d'Etat saisit-il l'opportunité du présent avis pour proposer de donner à l'intitulé le libellé suivant:

*„Projet de loi modifiant la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention“.*

Ainsi délibéré en séance plénière, le 11 octobre 2005.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Pierre MORES