

**Rapport explicatif
concernant l'avant-projet de la loi sur les conseils en brevets
(LCBr)**

du 29 novembre 2006

Condensé

Pour le lieu d'innovation qu'est la Suisse, un conseil compétent dans les affaires de brevets s'avère de première importance. C'est pourquoi la loi sur les conseils en brevets ne permet qu'à des personnes qui disposent de qualifications professionnelles particulières de porter certains titres. Cette protection des titres professionnels garantit que les prestataires de services possèdent les connaissances spécialisées requises, crée davantage de transparence dans l'offre de services et protège les personnes et entreprises innovatrices contre les conseils non qualifiés.

Contexte

En raison de la complexité de la protection des inventions, les personnes et entreprises innovatrices sont tributaires d'un conseil professionnel et compétent. Les interactions internationales et certaines particularités suisses posent des exigences toujours accrues concernant le conseil en matière de brevets. La profession de conseil en brevets n'étant pas réglementée en Suisse, des personnes qui ne satisfont pas aux exigences élevées relatives à ce type de service sont susceptibles de conseiller des tiers dans des affaires de brevets. L'absence de réglementation a par ailleurs pour effet de transformer la Suisse en un point d'attraction pour les personnes qui ne répondent pas aux qualifications nécessaires pour exercer à l'étranger, où la matière est la plupart du temps réglementée. Le dommage causé aux personnes concernées par un mauvais conseil est grand et peut même être de nature existentielle. Les brevets constituent souvent l'avoir économique de départ et sont déterminants pour les inventeurs individuels et les entreprises innovatrices. Un conseil lacunaire se remarque toutefois souvent à un moment où il est presque impossible de revenir en arrière. Le manque d'informations complexifie le choix d'un prestataire de services pour les personnes qui ne sont pas très au fait de ces questions, car elles ne sont pas en mesure de juger de la qualité ou de la compétence des services proposés. Les défauts de transparence et de garantie de la qualité entraînent des conséquences négatives pour la Suisse en tant que lieu d'innovation.

Objet

Le but de la loi sur les conseils en brevets est de garantir un conseil qualifié en matière de brevets, but qui est atteint par l'aménagement d'une protection de certains titres professionnels qui sont réservés à des personnes disposant de qualifications de formation attestées. Avant d'être habilités à exercer leur métier, les conseils en brevets doivent se faire inscrire dans un registre. Dans le cadre de cette démarche, ils sont tenus de justifier les qualifications requises sur le plan de la formation (diplôme du degré tertiaire, titre de formation postgrade et stage pratique). Bien que l'activité, à titre professionnel, de conseil et de représentation en matière de brevets demeure accessible à tous, la protection du titre et le registre des conseils en brevets offrent au public la garantie de choisir un prestataire de services compétent. La solution proposée assure en outre de meilleures conditions de départ pour les conseils en brevets qui veulent exercer leur profession dans la Communauté européenne dans le cadre de la libre circulation des personnes.

La loi sur les conseils en brevets tient également compte de l'intérêt de confidentialité des personnes conseillées en imposant aux conseils en brevets une obligation de secret professionnel.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation de l'objet	4
1.1 Contexte et nécessité d'une réglementation	4
1.2 Nouvelle réglementation proposée	7
1.3 Solutions examinées	8
1.4 Justification et appréciation de la solution proposée	10
1.5 Corrélation entre les tâches et les ressources financières	12
1.6 Droit comparé et rapport avec le droit européen	12
2 Commentaire	15
2.1 Objet et champ d'application	15
2.2 Protection des titres	15
2.3 Secret professionnel	20
2.4 Registre des conseils en brevets	21
2.5 Dispositions pénales	23
2.6 Dispositions finales	25
3 Conséquences	26
3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	26
3.2 Conséquences économiques	27
3.2.1 Nécessité et latitude de l'activité de l'Etat	27
3.2.2 Conséquences pour les différents groupes de la société	28
3.2.3 Conséquences pour l'économie dans son ensemble	28
3.2.4 Réglementations possibles	29
3.2.5 Aspects pratiques de l'exécution	29
4 Liens avec le programme de législature et le plan financier	29
5 Aspects juridiques	30
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	30
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	30
5.3 Forme de l'acte à adopter	31
5.4 Délégation des compétences législatives	32
Loi sur les conseils en brevets (Projet)	99

Rapport explicatif

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte et nécessité d'une réglementation

Qualité du conseil et de la représentation en matière de brevets

Les conseils en brevets occupent une fonction de préparation dans le cadre de la protection des inventions et une fonction de conseil lors de l'application des brevets; ils jouent donc un rôle central dans le processus d'innovation et sont chargés de responsabilités.

Au vu des interactions internationales en jeu dans les affaires de brevets, les exigences en matière de qualité du conseil et de représentation ont fortement augmenté au cours des dernières années. Le processus national rudimentaire de délivrance des brevets, qui ne connaît pas d'examen des conditions de nouveauté et d'activité inventive, pose lui aussi des exigences poussées en matière de conseil. En effet, l'examen limité ne garantit pas la validité juridique d'un brevet délivré. La révision de la loi fédérale du 25 juin 1954¹ sur les brevets d'invention (loi sur les brevets, LBI) maintient cet examen limité, malgré un certain élargissement de la procédure d'examen². La validité d'un titre protecteur délivré est donc de la responsabilité des conseils en brevets. C'est pourquoi la confiance de leurs clients doit être protégée.

Aujourd'hui, les conseils en brevets sont en premier lieu eux-mêmes responsables de leur formation (postgrade). Celle-ci est parfois assurée par des associations professionnelles qui demandent certaines compétences à leurs membres mais il n'est pas obligatoire de faire partie d'une telle association. Dans la situation actuelle, des personnes non qualifiées peuvent aussi exercer la profession de conseil en brevets et porter le titre correspondant.

La situation est différente en ce qui concerne les conseils agréés par l'Office européen des brevets (OEB). Pour figurer sur la liste des conseils agréés par l'OEB, il faut réussir une épreuve d'aptitude exigeante à laquelle seules sont admises les personnes titulaires d'une formation postsecondaire d'au moins trois ans et justifiant de plusieurs années d'expérience pratique. En outre, l'inscription sur la liste implique le droit de représentation exclusif auprès de l'OEB et l'admission en tant que membre de l'Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets.

Pour les intérêts de la Suisse, il est insuffisant de se baser sur le seul titre européen car même si des exigences considérables sont liées à l'obtention de celui-ci, il présente des lacunes sur le plan de la formation. En effet, l'épreuve d'aptitude ne couvre pas la procédure civile en contrefaçon ou les particularités de la procédure administrative suisse.

Vu l'absence de protection des titres dans le domaine du conseil en matière de brevets, les déposants et les titulaires de brevets ont beaucoup de mal à distinguer les offres compétentes de celles proposées par des prestataires non qualifiés. Ils courent

¹ RS 232.14

² Message concernant la modification de la Loi sur les brevets et l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution du 23 novembre 2005, FF 2006 1, ch. 2.1.7

donc le danger de se faire conseiller de façon lacunaire, ce qui peut entraîner des conséquences financières considérables, voire existentielles (voir aussi ch. 1.4). A l'heure actuelle, les droits des déposants et des titulaires de brevet ne bénéficient pas d'une protection satisfaisante.

Environnement européen

Dans les pays voisins (notamment en France, en Allemagne, en Autriche et au Liechtenstein), la profession de conseil en brevets est réglementée depuis quelque temps déjà. L'absence de réglementation nationale et les accords bilatéraux transforment la Suisse en un pôle d'attraction pour les personnes qui ne répondent pas aux conditions d'accès à l'étranger, ou qui cherchent à les éviter, et qui se pressent pour cette raison sur le marché suisse.

La directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans³ prévoit un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur. Voir ci-après ch. 1.6.

Les conseils en brevets suisses qui désirent exercer leur métier dans un Etat de l'UE/AELE qui a réglementé cette profession sont donc tenus de requérir la reconnaissance de leur formation et de leur expérience pratique dans cet Etat en raison de la directive 89/48/CEE. L'Etat d'accueil a le droit de comparer la formation et l'éventuelle expérience pratique acquises dans le pays d'origine avec les exigences appliquées sur son territoire. En cas de divergences considérables au niveau de la durée ou du contenu, le candidat doit compenser ces lacunes (par un stage d'adaptation ou une épreuve d'aptitude) pour être habilité à exercer la profession.

En raison du défaut de réglementation nationale, les conseils en brevets suisses qui veulent exercer dans un Etat de l'UE/AELE doivent faire preuve d'au moins deux ans d'expérience pratique outre leur formation de conseil en brevets. Lorsque l'Etat d'accueil considère que leur qualification n'est pas équivalente, le mécanisme de compensation est appliqué. A défaut de dispositions nationales qui garantissent la qualification des conseils en brevets en Suisse, ceux-ci sont soumis dans les faits à des conditions de départ peu favorables concernant l'accès à la profession en Europe.

Dans ce cadre, une réglementation qui rattache l'exercice de la profession en Suisse à la détention de certaines qualifications professionnelles pourrait remédier, dans une certaine mesure, à ce problème. Une telle réglementation ne saurait cependant garantir la reconnaissance de l'équivalence européenne des qualifications professionnelles des conseils en brevets suisses. En fin de compte, il n'est pas possible d'influencer la façon dont la qualification est évaluée par les Etats tiers. C'est précisément l'aspect de la connaissance du droit (des brevets) national de l'Etat d'accueil qui complique une reconnaissance directe des conseils en brevets provenant d'autres Etats-membres.

Le fait que l'accès des conseils en brevets suisses à la profession de conseil en brevets dans les Etats de l'UE/AELE soit lié à des obstacles a souvent pour conséquence que, mis à part les représentants nationaux, des conseils en brevets ou des

³ JO L 19 du 24.1.1989, p. 16, selon la directive 2001/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2001, JO L 206 du 31.7.2001, p. 1

avocats étrangers sont consultés. Les frais additionnels ainsi engendrés sont à la charge des représentés. Le renchérissement du service qui en résulte constitue un obstacle financier supplémentaire pour les inventeurs individuels et les PME.

Attorney-client privilege

Dans le cadre du conseil et de la représentation en matière de brevets, les conseils se voient confier des informations confidentielles de la part de leurs clients ou – lorsqu’il s’agit d’un conseil en brevets d’entreprise – de la part de personnes au sein de l’entreprise. Ces informations revêtent souvent une grande importance économique, de sorte que la non-divulgaration de ces informations soit capitale pour le client ou l’entreprise.

A l’étranger, l’instauration d’une obligation de garder le secret pour les conseils en brevets, assortie d’un droit procédural de refuser de témoigner, tient compte de l’intérêt à ce que ces informations confidentielles restent secrètes.

A ce niveau, la situation aux Etats-Unis est particulière. Dans ce pays, les informations confidentielles sont protégées par différents privilèges, en particulier le *attorney-client privilege* dans le cadre de la procédure civile. Ce dernier protège la communication entre l’avocat et son client concernant les conseils juridiques. Du point de vue procédural, il s’agit d’une barrière empêchant que les participants à un procès civil obtiennent la déposition d’un témoin ou la remise de documents. Le privilège repose essentiellement sur la pratique des tribunaux de première instance. Cette pratique n’est toutefois ni consistante, ni unifiée. Ce n’est qu’en ce qui concerne les traits élémentaires du privilège qu’il existe une concordance.

Le *attorney-client privilege* s’applique aux avocats admis auprès d’un tribunal américain, mais aussi aux spécialistes en brevets qui sont également avocats (*patent attorneys*), ce qui est le cas pour la plupart des conseillers en ce domaine juridique aux Etats-Unis. S’agissant des spécialistes en matière de brevets, qui, bien qu’ils soient admis auprès de l’office des brevets US américain, ne sont pas des avocats (*patent agents*), l’application du *attorney-client privilege* n’est pas parfaitement claire dans la jurisprudence. Les tribunaux ont des points de vue différents. De même, il n’existe pas de pratique uniforme concernant les contenus qui ne doivent pas être divulgués. La tendance est de ne pas privilégier chaque communication en rapport avec le conseil et la représentation en matière de brevets, et notamment de ne pas protéger chaque communication à l’office des brevets américain. En règle générale, ne sont protégées que les informations confidentielles échangées entre le spécialiste en matière de brevets et le client dans le cadre de conseils juridiques en vue d’un procès devant un tribunal.

La majorité des tribunaux de première instance accepte le fait que, même lors du conseil en matière de brevets à l’étranger, la communication concernée puisse bénéficier de la protection de divulgation lors de procédures civiles américaines. Toutefois, la pratique judiciaire ne permet pas de dégager un principe homogène en ce qui concerne les circonstances et les modalités. En application du principe de courtoisie internationale, certains tribunaux appliquent des réglementations nationales, dans la mesure où le contenu de la communication concerne uniquement le pays en question et non pas également les intérêts des Etats-Unis. Selon une autre approche fonctionnelle, les tribunaux accordent le *attorney-client privilege* dans la mesure où le spécialiste en matière de brevets étranger a rempli une tâche qui, du point de vue de la fonction, est équivalente à celle d’un *patent attorney* américain. Ce faisant, les

tribunaux ont tendance à se baser plutôt sur le type d'activité des personnes en question que sur la dénomination professionnelle. D'autres tribunaux encore accordent le *attorney-client privilege* pour autant que la protection dans le pays de référence soit équivalente à celle des Etats-Unis.

Il en découle que lors de procédures en contrefaçon qui se déroulent aux Etats-Unis (et dans d'autres pays ayant la même tradition juridique), les individus et les entreprises suisses sont exposées au danger de devoir divulguer à la partie adverse la correspondance échangée avec leur conseil en brevets suisse. Le manque de réglementation juridique favorise une telle éventualité. Les entreprises concurrentes étrangères ou leurs conseils en brevets, pour lesquels le droit national prévoit un secret professionnel et le droit de refuser de témoigner, peuvent par contre, le cas échéant, faire appel au droit professionnel ou procédural national. Ils jouissent dès lors d'une situation de départ plus avantageuse, même s'ils ne disposent pas d'une garantie absolue d'être libérés de l'obligation de témoigner ou de fournir des documents. Un tel état de fait entraîne une situation de désavantage concurrentiel pour les conseils en brevets suisses. Les clients qui craignent être impliqués dans des litiges aux Etats-Unis refusent parfois de charger ceux-ci de la défense de leurs intérêts. Dans un tel contexte, les milieux intéressés s'efforcent d'obtenir l'instauration de l'obligation du secret professionnel, assortie du droit de refuser de témoigner. Même si une telle solution ne peut pas garantir une protection équivalente au *attorney-client privilege* de leur activité de conseil par les tribunaux américains, elle permet toutefois d'améliorer la situation de départ des conseils en brevets suisses et conduit à une égalité de traitement par rapport aux autres pays européens.

1.2 Nouvelle réglementation proposée

La nouvelle réglementation tient compte de manière appropriée de la nécessité d'une réglementation, telle que décrite ci-dessus. La protection du titre permet de garantir la qualité du conseil et de la représentation en matière de brevets. L'autorisation à porter certains titres est rattachée à des conditions légales déterminées (être titulaire d'un diplôme du degré tertiaire en sciences naturelles ou ingénierie; être titulaire d'un titre de formation postgrade en droit de la propriété intellectuelle; avoir une expérience pratique) dont le but est d'assurer des compétences professionnelles élevées des personnes qui utilisent les désignations protégées et, par là même, des services de haute qualité.

Pour les personnes et les entreprises innovatrices qui font appel à ce type de services, il est important que la qualification professionnelle des conseils en brevets soit transparente en Suisse. Celles-ci doivent pouvoir vérifier de façon simple et fiable si un prestataire de services satisfait aux conditions légales, ce qui est rendu possible par l'instauration d'un registre des conseils en brevets tenu par l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI). L'IPI inscrit les requérants dans ce registre après avoir constaté que les conditions au niveau de la formation sont remplies et qu'il existe un domicile de notification en Suisse. La publicité du registre est réglée de façon adéquate.

En vertu du projet de loi, la représentation et le conseil dans les affaires de brevets ne sont pas uniquement réservés aux conseils en brevets inscrits au registre. Les participants au marché qui ne satisfont pas aux conditions régissant l'inscription au registre des conseils en brevets sont toujours autorisés à offrir des services dans ce

domaine, mais il leur est interdit de porter les titres protégés. L'inscription au registre des conseils en brevets, suite à la vérification des conditions par l'IPI, permet de garantir de façon suffisante que les personnes et entreprises innovatrices puissent facilement trouver un prestataire de services qualifié. Un droit exclusif à une représentation à titre professionnel des conseils en brevets inscrits au registre n'apporte aucun avantage supplémentaire qui permettrait de justifier une atteinte aussi grave à la liberté de la concurrence.

Le projet de loi ne prévoit pas de conditions personnelles pour l'exercice de la profession de conseil en brevets, ni de règles professionnelles. La définition d'une éthique professionnelle ainsi que son application, demeure du ressort des associations de conseils en brevets ou de l'Institut des conseils agréés près de l'Office européen des brevets. Aujourd'hui, la grande majorité des brevets prenant effet en Suisse est délivrée sur la base de la Convention sur le brevet européen. Les conseils agréés par l'Office européen des brevets sont membres de l'Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets (epi) et sont soumis aux règles de conduite et de discipline de celui-ci. Par ailleurs, il existe également, en vertu du droit du mandat, des devoirs de diligence concernant le conseil et la représentation en matière de brevets. La surveillance des conseils (pas uniquement les titulaires du titre) est exercée par le DFJP (cf. art. 48b LBI; ch. 2.6).

Le projet de loi instaure un secret professionnel. Les conseils en brevets inscrits au registre sont liés par le secret professionnel pour toutes les affaires qui leur sont confiées en raison de leur profession ou de l'exercice de celle-ci. Ce devoir de discrétion tient compte, en premier lieu, du fait que les conseils en brevets se voient souvent confier des informations ultraconfidentielles dans le cadre de leur activité. Par le secret professionnel, les maîtres du secret sont protégés dans leur confiance à ce que la discrétion soit observée. En même temps, les conseils en brevets bénéficient d'une meilleure situation de départ concernant la protection de leur activité de conseil dans le cadre de procédures en contrefaçon, en particulier aux Etats-Unis (voir au sujet du *attorney-client privilege* ch. 1.1).

Le projet de loi prévoit de préserver les droits acquis des personnes qui exerçaient une activité de conseil en brevets avant l'entrée en vigueur de la loi sous revue dans le cadre d'une réglementation transitoire qui ne remet toutefois pas en question l'assurance de qualité ambitionnée par le projet.

1.3 Solutions examinées

Dans le cadre des travaux préparatoires du projet de loi, le DFJP, qui en est responsable, a examiné diverses solutions permettant de remédier à la situation lacunaire actuelle découlant de l'absence de réglementation. Une attention particulière a été accordée à l'aspect de la proportionnalité de l'intervention légale dans la liberté économique. En pesant les avantages et les inconvénients des divers modèles de solution, le DFJP a décidé d'opter pour le présent projet. Les mesures légales proposées permettent de combler les insuffisances actuelles en engageant des coûts modérés et en limitant fortement l'intervention de l'Etat au niveau de la liberté économique. Il est ainsi possible d'atteindre les objectifs visés, qui sont la haute qualité du conseil et la protection du public contre les prestataires non qualifiés.

Pour l'essentiel, les solutions alternatives examinées mais rejetées sont les suivantes :

- *Autorégulation par les associations professionnelles*: les associations de conseils en brevets définissent dans leurs statuts des exigences concernant la qualité de membre, notamment au niveau de la formation ou de l'expérience pratique, elles établissent des règles professionnelles et surveillent leur observation. Sur la base de considérations d'ordre politique, l'Etat renonce à jouer un rôle régulateur et laisse aux associations professionnelles concernées le soin et la responsabilité de veiller à une haute qualité du conseil et de la représentation dans les affaires de brevets. En vertu du droit du mandat, il existe également un devoir de discrétion. Une telle solution présente des inconvénients considérables. Le fait qu'une affiliation ne soit pas obligatoire et le grand nombre d'associations professionnelles existantes rendent peu crédible la mise en œuvre d'un standard de qualité élevé. En effet, il est difficile de garantir la transparence voulue lors de la recherche de conseils compétents si chaque association crée ses propres normes et titres. De même, cette solution ne permet pas d'obtenir un meilleur accès à la profession de conseil en brevets en Europe. Un droit de refuser de témoigner reste douteux. En résumé, une telle solution n'apporte pas une véritable amélioration par rapport à la situation actuelle.
- *Système avec autorisation de représentation exclusive*: la représentation, à titre professionnel, dans les procédures administratives en matière de brevets est assujettie à autorisation et est – tout comme certains titres – réservée à ceux qui bénéficient de celle-ci. Ceux qui ne satisfont pas aux conditions nécessaires pour l'octroi d'une autorisation peuvent tout au plus fournir des conseils et ce, sous une autre dénomination professionnelle. Ceux qui détiennent une autorisation sont soumis au secret professionnel et possèdent le droit de refuser de témoigner. Une solution de ce genre permet de combler les carences de la situation actuelle. Mais d'un autre côté, le droit de représentation exclusif empiète plus fortement sur la liberté économique par rapport au projet actuel. Du point de vue de la proportionnalité, l'avantage d'une meilleure protection du public contre les prestataires non qualifiés ne justifie en aucun cas une telle intervention.
- *Système avec autorisation de représentation exclusive, règles professionnelles et surveillance disciplinaire*: la représentation, à titre professionnel, dans les procédures administratives en matière de brevets est réservée aux conseils en brevets disposant d'une autorisation (voir ci-dessus). Dans l'exercice de leur métier, ils sont soumis à une surveillance disciplinaire liée à des règles professionnelles qui est exercée par le DFJP ou, de préférence, par une commission de surveillance spécialement instituée à cet effet par la Confédération. Des règles professionnelles et la surveillance disciplinaire permettent de garantir de meilleures pratiques dans l'exercice de la profession et renforcent ainsi la confiance du client en son conseil en brevets. Cette solution implique cependant une intervention poussée dans la liberté économique et entraîne une forte densité législative. Par ailleurs, l'instauration d'une nouvelle commission de surveillance signifie des coûts d'exécution supplémentaires.

1.4 Justification et appréciation de la solution proposée

Justification

Les brevets d'invention constituent souvent un avoir de départ décisif pour les inventeurs individuels et les entreprises innovatrices, bien que ces derniers soient, la plupart du temps, dépassés par la complexité du droit des brevets. Ils sont tributaires d'un soutien professionnel lorsqu'ils souhaitent protéger leurs inventions au moyen de brevets et faire ensuite valoir cette protection.

Un conseil ou une représentation non qualifiés sont susceptibles d'entraîner des procédures en contrefaçon coûteuses, le rejet ou la perte du brevet. Au vu de l'interdépendance internationale en matière de brevets, cela peut même impliquer la perte de la protection au niveau mondial. Une qualité de conseil insuffisante se manifeste souvent plusieurs années après le dépôt de l'invention, c'est-à-dire lorsque le brevet est définitif et qu'il n'est plus possible de le corriger. Toutes les personnes et entreprises exerçant des activités innovatrices qui dépendent d'un savoir spécialisé externe sont concernées par ce problème. La perte d'un seul titre de protection peut décider de leur avancement ou de leur existence. L'incompétence en matière de conseil a donc des effets négatifs, non pas uniquement sur les entreprises concernées mais, en fin de compte, sur l'économie dans son ensemble.

Compte tenu de la position de responsabilité qu'occupent les conseils en brevets dans le processus d'innovation, des services qualifiés permettant de soutenir l'économie dans ce domaine complexe sont d'une importance capitale pour le lieu d'innovation qu'est la Suisse. C'est pourquoi le projet de loi vise en premier lieu à assurer un conseil et une représentation de haute qualité en matière de brevets. Il pose à cet effet des exigences professionnelles régissant l'exercice de la profession sous un titre protégé. Ces conditions sont examinées avant le début de l'activité professionnelle. Le registre des conseils en brevets met en place la publicité et la transparence nécessaires (voir à ce sujet ch. 1.2). L'intérêt prépondérant d'assurer une protection aux déposants ou aux titulaires de brevet contre les représentants non qualifiés justifie l'atteinte à la liberté de la concurrence découlant de la protection du titre. L'introduction d'un secret professionnel auquel sont liés les conseils en brevets inscrits au registre renforce la relation de confiance entre le prestataire et son client.

Afin d'assurer un haut niveau de qualification à la profession de conseils en brevets, il n'est pas nécessaire d'instaurer un droit de représentation exclusif (semblable à celui des avocats en matière judiciaire). Les participants au marché qui ne remplissent pas les conditions spécialisées sont ainsi autorisés à conseiller et représenter des tiers en matière de brevets, mais pas à utiliser les désignations protégées. De ce fait, le public est protégé contre les prestataires non qualifiés. En faisant une publicité adéquate du titre protégé, les associations professionnelles de conseils en brevets ont le pouvoir de positionner le titre en question dans la conscience de ceux qui font appel à leurs services.

Consultation sur la révision de la loi sur les brevets

Dans le cadre de la procédure de consultation relative à la révision partielle de la loi sur les brevets qui a été menée de juillet à octobre 2004, le Conseil fédéral a déjà informé de la nécessité de réglementer la profession de conseils en brevets et l'a présentée en tant qu'objet de discussion publique. La majorité des cantons, le Tribunal fédéral, les milieux économiques et industriels, les hautes écoles et les instituts

de recherche, ainsi que les milieux spécialisés sont favorables au principe de réglementer la profession de conseils en brevets arguant que la matière est complexe. Deux cantons et l'Union démocratique du centre ont émis un avis défavorable. Ils craignent notamment que la réglementation entraîne une cartellisation du marché, une hausse des prix et des conditions désavantageuses pour les PME.

En comparaison avec d'autres aspects de la révision partielle, il est apparu moins urgent de combler les lacunes concernant la profession de conseils en brevets. Pour éviter de prendre du retard, cet aspect n'est pas traité en même temps que les autres aspects partiels de la révision. Le Conseil fédéral a décidé de se concentrer tout d'abord sur les aspects centraux, à savoir la question du brevetage des inventions biotechnologiques.

Initiative parlementaire

Le 17 juin 2005, la conseillère aux Etats Helen Leumann-Würsch a déposé une initiative parlementaire (05.418) demandant de réglementer la profession de conseil en brevets et de créer un tribunal fédéral des brevets.

En ce qui concerne la réglementation de la profession de conseils en brevets, elle avance que la complexité de la matière est un véritable casse-tête, surtout pour les PME. De nos jours, il est indispensable pour les industriels de se faire conseiller par des spécialistes. En Suisse, il n'existe aucune garantie concernant la qualité du conseil car même des personnes incompetentes peuvent s'improviser conseils en brevets et tromper ceux qui prennent leur avis. Dans tous les pays voisins, la profession de conseil en brevets est réglementée du point de vue des exigences qualitatives.

Les principales raisons évoquées pour justifier une loi sur les conseils en brevets sont la garantie que les conseils exerçant la profession présentent les qualifications requises et satisfont les exigences qualitatives, la reconnaissance mutuelle des titres de formation et le fait de remédier à certains inconvénients rencontrés dans le contexte international.

L'initiative requiert en outre qu'un secret professionnel soit inscrit dans la loi. Celui-ci doit permettre d'éviter que les expertises élaborées par des conseils en brevets suisses doivent être livrées à la partie adverse, tandis que les entreprises concurrentes étrangères ou leurs conseils peuvent invoquer ce qu'on appelle le *attorney-client privilege*.

Le projet de loi donne suite à la requête principale de l'initiative, à savoir le fait de garantir des qualifications professionnelles élevées pour les personnes exerçant une activité de conseil et de représentation en matière de brevets. Par contre, il ne prévoit ni des conditions personnelles pour l'exercice de la profession de conseil en brevets, ni des règles professionnelles. La subsidiarité de l'intervention de l'Etat parle en faveur du fait que la définition de règles professionnelles et leur application soient du ressort des associations. Concernant « l'éthique professionnelle », la réglementation proposée ne va donc pas aussi loin que l'initiative parlementaire sans pour autant remettre en question son but. L'exemple de l'Institut des conseils agréés par l'Office européen des brevets démontre que les règles disciplinaires et professionnelles peuvent sans autre faire l'objet d'une autorégulation.

En ce qui concerne le secret professionnel, le projet de loi donne également suite à l'initiative parlementaire, même s'il renonce à stipuler une égalité de traitement avec

les avocats concernant le droit de refuser de témoigner. En raison de la pratique inconsistante des tribunaux des Etats-Unis concernant le *attorney-client privilege* (ch. 1.1), une protection équivalente à celle du *attorney-client privilege* ne peut être garantie à la profession de conseils en brevets suisses dans les litiges portés devant les tribunaux des Etats-Unis. L'obligation au secret professionnel, assortie de droits de refuser de témoigner, apporte, par rapport à la situation juridique actuelle, une amélioration à la situation des conseils en brevets suisses et entraîne une égalité de traitement avec les autres pays européens.

1.5 Corrélation entre les tâches et les ressources financières

Le projet de loi crée de nouvelles tâches dans le domaine de l'examen des conditions relatives aux titres protégés visés à l'art. 2 en rapport avec une demande d'inscription au registre des conseils en brevets et avec la tenue du registre. Ces tâches seront assumées par l'IPI. Lors de la vérification des conditions selon l'art. 2, l'IPI pourra se baser sur des décisions d'accréditation et de reconnaissance des services compétents en la matière. Compte tenu de la réglementation proposée, ceux-ci ne devraient pas avoir à affronter une plus grande charge de travail qu'ils ne puissent gérer dans le cadre des tâches actuelles et qui ne puisse être financée par les moyens disponibles.

S'agissant de la charge de travail supplémentaire à laquelle l'IPI sera confronté en raison des nouvelles tâches, elle pourra être financée au moyen des taxes et, si nécessaire, par d'autres sources de revenu de l'IPI. Compte tenu de l'importance d'une représentation et d'un conseil qualifiés en matière de brevets pour le lieu d'innovation qu'est la Suisse, le but de la réglementation et les efforts nécessaires pour atteindre celui-ci se trouvent dans un rapport équilibré, voire même favorable.

1.6 Droit comparé et rapport avec le droit européen

Qualifications professionnelles des conseils en brevets et secret professionnel

La profession de conseils en brevets n'est pas réglée de façon uniforme dans le droit européen, mais elle fait l'objet d'une réglementation dans la majorité des Etats-membres de la Communauté européenne. D'une étude de l'Institut des conseils agréés près l'OEB⁴, il ressort que la réglementation de l'accès à la profession de conseil en brevets diffère de pays à pays car elle est fonction de particularités et de nécessités nationales. La plupart des Etats européens rattachent l'exercice de la profession de conseils en brevets à des qualifications professionnelles. Dans la majorité des cas sont exigés un diplôme sanctionnant une formation postsecondaire d'au moins trois ans et une expérience pratique de plusieurs années. Dans plusieurs pays, les candidats doivent par ailleurs passer une épreuve technique spéciale.

Cette image disparate reflète les différences nationales dans les situations de départ. Elle démontre cependant que le projet de loi, qui vise à garantir les qualifications de la profession de conseils en brevets, correspond à un intérêt légitime, auquel ont déjà répondu plusieurs pays d'Europe. Dans un tel contexte, l'absence de règles en Suisse

⁴ <http://216.92.57.242/patentepi/francais/300/390/index.php>

accentue le besoin d'une réglementation. En effet, on peut craindre que le marché des services suisse attire les personnes qui ne remplissent pas les conditions d'exercice de la profession à l'étranger. Concernant les exigences en matière de qualité, le projet de loi s'inscrit dans le contexte européen en empruntant un chemin intermédiaire. Il s'éloigne des règles des Etats qui connaissent une épreuve nationale, mais ne se contente pas non plus de la seule expérience pratique.

Les Etats européens qui réglementent la profession connaissent souvent un secret professionnel auquel sont liés les conseils en brevets. Une telle obligation existe en particulier dans les Etats voisins que sont la France, l'Allemagne, l'Autriche et le Liechtenstein. En vertu des dispositions en matière disciplinaire de l'Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets, les conseils en brevets européens sont également tenu de respecter le secret professionnel concernant les informations qui leurs ont été confiées dans le cadre de l'exercice de leur profession. La disposition 101a du Règlement d'exécution de la Convention sur le brevet européen⁵ révisé stipule un droit correspondant de refuser de témoigner dans le cadre de la procédure devant l'OEB. De toutes ces réglementations, il ressort que la protection de la confiance du client est placée au premier plan. Le *attorney-client privilege* a toutefois motivé la révision de l'art. L 422-11 du Code français de la propriété intellectuelle, ainsi que la nouvelle disposition 101a du futur Règlement d'exécution de la Convention sur le brevet européen. Le projet de loi correspond à la situation juridique en Europe.

Amélioration de la libre circulation des personnes

Les dispositions d'un Etat-membre qui rattachent l'exercice ou l'accès à une profession à des exigences qualitatives nationales (diplômes etc.) (professions réglementées) s'avèrent être parfois de véritables barrières pour la libre circulation des personnes. Afin de faciliter celle-ci, le droit communautaire (et l'accord sectoriel⁶) prévoit divers actes juridiques communautaires visant à reconnaître les certificats d'aptitude professionnelle qui décrivent les conditions que doivent remplir les citoyens d'un Etat contractant en vue d'exercer dans un autre Etat-membre une activité qui y est réglementée (c'est-à-dire qui est réservée aux personnes titulaires d'un certain titre de formation nationale). C'est pourquoi il importe de créer les conditions pour éviter que les personnes formées dans un autre Etat contractant se retrouvent interdites à exercer leur métier dans un autre Etat en raison de qualifications professionnelles lacunaires.

Pour certaines professions, il existe des directives sectorielles (pour les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes, les avocats, etc.) qui règlent la reconnaissance quasi-autonome des diplômes et qui fixent dans des listes exhaustives les diplômes réputés reconnus. Les professions universitaires qui ne sont pas régies par des directives sectorielles sont (pour le moment) soumises à la directive

⁵ Tel qu'adopté par le Conseil d'administration dans sa décision du 12 décembre 2002, JO OEB, édition spéciale n°1 2003, p. 74 ss.

⁶ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats-membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes; RS **0.142.112.681**

89/48/CEE⁷. Cette dernière contient une réglementation générale concernant la reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur. Elle vise la reconnaissance des diplômes, non pas sur base d'une coordination antérieure des diverses formations mais selon le principe de la confiance mutuelle dans la formation. La directive 89/48/CEE établit que la formation des Etats contractants et les diplômes d'Etats tiers qu'ils ont reconnus sont en principe équivalents. Si les citoyens d'un Etat contractant disposent d'un diplôme qui donne accès à l'exercice de cette profession dans un autre Etat-membre, le principe de l'équivalence des formations s'applique. Dans la mesure où la profession concernée n'est pas réglementée dans le pays d'origine, l'équivalence est également donnée lorsque les citoyens de l'Etat-membre possèdent un diplôme attestant qu'ils ont suivi des études d'au moins trois ans et qu'au cours des dix dernières années, ils ont exercé ce métier à plein temps pendant deux ans. Contrairement aux directives sectorielles, la reconnaissance au sens de la directive 89/48/CEE n'intervient pas automatiquement. Bien qu'il existe l'obligation de reconnaître les titres de qualification professionnelle dans la mesure où le requérant dispose des qualifications nécessaires dans son pays d'origine, les Etats membres ont – du fait que la formation n'est pas coordonnée dans ces domaines – la possibilité de prévoir des mesures dites de compensation lorsqu'il existe des différences importantes au niveau de la durée ou du contenu de la formation. Les mesures en question sont p.ex. une expérience pratique, un stage d'adaptation ou une épreuve d'aptitude.

Concernant la profession de conseils en brevets, il n'existe pas de directive sectorielle. Par conséquent, la directive 89/48/CEE régit la reconnaissance des qualifications professionnelles. Il s'ensuit que les diplômes et titres de formation de conseils en brevets qui autorisent à exercer la profession dans leur pays d'origine doivent en principe être considérés comme équivalents par les Etats-membres. S'il existe toutefois des divergences considérables concernant les exigences permettant d'exercer la profession, les Etats-membres ont la possibilité d'exiger les mesures de compensation mentionnées.

A partir du 20 octobre 2007, la directive 89/48/CEE sera remplacée par la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles⁸. Cette directive s'applique à toutes les professions réglementées et doit unifier, réordonner et condenser les principes existants. Le système européen de la reconnaissance demeure en principe inchangé.

⁷ Directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO L 19 du 24.1.1989, p. 16, selon la directive 2001/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2001, JO L 206 du 31.7.2001, p. 1)

⁸ JO L 255 du 30.9.2005, p. 22

2 Commentaire

2.1 Objet et champ d'application

Art. 1

En vertu de l'*al.* 2, la loi s'applique aux personnes qui conseillent ou représentent des tiers dans les affaires de brevets en Suisse sous l'un des titres professionnels visés à l'*al.* 1 let. a ou c. Les personnes qui ne satisfont pas aux conditions régissant l'utilisation des titres cités sont autorisées à continuer d'exercer en Suisse leur activité de conseil ou de représentation en matière de brevets, mais uniquement sous une autre dénomination.

Al. 3: Aux termes de l'art. 8 du Traité sur les brevets du 22 décembre 1978 entre la Confédération suisse et la Principauté du Liechtenstein (Traité sur les brevets)⁹, les personnes physiques ou morales qui ont leur domicile ou leur siège dans la Principauté du Liechtenstein peuvent être instituées conseils dans les procédures devant l'IPI pour autant qu'elles soient habilitées en vertu du droit liechtensteinois à assurer, à titre professionnel, la représentation en matière de brevets. Le Traité sur les brevets régit leur statut juridique; elles ne sont dès lors pas soumises au champ d'application de la présente loi. Les conseils en brevets agréés en vertu du droit liechtensteinois sont autorisés à agir dans les procédures devant l'IPI et à exercer leur profession en Suisse sous le titre de « Patentanwalt » (conseil en brevets) visé à l'art. 9 de la loi liechtensteinoise du 9 décembre 1992 sur les conseils en brevets¹⁰, même s'ils ne satisfont pas aux conditions énoncées à l'art. 2 (cf. art. 15, al. 2).

2.2 Protection des titres

Art. 2 Conseil en brevets

L'art. 2 est une disposition clé permettant de garantir un conseil et une représentation de haute qualité professionnelle dans les affaires de brevets. Pour demander l'inscription au registre (cf. art. 12) et avoir l'autorisation d'exercer en Suisse une activité sous les titres professionnels protégés, il faut être titulaire d'un diplôme du degré tertiaire reconnu en sciences naturelles ou en ingénierie et d'un titre de formation postgrade reconnu en droit de la propriété intellectuelle, et disposer d'une expérience pratique de trois ans au moins. Ces titres garantissent aux personnes et aux entreprises actives dans le domaine de l'innovation qu'elles font appel à un prestataire de services qualifié et compétent. Les personnes ne possédant pas les qualifications requises sont tenues de proposer leurs services sous une autre dénomination professionnelle. L'utilisation abusive d'un titre professionnel protégé est passible d'une amende (cf. art. 15).

L'*al.* 1 énumère de façon exhaustive les titres professionnels protégés. Il s'agit des titres couramment utilisés dans les langues nationales et en anglais pour désigner les personnes actives dans le domaine du conseil et de la représentation dans les affaires de brevets. L'utilisation de l'un de ces titres présuppose que la personne remplisse

⁹ RS 0.232.149.514

¹⁰ Bulletin des Lois Liechtensteinoises 1993 no 43

les conditions de formation énoncées à l'al. 2 et qu'elle soit inscrite au registre des conseils en brevets.

L'al. 2 définit les exigences sur le plan de la formation qui régissent l'inscription au registre et l'utilisation des titres professionnels protégés. Sont requis un diplôme du degré tertiaire reconnu en sciences naturelles ou en ingénierie, un titre de formation postgrade reconnu en droit de la propriété intellectuelle et une expérience pratique de trois ans au moins (*let. a à c*). Les art. 4 à 9 précisent ces exigences. Les qualifications professionnelles reflètent les impératifs auxquels doit répondre un conseil en brevets afin d'offrir un conseil qualifié. Ce dernier agit en tant qu'intermédiaire entre, d'une part, les personnes ayant une formation scientifique et technique qui inventent ou qui développent des produits et, d'autre part, le monde du droit. Une compréhension approfondie des composantes scientifiques d'une invention est essentielle pour pouvoir saisir dans des termes généraux l'objet même d'une demande de brevet et garantir ainsi une protection effective par le brevet. S'il veut conseiller ses clients de manière compétente et complète, le conseil en brevets doit disposer, à côté d'une formation de base technique, de connaissances très spécialisées et détaillées en droit. Pour être en mesure d'assurer un conseil global, il doit ainsi connaître non seulement le droit des brevets, mais aussi celui qui régit les autres droits immatériels et celui qui vient à s'appliquer lors de l'utilisation et de l'application des droits de propriété intellectuelle (en particulier le droit procédural devant les autorités administratives et civiles, le droit contractuel et le droit suisse de la concurrence). Par ailleurs, il faut prendre en considération que l'activité de conseil en brevets est de plus en plus internationale; aujourd'hui, la grande majorité des brevets prenant effet en Suisse est délivrée sur la base de la Convention sur le brevet européen. Face à cette situation, les entreprises suisses ont aussi un intérêt prépondérant à recevoir un conseil professionnel en ce qui concerne les procédures européennes et internationales en matière de brevets et à pouvoir se faire représenter par des personnes hautement qualifiées devant les autorités nationales ou internationales.

Outre les conditions de formation, l'al. 2, *let. d*, requiert un domicile de notification en Suisse. L'art. 7 du Traité sur le droit des brevets, qui a été soumis au Parlement pour approbation¹¹, régit cette disposition. En vertu de celui-ci, chaque partie contractante peut exiger que le conseil ait une adresse dans la région désignée par la partie contractante. En revanche, les prescriptions juridiques nationales selon lesquelles le conseil doit avoir son siège ou son domicile dans l'Etat contractant correspondant ne sont pas compatibles avec le Traité sur le droit des brevets.

Art. 3 Conseil en brevets européens

L'inscription sur la liste des mandataires agréés tenue par l'OEB est liée à la réussite d'une épreuve d'aptitude exigeante, à laquelle seules sont admises les personnes titulaires d'un diplôme du degré tertiaire pouvant, de plus, justifier d'une expérience professionnelle de plusieurs années.

L'art. 3 énumère les titres dont l'utilisation est réservée en Suisse aux personnes inscrites sur la liste des mandataires en brevets agréés tenue par l'OEB. Il s'agit de la traduction de la désignation anglaise (« european patent attorney ») qui s'est

¹¹ Cf. Message du 23 novembre 2005 concernant la modification de la loi sur les brevets et l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution, FF 2006 1, ch. 2.2.3.3.

imposée dans la pratique. La Convention sur le brevet européen ne réglemente pas la dénomination professionnelle. Le Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets a jusqu'à présent également renoncé à régler de manière contraignante la dénomination professionnelle pour les conseils agréés.

Pour l'heure, les conseils en brevets suisses qui sont agréés comme conseil devant l'Office européen des brevets utilisent uniquement la désignation « european patent attorney ». La désignation professionnelle « zugelassener Vertreter vor dem EPA » ou « europäischer Patentvertreter » n'est pas employée car elle rapproche la profession à celle des commerciaux. Par l'art. 3 de la loi, les conseils en brevets suisses ambitionnent l'utilisation du titre « conseil en brevets européens » qui est l'équivalent de la désignation anglaise dans la procédure établie par la Convention sur le brevet européen.

Il est possible d'exercer la profession de conseil sous un titre visé à l'art. 3 en plus ou au lieu d'un titre visé à l'art. 2. Il n'est donc pas exclu qu'un conseil propose de conseiller ou de représenter un tiers dans des affaires de brevets uniquement sous le titre européen. Par rapport à la Suisse, la formation des personnes figurant sur la liste des mandataires en brevets tenue par l'OEB présente toutefois des lacunes car l'épreuve d'aptitude ne couvre pas l'action civile en contrefaçon ou encore les particularités de la procédure administrative suisse. Compte tenu du rôle central que joue en Suisse la procédure européenne de délivrance dans la protection des brevets, il paraît néanmoins inapproprié de rattacher la protection du titre européen aux conditions énoncées à l'art. 2, al. 2. Le risque de tromperie du client ne peut pas justifier l'ingérence dans la liberté économique qui en découlerait.

Art. 4 Reconnaissance des diplômes suisses du degré tertiaire

Les art. 4 et 5 précisent les conditions de formation énoncées à l'art. 2, al. 2, let. a. Le conseil doit détenir un diplôme sanctionnant une formation en sciences naturelles ou en ingénierie de trois ans à temps plein au moins ou une formation équivalente à temps partiel. Il doit s'agir d'une formation du degré tertiaire dispensée par une haute école au sens de la future loi-cadre sur les hautes écoles¹², à savoir une haute école spécialisée, une école polytechnique ou une université (ISCED¹³ 5A ou 5A/6). Afin d'assurer la qualité de la formation, l'art. 8 exige, de plus, que l'institution dispensant la formation soit accréditée. La loi énumère les divers diplômes qui peuvent être présentés à l'IPI pour documenter la demande d'inscription au registre des conseils en brevets.

Art. 5 Reconnaissance des diplômes étrangers du degré tertiaire

En vue de garantir la mobilité internationale, les diplômes étrangers du degré tertiaire en sciences naturelles et en ingénierie sont réputés reconnus au même titre que les titres visés à l'art. 2, al. 2, let. a, à condition que leur équivalence avec un diplôme reconnu remis par une haute école suisse soit prévue dans un traité sur la reconnaissance réciproque des diplômes avec l'Etat concerné ou avec une organisation supranationale (p. ex. dans les contrats sectoriels avec la CE, dans la Conven-

¹² cf. Message du ...; FF ...

¹³ International Standard Classification of Education

tion AELE ou peut-être à l'avenir dans l'Accord général sur le commerce des services [AGCS]), ou qu'elle soit prouvée au cas par cas.

S'il est reconnu, un diplôme étranger du degré tertiaire déploie les mêmes effets juridiques qu'un diplôme suisse reconnu.

Lorsqu'un diplôme étranger du degré tertiaire n'est pas reconnu, il est du ressort des services compétents de décider, conformément au droit applicable, d'éventuelles mesures afin que le titre puisse satisfaire à la condition énoncée à l'art. 2, al. 2, let. a (al. 2).

Le Conseil fédéral désigne les services compétents pour les questions d'équivalence d'un diplôme étranger du degré tertiaire avec un diplôme suisse (al. 3). Cette délégation tient compte du fait qu'après l'adoption, le 21 mai 2006, de l'arrêté fédéral modifiant les articles de la Constitution sur la formation¹⁴, les structures institutionnelles et les compétences pour les domaines actuels des hautes écoles et des universités sont adaptées à la loi-cadre sur les hautes écoles. Il s'agit également d'une tentative de concentrer les compétences actuelles. La nouvelle réglementation n'a pas encore été arrêtée de façon définitive.

Actuellement, les compétences pour la reconnaissance des diplômes sont définies comme suit: la reconnaissance des diplômes délivrés par des institutions comparables à une école polytechnique ou une haute école spécialisée incombe à l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, alors que les diplômes remis par des institutions comparables à une université sont du ressort des cantons qui prennent leur décision sur la base d'une recommandation du Centre d'information sur les questions de reconnaissance (Swiss ENIC).

Art. 6 Reconnaissance des titres suisses de formation postgrade

Les art. 6 et 7 précisent les conditions de formation postgrade dans le domaine de la propriété intellectuelle énoncées à l'art. 2, al. 2, let. b. En déposant une demande d'inscription au registre des conseils en brevets, le requérant est tenu de présenter à l'IPI des documents justifiant l'obtention d'un titre suisse de formation postgrade qui bénéficie de l'accréditation conformément à l'art. 8. Les institutions qui entrent en ligne de compte sont les hautes écoles au sens de la loi-cadre sur les hautes écoles, mais aussi les institutions privées proposant des filières de formation postgrade.

L'al. 2 désigne le Conseil fédéral pour définir le but, l'étendue et la durée de la formation postgrade. Celui-ci détermine notamment les domaines spécialisés qui devront être abordés dans le cadre de la formation postgrade. A côté des connaissances dans le domaine du droit national et international des brevets (droit procédural inclus), il est essentiel d'étudier d'autres domaines juridiques qui s'avèrent indispensables dans la défense des brevets (à savoir le droit procédural civil et le droit régissant l'organisation judiciaire, ainsi que le droit contractuel et le droit de la responsabilité civile). En accord avec les milieux intéressés, le Conseil fédéral définira les contenus et, en fonction de cela, la durée de la formation en ne perdant pas de vue que la formation postgrade doit pouvoir être suivie parallèlement au stage professionnel. Le Conseil fédéral tiendra compte du fait que les conseils en brevets européens ou les personnes ayant un diplôme postgrade en études juridiques aient déjà

¹⁴ FF 2005 6793

pu acquérir une partie des connaissances requises, de sorte qu'une formation post-grade raccourcie ou partielle pourra être prise en considération le cas échéant.

Art. 7 Reconnaissance des titres étrangers de formation postgrade

De manière analogue à l'art. 5, l'art. 7 règle la reconnaissance des titres étrangers de formation postgrade. Nous renvoyons au commentaire de l'art. 5.

N'étant pas du ressort exclusif de la Confédération et des cantons, la compétence pour la reconnaissance des filières de formation postgrade ne fera probablement pas l'objet d'une harmonisation en raison de la loi-cadre sur les hautes écoles. Mais une loi sur la formation postgrade est à l'étude; il faudra donc prendre en considération l'évolution de ce dossier lors de la mise en œuvre de la présente loi.

Art. 8 Accréditation des hautes écoles et des filières de formation postgrade

L'accréditation institutionnelle des hautes écoles suisses et des filières de formation postgrade sera régie par la future loi-cadre sur les hautes écoles. Un conseil d'accréditation devrait reprendre les compétences dans ce domaine. En tant qu'organe d'accréditation, l'organe d'accréditation et d'assurance qualité examinera les demandes d'accréditation pour le compte du conseil. La loi-cadre sur les hautes écoles régira également la procédure.

Art. 9 Expérience pratique

Les requérants doivent justifier d'une expérience pratique de trois ans au moins sous la surveillance d'un conseil en brevets inscrit au registre ou d'une personne possédant des qualifications équivalentes au niveau de la formation (*al. 1* en relation avec art. 2, al. 2, let. c). Cette expérience est indispensable car une grande partie du savoir dont a besoin un conseil en brevets dans l'exercice quotidien de son activité est acquise exclusivement sur le terrain.

Compte tenu de l'internationalisation croissante de l'activité de conseil en brevets, il est possible de suivre un stage professionnel à l'étranger, à condition toutefois qu'une année au moins de l'expérience pratique présente un rapport suffisamment étroit avec la Suisse (*al. 2*).

En accord avec les milieux intéressés, le Conseil fédéral réglera dans les dispositions d'exécution les détails concernant l'expérience pratique, notamment le but et les contenus, les exigences vis-à-vis d'une personne de surveillance qui n'est pas inscrite au registre ou le rapport à la Suisse (*al. 3*). Pour ce dernier point, il sera demandé un minimum de pratique dans la procédure nationale suisse. Il serait toutefois réducteur d'exiger qu'une année au moins de l'expérience pratique soit effectuée auprès d'un conseil en brevets en Suisse car cette mesure ne permet pas de garantir un rapport suffisant à la procédure nationale suisse. Il est en effet envisageable, dans la pratique, que le conseil en brevets en question ne représente des tiers que devant l'OEB ou que son activité soit axée sur la procédure internationale de dépôt. A l'inverse, il est également imaginable qu'un conseil en brevets travaillant en zone frontalière soit souvent confronté à la procédure nationale suisse dans son activité de conseil compte tenu de l'abandon de l'exigence de domicile énoncée à l'art. 13 LBI et qu'il satisfasse par conséquent aux exigences requises.

Lors du dépôt de la demande d'inscription au registre, la personne qui assure la surveillance du stage professionnel est tenue de confirmer à l'IPI que les exigences professionnelles sont remplies.

2.3 Secret professionnel

Art. 10

Dans le cadre du conseil et de la représentation dans les affaires de brevets, les conseils se voient confier des informations ultraconfidentielles (concernant une invention non encore déposée ou des secrets d'affaires qui sont en rapport avec l'invention). Dans leur travail, ils traitent tout aussi souvent d'informations confidentielles (p. ex. pour tirer au clair si une invention est bien nouvelle ou pour évaluer les éventuels conflits avec d'autres brevets déjà en vigueur). D'un point de vue économique, la clientèle a donc un intérêt prépondérant à ce que des tiers (du moins jusqu'à un certain stade de la procédure) n'aient pas connaissance de ces informations. C'est pourquoi elle doit pouvoir faire entière confiance au conseil en brevets en matière de secret professionnel et être en mesure de lui exposer tous les faits importants. C'est à cette seule condition que le conseil en brevets peut offrir à sa clientèle un conseil avisé et une représentation efficace.

L'*art. 10* lie le conseil en brevets au secret professionnel pour tous les secrets qui lui sont confiés en raison de sa profession ou de l'exercice de celle-ci. Il faut toutefois qu'il y ait un rapport entre la connaissance du secret et l'activité de conseil en brevets et il s'agira de vérifier au cas par cas si l'information concernée a été confiée en raison de l'activité professionnelle¹⁵. Le conseil en brevets n'est pas tenu au secret professionnel pour toutes les informations qui lui ont été confiées à titre privé ou ce qui sont de notoriété publique.

Le secret professionnel auquel sont tenus les conseils en brevets est valable en tout temps et à l'égard de tout tiers. Pour les conseils en brevets salariés, il existe cependant une exception vis-à-vis de l'employeur. Dans la mesure où ils sont chargés d'affaires internes à l'entreprise, c'est l'employeur (ou les personnes désignées par lui) qui est le « maître du secret »; c'est de lui qu'émanent les informations confidentielles et à qui il faudra livrer les résultats du traitement de ces dernières. Mais dans les cas où le conseil en brevets conseille et représente des tiers au nom de son employeur, il doit aussi pouvoir lui en rendre compte de manière globale. Dans ce cas de figure, il agit en tant qu'auxiliaire qui est soumis aux directives de l'employeur. Celui-ci est, de son côté, responsable vis-à-vis du mandant que le mandat confié soit exécuté dans les règles de l'art. En revanche, lorsqu'un conseil en brevets salarié conseille et représente des tiers en son nom propre à titre d'activité professionnelle secondaire, il est tenu au secret professionnel, sans restriction aucune.

Les conflits potentiels entre les intérêts des différents clients d'un conseil en brevets ne touchent pas le secret professionnel. En ce qui concerne le devoir de loyauté à observer dans l'acceptation et l'exécution du mandat, ce sont l'*art. 398* du code des

¹⁵ ATF 112 Ib 606

obligations (CO)¹⁶ et les éventuelles règles professionnelles des associations professionnelles qui s'appliquent.

Le secret professionnel visé à l'art. 10 est garanti juridiquement de deux manières: d'une part, la violation du secret professionnel commise par le conseil en brevets ou ses auxiliaires est punissable (cf. art. 16); d'autre part, le conseil peut se prévaloir, en guise de contrepartie procédurale, du droit de refuser de témoigner: Les conseils en brevets ont le droit de refuser de coopérer dans une procédure civile et peuvent être libérés de l'obligation de témoigner par la direction de la procédure dans une procédure pénale à condition qu'ils rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret soit plus important que celui à la manifestation de la vérité (art. 163, al. 2, du code de procédure civile¹⁷, art. 170 al. 2, du code de procédure pénal¹⁸).

En ce qui concerne le *attorney-client privilege*, il a déjà été dit dans un autre contexte qu'en raison de l'inconsistance de la pratique des tribunaux américains il n'était pas possible de garantir aux conseils en brevets suisses que les tribunaux américains leur accordent une protection de leur activité de conseil équivalente (ch. 1.1). Néanmoins, l'obligation au secret professionnel prévue, assortie de droits de refuser de témoigner dans les procédures civiles et pénales, permet la reconnaissance du *attorney-client privilege* dans une procédure civile devant les tribunaux américains et entraîne une égalité de traitement par rapport aux autres pays européens.

2.4 Registre des conseils en brevets

Art. 11 Tenue du registre

Le registre des conseils en brevets est tenu par l'IPI (*al. 1*), lequel administre aussi le registre des marques, le registre des brevets, le registre des designs et le registre des topographies. Il possède donc une infrastructure appropriée. Aujourd'hui déjà, l'IPI s'impose comme centre d'information, en particulier pour les personnes qui n'ont pas d'expérience dans les brevets et qui recherchent un conseil dans leur région. Ils disposeront désormais du registre public des conseils en brevets (cf. art. 14). Comme par le passé, l'IPI ne fournira pas de recommandations concrètes.

Le registre peut être tenu sous forme électronique (*al. 2*). Toutes les lois spéciales du droit de la propriété intellectuelle prévoient cette disposition (art. 16a LTo¹⁹, art. 40 LPM²⁰, art. 26a LDes²¹, art. 65a LBI²²). L'utilisation d'outils de travail modernes permet une tenue du registre efficace en limitant les frais qui en découlent.

¹⁶ RS 220

¹⁷ Cf. Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (CC), FF 2006 6841, 6927 ss.

¹⁸ Cf. Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057, 1178 ss.

¹⁹ Loi sur les topographies du 9 octobre 1992, RS 231.2

²⁰ Loi sur la protection des marques du 28 août 1992, RS 232.11

²¹ Loi sur les designs du 5 octobre 2001, RS 232.12

²² Loi sur les brevets du 25 juin 1954, RS 232.14

Art. 12 Inscription au registre

Quiconque désire être inscrit au registre doit déposer une demande correspondante et s'acquitter d'une taxe perçue en application de l'art. 13 LIPI²³ (*al. 1*). Il faut joindre à la demande des documents appropriés attestant que le requérant remplit les conditions stipulées à l'art. 2, al. 2 (*al. 2*). Pour l'essentiel, l'examen de l'IPI se limite à vérifier que les formations de base et postgrade requises et l'expérience pratique soient suffisamment documentées et que le requérant dispose d'un domicile de notification en Suisse.

Si l'IPI conclut qu'un conseil remplit toutes les conditions, il le porte au registre et lui établit une attestation d'inscription. Toute personne qui ne dépose pas de demande d'inscription au registre ou dont l'inscription est refusée parce que certaines conditions font défaut est autorisée à agir en tant que conseil dans des affaires de brevets, mais ne peut pas porter les titres visés à l'art. 2.

L'inscription ou le refus d'une inscription intervient sous forme de décision qui peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 31 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral²⁴) et, le cas échéant, auprès du Tribunal fédéral. L'art. 83, al. 1, let. t de la loi sur le Tribunal fédéral²⁵ ne s'y oppose pas puisque l'IPI ne procède à aucune évaluation matérielle des capacités et ne possède aucun pouvoir d'appréciation que le Tribunal fédéral ne pourrait pas examiner. En effet, l'IPI effectue davantage un examen formel visant à établir si les justificatifs requis sont produits, ce qui relève d'une pure question juridique que le Tribunal fédéral peut examiner.

Les dispositions relatives à la communication électronique entre les autorités (*al. 3* et *4*) font écho aux prescriptions susmentionnées (cf. commentaire de l'art. 11) des différentes lois spéciales du droit de la propriété intellectuelle. La réserve en faveur des dispositions générales de la loi sur l'organisation judiciaire permet de garantir que les principes procéduraux qui y sont inscrits soient également appliqués dans le présent contexte. Le Conseil fédéral peut déléguer les détails techniques à l'IPI afin que ce dernier assure la compatibilité avec les autres systèmes qui, par ailleurs, doivent être à leur tour compatibles avec ceux de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, de l'Office européen des brevets et des offices nationaux partenaires.

Art. 13 Contenu du registre

L'*al. 1* énumère les informations qu'il importe d'inscrire au registre afin de parvenir à la transparence ambitionnée. En plus de l'inscription en tant que telle (et sa date), l'objectif premier est d'identifier clairement le conseil en brevets inscrit en indiquant son nom et son prénom, sa date de naissance, son lieu d'origine ou sa nationalité (la let. b correspond sur ce point à l'art. 5, al. 2, let. a, de la loi sur les avocats du 23 juin 2000²⁶). Les informations concernant la joignabilité et le nom d'un éventuel employeur sont également portées au registre.

²³ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, RS **172.010.31**

²⁴ RS **173.32**; RO **2006** 2197

²⁵ RS **173.110**; RO **2006** 1205

²⁶ RS **935.61**

Conformément à l'*al.* 2, l'IPI peut inscrire d'autres informations d'intérêt public. L'inscription au registre des conseils en brevets doit en premier lieu permettre de garantir que les personnes et entreprises innovatrices puissent facilement trouver un prestataire de services qualifié. Dans les cas où l'IPI est autorisé à exclure (cf. art. 48b LBI²⁷, ch. 2.6) de son activité un conseil en brevets dont le comportement en affaires a donné lieu à des plaintes, il est primordial que cette indication soit inscrite au registre car elle est d'intérêt public. Une mention ne pose pas de problèmes au point de vue de la protection des données dans les cas où la publication d'une sanction a été ordonnée par le DFJP conformément à l'art. 48b, al. 1, let. c LBI.

Les conseils en brevets inscrits doivent, en vertu de l'al. 3, communiquer à l'IPI chaque modification des données qui les concernent dans les plus brefs délais afin que ce dernier puisse constamment tenir à jour le registre.

La radiation de l'inscription sera effectuée d'office par l'Institut, si ce dernier constate que les conditions pour l'inscription au registre ne sont plus remplies ou si le conseil en brevets en question est décédé.

Art. 14 Publicité du registre et consultation des pièces

C'est grâce à sa publicité avant tout que le registre des conseils en brevets est en mesure d'assurer la transparence ambitionnée. C'est pourquoi l'*al.* 1 institue un droit général de consultation du registre; de même, il est possible de demander des renseignements à l'IPI concernant son contenu. Dans le but de faciliter davantage la consultation du registre, l'IPI est autorisé à mettre en ligne le contenu du registre (*al.* 2).

L'*al.* 3 règle la consultation du registre des conseils en brevets. Il crée un équilibre raisonnable entre les intérêts de l'intéressé et ceux de la personne qui souhaite consulter le dossier. D'une part, toute personne a le droit de consulter des documents officiels sans avoir à prouver un intérêt particulier; d'autre part, l'accès est autorisé à condition de ne pas porter atteinte à la sphère privée du conseil en brevets. Par ailleurs, il est possible de refuser l'accès aux feuilles de jugement ou aux attestations de travail ou de les retirer du dossier, à moins qu'un intérêt prépondérant ne soit exceptionnellement démontré.

2.5 Dispositions pénales

Art. 15 Usurpation de titre

Cette disposition se rattache aux art. 2 et 3. Toute personne qui utilise abusivement l'un des titres visés aux articles susmentionnés est punissable d'une amende. Il est interdit aux personnes non autorisées d'utiliser les titres protégés énoncés à l'art. 2. S'agissant des titres figurant à l'art. 3, l'utilisation de titres pouvant prêter à confusion (p. ex. « conseil agréé par l'OEB ») est également punissable.

La loi du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)²⁸ prévoit déjà une protection des titres professionnels visés aux art. 2 et 3: en vertu de l'art. 3,

²⁷ Loi sur les brevets du 25 juin 1954, RS 232.14
²⁸ RS 241

let. c en relation avec l'art. 23 LCD, quiconque porte ou utilise des titres ou des dénominations professionnelles inexacts, qui sont de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières, est puni sur plainte de l'emprisonnement ou de l'amende jusqu'à 100 000 francs. Dans le cas présent, cependant, le fait qu'il soit nécessaire de porter plainte pour engager une poursuite pénale et que tout le monde ne soit pas légitimé à entamer une action en justice ne permet pas de garantir la protection des clients contre la tromperie ambitionnée par la loi. En prévoyant une disposition pénale dans la loi sur les conseils en brevets, les buts et les particularités de cette loi peuvent être pris en considération de manière spécifique. Une usurpation de titre au sens de l'art. 15 est poursuivie d'office. Cette mesure permet de protéger les personnes et entreprises innovatrices contre un conseil non qualifié et entraîne des conséquences positives pour la Suisse en tant que lieu d'innovation. La peine prévue à l'art. 15 se justifie en raison de l'état de fait de l'usurpation de titre. La peine selon la LCD (emprisonnement ou amende jusqu'à 100 000 francs) se réfère à toutes les formes de concurrence déloyale et s'avère donc plus élevée. Par rapport à l'état de fait étudié, l'emprisonnement ne semble pas approprié.

L'al. 2 émet une réserve en faveur des personnes autorisées conformément au droit liechtensteinois relatif aux personnes habilitées à exercer la profession de conseil en brevets. En vertu de l'art. 8 du Traité sur les brevets²⁹, ces dernières sont autorisées à représenter des tiers dans les procédures présentées devant l'IPI. Il est dès lors essentiel de leur octroyer le droit d'utiliser en Suisse le titre professionnel prévu à l'art. 9 de la loi liechtensteinoise du 9 décembre 1992 sur les conseils en brevets³⁰ même s'ils ne remplissent pas les conditions énoncées à l'art. 2.

Art. 16 Violation du secret professionnel

En vertu de l'art. 10 et des motifs qui sont présentés sous le ch. 2.3, les conseils en brevets sont soumis à une obligation étendue de garder le secret. Dans la mesure où ils collaborent avec des auxiliaires dans l'accomplissement de leurs tâches professionnelles, ces derniers sont également liés par le secret professionnel. Il est par conséquent indispensable de pouvoir mettre en œuvre l'obligation du secret professionnel par les moyens du droit pénal en vue de protéger le rapport de confiance entre le mandant et le conseil en brevets. Aux termes de l'art. 321 du code pénal du 21 décembre 1937³¹, la violation du secret professionnel dans certaines professions – ecclésiastiques, avocats, médecins et autres personnes qui sont confrontées dans l'exercice de leur métier non seulement à des secrets d'affaires mais aussi à des secrets de nature privée ou intime – est assimilée à un délit et punie de l'emprisonnement. Dans le cas présent, la peine semble trop élevée. Le projet de loi prévoit par conséquent de traiter la violation du secret professionnel commise par un conseil en brevets comme une contravention et de la punir d'une amende de 20 000 francs au maximum.

L'obligation de garder le secret n'est pas absolue. Sont réservées les dispositions fédérales sur l'obligation de témoigner et sur l'obligation d'informer vis-à-vis d'une autorité (al. 2). Dans les procédures civiles et pénales, il existe une obligation de témoigner devant les tribunaux dans la mesure où l'intérêt à établir la vérité prime

²⁹ RS 0.232.149.514

³⁰ Bulletin des Lois Liechtensteinoises 1993 no 43

³¹ RS 311.0

sur l'intérêt à garder le secret (art. 163, al. 2, du code de procédure civile³²; art. 170, al. 1, du code de procédure pénale³³). L'al. 2 ne statue pas d'obligation de témoigner mais précise que le fait d'accomplir une obligation de témoigner prévue par une autre loi fédérale ne représente pas une violation du secret professionnel.

2.6 Dispositions finales

Art. 18 Disposition transitoire

Les droits acquis par les conseils en brevets qui exerçaient leur activité avant l'entrée en vigueur de la loi sous revue sont préservés. En effet, ces derniers sont autorisés à porter l'un des titres visés à l'art. 2 même s'ils ne remplissent que partiellement les conditions de l'art. 2 al. 2, pour autant qu'il est garanti que l'assurance de qualité et la protection des clients contre la tromperie ambitionnées par la loi soient atteintes.

Quiconque exerçait régulièrement en Suisse, avant l'entrée en vigueur de la présente loi, une activité de conseil en brevets doit avoir le droit de s'inscrire au registre à condition d'avoir payé la taxe correspondante et de remplir l'une des exigences prévues à l'al. 1, *let. a* ou *b*. Il doit avoir exercé:

- une activité de conseil en brevets (à plein temps) pendant au moins six ans; ou
- une activité de conseil en brevets (à plein temps) pendant au moins trois ans et figurer sur la liste des conseils agréés tenue par l'OEB.

Dans le deuxième cas, la durée réduite est compensée par les exigences très élevées que l'épreuve de qualification européenne impose en matière de qualification et d'expérience pratique.

Art. 19 Modification du droit en vigueur

Art. 42, al. 1, LPM 18, al. 1, LDes et 13, al. 1, LBI

Conformément aux art. 42, al. 1 LPM³⁴, 18, al. 1 LDes³⁵ et 13, al. 1 LBI³⁶, le conseil désigné par le déposant doit être établi en Suisse. Dans sa pratique courante, l'IPI n'applique pas l'exigence d'établissement de manière stricte et il accorde davantage d'importance au fait que le conseil justifie d'un domicile de notification en Suisse. En vue d'une harmonisation avec la situation juridique régissant notamment la procédure administrative (art. 11b PA³⁷), une personne n'ayant ni domicile ni siège en Suisse doit désormais désigner uniquement un domicile de notification en Suisse. Les personnes qui n'ont pas de domicile en Suisse ne sont dès lors plus liées à l'obligation de constituer un mandat. En conformité avec le Traité sur le droit

³² Cf. Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile (CPC), FF **2006** 6841, 6927 ss.

³³ Cf. Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF **2006** 1057, 1178 ss.

³⁴ Loi sur la protection des marques du 28 août 1992, RS **232.11**

³⁵ Loi sur les designs du 5 octobre 2001, RS **232.12**

³⁶ Loi sur les brevets du 25 juin 1954, RS **232.14**

³⁷ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS **172.021**

des brevets qui a été soumis pour approbation au Parlement³⁸, l'art. 13 LBI énumère les actes qui peuvent être accomplis par des personnes domiciliées à l'étranger et n'ayant pas de domicile de notification en Suisse.

Art. 48a (nouveau) et art. 48b (nouveau) LBI

L'art. 48a, al. 1 LBI³⁹ statue que personne n'est tenu de se faire représenter dans une procédure administrative selon la présente loi.

L'al. 2 précise qui est autorisé à agir en tant que conseil. Cette disposition reflète dans son contenu l'art. 9, al. 1, OBI⁴⁰. L'exigence du domicile ou du siège a cependant été abandonnée et remplacée par le domicile de notification (voir aussi les explications ci-dessus relatives à l'art. 2, al. 2, let. d).

L'art. 48b reprend la teneur de l'art. 9, al. 2 à 4, OBI. La fonction de surveillance exercée par le DFJP sur les conseils acquiert davantage d'importance avec l'introduction de la loi sous revue. C'est pourquoi elle doit être réglée au niveau de la loi, ce qui permet également de prévenir une objection d'ordre constitutionnel selon laquelle l'art. 9 al. 2 OBI ne suffirait pas pour permettre au DFJP d'exercer une surveillance disciplinaire, et notamment de prononcer une sanction (éventuellement en relation avec l'ingérence dans la liberté de concurrence de la personne concernée).

Art. 120 LBI

Cette disposition a été introduite en vertu de l'art. 143 de la Convention sur le brevet européen lors de la révision de la loi sur les brevets de 1976. Elle devait servir de base pour réglementer la libre circulation réciproque en vue de l'admission des conseils en brevets suisses dans les procédures prévues par la Convention sur le brevet européen. Jusqu'à présent, cette convention n'est pas encore entrée en vigueur et l'introduction du brevet communautaire n'est pas prévue dans un futur proche. D'où la proposition d'abroger cette disposition. Cette démarche est d'autant plus justifiée que le projet de loi prévoit que chaque personne ayant un domicile de notification en Suisse peut agir en tant que conseil devant l'IPI dans les affaires de brevet (cf. art. 48a, al. 2 LBI). Mais, le cas échéant, une future introduction du brevet communautaire impliquera de toute manière de nouvelles adaptations.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

Il revient à la Confédération d'exécuter la loi sur les conseils en brevets. De nouvelles tâches d'exécution résultent de la vérification des conditions régissant l'utilisation des titres professionnels protégés visés à l'art. 2 dans le cadre d'un dépôt de demande d'inscription au registre et de la tenue du registre lui-même. Ces tâches

³⁸ Voir le message concernant la modification de la loi sur les brevets et l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution du 23 novembre 2005, FF **2006** 1, ch. 2.2.3.3

³⁹ Loi sur les brevets du 25 juin 1954, RS **232.14**

⁴⁰ Ordonnance sur les brevets du 19 octobre 1977, RS **232.141**

seront assumées par l'IPI. Pour l'examen des conditions selon l'art. 2, l'IPI pourra se baser sur des décisions d'accréditation et de reconnaissance des services fédéraux et cantonaux compétents en la matière. Sur la base de la réglementation proposée, ceux-ci ne devraient pas avoir à affronter une plus grande charge de travail qu'ils ne puissent gérer dans le cadre des tâches actuelles et qui ne puisse être financée par les moyens disponibles.

S'agissant de la charge de travail supplémentaire à laquelle l'IPI sera confronté en raison des nouvelles tâches, elle pourra être financée au moyen des taxes et, si nécessaire, par d'autres sources de revenu de l'IPI. Les tâches supplémentaires n'ont donc pas de conséquences personnelles, financières ou organisatrices pour la Confédération.

Outre les tâches d'exécution dans le domaine de la formation du degré tertiaire, la poursuite pénale est du ressort des cantons. Il est peu probable que les nouvelles infractions pénales requièrent des ressources supplémentaires en personnel.

3.2 Conséquences économiques

3.2.1 Nécessité et latitude de l'activité de l'Etat

Les fournisseurs disposent du savoir nécessaire concernant les caractéristiques de qualité effectives de certains services, ce qui est rarement le cas des consommateurs (clients). Cette asymétrie au niveau de l'information peut mener à des problèmes de sélection adverse et d'aléa moral. Les standards de qualité minimale sont un moyen efficace⁴¹ de réglementation des marchés permettant de vaincre ces deux effets indésirables et de contrer l'asymétrie au niveau de l'information. En effet, ils offrent aux consommateurs des informations fiables concernant la qualité des services et diminuent les coûts de transaction et de recherche sur les marchés caractérisés par l'information asymétrique⁴². Il en résulte ainsi un gain de temps et d'argent pour les consommateurs qui ne sont plus forcés de vérifier la qualité des produits et des services avant de les acheter. De plus, les standards de qualité minimale créent les conditions nécessaires pour faire jouer les effets de réseau qui assurent une large distribution et utilisation de ceux-ci.

On retrouve une telle asymétrie au niveau de l'information concernant les services offerts par les conseils en brevets. Ceux qui sont à la recherche de conseils en matière de brevets (souvent des petites et moyennes entreprises) ne sont pas en mesure de vérifier les qualifications professionnelles des fournisseurs de services. Le projet de loi prévoit de rattacher l'utilisation, en Suisse, du titre de conseils en brevets à des exigences professionnelles. En rapport avec les titres protégés, la qualification professionnelle requise est un moyen qui, à l'instar des standards de qualité minimale, permet d'améliorer la transparence des services et de la qualité de ceux-ci. Simultanément, la profession bénéficie d'une hausse de qualité. Ainsi, les entreprises suisses disposent d'une meilleure offre de services, ce qui stimule l'utilisation et la diffusion du système des brevets.

⁴¹ Leland, H.E. (1979), Quacks, lemons and licensing: a theory of minimum quality standards', *Journal of Political Economy*, 87, 1328-46.

⁴² Hudson, J. P. Jonas (2001), Measuring the efficiency of stochastic signals of product quality' *Information Economics and Policy*, 13 (1), 35-49.

La Suisse est un des rares pays où la profession de conseil en brevets n'est pas encore réglementée. L'intervention de la part du législateur, qui demeure mesurée, instaure un cadre juridique précis permettant la reconnaissance mutuelle de formations (postgrades) équivalentes et de stages pratiques des conseils en brevets suisses dans l'environnement européen, améliorant ainsi leur situation de départ quant à l'accès au marché des services européen.

3.2.2 Conséquences pour les différents groupes de la société

La réglementation proposée n'entraîne pas un évincement du marché des conseils en brevets qui sont déjà établis et qualifiés. Les dispositions transitoires résolvent ce problème. S'ils subiront une plus grande concurrence provenant du reste de l'Europe, les règles proposées devraient leur permettre d'accéder plus facilement à la représentation dans d'autres pays.

A l'avenir, les conseils en brevets qui souhaitent exercer leur profession en Suisse seront confrontés à une barrière d'entrée plus importante. Les mesures légales ne constituent toutefois pas une restriction d'accès absolue mais se concentrent sur la qualité. Le titre est à la fois le garant de leur qualification et de la qualité de leur travail. Mais dans son ensemble, le marché reste ouvert à toute personne qui offre des services de conseil et de représentation en matière de brevets.

Pour les conseils en brevets étrangers, l'accès au marché suisse n'est pas entravé par des barrières d'entrée élevées. Seule l'utilisation des titres protégés est liée à la détention de qualifications professionnelles. Si les conditions sont remplies, les conseils étrangers peuvent également demander une inscription au registre des conseils en brevets. Ils sont aussi autorisés à offrir leurs services sous une autre dénomination pour autant qu'ils disposent d'un domicile de notification en Suisse. Il ne faut donc pas craindre que la réglementation prévue entrave la concurrence dans le secteur des services.

L'inquiétude a été formulée que la standardisation de la profession de conseils en brevets entraîne un renchérissement des services en Suisse, ce qui compliquerait, voire rendrait impossible, l'utilisation effective du système des brevets, en particulier pour les petites et moyennes entreprises. Un tel argument est lié à la crainte d'une cartellisation présumée des marchés en Suisse par une réglementation professionnelle (voir à ce sujet ci-après). Ce n'est qu'à cette condition qu'une augmentation des prix des services offerts est envisageable. Vu la mobilité accrue et la suppression des barrières au sein de la Communauté européenne, il faut cependant plutôt s'attendre à une intensification de la concurrence en Suisse et il est donc peu probable que les PME aient à supporter des coûts plus élevés pour les services.

Les clients des conseils en brevets bénéficient du fait qu'un sceau de qualité est attribué à la profession. L'introduction de titres protégés offre aux clients une meilleure compréhension des qualifications et de la qualité du travail des conseils en brevets en Suisse. Par conséquent, les personnes qui cherchent un avis juridique auront à supporter des frais de recherche et de transaction moins élevés pour des services de haute qualité.

3.2.3 Conséquences pour l'économie dans son ensemble

Le but des droits de propriété intellectuelle est de stimuler l'innovation sur les marchés où la libre concurrence a tendance à la freiner. L'innovation crée des places de travail, une croissance économique accrue et donc une plus grande attractivité de la

place économique suisse. Les conseils en brevets occupent un rôle central dans le processus d'innovation. Dans ce sens, la réglementation de la profession de conseil en brevets en Suisse est également une mesure visant à encourager l'innovation. La standardisation et l'accroissement de la qualité assurent l'efficacité du système des brevets et le fait que celui-ci favorise l'innovation, ce qui est capital pour la Suisse.

D'aucuns craignent qu'une loi sur les conseils en brevets mène à une cartellisation des marchés en Suisse. Il faut toutefois souligner que les qualifications professionnelles sont requises uniquement pour l'utilisation des titres protégés. Dans les autres cas, les services de conseil et de représentation ne sont pas réglementés par des dispositions légales. Ils sont également accessibles à des prestataires de services étrangers, mis à part certaines limitations restreintes. Il faut donc plutôt s'attendre à une augmentation de la concurrence qu'à une cartellisation du marché suisse en matière de services de conseil.

3.2.4 Réglementations possibles

Il existe une série de solutions possibles dont les plus importantes ont déjà été abordées sous le ch. 1.3. Une autoréglementation des associations concernées permet certes de renoncer à l'intervention du législateur mais ne garantit cependant pas que les objectifs d'assurance de qualité et de protection des clients contre le risque de tromperie soient atteints. Les autres solutions envisagées induisent par contre une réglementation plus poussée de la profession, sans pour autant apporter des avantages supplémentaires au niveau du but poursuivi par la loi.

3.2.5 Aspects pratiques de l'exécution

Le présent projet de loi ne requiert pas de nouvelles structures administratives. Le travail supplémentaire à charge des unités administratives fédérales et cantonales est modeste et le financement des nouvelles tâches de l'IPI peut en tous les cas être assuré à partir de taxes (ch. 3.1).

L'exécution du projet de loi ajoute des difficultés supplémentaires lorsque les conseils en brevets doivent obtenir la reconnaissance de leur formation (postgrade) étrangère auprès des diverses instances. Pour le reste, les charges administratives sont tout à fait acceptables.

Pour les clients, l'exécution ne crée aucune complication car à l'avenir le choix des prestataires de services s'avèrera plus aisé.

4 Liens avec le programme de législature et le plan financier

La matière dont il est question ici est un aspect partiel de la révision de la loi sur les brevets. Elle a été prévue dans le rapport concernant le programme de législature 2003-2007 et inscrite en tant qu'objet des grandes lignes⁴³.

⁴³ FF 2004 1048, 1079

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

Base légale

Le présent projet de loi repose tout d'abord sur l'art. 95 Cst. qui autorise la Confédération à légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées. Il faut également prendre en considération l'art. 97 Cst. qui habilite la Confédération à prendre des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices.

Compatibilité avec les droits fondamentaux

L'exercice de l'activité de conseil en brevets est compris dans le droit à la liberté économique (art. 27, al. 1, Cst.). Les limitations à cette liberté requièrent une base légale, doivent être justifiées par un intérêt public et être proportionnées par rapport au but visé.

Le présent projet de loi fournit la base légale requise. La compétence (art. 3 Cst.) résulte de ce qui a été dit ci-dessus.

L'intérêt public à une réglementation de la profession de conseil en brevets découle, d'une part, du fait que le public doit être protégé de conseils non qualifiés et, d'autre part, du fait qu'une haute qualité en matière de conseil et de représentation constituent une condition cadre importante pour le lieu d'innovation qu'est la Suisse.

Le projet de loi sous revue est proportionné au but visé; il permet de remédier aux points faibles résultant de la situation juridique actuelle tout en prévoyant une intervention modérée de l'Etat. On a notamment renoncé à accorder un droit de représentation exclusif aux conseils en brevets dans le cadre des litiges administratifs en matière de brevets, à établir des règles professionnelles ou à mettre en place une autorité de surveillance spécifique dans la loi. La loi se contente donc de régler les aspects nécessaires pour atteindre le but visé.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Libre circulation des personnes

Afin de faciliter la libre circulation des personnes, le droit communautaire et l'accord sectoriel⁴⁴ prévoient différentes règles (actes juridiques communautaires) concernant la reconnaissance des certificats d'aptitude professionnelle. Dans le contexte actuel, la directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans⁴⁵, est particulièrement importante (voir ch. 1.6).

⁴⁴ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes; RS **0.142.112.681**

⁴⁵ JO L 19 du 24.1.1989, p. 16, selon la directive 2001/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2001, JO L 206 du 31.7.2001, p. 1

Le projet de loi est compatible avec les obligations de la Suisse découlant de l'accord sectoriel et notamment de la directive 89/48/CEE. Les aspects suivants sont particulièrement importants :

- Etant donné que le projet de loi rattache l'utilisation de titres professionnels donnés à certaines qualifications pour une forme d'exercice de la profession de conseils en brevets, ladite profession doit être considérée comme une activité professionnelle réglementée au sens de l'art. 1, al. 1, let. d, de la directive 89/48/CEE.
- Le projet de loi respecte l'obligation de tenir compte des qualifications acquises dans un autre Etat-membre, en prévoyant la reconnaissance de diplômes étrangers du degré tertiaire à l'art. 5, de titres étrangers de formation postgrade à l'art. 7 et de l'expérience pratique acquise à l'étranger à l'art. 9. L'exigence de la directive 89/48/CEE de tenir compte d'éventuels diplômes étrangers et d'une éventuelle expérience pratique du requérant à l'étranger est ainsi respectée (art. 3 de la directive 89/48/CEE).
- Conformément à l'art. 4 de la directive 89/48 CEE, le projet de loi crée une base légale permettant d'ordonner des mesures de compensation lorsqu'il existe des divergences significatives au niveau de la durée et du contenu de la formation (cf. art. 5, al. 2 et art. 7, al. 2).

A partir du 20 octobre 2007, la directive 89/48/CEE sera remplacée par la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles⁴⁶. Pour l'entrée en vigueur de la nouvelle directive en Suisse, il faut toutefois que le Comité mixte CE-Suisse approuve une modification conséquente de l'annexe III de l'accord sectoriel sur la base de ses art. 14 et 18. Comme le principe européen de la reconnaissance reste en principe inchangé, le projet de loi est également compatible avec la nouvelle directive.

Traité sur le droit des brevets

Le projet de loi tient également compte des obligations découlant du Traité sur le droit des brevets qui a été soumis pour approbation au Parlement⁴⁷. Il est renvoyé aux explications relatives à l'art. 2, al. 2, let. d (cf. 2.2).

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet de loi contient des dispositions importantes fixant des règles de droit qui, sur la base de l'art. 164, al. 1, Cst., doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. La compétence de l'Assemblée fédérale découle de l'art. 163, al. 1, Cst.

⁴⁶ JO L 255 du 30.9.2005, p. 22

⁴⁷ Voir le message concernant la modification de la loi sur les brevets et l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution du 23 novembre 2005, FF **2006** 1, ch. 2.2.3.3

5.4 Délégation des compétences législatives

Les art. 6, al. 2 et 9, al. 3 prévoient une délégation des compétences législatives au Conseil fédéral. Ces articles lui confèrent le pouvoir de régler le but, l'étendue et la durée de la formation postgrade, le but et le contenu de l'expérience pratique, les exigences relatives à un surveillant qui n'est pas inscrit au registre des conseils en brevets et les exigences territoriales et professionnelles concernant le rapport que l'activité pratique doit présenter à la Suisse. Ces délégations visent à délester le texte de loi de réglementations dont les détails iraient fortement outre le niveau de précision d'une loi. Le but, l'étendue ou la durée de la formation postgrade, tout comme le but et le contenu de l'expérience pratique sont destinés à être adaptés en fonction de l'évolution constante de l'environnement économique et juridique. Il se peut par ailleurs que l'expérience gagnée après l'entrée en vigueur de la loi fasse apparaître un besoin d'adaptation. En considération de ces circonstances, le projet de loi doit parfois se contenter de déterminer un cadre et de confier au Conseil fédéral la réglementation de détail par voie d'ordonnance. Un contenu trop précis constituerait un frein au développement et pourrait même empêcher les adaptations nécessaires. Les normes de délégation décrivent de façon suffisamment concrète le contenu, le but et l'étendue de ce qui doit être réglé, de sorte que la compétence de réglementation par ordonnance satisfait au principe de spécialité.

L'art. 5, al. 3 et l'art. 7, al. 3 confient au Conseil fédéral la tâche de désigner l'organe responsable pour les questions d'équivalence des diplômes étrangers du degré tertiaire ou des titres étrangers de formation postgrade. Cette délégation tient compte du fait que suite à l'adoption, le 21 mai 2006, de l'arrêté fédéral modifiant les articles de la Constitution sur la formation⁴⁸, les structures institutionnelles et les compétences pour les domaines actuels des hautes écoles et des universités seront adaptées à la loi-cadre sur les hautes écoles, mais la nouvelle réglementation n'a pas encore été arrêtée de façon définitive.

⁴⁸ FF 2005 6793