Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 63 (1944)

Artikel: Questions actuelles dans le domaine du droit et de la procédure en matière de brevets d'invention

Autor: Martin-Achard, A.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896452

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Questions actuelles dans le domaine du droit et de la procédure en matière de brevets d'invention

Rapport présenté par Alex. Martin-Achard, Avocat
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Genève

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Introduction 128a

Chapitre I. L'invention au sens de la loi sur les brevets . 132a
§ 1. Généralités et jurisprudence du Tribunal fédéral jusqu'en 1937 . . . . . 132a
§ 2. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral . . 134a
§ 3. Examen critique de la jurisprudence du Tribunal fédéral 143a
A. Réduction du cercle des inventions 143a
B. Critère de l'invention 146a
1° Généralités 146a
2° Examen critique des critères de l'invention 148a
§ 4. Conclusions 153a
§ 5. La protection des petites inventions 156a

Chapitre II. L'interprétation des brevets 161a
§ 1. La portée du texte du brevet 161a
§ 2. Les règles d'interprétation des brevets 170a
§ 3. Les équivalents 172a

Chapitre III. Etat de la procédure 176a
§ 1. L'examen préalable en général 176a
§ 2. L'introduction en Suisse d'un examen préalable . 180a
§ 3. La procédure en opposition 184a
§ 4. Les effets de l'octroi du brevet dans un pays à examen 186a
§ 5. Création d'un Tribunal des Brevets 189a

Chapitre IV. Adaptation des dispositions pénales de la loi sur les brevets au Code pénal 194a

Thèses 198a

Introduction

Un juge éminent m'a dit un jour:

„Si j'étais le maître, je supprimerais purement et simplement la protection juridique des inventions; celles-ci ne sont, en effet, que le produit de leur milieu; elles appartiennent donc à la collectivité."

Cet aphorisme, sous son évidente outrance, contient une part de vérité. Il est le reflet d'une opinion assez répandue aujourd'hui qui tend, non pas à supprimer, mais à réduire les droits de l'inventeur au profit de ceux de la communauté.

Il est incontestable que l'inventeur bénéficie du développement des connaissances humaines accumulées au cours des siècles, surtout depuis le XIXe, et des inventions qui ont précédé les siennes, en un mot de l'état de la technique, de ce que le Tribunal fédéral, par une expression heureuse, a qualifié de „fonds commun de formation technique"[1]).

Mais il n'en reste pas moins que l'invention est bien autre chose que le produit naturel d'une évolution logique et normale des connaissances techniques, qu'elle tient pour une part prépondérante à la personnalité de l'inventeur, à son intelligence, à sa culture scientifique, à son intuition, à sa chance aussi; la meilleure preuve en est que de multiples personnes bénéficient du „fonds commun" mais n'inventent rien et c'est cet apport dû aux qualités de l'inventeur qui contribue à l'enrichissement de la collectivité et qui justifie la protection légale[2]).

---

[1]) R. O. 63 II p. 271 ss.

[2]) „L'inventeur a droit à récolter le fruit de ce qu'il a donné à la technique, de l'enrichissement qu'il lui a apporté et ceci non seulement grâce au mérite acquis par son effort individuel, mais aussi en considération de l'impulsion que d'autres peuvent trouver, à chercher des perfectionnements techniques utiles pour le bien public", mais, d'autre part „il ne doit pas en résulter pour l'industrie un accaparement dont les effets seraient injustement paralysants". Arrêt du Reichsgericht du 20 décembre 1933, cité

L'Etat n'aurait, du reste, aucun intérêt à refuser sa protection à l'inventeur. Il découragerait celui-ci, qui s'abstiendrait de faire des recherches ou tout au moins s'efforcerait de garder ses inventions cachées. Elles risqueraient ainsi de disparaître avec lui. Mais, même sans aller si loin, il est certain que le brevet est un stimulant pour l'inventeur par le profit qu'il espère en retirer, profit qui doit en outre compenser les frais qu'il a exposés pour ses recherches. La protection légale n'étant accordée à l'inventeur que s'il révèle son invention d'une façon suffisamment claire et précise pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter, la collectivité en bénéficiera puisque, après l'expiration du délai de protection, l'invention lui reviendra.

Le brevet d'invention n'est pas autre chose qu'un compromis entre des intérêts contradictoires: ceux de l'inventeur, d'une part, et ceux de la société, d'autre part.

Ce n'est du reste pas un véritable droit de propriété que la loi reconnaît à l'inventeur, mais un droit *sui generis*, limité en temps. Pendant une période relativement courte (en Suisse: 15 ans, et 10 ans pour les procédés chimiques de fabrication de remèdes) un monopole d'exploitation lui est reconnu, et encore ce droit exclusif d'exploitation peut-il lui être enlevé si l'intérêt public l'exige; c'est alors l'expropriation (art. 23 L. B.). L'inventeur peut même ne recevoir de la loi aucune protection lorsque l'intérêt collectif est prépondérant; il en est ainsi lorsqu'il s'agit d'inventions de substances ou procédés chimiques destinés principalement à l'alimentation de l'homme ou des animaux (art. 2 n° 2 L. B.) ou d'inventions de remèdes, d'aliments ou de boissons à l'usage de l'homme ou des animaux, obtenus autrement que par des procédés chimiques (art. 2 n° 3 L. B.).

De plus, la durée légale du brevet est réduite par le fait que la protection part du jour du dépôt de la demande et non de la date d'octroi du brevet, ce qui la diminue du

par le Dr Lindenmaier, Président de Chambre au Reichsgericht, Propriété Industrielle 1943, p. 180.

temps nécessaire aux formalités d'enregistrement qui sont parfois fort longues — en moyenne une année et pour les brevets de procédés de substances chimiques 2 à 3 ans — et aussi du temps qu'exigent les préparatifs d'exploitation, de mise en train de l'invention.

Dans ces conditions, est-ce vraiment trop accorder à l'inventeur que de lui reconnaître un droit exclusif, somme toute assez limité? Certes non, si l'on songe à la protection du droit d'auteur qui dure, en Suisse, 30 ans et dans la plupart des autres pays 50 ans après la mort de l'auteur, ceci même pour les œuvres d'art appliqué ou de photographie.

Dans les pages qui vont suivre, nous avons été guidé par le souci d'aider l'inventeur dans ses légitimes revendications. Une évolution dans le sens contraire serait regrettable. L'histoire est pleine de récits d'inventeurs qui sont morts dans la misère ou qui ont été frustrés de leurs droits. Une organisation sociale moderne qui se respecte ne doit plus tolérer de tels scandales. L'inventeur apporte sa contribution intellectuelle au progrès industriel: c'est là son rôle éminemment utile et indispensable dans la société. Il faut sans cesse proclamer cette vérité première du prix inestimable de l'intelligence et de l'esprit dans un monde trop enclin à n'apprécier que les valeurs matérielles. Il se justifiait de le réaffirmer au début d'un travail consacré à la protection de l'invention.

A ces considérations d'ordre général, on nous permettra d'ajouter une remarque toute personnelle: c'est la difficulté qu'il y a, pour le juriste, d'aborder les problèmes qui touchent au droit des brevets. Cette matière est en effet particulièrement délicate pour lui, souvent ardue, à moins qu'il n'ait une préparation scientifique spéciale, ce qui est rare. Il ne s'y engage qu'avec prudence et parfois même avec une certaine crainte, tant l'aspect technique des questions est souvent prédominant. Et cependant, le rôle du juriste — ce n'est pas présomption de sa part — est utile, disons même nécessaire. C'est à lui qu'incombe

la charge de tirer des éléments de fait d'ordre technique, dans leur diversité et leur complexité, des règles générales, de poser les principes sur lesquels on pourra édifier un système logique pour que la protection de l'inventeur ne soit pas livrée au hasard d'une appréciation subjective, mais repose sur une base solide et rationnelle.

Dans aucune autre branche du droit, une intime collaboration entre l'homme de métier et l'homme de loi ne nous apparaît aussi indispensable.

A côté des grandes disciplines de la science juridique, telles que le droit civil, le droit pénal, le droit public et le droit international, la propriété industrielle a sa place, plus modeste sans doute dans ce cercle imposant. Les questions qu'elle soulève revêtent non seulement un intérêt intellectuel, mais elles sont importantes pour l'économie sociale du pays; elles méritent donc que le juriste s'y arrête et les médite, apportant à leur solution ses principes, ses méthodes de raisonnement, son sens de l'interdépendance de toutes les disciplines du droit. Nous sommes reconnaissant au Comité de la Société Suisse des Juristes de nous avoir donné l'occasion de ce rapprochement bienfaisant.

Notre propos n'est pas de nous livrer à un examen critique de la loi fédérale sur les brevets d'invention. Le sujet serait trop vaste et dépasserait de beaucoup les limites qui nous ont été assignées. Aussi bien le Département fédéral de Justice et Police a-t-il mis sur le chantier la revision de cette loi et les spécialistes ont déjà eu et auront encore l'occasion d'étudier, article par article, les textes législatifs et de présenter leurs suggestions.

D'accord avec notre co-rapporteur, nous avons limité notre exposé à quelques problèmes plus spécialement aptes à intéresser par leur actualité nos collègues de la Société Suisse des Juristes.

Ce sont:

a) Les conditions de l'invention brevetable;
b) L'interprétation du brevet et son champ d'application;
c) Les équivalents;

d) Quelques questions générales de procédure et d'organisation judiciaire.

A ces questions nous en avons ajouté personnellement une autre:

e) L'adaptation des dispositions pénales de la loi sur les brevets au Code pénal suisse.

Chapitre premier

L'invention au sens de la loi sur les brevets

§ 1. Généralités et jurisprudence du Tribunal fédéral jusqu'en 1937

La première codification en la matière est la loi fédérale sur les brevets d'invention du 29 juin 1888. Cette loi s'avéra vite insuffisante: l'industrie chimique, en particulier, privée de protection, exprima de justes doléances. D'autre part, l'obligation de représenter par un modèle l'invention brevetée constituait une gêne et une condition inopportune de la protection.

Une loi nouvelle fut promulguée le 21 juin 1907. Elle nous régit encore actuellement avec certaines modifications apportées par les lois des 9 octobre 1926 et 21 décembre 1928, qui sont sans importance quant à sa structure.

Ni la loi de 1888 ni celle de 1907 ne définissent l'invention brevetable. En ceci le législateur suisse a suivi l'exemple des autres législations[3]). Une définition est toujours malaisée. Elle soulève immédiatement des oppositions, provoque des contre-définitions. Au surplus, elle peut gêner le juge dans sa mission d'interprétation. C'est donc avec raison que le législateur a abandonné cette tâche

[3]) Voir rapport Muller, Bulletin du Groupe Suisse de l'A. I. P. P. I., fascicule 2, mars 1944, p. 47 ss. où l'auteur constate que dans 90 pays ayant introduit la protection de l'invention, à sa connaissance, aucune loi n'a essayé de définir ce qu'on entend par une invention.

à la doctrine et il n'est pas de notre propos d'aborder ici cette question d'un intérêt surtout théorique[4]).

Quant à la jurisprudence, elle ne s'est pas attachée, elle non plus, à rechercher une définition, mais elle s'est bornée à poser les conditions auxquelles devait satisfaire l'invention pour être juridiquement reconnue.

C'est ainsi que le Tribunal fédéral, sous l'empire de la première loi sur les brevets, celle de 1888[5]), s'exprimait ainsi:

„Le Tribunal fédéral ne définit pas la notion de l'invention, mais en laisse le soin à la science et à la pratique. Selon l'opinion généralement admise, à laquelle s'est rallié le Tribunal fédéral, il y a invention lorsqu'il y a obtention d'un progrès notable de la technique obtenu par une combinaison nouvelle et originale des forces de la nature (voir Gierke, Droit privé allemand, vol I p. 849 et ss., et Kohler, Droit des Brevets, page 32). Ne sont pas des inventions, par contre, des constructions qui ne reposent pas sur une idée créatrice personnelle, mais sont uniquement le résultat d'habiletés techniques et pas davantage ne constitue une invention la découverte qui n'apporte rien de nouveau, mais qui découvre ce qui était caché."

Dans un autre arrêt[6]), le Tribunal fédéral a marqué d'une façon très nette la différence entre l'invention et la simple innovation, la simple „construction" selon l'expression de la terminologie suisse-allemande.

„Une invention, dit-il, suppose toujours une pensée créatrice donnant naissance à un résultat technique nouveau, un effet technique différent de ce qui était connu jusque là. On ne saurait considérer comme des inventions les modifications plus ou moins ingénieuses apportées à des objets d'un usage connu depuis longtemps, non plus que des combinaisons qui ne produisent pas un résultat technique nouveau, mais se bornent tout au plus

---

[4]) Rappelons toutefois une définition classique de l'invention, celle d'Allart: „une création de l'esprit se produisant dans le domaine de l'industrie et se manifestant par l'obtention d'un résultat industriel" (H. Allart, Des inventions brevetables, p. 2).

[5]) R. O. 26 II p. 232.

[6]) Revue Judiciaire Suisse 1891, p. 198 ou R. O. vol. XVI p. 595 et ss.

à augmenter progessivement des effets déjà connus par des moyens qui le sont également (Kohler p. 29); des modifications de ce genre telles que les fabricants ou les ouvriers ont coutume, dans le commerce ordinaire, de les apporter à leur produit suivant leur propre fantaisie, ou sur demande expresse des clients, ne résultent pas d'une création originale de la pensée, mais restent dans les limites de l'application industrielle de principes connus."

Avec la loi de 1907, qui nous régit actuellement, la jurisprudence pose les mêmes conditions[7]):

„Pour qu'il y ait invention, il faut, d'une part, qu'il y ait idée ou pensée créatrice et, d'autre part, que cette idée ou pensée réalise un progrès technique réel (R. O. 43 II 522; 48 II 293 et ss.; 49 II 145 et ss.). L'idée créatrice suppose une combinaison nouvelle et originale de forces naturelles (R. O. 48 II 294)."

Quant à l'importance de l'invention ou plus exactement quant au niveau ou au degré de l'invention, elle ne joue pas de rôle quant à la brevetabilité; la jurisprudence est catégorique à cet égard[8]):

„Il pourra y avoir invention dans une nouvelle combinaison d'éléments, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une simple amélioration technique sans idée créatrice. Peu importe toutefois le degré plus ou moins grand d'activité intellectuelle et de nouveauté. Il faut être d'autant moins exigeant que la loi suisse ne connaît pas les modèles d'utilité (Gebrauchsmuster)."

§ 2. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral

C'est en 1937, soit 30 ans après l'entrée en vigueur de la loi sur les brevets, que, par un renversement de jurisprudence tout à fait sensationnel, le Tribunal fédéral a posé des exigences beaucoup plus sévères relatives à la brevetabilité de l'invention tant par rapport à l'idée créatrice qu'au progrès technique, ceci dans un arrêt N. V. Philips Gloeilampenfabrik c. Betschard & Astrong AG. du 9 juin 1937[9]). Cet arrêt de principe revêt une si grande

[7]) Thilo, Notes de jurisprudence, J. d. T. 1930, p. 130.

[8]) R. O. 49 II p. 139 et J. d. T. 1927, p. 382.

[9]) R. O. 63 II p. 271 et J. d. T. 1938, p. 40 et ss.

importance en la matière qu'il vaut la peine de s'y arrêter un peu longuement. Le voici résumé:

Après avoir rappelé la jurisprudence, constamment confirmée depuis des décennies, qu'il y a invention lorsqu'un effet utile et par conséquent un progrès technique sont obtenus par la réalisation d'une idée originale „créatrice", le Tribunal fédéral constate que la jurisprudence a témoigné d'une tendance toujours plus grande à réduire les conditions posées pour qu'il y ait invention; après avoir exigé un progrès technique essentiel ou notable, elle s'est contentée d'un progrès (tout court), d'un enrichissement de la technique; en ce qui concerne l'idée créatrice, il importait peu que l'activité intellectuelle déployée soit plus ou moins considérable.

Cette évolution manifeste sa tendance la plus accentuée dans un arrêt de 1923 qui marque la limite la plus basse des exigences jugées nécessaires à la notion de l'invention[10]).

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a exigé, il est vrai, une idée créatrice, mais en limitant cette notion par en bas, disant qu'on ne pouvait voir une idée créatrice suffisante dans une simple amélioration de fabrication ou un procédé d'artisan.

Le Tribunal fédéral cite aussi l'opinion de Weidlich et Blum[11]) qui estiment que tout progrès technique qui n'est pas seulement le résultat de l'activité constructive d'un homme de métier, d'un procédé d'artisan, satisfait aux exigences de la loi suisse pour la délivrance d'un brevet d'invention.

La raison d'être de cette jurisprudence qui abaisse à tel point les conditions nécessaires à la protection d'une invention est qu'on ne peut se montrer trop exigeant du fait que le droit suisse ignore la protection des modèles d'utilité et que le droit des brevets est donc, dans une certaine mesure, appelé à combler cette lacune.

---

[10]) R. O. 49 II p. 138 et J. d. T. 1923, p. 387.

[11]) Weidlch et Blum: „Das Schweizerische Patentrecht", p. 85.

On n'a cependant pas voulu aller jusqu'à étendre simplement la protection des brevets d'invention aux modèles d'utilité, mais on a pensé qu'il était juste de donner à la notion de l'invention un sens aussi large que possible.

Le Tribunal fédéral constate toutefois que, depuis 1927, il a fait quelque peu machine arrière dans le sens d'une plus grande sévérité, attachant plus d'importance à la valeur de l'idée créatrice pour juger de la qualité d'une invention et il se pose la question de savoir „s'il faut accentuer la tendance qui veut soumettre à des conditions plus sévères la notion de l'invention brevetable (Erfindungshöhe) ou si, au contraire, il ne faut pas revenir à l'ancienne jurisprudence dont les conceptions étaient plus larges".

Optant pour une plus grande sévérité, le Tribunal fédéral argumente comme suit:

1. La raison principale pour ne pas se montrer trop exigeant quant à la qualité de l'idée inventive, repose sur le fait qu'il n'y a pas, en Suisse, de protection relative aux modèles d'utilité et qu'ainsi on supplée à cette lacune. Le Tribunal fédéral écarte cet argument qui, dit-il, avait sa source „dans la situation juridique" existant sous l'empire de l'ancienne loi sur les brevets d'invention du 29 juin 1888.

„Mais la loi actuelle en vigueur, du 21 juin 1907, a élargi la protection des brevets en renonçant à exiger que l'invention soit représentée par un modèle et l'a étendue à l'invention de procédés et même de simples produits. Ce domaine tout nouveau est absolument étranger à l'objet du modèle d'utilité; on ne voit donc pas pourquoi le désir de protéger les modèles d'utilité devrait également conduire à examiner avec moins de rigueur cette partie, de beaucoup la plus importante, des inventions. Le modèle d'utilité, ou ce qui lui ressemble, ne peut pas prétendre à une protection aussi étendue que l'invention proprement dite. Le droit des modèles d'utilité s'occupe de la forme des objets usuels; il a simplement pour objet les éléments de forme qui augmentent la valeur d'usage d'une chose; en revanche, l'invention est la réalisation technique d'une idée créatrice.

L'activité intellectuelle déployée par l'inventeur et les résultats acquis par lui sont différents aussi bien au point de vue qualitatif qu'au point de vue quantitatif. Par conséquent, la protection qui est due à l'un et à l'autre de ces produits est aussi différente. Les pays qui, à côté de la protection des inventions, ont la protection des modèles d'utilité accordent à ceux-ci une protection beaucoup plus limitée qu'à l'invention. En principe, une protection de 15 ans, qui se manifeste non seulement en droit civil, mais aussi en droit pénal, ne doit être accordée qu'à des résultats qui, en raison de leur valeur, méritent cette protection; il ne faut pas que des innovations techniques, qui, en fin de compte, doivent servir à la communauté tout entière, soient soustraites à l'usage commun pendant 15 ans, lorsque leur découverte n'a exigé qu'une activité intellectuelle minime et qu'elles constituent plutôt une nouvelle présentation (Gestaltung) qu'un effet technique nouveau."

2. Il y a lieu de tenir compte en matière de protection des inventions non seulement de l'intérêt de l'inventeur, mais aussi de celui de la collectivité. Des brevets trop facilement accordés constituent un obstacle à la concurrence „dans ce qu'elle a de sain et de désirable et conduisent à l'abus des droits de protection".

Et le Tribunal fédéral ajoute:

„Cela est particulièrement remarquable dans la période actuelle où l'augmentation du nombre de brevets a fortement limité la liberté d'action des industriels; on voit peu à peu se produire sur le terrain économique une véritable lutte entre des maisons concurrentes qui se font des armes de la protection des brevets. Ces abus finissent par être préjudiciables à l'institution de la protection des brevets et aux inventions elles-mêmes. La technique saura gré au juge de sortir l'invention et la protection qui lui est due du domaine de la simple lutte économique pour les porter dans les sphères plus sereines de l'émulation intellectuelle, sans méconnaître pour autant le rôle joué par le résultat économique dans l'activité inventive dont il est même le mobile."

3. Non seulement la technique, mais le cercle des personnes qu'elle forme et occupe, s'est considérablement élargi au cours des dernières décennies, de telle sorte que le fonds commun de la formation technique s'est développé

grâce aux institutions créées par la collectivité. Or, dit le Tribunal fédéral:

„Les résultats déjà obtenus et ceux qui le seront encore dans l'avenir par la simple utilisation de ce fonds de formation technique, accessible à chacun, ne doivent pas pouvoir être monopolisés. La protection de l'invention doit dès lors être limitée à ce qui dépasse manifestement le niveau de ce fonds général de formation technique. Cette exigence devra naturellement devenir plus rigoureuse au fur et à mesure que le fonds technique général s'approfondira et se perfectionnera."

Et voici la conclusion de notre Haute Cour:

„Toutes ces considérations engagent donc le T. F. à persévérer dans la voie qu'il a déjà inaugurée en montrant plus de sévérité dans l'acceptation de l'invention; il faudra de nouveau, pour définir la notion de l'invention, se montrer plus exigeant quant à la mesure de l'activité intellectuelle nécessaire. L'originalité de l'idée créatrice doit de nouveau passer au premier plan; il faudra par conséquent exiger de l'activité de l'inventeur quelque chose de qualitativement différent de ce que peut faire la simple habileté d'un homme du métier. On devra pour le moins exiger que le problème ne soit pas facile au point que sa solution, si elle présente un progrès technique, puisse être trouvée par n'importe quel homme du métier, de bonne formation professionnelle. Il faudra de même élever les exigences relatives au progrès technique, à l'enrichissement de la technique; si l'on ne peut pas aller à exiger que toute invention soit d'importance considérable, le progrès technique n'en devra pas moins être clairement reconnaissable et d'une importance essentielle dans le domaine qui lui est propre."

L'orientation nouvelle adoptée par le Tribunal fédéral a été confirmée peu de temps après, dans un second arrêt du 30 juin 1937 „Svibeisa AG." für Verwertung des patentierten Beisser-Salzerei-System in der Schweiz c. Schinken AG.[12]).

Rappelant les exigences plus strictes posées par l'arrêt Philips, le Tribunal fédéral déclare qu'elles devront s'imposer dorénavant à la pratique et ceci dans deux directions:

---

[12]) J. d. T. 1938, p. 71.

d'une part, en ce qui concerne la détermination du progrès technique que doit constituer l'invention (si l'on ne peut exiger d'une invention qu'elle ait une portée considérable, le progrès technique qu'elle constitue doit au moins être clairement reconnaissable) et, d'autre part, quant au niveau de l'invention (Erfindungshöhe). Ce niveau, selon le Tribunal fédéral, doit être déterminé, d'une part, selon le progrès technique que réalise la découverte et, d'autre part, selon l'originalité de l'idée qui a permis de poser ou de résoudre le problème.

„En cette matière également, il convient d'en revenir à des critères plus rigoureux; on doit tout au moins exiger que la solution du problème qui se posait à l'inventeur présente une certaine difficulté et que la découverte ne constitue pas un simple progrès technique que tout spécialiste éprouvé aurait pu réaliser. La loi accorde à l'invention une protection étendue, dont la durée va jusqu'à quinze ans; cette protection est assurée par des sanctions civiles et pénales. Or, on ne saurait accorder une telle protection à des découvertes quelconques qui ne présentent pas une originalité manifeste. Des progrès que tout spécialiste possédant une bonne formation technique peut accomplir ne doivent pas être monopolisés."

Comme on peut s'en rendre compte par ces citations, c'est une petite révolution en matière de protection des inventions que le Tribunal fédéral a accomplie; elle a fait sensation, dans les milieux intéressés, les uns l'approuvant, d'autres la critiquant. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans le cours de notre exposé.

Notons cependant tout de suite que ce n'est pas sans réserve que le Tribunal fédéral s'est engagé dans cette nouvelle voie; il a admis postérieurement à sa nouvelle jurisprudence que les principes nouveaux posés par lui n'étaient pas applicables à certains domaines: ainsi, dans la petite mécanique où les détails de construction peuvent être essentiels, particulièrement dans celle appartenant à l'horlogerie; il convient donc de protéger de

petites inventions parce que, dans ce domaine, dit le Tribunal fédéral[13]):

„Il est naturel que les possibilités d'invention restant d'ailleurs nombreuses, l'envergure de celles-ci soit réduite; l'idée créatrice peut résider dans la disposition et la combinaison nouvelle d'éléments qui, par des détails essentiels, diffèrent des mécanismes plus anciens.

Le juge doit sans doute se refuser à voir une invention dans un simple changement constructif à la portée de tout homme du métier, mais il doit, en revanche, en voir une dans la disposition nouvelle de pièces qui est le résultat d'une recherche et l'expression d'une idée, d'une ‚bonne idée'."

Quel sera le domaine spécial où, exceptionnellement les principes nouveaux posés par le Tribunal fédéral ne seront pas appliqués? C'est une question qui ne sera pas aisée à trancher. On peut regretter qu'au moment même où l'on proclame la nécessité d'exigences plus sévères à l'octroi du brevet, on ait tout de suite envisagé une exception. L'ayant droit qui court le risque de voir son brevet annulé tentera toujours de se mettre au bénéfice de l'exception. Comment fixer le domaine de la sévérité et celui de la plus grande tolérance? On aboutit ainsi à une insécurité toujours préjudiciable à une bonne justice.

Depuis 1937, le Tribunal fédéral a maintenu sa jurisprudence nouvelle. Dans un article fort intéressant, Schoenberg[14]) cite diverses décisions du Tribunal fédéral où il semblerait qu'il tend même à une plus grande sévérité encore; dans un arrêt du 11 mai 1938, Kaiser AG. c. Tanner & Cie, non publié, le Tribunal fédéral a refusé la protection juridique à un brevet pour le motif que, malgré qu'il y eût un progrès technique important et clairement reconnaissable, l'idée créatrice indépendante du progrès technique faisait défaut.

---

[13]) R. O. 63 II p. 277 et ss., J. d. T. 1937, p. 596 et ss. (L'arrêt Philips est du 9 juin 1937 et l'arrêt Wilsdorf, à propos de la petite mécanique, du 7 juillet de la même année).

[14]) G. Schoenberg, „Über die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in Patentsachen", extrait de „Schweizer Archiv für angewandte Wissenschaft und Technik", Heft 12, 7. Jahrgang, 1941.

Dans un autre arrêt, O. Kellenberg c. v. Allmen, du 28 janvier 1941, le Tribunal fédéral, bien que l'invention fût couverte par un brevet allemand, a estimé le brevet suisse nul pour défaut d'idée créatrice.

Par contre, à propos de l'emploi de métal dur pour la fabrication de pointes d'un crampon antidérapant de fer à cheval „Mordax", le Tribunal fédéral[15]) a mis l'accent sur un autre aspect du problème, „l'anticipation", qui peut aussi constituer un critère de l'idée inventive. Par anticipation on entend la satisfaction, par le moyen de l'invention, d'un besoin général ressenti depuis longtemps mais qui était resté sans réalisation pratique.

„Le nouvel usage d'un métal dur fait par les défendeurs était non seulement étranger à l'emploi qui en avait été fait jusque là, mais il n'était pas même dans l'ordre des choses, d'après l'état de la technique existant alors.

. . .

Les inventeurs ont écarté un préjugé qui paraissait bien fondé et qui pouvait empêcher, pour un temps apparemment très long, le progrès réalisé par leur crampon.

. . .

C'est grâce aux expériences longues et coûteuses auxquelles ils se sont livrés, que les défendeurs ont pu se rendre compte de la possibilité d'utiliser les métaux durs pour la fabrication de pointes d'antidérapants et c'est dans le fait d'avoir risqué ces expériences que réside l'élément d'originalité.

Même si, à l'époque, on pouvait théoriquement pressentir le nouvel usage des métaux durs, il fallait, pour arriver à la réalisation, la hardiesse, la persévérance, et l'initiative, qui caractérisent les inventeurs.

On peut donc admettre que l'idée créatrice atteint ici le niveau d'une invention,"

Dans l'arrêt publié le plus récemment, le Tribunal fédéral se montre spécialement exigeant:

„Une invention répond au critère du progrès technique si elle marque un perfectionnement d'un procédé ou d'un moyen de travail déjà connu. Mais comme, en général, il ne s'agit dans ce cas-là que d'invention d'importance limitée, on doit mettre

[15]) R. O. 69 II p. 188 et J. d. T. 1943, p. 549.

l'accent d'autant plus fort sur l'existence d'une idée originale, d'une portée technique notable; en d'autres termes, on doit exiger strictement que l'invention contienne quelque chose de plus que ce qu'un homme du métier habile ou d'une bonne formation technique aurait lui-même trouvé."

„Le Tribunal fédéral a, il est vrai, posé des principes qui sont, dans une certaine mesure, en opposition avec les exigences plus sévères indiquées plus haut. On peut laisser ouverte la question de savoir s'il y a lieu de maintenir pour la petite mécanique un traitement spécial. Toutefois, en aucun cas, les principes posés en ce qui concerne le domaine de la petite mécanique, avec ses conditions et ses exigences tout à fait spéciales, ne peuvent s'appliquer à la présente espèce qui est complètement différente."

„Il n'y a pas lieu de retenir l'argument de l'instance cantonale basé sur le fait que dans le domaine de la chirurgie, vu sa grande portée sociale, on doit admettre que des progrès relativement petits concernant des moyens thérapeutiques soient suffisants. Ce serait admettre un relâchement, qui ne se justifie pas, dans l'application des principes sévères posés par le Tribunal fédéral relatifs à la notion de l'idée inventive."

„On doit admettre au contraire jusqu'à un certain point une interdépendance entre l'importance du progrès et le niveau de l'invention (Erfindungshöhe), en ce sens qu'un petit progrès doit être compensé par une invention d'un niveau supérieur."[16])

---

[16]) Praxis 1944, p. 93 et 94. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral estime que la question de savoir si la solution apportée dans une invention aurait pu être trouvée par un homme du métier habile ou de bonne formation technique est une question de fait, qui, dans la règle, lierait le Tribunal fédéral. Nous avons de la peine à nous rallier à cette manière de voir; nous préférons celle soutenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Philips (R. O. vol. 63 II 271) où le Tribunal fédéral s'est exprimé ainsi:

„C'est une question de droit, pouvant par conséquent être revue par le Tribunal fédéral que celle de savoir si, dans un cas particulier, on est en présence d'une invention et d'une invention fondée sur l'idée créatrice, au sens de la loi sur les brevets d'invention. Il faut cependant relever que cette question contient aussi, comme c'est toujours le cas, des éléments de fait, en particulier en ce qui concerne les rapports existants entre les données du problème et sa solution."

§ 3. Examen critique de la jurisprudence du Tribunal fédéral

La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral pose deux questions très différentes qu'il faut examiner pour elles-mêmes et séparément. Celle tout d'abord de savoir s'il est souhaitable de réduire le cercle des inventions brevetables en réservant la protection légale aux inventions d'une certaine importance. La seconde a trait aux critères de l'invention.

A. Réduction du cercle des inventions

Comme nous l'avons constaté, le Tribunal fédéral, après avoir longtemps admis que le degré d'activité intellectuelle ou de nouveauté était sans pertinence quant à l'existence de l'invention brevetable, a modifié sa manière de voir et partage maintenant l'avis que seules les inventions qui revêtent une importance notable tant en ce qui concerne l'idée créatrice que le progrès technique, méritent la protection légale du brevet: celles qui répondent à l'„Erfindungshöhe" selon l'acception qu'il donne de ce terme.

Pour justifier son nouveau point de vue, le Tribunal fédéral invoque, d'une part, l'entrave apportée à l'industrie par l'exagération des brevets, d'autre part, le fait qu'avec le développement de la technique, le fonds commun dans lequel puisent les inventeurs appartient à tout le monde, et par conséquent ne peut être monopolisé.

Sans doute, l'augmentation du nombre des brevets limite la liberté d'action des industriels; c'est la conséquence inéluctable de la protection légale des inventions, mais cette limitation n'est pas arbitraire et chacun a les moyens de se défendre contre un brevet sans valeur et d'en demander l'annulation. N'est-il pas normal d'admettre que cette augmentation provient, d'une part, du développement toujours plus grand des connaissances humaines et du progrès de la science — et l'on doit s'en réjouir — et, d'autre

part, d'une circonstance purement formelle: le fait que notre loi accorde le brevet sans examen préalable. Il est bien certain que si cet examen existait, le nombre des brevets serait de beaucoup réduit[17]).

Convient-il, parce que l'on constate un certain abus dans l'octroi des brevets, et alors qu'on aurait d'autres moyens d'y obvier, de poser un principe restrictif forcément arbitraire en excluant la petite invention de la protection légale?

Quant au „fonds commun" l'observation n'est pas pertinente. En effet, si l'on ne fait que puiser dans le fonds commun, il n'y a pas petite invention, il n'y a pas invention du tout, donc aucun droit à une protection légale. La seule différence entre la petite et la grande invention réside dans une question de degré tant en ce qui concerne le progrès technique que l'idée créatrice; mais l'une et l'autre doivent de toute façon dépasser ce „fonds général de formation technique".

Les raisons de principe qui légitiment la protection des inventions et que nous avons rappelées dans notre introduction sont justes ou non. Si elles le sont — et c'est notre conviction — il n'y a pas de raison pour ne les appliquer qu'à une grande invention.

Depuis 1888, date de la première loi sur les brevets, et surtout depuis 1907, date de notre loi actuelle, et jusqu'en 1937, peut-on dire qu'il y a eu un abus tel dans l'octroi des brevets que l'industrie en ait vraiment souffert? Nous ne sommes pas juges de cette question purement économique, mais nous pensons que si cet inconvénient était réellement préjudiciable à l'industrie, le phénomène se manifesterait également dans d'autres pays. Or, voici ce que nous écrit à ce propos un éminent spécialiste du Barreau français, Me Fernand-Jacq:

„Je savais que depuis quelques années votre Tribunal fédéral avait ajouté aux conditions jusqu'alors exigées pour la breveta-

[17]) Voir à ce sujet les remarques de Messerli, citées à la page 182a de notre rapport.

bilité d'une invention, celle de l'importance relative du progrès positif obtenu, excluant par suite de la brevetabilité les petites inventions.

„Vous avez raison de penser qu'en France il en est différemment, et que la jurisprudence reste fidèle au principe posé lors de l'élaboration de la loi du 5 juillet 1844.

„Savoir: qu'il n'y a pas lieu de se préoccuper de l'ordre d'importance du service rendu par l'inventeur à l'industrie, ni de la somme des efforts que ladite invention a pu coûter à l'inventeur. La loi française ne fait pas de psychologie, elle évite de se prononcer par une appréciation essentiellement subjective, qui serait dangereuse, elle ne se base pour décider de la brevetabilité ou non de l'invention que sur les conditions mêmes définissant l'invention, c'est-à-dire la nouveauté et le résultat industriel.

„Tous les auteurs sont d'accord pour approuver cette conception. Il semble que la jurisprudence belge soit fixée dans le même sens, comme le montrent de nombreuses décisions, dont l'une des plus caractéristiques et des plus récentes est le jugement du Tribunal de Bruxelles du 30 octobre 1912, Ann. Prop. Ind. 1914, 2, 3.

„Vouloir apprécier à sa naissance le mérite ou la portée d'une invention constitue une œuvre vaine et forcément arbitraire; il n'y a de sage que l'application objective des conditions substantielles de la brevetabilité, ce qui n'a pas besoin d'être démontré."

Ces paroles de prudence et d'expérience méritent d'être méditées et retenues.

Sans doute peut-on se demander si la protection de 15 ans n'est pas trop longue pour les petites inventions et s'il ne faudrait pas la réduire. Tout délai a quelque chose d'arbitraire, mais si, pour certaines inventions, 15 ans de protection apparaissent comme exagérés, pour d'autres, c'est peut-être trop court, surtout lorsque l'on tient compte des années perdues pour les formalités d'obtention du brevet et de mise en valeur de celui-ci.

D'autre part, la vie corrige tout naturellement les excès de la loi; les statistiques démontrent que beaucoup de brevets tombent faute de paiement des annuités et ceci dès les premières années de leur existence, c'est la preuve

que leurs ayants droit ont reconnu eux-mêmes leur manque de valeur.

Quoi qu'il en soit, la distinction entre une grande et une petite invention sera toujours une tâche malaisée. La limite est impossible à fixer avec précision et avec des normes objectives. La jurisprudence actuelle apporte une complication de plus dans une matière où les difficultés ne manquent pas. Le juge peut de très bonne foi commettre des erreurs. Si elles profitent au breveté, le mal n'est pas grand, mais si, au contraire, elles l'atteignent irrémédiablement en annulant le brevet, le préjudice subi est très grave.

De toute façon, si la jurisprudence actuelle était maintenue — et rien ne fait prévoir que tel ne sera pas le cas — il serait impossible, dans un pays d'industrie et d'artisanat comme le nôtre, de laisser sans protection la petite invention; l'avantage que l'on croit trouver dans une plus grande sévérité dans l'octroi des brevets serait largement compensé par l'injustice qu'il y aurait à priver de toute protection une catégorie fort intéressante d'innovations; leurs auteurs pouvaient jusqu'à présent compter, à juste titre, sur la protection de la loi sur les brevets et ils s'en voient brusquement privés. Il est donc absolument nécessaire de trouver un moyen de remédier à cette lacune. Nous y reviendrons dans le cours de notre exposé.

B. Critères de l'invention

1° Généralités

Le Tribunal fédéral, dans sa nouvelle jurisprudence, n'a pas modifié les critères de base posés pour qu'il y ait invention, soit d'une part l'idée créatrice, et, d'autre part, le progrès technique; il a simplement renforcé les exigences posées antérieurement et a fait intervenir une notion nouvelle, celle de l'„Erfindungshöhe", difficilement traduisible en français; le traducteur de l'arrêt du Tribunal fédéral Svibeisa AG. c. Schinken AG. (J.d.T. 1928 p. 75)

emploie l'expression de „degré d'invention"; on pourrait aussi dire „niveau de l'invention"; c'est le terme adopté par Steck[18]) ou encore le „degré de valeur inventive".

Qu'entend exactement le Tribunal fédéral par „Erfindungshöhe"? Ainsi que Steck l'a démontré, le sens de ce terme n'est pas le même dans la science juridique allemande et en droit suisse. En Allemagne, après une certaine hésitation, il est vrai, on admet généralement que l'„Erfindungshöhe" n'est pas autre chose qu'un synonyme de l'idée créatrice. Telle est notamment l'opinion de Pietzcker, de Seligsohn.

C'est également comme synonyme d'idée créatrice que le Reichsgericht l'emploie[19]).

En Suisse, le Tribunal fédéral lui a tout d'abord donné la même signification[20]).

Mais dans l'arrêt Philips qui a modifié la jurisprudence en matière de brevetabilité de l'invention, le Tribunal fédéral l'emploie dans un autre sens; c'est pour lui une exigence nouvelle, posée à la brevetabilité de l'invention.

„Quant au degré d'invention „Erfindungshöhe", dit le Tribunal fédéral dans l'arrêt Svibeisa, c'est bien la question principale que soulève le présent litige.

„Elle doit être résolue d'une part par le progrès technique que réalise la découverte, d'autre part selon l'originalité de l'idée qui a permis de poser ou de résoudre le problème."

En d'autres termes, pour qu'il y ait invention au sens juridique du mot, trois conditions sont nécessaires: l'in-

---

[18]) Thèse de doctorat de Beat Steck, „L'idée créatrice, condition de la brevetabilité", présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Genève. (Non encore publiée.)

[19]) Büren, cité par Steck, s'exprime ainsi (Grür 1933, p. 341): „Vous savez que, de nos jours, le Reichsgericht exige que chaque invention soit examinée indépendamment de la nouveauté qu'elle présente, sous deux autres angles, à savoir: 1. le progrès technique et 2. l'„Erfindungshöhe".

[20]) R. O. 58 II p. 65, 58 II p. 270, 59 II p. 325.

vention doit être non seulement le résultat d'une idée créatrice et consacrer un progrès technique, mais il faut que l'un et l'autre de ces éléments soient d'un degré supérieur à la moyenne, et c'est ce degré supérieur de la qualité inventive que le Tribunal fédéral appelle l',,Erfindungshöhe".

Il est évidemment regrettable que la même expression soit employée différemment en Allemagne et en Suisse, ce qui conduit Steck à proposer qu'en allemand la jurisprudence et la doctrine suisses se rallient à l'interprétation du terme telle qu'elle est communément admise en Allemagne, soit ,,Erfindungshöhe = Geistesqualität ou Qualität der schöpferischen Leistung — en français, ,,étant donné que la notion d',,Erfindungshöhe" n'apporte en effet aucun élément nouveau et que les synonymes qui en traduisent le sens exact: niveau de l'idée créatrice, valeur de l'idée créatrice, ne manquent ni de clarté ni de précision, la formation d'un nouveau terme, dit-il, ne pourrait que conduire à une regrettable confusion"[21]).

2° Examen critique des critères de l'invention: progrès technique et idée créatrice

Nous pénétrons là au cœur du sujet puisque c'est de l'existence même de l'invention qu'il s'agit.

Un critère, pour répondre à son but, doit être clair, facilement perceptible, contrôlable, et autant que possible à la portée des milieux intéressés, à celle de l'inventeur, des juges, des concurrents et même des acheteurs, en gros tout au moins, et non pas seulement des spécialistes.

1. Il est de toute évidence que le progrès technique a mieux que tout autre les qualités requises.

Comme le remarquent avec raison Weidlich et Blum[22]):

---

[21]) Dans les tout derniers arrêts du Tribunal fédéral, il semble que celui-ci a sensiblement modifié son point de vue et qu'il emploie maintenant l'expression ,,Erfindungshöhe" dans le sens de niveau ou qualité de l'idée créatrice, comme la terminologie allemande. Voir notamment Praxis 1944, p. 94 et R. O. 69 II p. 194.

[22]) Op. cit. p. 72.

„Le droit des brevets a pour but de favoriser le progrès technique et c'est dans l'existence ou l'absence de cet élément qu'il convient de voir le facteur décisif. On n'entend pas méconnaître par là l'élément de l'idée créatrice, mais le progrès technique constitue précisément le critère permettant de décider si l'idée de l'inventeur était créatrice.

. . .

„Cette conception présente l'immense avantage de faciliter considérablement la tâche du juge ou de l'expert, en mettant à la base de l'invention, des actions et des effets qui sont pour l'essentiel objectivement déterminables . . ."

C'est également l'avis de Schoenberg[23]):

„Vu que le Tribunal fédéral déclare lui-même, à juste titre, que le niveau de brevetabilité ne doit pas être jugé d'après des critères subjectifs, le critère objectif du progrès technique, seul applicable, doit avoir la préséance. L'homme du métier n'éprouvera guère de difficultés à répondre à la question de savoir si l'invention représente un progrès à l'égard de l'état antérieur de la technique; c'est là, en effet, un problème qui repose sur des faits et où il s'agit simplement de comparer le résultat obtenu par les moyens antérieurs avec le résultat obtenu par l'application de l'invention. La mesure objective du progrès est fournie par le résultat de cette comparaison. Il y a toujours progrès dès que l'effet dépasse en puissance ou en qualité le stade antérieur. Peu importe que la différence entre ce qui était connu et ce qui vient d'être trouvé soit grande ou petite (et donc, par exemple, qu'il n'ait été apporté à un dispositif connu que des modifications peu considérables); ce qu'il faut, c'est que le nouveau procédé ou produit entraîne un perfectionnement. La pensée inventive, ou — en d'autres mots — l'originalité de l'idée créatrice peut fort bien exister, en dépit du caractère modeste des innovations, pourvu que l'effet qui en résulte constitue un progrès technique important."

Muller, dans son rapport au Groupe Suisse de l'A. I. P. P. I.[24]) sur la revision de la loi sur les brevets, traite la question avec beaucoup d'ampleur. Nous extrayons

---

[23]) Op. cit. p. 7.

[24]) Dr Walter Muller, avocat: „La revision totale de la loi sur les brevets d'invention". Bulletin du Groupe Suisse de l'A. I. P. P. I. série III, fascicule 2, p. 46.

de ce rapport les considérations très intéressantes qui suivent:

...

„La jurisprudence met trop de poids sur les éléments purement intellectuels et spirituels, sur lesquels il est toujours difficile de porter un jugement après coup au cours d'un procès en nullité. La technique n'est pas essentiellement une activité de pensée, mais bien plutôt de réalisation concrète d'une idée. Elle est action et non méditation du niveau inventif. Les décisions doivent être prises sur la base d'éléments purement objectifs, et non pas subjectifs, d'autant plus qu'il est le plus souvent possible d'apporter, dans les procès en nullité, des preuves pratiques pour faire ressortir les avantages qu'une invention présente pour la technique.

...

„Je suis d'avis que nous devons nous attacher surtout à la réussite pratique et nous demander, en présence de chaque invention, ce qu'elle a créé de nouveau et d'utile pour la technique réelle, au lieu d'opérer dans l'abstrait à l'aide de notions obscures et trompeuses. Ce n'est pas ‚l'idée créatrice' au sens d'apport spirituel qui constitue l'élément décisif pour une innovation méritant d'être protégée; c'est la création technique qui est ici déterminante et il est indifférent que celle-ci soit ou ne soit pas le résultat d'une activité spirituelle supérieure, car l'industrie et la collectivité ne s'intéressent qu'au développement pratique et à l'enrichissement de la technique par la création de nouvelles méthodes ou de nouvelles possibilités d'activité technique...

„Il faut insister pour que l'on mette de nouveau au premier plan, dans l'évaluation de l'invention, les éléments d'appréciation objectifs qui intéressent la technique pratique. Les jugements subjectifs de valeur font une part trop large au sentiment intuitif et aux habitudes de pensée d'un juge dépourvu de formation technique. Ses décisions sont, pour cette raison, empreintes d'arbitraire, et des jugements reposant sur des bases subjectives rendent impossible le développement d'une pratique judiciaire uniforme et constante."

Notons encore en passant que le „progrès technique" est le seul critère qui soit déterminant d'après la législation française. Voici ce que dit à cet égard Pouillet[25]):

„Ce que la loi envisage, c'est l'invention quelle qu'elle soit; c'est le service rendu à l'industrie, si grand ou si petit

[25]) Traité des brevets d'invention. 6ème édition p. 21 n° 15.

qu'il puisse être. Elle s'attache uniquement au fait sans se préoccuper de son origine ou de ses conséquences. Y a-t-il invention? Voilà tout ce que demande la loi. Si oui, elle ne considère ni la valeur de la découverte ni l'importance de ses résultats ni les efforts qu'elle a pu coûter."

2. Et cependant, le critère du „progrès technique" si séduisant soit-il apparaît à beaucoup comme insuffisant; il faut autre chose: l'invention doit être encore le produit d'une idée créatrice. C'est l'opinion dominante en Allemagne; c'est aussi, nous l'avons vu, celle du Tribunal fédéral.

Steck a fort bien résumé les raisons que l'on donne à l'appui de cette opinion. En ne prenant en considération que le critère „progrès", on exclut de la protection des créations qui peuvent être de grande valeur, mais dont la portée pratique ne se révélera que dans l'avenir. A l'opposé, il peut y avoir des inventions qui constituent un progrès technique évident, mais qui, selon le sens juridique commun, ne sont pas dignes d'être brevetées. Enfin, l'octroi de brevets pour des innovations aisées à concevoir paralyse l'esprit d'initiative du constructeur.

Que pensent de cette délicate et cependant fondamentale question les milieux industriels? Une enquête approfondie pourrait seule nous apporter une réponse concluante. Nous n'avons pas pu l'entreprendre. Nous pensons toutefois, à la suite de plusieurs entretiens que nous avons eus avec des ingénieurs, que l'opinion des cercles intéressés n'est pas unanime; certains se sont très nettement prononcés devant nous contre le critère de l'idée créatrice à cause de son manque de précision et du secours indirect qu'il offre aux contrefacteurs. Mais voici, dans le sens opposé et d'une façon très catégorique, ce qu'un industriel éminent, doublé d'un inventeur expérimenté, nous communique:

„Voici en quelques mots mon point de vue concernant l'insuffisance du critère de l'invention basé sur le ‚progrès technique' et la nécessité de faire intervenir le critère de l'‚idée créatrice'.

Je me borne à l'invention dans le domaine de la construction des machines, par suite de mon manque total d'expérience concernant les inventions dans les autres domaines. Dans la construction des machines, les ingénieurs sont constamment préoccupés de réaliser des progrès techniques. Toute étude d'une machine nouvelle, qu'il s'agisse simplement d'un nouveau modèle d'une machine existant déjà ou qu'il s'agisse d'une machine entièrement neuve, doit réaliser un certain nombre de progrès techniques qui lui assureront une supériorité facilitant sa vente, et si possible qui permettront d'abaisser son prix de revient. Ces progrès techniques peuvent consister en des simplifications d'usinage, en des formes convenant mieux à la fonderie, ou en des formes convenant à de nouveaux procédés de fabrication (soudure électrique, par exemple). Ces progrès techniques peuvent également être réalisés par l'application plus ou moins ingénieuse des dispositifs déjà appliqués autre part à d'autres machines analogues, mais dont la combinaison reste dans le domaine de ce qu'un bon ingénieur et un bon dessinateur doit considérer comme étant son métier, sa profession. La très grande majorité de ces progrès techniques ne sont pas des ‚inventions' au sens étymologique du mot. Si le progrès technique seul devait devenir le critère de l'invention, il y aurait du jour au lendemain des milliers de brevets à prendre dans chaque pays, et il deviendrait bien vite complètement impossible de s'y reconnaître, au point de vue de la nouveauté de ces brevets.

„Au contraire, si l'on fait intervenir la notion d'‚idée créatrice' ou mieux d'‚idée inventive' l'on peut limiter le nombre des brevets à un chiffre raisonnable, ce qui est déjà très important au point de vue pratique, et surtout l'on remplit exactement le but que se sont proposé les Etats civilisés en créant les brevets d'invention. Ce but est de donner une prime, une récompense (pendant une durée limitée) à celui qui aura sorti de son propre cerveau une idée nouvelle utile au bien-être général; il faut donc que la notion de nouveauté et la notion d'utilité, soit de progrès technique, soient toutes deux présentes dans l'invention brevetable. Mais, la présence de ces deux notions accessoires, quoique nécessaires, ne doit pas faire perdre de vue le principal et ce principal demeure qu'il faut qu'une idée soit sortie du cerveau de l'inventeur. Seule cette création intellectuelle de la part de l'inventeur justifie la récompense que lui octroie l'Etat sous la forme de la reconnaissance par ce dernier de la propriété exclusive de l'invention pendant quelques années."

§ 4. Conclusions.

Peut-on, en Suisse, revenir, pour apprécier s'il y a invention, au seul critère du „progrès technique"? C'était notre idée lorsque nous avons commencé notre rapport; cela nous paraissait apporter une telle simplification! Mais à la réflexion, nous avons dû reviser notre jugement et des déclarations aussi catégoriques que celles que nous venons de reproduire, venant précisément des milieux les plus intéressés et les plus compétents en la matière, corroborant la jurisprudence constante de notre Haute Cour de Justice, nous ont prouvé que nous étions dans l'erreur.

Le problème est compliqué; c'est un fait contre lequel nous ne pouvons rien et il n'est pas possible, malgré le désir que nous en avions, de le résoudre en une brève formule telle que celle-ci:

Il y a progrès technique, donc il y a invention.

Cela conduirait beaucoup trop loin et on accorderait ainsi une protection légale à de simples améliorations, à des innovations qui ne sont certainement pas des inventions au sens de la loi, créant ainsi de véritables entraves au jeu normal de la concurrence industrielle.

L'invention exige, certes, un progrès technique. C'est le critère principal, prépondérant — et nous y reviendrons — mais elle exige encore autre chose et „cette autre chose" est précisément l'idée créatrice. Inventer, dit Littré, c'est créer quelque chose de nouveau par la force de l'esprit.

Sans doute, mais comment, dans un cas particulier, déceler cette idée créatrice? C'est là que gît toute la difficulté du problème: Il est relativement facile à un juge, parce que c'est de lui qu'il s'agit, en définitive, de dire si une innovation constitue un progrès technique, mais il en est tout autrement de savoir si cette innovation procède d'une idée créatrice. Sans doute le Juge peut se retrancher derrière son sentiment. Mais c'est précisément ce qu'il faut éviter parce que c'est risquer constamment l'arbitraire et, par conséquent, l'injustice.

La doctrine, la jurisprudence ont réalisé ce danger et c'est pour cela qu'elles se sont efforcées de poser des règles — nous allions presque dire des recettes — pour aider le juge dans sa délicate mission; de là le critère ingénieux adopté par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Philips et depuis lors dans sa nouvelle jurisprudence, basée sur „le concept de l'homme du métier".

Steck le résume comme suit:

„La valeur intellectuelle de l'invention est comparée aux connaissances et aux capacités techniques existant à l'époque de la demande de brevet, puis l'on examine si l'apport nouveau réalisé dépasse dans une mesure ce qui existait déjà. La question de savoir si l'invention dépasse intellectuellement ce qui est connu et de quelle importance est, le cas échéant, cet écart, ne peut être tranchée que par une expertise objective. Evidemment aucun des systèmes de mesure habituels — poids, dimension, temps — ne peut intervenir, car il s'agit d'établir un jugement sur une valeur irrationnelle.

„Si le niveau de l'idée créatrice ainsi reconnue dépasse dans une certaine mesure ce qui existait déjà, on en conclut que l'activité intensive a été certainement d'essence créatrice. On se trouve alors en présence de ce qu'on appelle une idée créatrice."

Ce „dépassement", et il faut insister sur ce point très important, ne se mesure pas en fonction de l'inventeur, mais de l'invention.

Comme le dit encore Steck, ce qui importe dans le jugement que l'on porte sur une invention, ce n'est pas sa genèse, mais sa valeur intellectuelle inventive.

Les moyens dont l'inventeur s'est servi, que ce soit son intelligence, sa culture, son labeur ou simplement sa chance ne sont pas concluants; l'essentiel, c'est le résultat.

Le méthode est séduisante et elle rendra certainement service au juge, mais en même temps qu'elle apporte une solution, elle pose de nouvelles questions qui sont pleines de difficultés.

Qu'entend-on par un homme du métier? Est-ce l'ouvrier, le contremaître, l'ingénieur? Et comment,

d'autre part, apprécier les connaissances usuelles d'un homme du métier de bonne formation professionnelle, à une époque déterminée, parfois de plusieurs années antérieure à celle où le litige naîtra, et comment, enfin, fixer le dépassement suffisant pour qu'il y ait idée créatrice? Pour employer une comparaison avec la chaleur du corps, comment fixer l'état de fièvre nécessaire pour qu'il y ait idée créatrice?

Le juge n'aura qu'un moyen pour se tirer d'embarras à moins qu'il n'ait des connaissances techniques tout à fait particulières: c'est le recours à l'expert, solution qui n'est souvent qu'un aveu d'impuissance.

Voilà pourquoi, quand bien même nous sommes obligés de reconnaître que l'idée créatrice est une condition de l'invention, nous avons une certaine appréhension à admettre ce critère parce qu'il est d'une dangereuse imprécision et parce que les règles que l'on a posées pour lui donner un caractère plus objectif suscitent elles-mêmes, comme nous venons de le voir, de nouveaux problèmes fort embarrassants.

Voilà pourquoi encore notre préférence va au critère du progrès technique; à notre avis, la première question que le juge devra se poser sera: l'innovation consacre-t-elle un progrès technique? Si oui, dans la plupart des cas, il y aura une très forte présomption pour que l'invention soit également le produit d'une idée créatrice. L'erreur, croyons-nous, est de mettre une cloison étanche entre les deux notions: elles se complétent bien plutôt. Par „création" on entend étymologiquement l'apport à la collectivité de quelque chose de nouveau. Or, le progrès technique est précisément ce quelque chose de nouveau.

Dans un arrêt très récent, le Tribunal fédéral[26]) a fait précisément dans ce sens une observation qui nous paraît intéressante et que nous voulons souligner. La voici: „un petit progrès technique peut être contre-balancé par une idée créatrice importante".

---

[26]) Praxis 1944 p. 94.

Ne peut-on pas surtout soutenir l'inverse, soit qu'un progrès technique notable peut suppléer à une faible idée créatrice de telle sorte que l'idée inventive est formée par l'addition des deux éléments.

Comment conclure sinon qu'ici comme dans beaucoup d'autres domaines, il est impossible de poser des règles d'où découlent des solutions évidentes, indiscutables. Ce ne seront toujours que des approximations, mais le dernier mot appartient au Juge et à son appréciation personnelle. La nécessité d'avoir des magistrats compétents n'a pas besoin d'être ainsi plus amplement démontrée, et c'est toute la question de l'organisation judiciaire qui se pose et que nous traiterons plus loin.

Encore une observation avant de clore ce chapitre:

Nous avons déjà donné notre avis sur la distinction entre les grandes et les petites inventions; nous n'y reviendrons pas si ce n'est pour souhaiter que les exigences plus sévères posées par le Tribunal fédéral pour qu'il y ait invention brevetable ne soient pas accentuées, mais si possible adoucies. Comme le fait observer avec raison Schoenberg[27]), la plupart des brevets existant actuellement en Suisse ont été déposés sur la base d'une jurisprudence beaucoup plus libérale; le renforcement des exigences rend très douteuse la validité de beaucoup de brevets et provoque ainsi une insécurité économique regrettable.

D'autre part et, en l'état de la jurisprudence actuelle, comment traiter les petits inventions? C'est ce que nous allons examiner dans le paragraphe suivant.

§ 5. La protection des petites inventions

Le courant qui s'est manifesté depuis 1937 dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans le sens d'une plus grande sévérité quant aux conditions posées pour qu'il y ait invention brevetable, pose la question de la protection

[27]) Schoenberg, Schweizer Archiv für angewandte Wissenschaft und Technik, p. 349 et ss., traduction française d'une partie du travail. „La Propriété Industrielle", août 1942. p. 126.

des petites inventions. Il y a là une lacune qu'il importe de combler au plus vite; il n'y a aucune raison quelconque de laisser les petites inventions sans protection.

Lorsqu'on songe, par exemple, que la moindre production créatrice en matière littéraire ou artistique (tels une chansonnette, un plan, une brochure, une photographie) est protégée sans aucune formalité toute la vie de l'auteur et 30 ans après son décès, dans quelque années peut-être 50 ans, on peut mesurer l'injustice qu'il y aurait à laisser les petites inventions hors la loi.

La solution qui est la plus fréquemment proposée est la création en Suisse d'une loi sur les modèles industriels à l'instar de la loi allemande sur les modèles d'utilité (Gebrauchsmuster).

Déjà lors de notre rapport présenté à l'Assemblée générale de la Société Suisse des Juristes, à Lausanne, en 1934, nous avions combattu ce point de vue.

A cette époque, il est vrai, le Tribunal fédéral ne refusait pas aux petites inventions la protection des brevets. La situation nouvelle qui leur est faite par la jurisprudence doit-elle nous conduire à reviser notre opinion? Nous ne le pensons pas.

Une loi sur les modèles d'utilité couvrant d'une façon générale les petites inventions, se comprend parfaitement dans un pays qui possède l'examen préalable comme c'est le cas dans la législation allemande. Pour les petites inventions, on veut éviter les démarches longues et coûteuses de l'examen préalable, de l'appel aux oppositions. On veut une protection simple sans grandes formalités, et également une protection adéquate à la qualité de l'objet protégé, en ce sens que les délais de protection soient très sensiblement réduits par rapport à ceux de l'invention brevetée.

Mais en Suisse, où l'on ne possède pas — pour le moment du moins et pour longtemps encore — l'examen préalable, et où l'économie de notre loi sur les brevets est en somme très proche de la loi allemande sur les modèles d'utilité, on ne comprendrait pas la création d'une nouvelle

législation qui ne se distinguerait de la loi sur les brevets, au point de vue fondamental, que par la durée de protection.

A ce propos, nous tenons à reproduire l'opinion d'Isay, que nous avons déjà mentionnée dans notre rapport de 1934 et qui nous paraît tout à fait concluante contre la création en Suisse d'une loi sur les modèles d'utilité[28]):

„Le point de vue du droit suisse diffère complètement de celui du droit allemand en ce sens que la loi suisse sur les brevets n'exige pas d'examen préalable et, pour autant que je sache, ne l'exigera pas davantage sous le régime de la nouvelle loi projetée. Or, il faut se demander si, dans un pays qui accorde des brevets sans soumettre les inventions à un examen préalable, il n'est pas inutile de créer encore des modèles d'utilité exempts eux aussi de l'examen préalable. Quant à la durée de la procédure d'octroi, il est sans importance, à mon avis, qu'il s'agisse du dépôt d'un brevet ou du dépôt d'un modèle d'utilité. Il ne pourrait y avoir de différence qu'en ce qui concerne le montant des droits perçus, à supposer qu'un modèle d'utilité puisse être déposé à un taux inférieur à celui appliqué aux brevets. Il me paraît extrêmement douteux que cet avantage compense les inconvénients résultant d'une scission du droit des brevets en deux parties. Cette scission aboutirait à la conséquence qu'en Suisse, où jusqu'à présent le Tribunal fédéral a considéré comme suffisamment importantes pour être brevetées des inventions qui, en Allemagne, n'auraient pu être protégées que sous forme de modèles d'utilité, il faudrait faire un double examen: pour les modèles d'utilité il serait nécessaire de se demander si l'on est en présence d'une véritable invention et non pas d'une simple construction; d'autre part, il faudrait examiner si l'importance de l'invention n'est pas suffisante pour un brevet, mais bien pour justifier l'octroi d'un modèle d'utilité.

„Il est de jurisprudence constante en Allemagne que, même pour un modèle d'utilité, il faut une invention, et il en sera nécessairement de même en Suisse, sinon on arriverait à une situation inadmissible pour l'industrie s'il était possible d'obtenir pour chaque nouvelle disposition de pure routine professionnelle, un modèle d'utilité, c'est-à-dire un monopole.

[28]) Dr Alex. Martin-Achard: „Y a-t-il lieu d'étendre la protection légale aux modèles d'utilité?" Rapport présenté à l'Assemblée générale de la Société Suisse des Juristes, à Lausanne, en 1934. p. 39.

„Cette considération conduit tout droit à cette autre question insoluble aujourd'hui en Allemagne: quelle doit être l'importance d'une invention pour que celle-ci suffise encore aux exigences d'un modèle d'utilité, mais non plus à celles d'un brevet?

„Le réponse ne peut être que plus ou moins arbitraire puisqu'il n'y a aucune mesure contrôlable permettant de déterminer exactement la valeur d'une invention.

„Les grandes industries suisses n'ont, à mon avis, aucun besoin des modèles d'utilité. J'ignore, d'autre part, s'il y a en Suisse, une petite industrie mécanique semblable à celle de la Forêt Noire, industrie dont il faudrait protéger les inventions sans toutefois l'obliger à payer les frais d'un brevet."

La solution du problème doit être trouvée ailleurs.

En 1934, nous avions préconisé un élargissement de la loi sur les dessins et modèles industriels dans le sens d'une protection qui ne se limiterait pas aux dessins et modèles artistiques (Geschmacksmuster). Cela pourrait se faire, soit par un changement de la jurisprudence du Tribunal fédéral, en se rangeant à l'avis du Bureau Fédéral de la Propriété Intellectuelle qui, lui, accepte à l'enregistrement des modèles sans portée esthétique, soit par une modification du texte de la loi, en l'étendant à tous objets industriels et en protégeant non seulement la forme, mais également la disposition, le mécanisme nouveaux.

Cette solution présenterait l'avantage de ne pas alourdir la protection de la propriété industrielle d'un nouvel instrument législatif, mais d'utiliser une loi déjà existante. N'est-ce pas un principe recommandable et, peut-être, trop souvent méconnu que d'éviter l'abus de légiférer qui a pour effet inéluctable de compliquer étrangement l'application du droit?

A cela on objectera qu'ainsi le but poursuivi n'est pas réalisé; on ne veut pas seulement exclure, en principe, de la protection du brevet les petites inventions; mais on fait valoir aussi que la durée de celui-ci (15 ans) est hors de proportion avec l'importance de la petite invention; or, précisément, la protection des dessins et modèles est également

de 15 ans. A cela, nous répondrons tout d'abord que cette protection est accordée par périodes consécutives de 5 ans, de telle sorte que si l'ayant droit des dessins ou des modèles n'en sent pas véritablement l'utilité, il peut laisser tomber la protection de l'invention au bout de 5 ans.

Mais il y a plus: Rien n'empêcherait le législateur de modifier la durée de la protection légale des dessins et modèles et de la réduire à 10 ans, par exemple. Nous avons l'impression que ce laps de temps est bien suffisant, surtout lorsque l'on songe que, pour les arts appliqués, une double protection s'offre à eux: celle de la loi sur les dessins et modèles industriels, et celle (infiniment plus simple et plus efficace) de la loi sur le droit d'auteur.

Une autre solution encore pourrait être envisagée: ce serait de prévoir dans la loi sur les brevets d'invention deux durées de protection: l'une, pour les grandes inventions qui pourrait être étendue à 18 ou même 20 ans, comme on le demande dans certains milieux industriels[29]), l'autre pour les petites inventions, qui pourrait être réduite à 5 ou 6 ans; mais en contre-partie, en simplifiant et en accélérant les formalités d'octroi du „petit brevet" pour ne pas perdre, comme c'est souvent le cas actuellement, un ou deux ans uniquement consacrés aux formalités de délivrance du brevet.

Le déposant aurait le choix entre les deux demandes. On pourrait même aller plus loin et admettre que le juge, en présence d'un brevet accordé pour 15 ans, et s'il s'avérait qu'il s'agit d'une petite invention, pourrait, au lieu de prononcer la nullité du brevet, se borner à ramener sa durée à celle des petites inventions.

---

[29]) Rappelons à ce propos que la plupart des lois étrangères prévoient une durée du brevet plus étendue que la loi suisse: 1° France: 20 ans; 2° Allemagne: 18 ans; 3° Etats-Unis: 17 ans; 4° Belgique: 20 ans; 5° Suède: 17 ans; 6° Espagne: 20 ans.

Cette solution aurait l'avantage de la logique en ce sens que la protection de la petite et de la grande invention procède du même principe; il s'agit dans l'une comme dans l'autre des mêmes conditions essentielles; il faut pour toutes deux, selon les principes consacrés, qu'il y ait progrès technique d'une part, idée créatrice d'autre part; la seule différence réside dans le niveau de l'invention; par conséquent, il est juste de leur appliquer à l'une et à l'autre le même régime légal, tout en fixant pour chacune une durée de protection adéquate à son importance.

Que les solutions envisagées ne soient pas entièrement satisfaisantes, nous en demeurons d'accord; à moins — et c'est notre opinion — de renoncer à la distinction entre les grandes et les petites inventions, distinction qui, ainsi que le remarque avec raison Isay, aura toujours un caractère arbitraire malgré l'effort de systématisation de la doctrine et de la jurisprudence dont nous nous sommes entretenus, ou à moins encore, ce qui serait radical, mais déplorable, de renoncer à protéger les petites inventions.

Chapitre II

L'interprétation des brevets

§ 1. La portée du texte du brevet

Connaître le plus exactement possible non seulement l'objet du brevet, mais aussi l'étendue de la protection est chose essentielle tout d'abord pour le breveté ou son ayant droit, mais aussi pour les tiers, notamment pour les concurrents qui doivent pouvoir, en consultant le brevet, apprécier leurs droits et savoir où prend fin leur liberté d'action.

Que l'on songe seulement aux questions essentielles que soulève la validité du brevet, telles qu'elles sont énumérées à l'article 16 de la loi sur les brevets:

Le brevet couvre-t-il une invention?

Celle-ci est-elle nouvelle?

L'invention rentre-t-elle dans celles qui, aux termes de l'article 2 L. B., ne peuvent être brevetées? (substances chimiques ou procédés chimiques servant à la fabrication de substances chimiques destinées principalement à l'alimentation de l'homme ou des animaux, ou inventions de remèdes ou d'aliments ou de boissons à l'usage de l'homme ou des animaux obtenus autrement que par des procédés chimiques).

Que l'on songe encore aux questions de contrefaçon ou d'imitation (art. 38 L. B.).

Pour reprendre un mot célèbre en matière militaire et en le transposant sur le terrain juridique, il faut pouvoir rapidement répondre à la question: de quoi s'agit-il?

C'est au juriste qu'il incombe de poser des règles logiques et claires d'interprétation. En Suisse, le problème se complique parce qu'une question préjudicielle se pose sur laquelle la doctrine tout au moins n'est pas unanime; y a-t-il lieu, pour déterminer l'objet et l'étendue du brevet, de prendre en considération le texte entier de celui-ci comme c'est notamment le cas en droit français et allemand, ou faut-il ne retenir que la revendication?

Rappelons tout d'abord les textes de la loi sur les brevets:

„Art. 5. — Pour chaque invention faisant l'objet d'une demande de brevet, le demandeur devra formuler une revendication définissant l'invention par les propriétés qu'il jugera nécessaires et suffisantes pour la déterminer."

„Art. 16. — Le brevet sera déclaré par le juge nul et de nul effet:

...

7. Si la description (art. 26) n'expose pas l'invention de telle façon que son exécution par des hommes du métier soit possible;

8. Si la revendication, même avec les moyens d'interprétation fournis par la description, ne donne pas une définition claire de l'invention."

Et encore:

„Art. 26. — La demande de brevet se compose d'un brevet écrit sollicitant la délivrance du brevet et d'une description de

l'invention; la description sera accompagnée des dessins nécessaires et il y sera en outre joint la revendication."

La doctrine est divisée; nous y reviendrons. Quant à la jurisprudence, elle n'a pas variée depuis 1907, date de la promulgation de la loi jusqu'à nos jours. Elle applique la loi d'une façon stricte et littérale: c'est la revendication qui fait seule règle pour déterminer l'objet et l'étendue du brevet. La description de l'invention et les dessins nécessaires pour l'intelligence de la description ne constituent que des pièces que l'on peut consulter pour se rendre compte de l'invention, soit pour „interpréter" la demande de brevet, mais on ne saurait les considérer comme des pièces „complétant" cette demande (J. d. T. 1933 p. 496. Voir aussi R. O. 47 II p. 494, R. O. 50 II p. 68 à 72, J. d. T. 1939 p. 85).

Sous le régime de la première loi sur les brevets d'invention de 1888, la situation était autre. Le texte de la loi, il est vrai, était différent. L'article 14 prévoyait qu'à la demande „devront être joints:

„1. Une description de l'invention, comprenant dans une partie spéciale, l'énumération succincte des caractères constitutifs de l'invention."

Cette disposition avait été interprétée par le Tribunal fédéral comme suit:

„La revendication du brevet qui forme à la vérité la base de celui-ci ne doit pas être interprétée dans un sens étroit, mais au contraire, dans l'examen de ce que le brevet revendique, il ne faut pas se limiter à la rédaction de la revendication, mais également aussi à la description, ceci d'autant plus que le brevet, la plupart du temps, n'est pas rédigé par le déposant, mais bien par des ingénieurs-conseils ou comme c'est le cas en l'espèce, par l'Office des Brevets. Une rédaction malheureuse de la demande ne doit pas nuire au titulaire du brevet s'il résulte des revendications, en relation avec la description, que l'on a revendiqué comme invention davantage que ce qui résulte d'une interprétation stricte de la revendication."[30])

---

[30]) R. O. 30 II p. 115.

Guyer, dans son Commentaire de la loi fédérale sur les brevets d'invention, paru en 1909, se félicite de ce que la rédaction de l'art. 5 de la nouvelle loi: „La revendication est concluante quant à la nouveauté de l'invention, et l'étendue de la protection accordée au breveté" ait mis fin à une jurisprudence qu'il estime abusive".

„Il appartient, selon lui, à l'inventeur, dans la préparation de la demande, de vouer tous ses soins à bien définir son invention. Il doit penser qu'une exacte revendication de brevet constitue une petite œuvre d'art."[31]) N'est-ce pas beaucoup exiger de l'inventeur?

„Quant à la description, elle peut contenir plus que ce qui est strictement nécessaire pour exposer l'invention. Elle peut rappeler des circonstances passées ou présentes qui doivent être modifiées ou améliorées par l'invention. Elle peut contenir encore des choses qui vont sans dire. D'une façon générale, elle doit attirer l'attention sur tout ce qui peut servir à mieux comprendre l'invention; elle doit contenir les éléments essentiels de l'invention, mais pas forcément dans la même forme sous laquelle ils sont résumés dans la revendication. Elle peut, pour chaque élément de l'invention, ajouter des explications complémentaires.

„Tous ces éléments facilitent l'interprétation de la revendication, et également la compréhension des idées du déposant. Mais la description ne peut mentionner aucun élément essentiel qui ne soit pas contenu dans la revendication. Sur ce point, il doit y avoir un accord absolu entre la revendication et la description. La description ne peut donc pas compléter la revendication par de nouveaux éléments."[32])

Weidlich et Blum[33]), dans leur commentaire, admettent sans autre l'interprétation de l'art. 5 L. B. telle qu'elle résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral:

---

[31]) Guyer, „Kommentar zum schweiz. Bundesgesetz betreffend der Erfindungspatente", p. 22 et 23.

[32]) Guyer, op. cit. p. 26.

[33]) Weidlich et Blum, op. cit. p. 164-165.

„Du principe juridique que seul est protégé ce qui a été admis dans la revendication, découle la première et la plus importante des règles d'interprétation du brevet suisse, que voici:

pour fixer l'objet de même que l'étendue de l'invention, comme aussi la nullité du brevet si l'invention forme l'objet d'un autre brevet valable, délivré ensuite d'une demande antérieure, on doit faire abstraction de ce qui est seulement contenu dans la description."

Cependant, des voix contraires se sont fait entendre et l'interprétation restrictive de l'article 5 L. B. a provoqué de très vives critiques de la part de Frick[34]) et quelques années plus tard, en 1933, d'Isay[35]). Ces jurisconsultes demandent tous deux que l'on revienne aux conceptions de l'ancienne jurisprudence de la loi de 1888 où la description était prise en considération comme la revendication, pour interpréter le brevet et sa portée.

La démonstration de Frick peut se résumer brièvement comme suit: L'interprétation du brevet doit tendre à fixer le contenu véritable de la revendication et, en cas de doute et contrairement à ce qu'affirme Guyer, l'interprétation ne doit pas être strictement littérale. Frick invoque la difficulté qu'il y a à condenser en quelques phrases brèves l'objet et la portée d'une invention[36]).

Le législateur a-t-il voulu, dans la loi nouvelle de 1907, procéder à une modification fondamentale en ce qui concerne la portée de l'interprétation?

Frick le conteste, quand bien même il est contraint de reconnaître que le Message du Conseil Fédéral de 1906 semblerait l'établir[37]).

Ne tenir compte que de la revendication et faire table rase de la description conduit, dit l'auteur, à des solutions

---

[34]) Walter Frick: „Die Auslegung des Patentes nach Gesetz und Rechtsprechung".

[35]) Isay: „Die Auslegung der Schweizerischen Erfindungspatente".

[36]) Frick, op. cit. p. 15 et 16.

[37]) Message du Conseil Fédéral. Feuille Fédérale 1906, n° 29, p. 248/249.

inéquitables. Il est souvent difficile, dans des inventions spécialement compliquées, de présenter une revendication claire sans qu'elle soit complétée par des explications. C'est précisément pour tenir compte de cette difficulté que la seconde partie de l'article 5 prévoit que la description peut être invoquée pour interpréter la revendication.

L'inventeur, dit Frick, supporte tout le risque d'une rédaction malheureuse de la revendication, qui peut provenir de sa propre inexpérience, ou d'un manque de conscience ou de connaissance de son mandataire, comme également aussi d'un esprit étroit de l'examinateur. Frick estime donc que la jurisprudence du Tribunal fédéral depuis la loi de 1907 est contraire à l'intention du législateur.

Il invoque encore en faveur de sa thèse l'opinion de Hoffmann, rapporteur de la Commission du Conseil des Etats.

„Le but de la protection de l'invention, conclut-il[38]), est la mobilisation des forces spirituelles dans le domaine de l'industrie dans l'intérêt du développement des exigences du bien-être national. Pour atteindre ce but, il est accordé un droit exclusif limité en temps à l'auteur d'une invention nouvelle, mais à la condition expresse qu'il la rende publique...

Tant que l'invention n'est pas publique, c'est-à-dire tant qu'elle n'est pas communiquée à la collectivité (ce qui se fait par publication), il n'y a aucune action en protection de l'invention. Par contre si l'inventeur a assumé ses obligations, l'Etat doit en faire de même, c'est-à-dire qu'il doit assurer à l'inventeur la protection temporaire de son invention.

Celui qui doit interpréter la loi ou le brevet doit être bien convaincu des obligations assumées par l'Etat. Si tel est le cas il n'y a pas de danger que la base solide du droit ne soit ébranlée. L'Etat doit agir en gentleman, et il doit veiller à ce que l'inventeur qui, plein de confiance, a rendu publique l'invention, ne soit pas privé, sous n'importe quel prétexte, de la contre-partie promise, ou éprouve un préjudice.

Si l'inventeur a, sans aucune réserve, satisfait à l'obligation d'exposer son invention dans la description, de telle façon que

---

[38]) Frick, op. cit. p. 42.

des hommes du métier puissent l'exécuter, il peut prétendre — en cas de doute — à la protection de l'invention entière dans le cas où, par suite d'une rédaction malheureuse dans la revendication, cette protection pourrait être réduite. Procéder autrement ne serait pas digne de l'Etat

Comme l'a dit Kohler, on ne doit pas prendre au mot l'inventeur lorsque son invention est exposée en plein jour "

En 1933, Isay reprenait la question dans un travail dédié à M. Ostertag, directeur des Bureaux Internationaux de la Propriété Industrielle[39]), où il critiquait vivement le mode d'interprétation des brevets par les tribunaux suisses. Selon lui „l'objet du brevet" et „l'étendue de la protection" accordée au brevet correspondent à deux notions juridiques essentielles distinctes et pour l'interprétation desquelles il faut appliquer des règles différentes.

En ce qui concerne l'interprétation de l'objet du brevet, elle doit se faire sur la base de l'interprétation de la revendication du brevet en tenant compte de la description et des dessins ainsi que de l'état de la technique.

Quant à l'étendue de la protection accordée au brevet, elle est fixée selon lui par des règles d'interprétation indépendantes de la volonté de l'auteur. Il faut prendre en considération l'idée qui est à la base du problème résolu par l'invention (Lösungsgedanke).

Les thèses d'Isay[40]) provoquèrent une très vive opposition[41]) basée sur la sécurité indispensable en matière de brevets qui serait ébranlée si l'on admettait le point de vue d'Isay. En outre, on a fait observer qu'en Suisse la différence entre l'objet du brevet et l'étendue de la protection accordée au breveté n'avait pas l'importance

---

[39]) Isay, „Die Auslegung der schweizerischen Erfindungspatente".

[40]) Isay, op. cit. p. 50 et 51.

[41]) M. A. et V. Besso, „Grenzen des Erfindungsschutzes", „Das schweizerische Patentwesen und die Isay-Wirt'sche Theorie", im Kulturkreis-Verlag Zürich und Leipzig 1934, et également Dr E. Herrmann (Neuhausen), „Die Auslegung der schweizerischen Erfindungshöhe", Neue Zürcher Zeitung, 1er et 8 août 1934.

qu'elle revêtait en Allemagne, puisque le Tribunal était compétent pour juger aussi bien la première que la seconde de ces questions[42]). Par contre, Schoenberg, dans un article critique sur les publications d'Isay et de M. A. Besso et V. Besso[43]) approuve le point de vue d'Isay en invoquant les intérêts de l'inventeur qui doivent primer ceux de l'industrie concurrente.

Le Tribunal fédéral, ainsi que le constate Vollenweider[44]) dans une excellente thèse présentée à la Faculté de Droit de Zurich pour le doctorat en droit, n'en a pas moins maintenu sa jurisprudence, malgré ces appels à une interprétation plus large du brevet. La seule exception qu'il ait admise à un dépassement du texte de la revendication est celle des équivalents techniques. Nous y reviendrons.

Dans ses observations critiques Vollenweider relève que le droit allemand accorde à l'inventeur „une protection étendue, tandis que, en droit suisse, à côté de l'intérêt de l'inventeur, on tient compte largement des intérêts de la collectivité".

„Il peut arriver que la protection de l'inventeur soit étendue, mais il n'est protégé que pour ce qui est connu et revendiqué et non pas pour ce que les Tribunaux, par le moyen d'une interprétation extensive[45]), ont plus tard reconnu comme pouvant être inventé. La jurisprudence allemande va donc trop loin puisque le juge peut librement dépasser la revendication ce qui conduit à une insécurité du droit, personne ne pouvant se rendre compte de l'étendue de la protection au moyen du texte des brevets.

---

[42]) Weidlich et Blum, op. cit. p. 163.

[43]) Schweizerische Juristen-Zeitung, année 1933/34, p. 222 et ss.

[44]) Max Vollenweider, „Die Auslegung der Erfindungspatente nach deutschem und schweizerischem Recht", p. 93 et 94.

[45]) Nous remarquons cependant, et cela paraît contredire Vollenweider, que le Tribunal fédéral a interprété assez largement la revendication du brevet à en juger par la jurisprudence que nous indiquons à la page 171.

„Or, la première condition d'une bonne législation sur les brevets est de permettre aux tiers de se rendre compte, à la lecture du brevet, de ce qui est protégé, de façon que le commerçant et l'industriel sachent ce qu'ils peuvent faire ou ce qu'ils doivent abandonner.

„On doit donner à la revendication du brevet une importance beaucoup plus grande que ce n'est le cas dans le droit allemand, mais la pratique suisse en matière de brevets par laquelle seule la revendication est concluante, ne donne pas non plus une solution satisfaisante. On devrait admettre la possibilité de compléter la revendication par la description. A ce point de vue, les pratiques anglaise et américaine pourraient servir de modèle. Celles-ci exigent que les divers éléments de l'invention pour lesquels on revendique la protection du brevet, soient clairement exposés, mais pas nécessairement dans la revendication; il suffit que mention en soit faite dans la description du brevet."

Notre opinion personnelle est que, de *lege lata*, les opinions de Frick et d'Isay ne sont pas conciliables avec le texte de la loi qui est parfaitement net et catégorique: „la revendication est concluante quant à la nouveauté et à l'étendue de la protection accordée au breveté", et avec la genèse de la loi.

Les travaux préparatoires démontrent péremptoirement que l'on a voulu changer l'état de choses existant sous la loi de 1888 et il n'est pas possible de prétendre, comme le fait Frick, qu'on s'est borné à traduire en loi ce qui était l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence.

On ne peut donc faire aucun grief à nos tribunaux de leur interprétation et il serait vain de mettre en opposition la jurisprudence actuelle et celle de la loi de 1888 puisque, encore une fois, les textes sont différents.

Qu'il y ait quelque chose de choquant au point de vue équité dans la réglementation actuelle, ce n'est pas niable et, de *lege ferenda*, on peut souhaiter une modification qui permette au juge, si la revendication présente

manifestement des lacunes ou des obscurités de tenir compte de la description pour compléter la revendication et interpréter l'invention réelle telle qu'elle résulte de l'ensemble des documents fournis. L'inventeur, pour obtenir un brevet, doit divulguer son invention. C'est une condition *sine qua non* de la loi. Mais si la protection légale vient à lui être refusée par le fait que la revendication ne donne pas une définition claire de l'invention, il est trop tard pour l'inventeur de reprendre l'invention; par le fait de la divulgation, elle est tombée dans le domaine public. L'inventeur est ainsi frustré de ses droits et pour des raisons de pure forme, ce qui est certainement très déplaisant.

En attendant que la loi future apporte un texte moins rigide, les tribunaux ne sont pas complètement démunis lorsqu'ils sont appelés à définir l'objet et l'étendue du brevet. La doctrine et la jurisprudence ont posé des règles assez larges d'interprétation de la revendication, tout spécialement en matière d'équivalences, et ce sont ces règles que nous allons rapidement exposer.

§ 2. Les règles d'interprétation des brevets

Si le texte du brevet est clair, c'est naturellement le contenu de la revendication qui fixe l'objet et l'étendue du brevet, la description servant toutefois à l'interprétation de la revendication, et les sous-revendications pouvant compléter la définition donnée par la revendication.

Lorsqu'il peut y avoir des doutes quant à sa portée, c'est alors qu'il faut recourir à des règles d'interprétation. Selon Pietzcker[46]), et son point de vue est unanimement partagé:

„Il y a lieu d'appliquer pour l'interprétation la théorie dite de la déclaration

„Les expressions employées par le déposant ne doivent pas être interprétées comme il les a comprises lui-même dans son

[46]) Pietzcker, „Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutz", Commentaire, p. 245 et 246.

for intérieur, mais selon leur sens objectif, c'est-à-dire comme elles doivent être comprises de bonne foi par un tiers."

Il en résulte que les dispositions de l'art. 18 C. O. relatives à l'interprétation des contrats, la recherche de la réelle intention sans s'arrêter au texte littéral, ne jouent pas lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'un brevet.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le dire à plusieurs reprises:

„Ce que le juge a à fixer, ce n'est pas ce que l'inventeur voulait protéger, mais seulement ce qu'il a, en fait, protégé et ce que les organes de l'Etat ont reconnu être revendiqué[47]).

„Pour déterminer le contenu et l'étendue de la revendication, il s'agit d'interpréter la teneur même de celle-ci; en cas de doute, il y a lieu d'admettre que le revendiquant a entendu obtenir la protection de la loi pour tout ce qui est objectivement nouveau dans son invention et pour tout ce qui constitue véritablement une innovation en matière technique[48])."

Dans son dernier arrêt sur la matière, le Tribunal fédéral a précisé sa pensée et il va très loin dans l'interprétation de la revendication du brevet. Qu'on en juge:

„Selon la doctrine dominante, il n'est pas nécessaire que l'inventeur se soit rendu compte de la portée entière de son invention, la protection s'étendant même à une application de l'idée contenue dans l'invention, mais que l'inventeur n'avait pas prévue, pourvu qu'à l'époque de l'invention les spécialistes eussent pu déduire cette application de la revendication. (Cf. Weidlich et Blum, rem. 10 à l'art. 5 loi fédérale sur les brevets d'invention, p. 167 et ss.; dans le même sens la nouvelle jurisprudence et la doctrine allemandes en matière de brevets qui attachent cependant une moins grande importance à la revendication et considèrent comme décisif l'état de la technique: Krausse, Kommentar zum Pat.G., p. 112 litt. c; Pietzcker, rem. 33 à l'art. 4 Pat.G., décision du Tribunal d'Empire dans G.R.U.R. 42 p. 349 et ss.)."

Comment déterminer ce qui est „objectivement nouveau dans une invention", ce que „les spécialistes" eussent

---

[47]) R. O. 47 II p. 495.

[48]) R. O. 64 II p. 392 et J. d. T. 1939, p. 85.

pu déduire de l'application de la revendication? Question sans doute complexe et que le juge ne pourra pas trancher lui-même dans la plupart des cas. Il devra forcément s'entourer de l'avis d'experts, d'hommes du métier?

Les experts dans la difficile fonction qui leur est confiée devront observer les normes généralement admises en la matière; notamment ils devront tenir compte de l'état de la technique au moment du dépôt du brevet, cet état résultant notamment de la littérature scientifique contemporaine; et aussi de l'importance de l'invention comme le remarquent avec raison Weidlich et Blum[49]):

„La grandeur du progrès est d'une importance décisive quant à l'interprétation du brevet; ce n'est pas simplement conforme au sentiment juridique général, mais aussi aux effets techniques d'une invention de base (Pioniererfindung) qui a une tout autre portée qu'une invention dite constructive (de métier); selon la formule:

grande invention = grande étendue de la protection,
petite invention = petite étendue de la protection."

§ 3. Les équivalents

L'interprétation du brevet conduit à examiner dans quelle mesure la revendication du brevet couvre ce que la doctrine a appelé les équivalents:

Qu'entend-on par moyens ou procédés équivalents? Ce sont, disent Weidlich et Blum[50]) des moyens ou procédés qui ne sont pas identiques à ceux décrits dans le brevet, mais dont les propriétés sont à tel point semblables, qu'elles peuvent les remplacer dans l'application décrite dans le brevet. Pour ces auteurs, la question des équivalents n'est pas autre chose qu'un cas d'espèce de la question générale: Y a-t-il, dans une innovation, activité créatrice ou simplement construction de métier?

La jurisprudence et surtout la doctrine allemandes se sont penchées avec infiniment de minutie sur cette question.

---

[49]) Weidlich et Blum, op. cit. p. 170.
[50]) Weidlich et Blum, op. cit. p. 76-77.

Elles distinguent l'équivalent technique et l'équivalent de brevet ou équivalent de droit pour employer l'expression admise dans la Propriété Industrielle (patentrechtlich). Dans le premier cas, il s'agit du remplacement d'un moyen par un autre utilisé couramment par l'homme du métier, dans le second, du remplacement du dispositif ou du procédé par un autre, mais dans un cas particulier et pour la fonction spéciale qui lui est assignée dans le brevet[51]).

La distinction entre ces deux sortes d'équivalents nous paraît subtile. C'est en fait une simple question de degré, à savoir si l'on vise une propriété principale ou secondaire d'un élément utilisé par le brevet.

Où s'arrêter dans l'équivalence couverte par le brevet? La chose n'est certes pas aisée à fixer et cependant elle est déterminante quant à l'objet du brevet et à l'étendue de la protection.

En général, on admet qu'il n'y a pas d'activité créatrice en cas d'équivalent technique[52]), donc que ce dernier tombe sous le coup du brevet, mais la question est beaucoup plus délicate en cas d'équivalent de droit (patentrechtlich).

Doit-on aller aussi loin dans la protection du brevet qu'elle comprenne également ces équivalents? Il est difficile de se prononcer surtout en Suisse où nous manquons de pratique judiciaire à ce sujet; le seul arrêt de principe[53]) que nous connaissons sur les équivalents remonte à 1932 et il s'agissait, en l'espèce, d'un équivalent d'ordre technique, pour lequel le Tribunal fédéral a statué comme suit:

„On parle d'équivalence lorsque l'on considère les moyens propres à résoudre une tâche de par leurs fonctions; il s'agit de savoir si les deux moyens ont le même effet technique dans la

---

[51]) Ainsi l'eau et l'huile ne sont jamais des équivalents techniques, mais peuvent être des équivalents de brevet, par ex. comme moyens de pression d'une presse hydraulique.

[52]) Max Vollenweider, op. cit. p. 62.

[53]) R. O. vol. 58 II, p. 288 et 289.

réalisation du but final. Toutefois, il y a des moyens de remplacement qui fonctionnent mieux ou moins bien, et il est de règle dans la jurisprudence et la littérature allemandes que les moyens de remplacement qui agissent beaucoup mieux ou beaucoup moins bien soient exclus précisément de l'équivalence...

„En l'espèce, il n'y a pas lieu d'étendre la protection à l'équivalent utilisé par le défendeur parce que l'objet de la demande est une petite invention et par conséquent ne peut prétendre à aucune action en protection de l'équivalent. On doit prendre en considération le service rendu par l'inventeur dans le domaine de la technique. Il serait faux de réserver la protection des brevets même en cas de petites inventions modestes à celui qui, le premier, a eu l'idée inventive, alors que l'inventeur de l'équivalent a, selon les circonstances, rendu possible un progrès technique très notable.

„Celui qui ne s'est acquis qu'un petit mérite ne doit pas contester à d'autres un développement de son idée. En ce sens, on doit approuver la jurisprudence actuelle et opportune qui refuse toute protection d'équivalence lorsqu'il s'agit de petites inventions[54])."

On peut se demander, au surplus, si le critère de l'équivalent tel qu'il est généralement posé: équivalent technique, ou équivalent de droit (patentrechtlich), est le bon. Cette distinction nuit, selon nous, à une vision claire du problème sans aider à sa solution. En effet, il n'existe, à

---

[54]) Dans un article paru dans la Propriété Industrielle, novembre 1943, p. 180 et ss., le Dr Lindenmaier expose d'une façon très intéressante et complète la jurisprudence du Reichsgericht en matière d'équivalence. Extrayons ce qui suit:

„Pour conclure à la présence d'un équivalent de brevet, il ne suffit pas de constater qu'un moyen ou un procédé de travail produit le même effet que l'invention brevetée. Il faut encore que cet effet se manifeste dans le cadre de la même pensée inventive, ce que l'identité du résultat permet sans doute de présumer. En conséquence, la constatation de l'équivalence présuppose le dégagement de la pensée inventive, dans le cadre de laquelle le moyen de travail indiqué dans la revendication, ainsi que celui qui est revendiqué comme un équivalent, sont appelés à produire leurs effets. Un équivalent non manifeste ne peut pas appartenir, selon la définition adoptée quant à l'objet de l'invention, au domaine de la protection de celui-ci.

notre avis, qu'un genre d'équivalents: ce sont ceux qui entrent dans le cadre de la protection accordée en se basant sur l'idée de l'invention telle qu'elle est exposée dans la description et la revendication.

Toutefois, même dans ce cas, il n'y aura pas d'équivalent si au moment du dépôt du brevet, il y avait dans les cercles intéressés un préjugé défavorable contre l'emploi de ce moyen de remplacement.

L'essentiel, comme nous l'écrivait un spécialiste, est d'établir si l'on a affaire à une équivalence évidente ou prévisible ou bien à une équivalence inconnue ou considérée comme peu probable, dont la découverte même constitue une invention. D'une façon générale, cette dernière équivalence ne tombera pas sous la revendication d'un brevet antérieur et pourra, dans beaucoup de cas, faire l'objet d'un brevet valable. Par contre, l'équivalence évidente ou prévisible ne permettra pas de sortir du domaine protégé[55]).

En France, l'équivalence se rencontre assez rarement dans la jurisprudence[56]). Toutefois quelques décisions l'ont appliquée, surtout à l'occasion d'instances en contrefaçon, le raisonnement devant être le même pour l'appréciation de l'antériorité.

---

[55]) Dans le cas de brevets chimiques, la situation est quelque peu différente; en effet, l'art. 6 de la loi est libellé de la façon suivante:

„Un brevet ne peut comprendre plusieurs inventions. En particulier, les brevets pour des inventions ayant pour objet la fabrication de substances chimiques ne peuvent être délivrés que pour un seul procédé qui, par la mise en œuvre de matières premières nettement déterminées, aboutit à une seule substance."

De ce texte, il ressort clairement que dans les procédés chimiques la protection ne peut s'étendre aux équivalents. Cette disposition oblige l'inventeur à déposer une série de brevets s'il veut être couvert pour toutes les matières premières qu'il est possible d'utiliser pour obtenir la substance désirée.

[56]) Renseignements dus à l'obligeance de notre confrère Me Fernand-Jacq.

La décision la plus récente et la plus nette en la matière est un jugement du Tribunal civil de la Seine du 6 décembre 1933 devenu définitif („la Loi", 27 décembre 1933) qui considère qu'il ne peut y avoir invention dans la substitution d'un facteur technique connu à un autre facteur équivalant au premier parce que remplissant la même fonction technique; que ce qu'il faut considérer pour apprécier l'existence ou non d'une équivalence ce ne sont pas les facteurs techniques utilisés, mais les fonctions techniques qu'elle réalise.

En d'autres termes, les règles en vigueur pour l'appréciation soit de l'antériorité, soit de la contrefaçon à un brevet déterminé, sont constituées par la constatation de l'emploi des mêmes moyens techniques pour la même application, avec l'obtention d'un même résultat.

Par moyen, il faut entendre non pas un élément matériel déterminé, mais la mise en œuvre d'un élément accomplissant une fonction déterminée, étant manifeste que la même fonction technique peut être accomplie par des éléments différents de forme, mais équivalents de fonction, lesquels doivent, toutes les fois qu'il s'agit d'une même application, procurer le même résultat technique.

Chapitre III

Etat de la procédure

§ 1. L'examen préalable en général

Notre sujet comporte également l'examen des questions actuelles en matière de procédure; par là nous entendrons aussi l'organisation judiciaire.

La première qui vient à l'esprit parce qu'elle revêt une importance capitale, est celle de l'examen préalable de nouveauté; elle est même plus qu'une simple question de procédure; elle touche aux principes essentiels à la

base de la protection des inventions; elle peut être examinée pour elle-même ou en fonction de la législation suisse. Pour elle-même: d'excellents esprits tels que Fernand-Jacq, l'éminent avocat à la Cour d'Appel de Paris, a tout dernièrement encore[57]) défendu avec ardeur et talent le système de la délivrance libre du brevet qui, dit-il, depuis un siècle, a procuré des résultats non discutables. L'argument essentiel de Fernand-Jacq contre l'examen préalable dont il ne conteste pas les „considérables avantages" pour l'inventeur et ceux qu'on appelle les tiers, consiste, selon lui, tout d'abord dans les erreurs de la garantie officielle: „Errare humanum est", les examinateurs, appréciant en fonction de leurs connaissances et de leur conception personnelle, refusent des brevets qui constituent effectivement des innovations et admettent comme brevetables des prétentions qui n'ont rien de tel.

Il y a donc un inconvénient à paraître garantir ce qui ne peut l'être et il vaut mieux ne rien garantir en prévenant les intéressés de ce scepticisme officiel que de leur donner des illusions, et Fernand-Jacq ajoute:

„On pourrait donc discuter à l'infini sur la préférence que l'on doit donner, somme toute, si l'on tient compte essentiellement des intérêts de la collectivité, soit à l'examen préalable, soit à la délivrance libre, et l'on pourrait être tenté en se plaçant substantiellement au point de vue de l'intérêt général, de donner la préférence à l'examen préalable qui, malgré les erreurs inévitables, assure une certaine marge de sécurité, et, même, au gré de quelques injustices, confère une certaine valeur de principe au brevet délivré. Mais il faut tenir compte d'un autre facteur qui, dans notre domaine, est capital: encourager l'inventeur et faciliter, dans toute la mesure du possible, l'esprit inventif.

...

„Or, l'examen préalable nécessairement assez long comme procédure, et par suite coûteux, est susceptible de décourager un grand nombre d'inventeurs qui, par définition, s'ils ont des idées, sont généralement plus ou moins dénués de ressources.

...

[57]) Propriété Industrielle, n° 10, 1943, p. 164 à 166.

„Il s'ensuit que deux notions s'affrontent: encourager l'inventeur, garantir à l'industrie la réalité, ou tout au moins la probabilité d'une invention qui, dans la négative, ne devrait bénéficier d'aucune protection."

Fernand-Jacq fait encore valoir que le 80% des brevets sont volontairement abandonnés au bout de quelques années par leurs titulaires.

„Pourquoi, dans ces conditions, imposer avec l'énorme organisation qui aurait été nécessaire, l'examen obligatoire de tous les brevets demandés, si, avant même l'expiration du laps de temps nécessaire pour procéder à cet examen, 80% des demandes doivent être nécessairement abandonnées? Ce serait infliger à un pays des dépenses considérables pour la plupart inutiles, la recherche et la réunion d'un grand nombre de techniciens et de juristes spécialisés et entraînés, en bref l'édification d'un organisme complexe et long à mettre au point pour effectuer un énorme travail pour une large part sans objet; le montagne accoucherait d'une souris une fois de plus."

Les considérations développées par notre éminent confrère de Paris ont certes leur valeur — il n'y a pas de système absolument satisfaisant — mais à mon avis, elles ne sont pas concluantes contre l'examen préalable.

Que celui-ci puisse parfois aboutir à des erreurs, cela est sans doute vrai; qu'il puisse exposer les inventeurs à des frais importants, c'est encore exact.

Mais en regard de ces imperfections inévitables, il présente un avantage essentiel, capital, celui de donner au brevet une valeur industrielle et commerciale que n'a pas et ne peut pas avoir le brevet délivré sans examen.

C'est une vérité banale d'affirmer que si la demande de brevet — passée au crible par des experts qualifiés et spécialisés — réussit à vaincre tous les obstacles dressés devant elle, si (comme c'est le cas dans certaines législations) il y a en plus, comme garantie supplémentaire, un appel aux oppositions, l'invention qui sortira victorieuse de ces épreuves donnera au brevet une tout autre valeur que s'il est accordé sans contrôle.

Or, n'est-ce pas la qualité première que l'on peut demander à un brevet, de donner la garantie — dans la me-

sure du possible naturellement, et sans pouvoir apporter une certitude absolue qui n'est pas de ce monde — qu'il couvre vraiment une invention nouvelle et qu'il répond à toutes les conditions posées par la loi, autrement dit qu'il représente une valeur économique certaine et réelle.

Le brevet en lui-même n'est qu'un élément dans l'exploitation d'une invention, mais un élément essentiel puisqu'il est la base sur laquelle on édifie tout le reste; or, ce reste, ce sont des capitaux à trouver, du personnel à engager pour l'exploitation du brevet, de la publicité pour le lancement des produits et, dans d'autres cas, c'est un traité relatif à une licence et les répercussions de la nullité d'un brevet sur toutes ces opérations peuvent être considérables et sautent à l'œil.

On peut mesurer, par ces simples remarques, combien est différente la position du titulaire d'un brevet qui a en mains un titre ayant passé par l'épreuve du feu, si l'on nous permet cette image, d'un examen minutieux, et quelle valeur représente ce titre pour lui et les tiers; la pratique n'est-elle pas là pour corroborer ces observations? Quelle est la première préoccupation des industriels, des hommes d'affaires, lorsqu'ils ont une opération à traiter où il y a un brevet en cause? N'est-ce pas de savoir si le brevet a été accordé dans un pays à examen?

A ces considérations qui n'ont aucun mérite d'originalité, qui sont l'évidence même, ajoutons encore un argument que nous suggère la longueur des procès en matière de brevets: en cas de contrefaçon des brevets, la plupart du temps il est nécessaire de recourir à une expertise, parfois à une contre-expertise. Ce sont ainsi des mois et même des années de procédure; pendant cette période critique, il est normal qu'une protection provisoire soit accordée au breveté. Avec le système français ou le nôtre, où le brevet est délivré sans aucune garantie de la réalité de la valeur ou de la nouveauté de l'invention (art. 3 L. B.), on comprend que le juge ait un certain scrupule à accorder des mesures provisionnelles telles que la saisie ou encore l'inter-

diction provisoire d'exploitation ou de vente. Il lui est impossible, dans une procédure sommaire et rapide, de se rendre compte de la valeur du brevet, d'où sa répugnance à ordonner des mesures qui peuvent causer un tort irréparable s'il advient que le brevet soit annulé (la caution se révèle, la plupart du temps, un moyen inefficace, en tout cas insuffisant). Ces hésitations ne sont plus de mise lorsque le brevet a passé par l'épreuve de l'examen préalable. Le juge peut alors tabler sur une très forte présomption de la validité du brevet et ordonner en conséquence des mesures de protection efficaces.

Telles sont les raisons, et on pourrait en donner d'autres encore, pour lesquelles nous nous déclarons en principe partisan de l'examen préalable, étant entendu qu'il devra porter non seulement sur la nouveauté de l'invention, mais aussi sur toutes les autres conditions auxquelles la loi subordonne la validité d'un brevet, notamment sur la question de l'existence d'une invention (art. 16 L. B.).

L'examen préalable facultatif préconisé par certains ne nous est pas sympathique; il nous apparaît comme un moyen terme qui ne répond pas au but proposé. L'existence simultanée de deux sortes de brevet, l'un délivré après examen, l'autre sans examen, ne se justifie pas et du moment que l'Etat fait l'immense effort d'organiser les services compétents pour procéder à l'examen des inventions, avec tout ce que cela comporte, au point de vue documentation, bibliothèque, archives, collections de brevets, etc., il ne doit plus admettre que le brevet avec examen. Sans parler des confusions regrettables, peut-être même des tromperies que la coexistence de deux brevets pourrait provoquer, nous avons l'impression que bien vite le brevet libre serait battu par son concurrent le brevet qualifié, et qu'il n'aurait pratiquement plus de raison d'être.

§ 2. L'introduction en Suisse d'un examen préalable

Nous nous sommes placé, dans le paragraphe précédent, au point de vue général, théorique; là où commence

la difficulté, c'est dans l'application pratique de l'examen préalable à notre pays; il ne faut pas se dissimuler qu'en Suisse nous nous heurtons à des obstacles considérables et qu'il serait vain d'ignorer. Il faut tenir compte tout d'abord des frais considérables que représente pour notre pays, par rapport à son étendue et à sa population, la constitution d'un organisme à même de faire un examen préalable sérieux et qui fasse autorité, la difficulté du recrutement d'ingénieurs spécialisés, du rassemblement de toute la documentation nécessaire.

Nous nous sommes laissé dire qu'il y a plus d'un million et demi de brevets américains dont chacun coûte au moins 0 fr. 50, ceci à titre d'exemple, mais il y aurait bien d'autres acquisitions à faire et les frais à exposer, si l'on veut avoir une organisation bien outillée — et cela est indispensable, ou sinon il vaut mieux ne rien faire du tout — sont à peu près les mêmes que le pays soit grand ou petit[58]).

---

[58]) Un adversaire résolu du système de l'examen préalable nous communique les renseignements suivants qui montrent les difficultés énormes auxquelles un examen préalable en Suisse se heurterait.

„Recrutement: D'après les indications données par la revue ‚Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht', de novembre 1942, n° 11, p. 462/63, il a été déposé en Allemagne, en 1938, 56,217 demandes de brevets, en Suisse 9032. Le nombre des employés du Patentamt était de 1721; si l'on admet que le nombre des employés est proportionnel au nombre des demandes, cela correspondrait pour la Suisse à 275 employés. Sur ces 1721 employés, 500 sont des examinateurs proprement dit, les autres sont des aides, des bibliothécaires, des dactylos, etc. Cela correspondrait à 80 examinateurs pour la Suisse.

„Il est tout à fait probable que ce calcul est inexact et que le nombre des employés serait chez nous plus fort qu'il n'est indiqué ci-dessus car il faut des examinateurs pour chaque classe; il est même probable que, dans chaque classe, il y a à Berlin, par exemple, des examinateurs spécialisés pour telle ou telle sous-classe, ce qui est le seul moyen d'avoir des gens suffisamment compétents. Le nombre des classes et des sous-classes dépend avant tout du travail lui-même; il faut un certain minimum quelle que soit l'ampleur du travail à exécuter. Il est donc très probable que l'on ne peut

Mais, en plus, il y a un aspect spécifiquement suisse du problème, c'est l'existence de nos langues nationales multiples qui constitue certainement une très grosse complication par la difficulté de trouver des ingénieurs connaissant suffisamment en tout cas deux langues nationales pour pouvoir apprécier avec compétence la rédaction des brevets avec toutes les finesses et les subtilités que cela comporte. Sinon, il faudrait, pour chaque section de l'Office, un triple jeu d'experts, d'où un appareil bureaucratique énorme, des difficultés de recrutement et des frais accrus qui retomberaient en partie sur les déposants.

On recule en général devant ces difficultés et l'opinion dominante en Suisse paraît défavorable à l'introduction d'un examen préalable. Tout dernièrement encore, le Dr Walter Winter[59]) s'est livré à une étude de la question sur la base des statistiques de la durée comparative des brevets en Allemagne et en Suisse et il conclut que la Suisse n'a aucun intérêt à introduire chez elle l'examen préalable tant en ce qui concerne la nouveauté que l'importance de l'invention.

M. Erwin Messerli, ingénieur diplômé à Bâle, répondant au Dr Winter[60]), a fait entendre un son de cloche dif-

---

pas réduire le personnel strictement en proportion de la diminution du nombre des demandes.

„Matériel: La Bibliothèque du Patentamt renfermait, au 1er avril 1941, 41,500 volumes, dont une partie, mais une partie seulement contenait 9,380,250 textes de brevets. Il faut ajouter à ceci 1500 périodiques, plus tout un matériel mis à la disposition des examinateurs, consistant en extraits de revues techniques, prospectus, catalogues de prix et autres documents nécessaires à l'examen de nouveauté. Ou bien la bibliothèque que l'on devra créer aura la même ampleur, ou bien l'examen sera insuffisant. Croit-on pouvoir se procurer actuellement, avec toutes les destructions qui ont été opérées, une bibliothèque aussi complète et quel en serait le prix?"

[59]) „Zur Frage der amtlichen Prüfung der schweizerischen Patentanmeldung auf Neuheit und Erfindungshöhe" (Bulletin du Groupe Suisse de l'A. I. P. P. I., série III, fascicule 1, p. 9).

[60]) Idem, fascicule 2, p. 67.

férent. L'avantage qu'il voit à l'examen préalable est de réduire considérablement le nombre des brevets. Selon lui 50 à 60% des demandes de brevet seraient refusées en Suisse.

Notre avis personnel est que le maintien de l'état de choses actuel est la solution facile, presque défaitiste, d'un problème sans doute très compliqué. Cette attitude ne nous plaît pas; nous ne pouvons pas nous contenter de constater de grandes difficultés et nous déclarer vaincus par elles. Nous devons faire l'effort de chercher mieux et aborder le problème avec la volonté de donner à nos brevets une autorité qu'ils ne revêtent certes pas actuellement. N'est-il pas humiliant pour notre pays dont l'industrie a une réputation mondiale par la perfection de ses méthodes et l'excellence de ses produits, de ne pas avoir pour la protection des inventions un instrument adéquat à cette réputation? C'est si vrai que lorsque les industriels suisses veulent être fixés sur la valeur d'une invention, ce n'est pas au brevet suisse qu'ils se réfèrent, mais bien au brevet d'un pays à examen préalable. C'est pourquoi nous sommes persuadé que le contrôle officiel précédant la délivrance du brevet est malgré tout la solution logique et qu'elle sera, pour la Suisse également, celle de l'avenir. La forme est à trouver, peut-être par le moyen d'un accord international sur lequel nous reviendrons; mais, en attendant ce temps en tout cas assez éloigné, n'y a-t-il rien à faire pour améliorer la situation actuelle et donner aux milieux intéressés une meilleure protection de leurs inventions? Sans doute; et c'est à l'examen de ces améliorations que nous consacrerons la fin de notre rapport[61]).

---

[61]) Ne pourrait-on pas tout au moins, lors de la revision de la loi sur les brevets, insérer une disposition qui admît en principe l'examen préalable et dont la teneur pourrait être la suivante:

„Le Conseil fédéral est autorisé à introduire l'examen préalable si celui-ci lui apparaît désirable et pratiquement réalisable, et à arrêter les prescriptions nécessaires à ces fins."

§ 3. La procédure en opposition

Dans la séance du 11 novembre 1933 du Groupe suisse de l'A.I.P.P.I., à propos de la revision de la loi sur les brevets d'invention, MM. Iklé et Blum[62]) ont fait des propositions intéressantes dans le but d'améliorer la protection des brevets en Suisse.

Après avoir écarté un examen qui serait réduit aux publications de brevets suisses, l'expérience anglaise n'ayant pas donné de bons résultats, il ont suggéré la création en Suisse d'une procédure d'opposition dont les lignes générales seraient les suivantes:

Avant que le brevet soit accordé, la demande ferait l'objet d'une publication avec possibilité pour les intéressés de prendre connaissance de tous les documents déposés, avec un délai de deux mois pour former opposition. Aurait qualité pour agir toute personne justifiant d'un intérêt. Si, dans le délai imparti, aucune opposition ne se manifeste, le brevet serait alors délivré; si, par contre, il y avait opposition, elle donnerait lieu à une instruction contradictoire et serait tranchée en première instance par l'examinateur du brevet ou éventuellement par un collège d'examinateurs, avec possibilité de recours à une chambre de recours qui pourrait être composée, à la fois de juges et de techniciens, par exemple deux juges juristes et trois experts techniciens sous la présidence de la direction de l'Office.

Les motifs d'opposition ne seraient pas seulement le défaut de nouveauté, mais tous les motifs de nullité prévus à l'art. 16 L. B.

Dans la discussion qui a suivi au Groupe Suisse de l'A.I.P.P.I., des objections ont été formulées. On a dit, en particulier, que les frais qu'occasionnerait cette procédure nuiraient aux petits inventeurs qui n'auraient pas les moyens de l'engager et contre lesquels la grosse in-

---

[62]) Bulletin du Groupe Suisse de l'A. I. P. P. I. série II, fascicule 4, p. 278 et ss.

dustrie pourrait, elle, facilement agir avec toutes ses forces. Pour obvier à cet inconvénient, il faudrait en tous cas prévoir une possibilité d'assistance gratuite.

On a exprimé des craintes aussi quant à la multiplicité des instances alors qu'actuellement les procès en nullité de brevets ne sont pas nombreux; on a dit encore que, malgré la procédure d'opposition, rien n'empêcherait, ultérieurement une procédure en nullité devant les tribunaux, procédure qui pourrait éventuellement aboutir à des solutions contraires à celle des juges d'opposition.

Il est évidemment très difficile de se prononcer théoriquement sur les avantages et les inconvénients de cette procédure en opposition. C'est à l'expérience seule que l'on pourrait juger de son efficacité. S'il est vrai qu'elle n'a pas rencontré beaucoup d'échos dans les milieux intéressés, elle méritait selon nous un meilleur sort. C'est un moyen terme, évidemment, avec les avantages et les inconvénients inhérents à ce genre de solution, mais comme la perspective d'introduire dans la législation un examen préalable de nouveauté apparaît en tous cas assez lointaine et que la situation actuelle est, à juste titre, critiquée, il ne faut pas écarter de prime abord cette proposition pour le motif qu'elle n'apporte qu'une solution partielle du problème.

Il est certain que la procédure en opposition provoquera des conflits qui, en l'état actuel des choses, n'existent pas; c'est la conséquence inévitable, logique, voulue, dirons-nous, de son but: écarter de la protection les demandes de brevets qui ne sont pas fondées et libérer ainsi l'industrie d'obstacles purement formels, sans valeur réelle, d'où un avantage évident. Qu'elle comporte des frais pour les parties, c'est encore certain, mais pour les inventeurs sans ressources, on ne serait pas démuni de moyens et l'on pourrait venir à leur aide par la création notamment d'une caisse d'assistance judiciaire alimentée par les brevetés.

Le grand avantage que nous voyons à la procédure d'opposition suggérée par nos collègues Iklé et Blum, c'est

d'être une amorce au relèvement du niveau du brevet suisse, car, ou bien personne n'aura fait opposition, et ce sera la preuve évidente de la valeur du brevet reconnue tacitement par les milieux industriels, ou la demande sortira victorieuse de la procédure en opposition et le résultat recherché sera encore mieux réalisé.

N'oublions pas que, dans l'idée des promoteurs de ce projet, la procédure en opposition pourra être engagée non seulement à propos de la nouveauté de l'invention, mais pour toutes les questions relatives à la validité d'un brevet; ainsi celle de l'existence même d'une invention avec toutes les subtilités et les complexités qu'elle comporte et qui donnent, actuellement, de terribles embarras au juge.

Que cette formule ne soit pas la solution parfaite, c'est certain, mais elle est un moyen pratique de sortir du marasme actuel et il vaut la peine de la prendre en sérieuse considération.

§ 4. Les effets de l'octroi du brevet dans un pays à examen

Il arrive souvent qu'un inventeur dépose d'abord une demande de brevet dans un pays à examen, puis, dans le délai de priorité d'une année, prévu à l'art. 6 de la Convention d'Union de Paris, qu'il dépose une demande en Suisse, ou vice versa; les deux brevets sont complètement indépendants l'un de l'autre, sauf que le second brevet bénéficie de la date du premier dépôt.

Mais, quant à la validité du brevet suisse, l'examen préalable, la procédure d'opposition et l'octroi du brevet sont sans pertinence.

Les Tribunaux ont constamment revendiqué le droit dans une action en nullité de brevet, d'examiner pour elle-même cette question[63]) de telle sorte qu'un breveté, qui vient de passer victorieusement l'épreuve de l'examen préalable en Hollande ou en Allemagne par exemple, est obligé, si la validité de son brevet est contestée en Suisse,

---

[63]) R. O. 58 II p. 78.

de recommencer la même démonstration, cette fois non pas devant l'Office des Brevets, mais devant le juge.

„L'octroi d'un brevet d'un pays à examen préalable est tout au plus un indice, ou une sorte d'expertise en faveur du brevet suisse."[64])

Nous comprenons fort bien l'attitude de nos tribunaux, en l'état actuel de la législation, mais il faut bien reconnaître que, pratiquement, c'est une situation peu enviable pour l'inventeur, lourde de frais, de perte de temps, de discussions sans fin, avec la possibilité de voir peut-être annuler en Suisse le brevet accordé dans un pays à examen.

Ne pourrait-on pas, sans que notre prestige national ait à en souffrir, admettre qu'un examen préalable passé à l'étranger avec succès — à condition naturellement qu'il soit fait de façon sérieuse, complète et impartiale — constitue tout de même plus qu'un indice, mais une présomption de validité en faveur du brevet, présomption au bénéfice de laquelle le breveté pourrait se mettre lors d'une procédure en nullité[65])? Le fardeau de la preuve serait ainsi renversé: la position du breveté dans le procès serait celle du défendeur quant à l'administration des preuves et aussi quant aux avances souvent considérables de frais d'expertise.

Sans doute la question est délicate et il est dangereux, en cette matière, de poser des règles générales qui pourraient nous entraîner trop loin et brider le juge dans son pouvoir appréciateur. Nous avons tenu cependant à y faire allusion pour marquer une tendance dans le sens d'une plus grande solidarité entre les divers brevets couvrant la

---

[64]) Weidlich et Blum, op. cit. p. 94.

[65]) Nous n'oublions pas que la jurisprudence a admis qu'en matière de nullité de brevet, c'est celui qui attaque le brevet qui a le fardeau de la preuve. Outre que ce point de vue est très discutable, en matière de nouveauté tout au moins, lorsque, comme c'est le cas en Suisse, le brevet est accordé sans examen préalable, en pratique les tribunaux n'appliquent pas toujours cette présomption en faveur du breveté; c'est du moins notre expérience.

même invention et pour amorcer à ce sujet une entente internationale.

L'idée d'un brevet européen a déjà été lancée[66]). Mais ce n'est pas à elle que nous songeons; si elle est séduisante au point de vue théorique, elle se heurte à de telles difficultés pratiques qu'elle n'apparaît pas comme réalisable, en tous cas pendant longtemps; les divergences sont telles dans les conceptions nationales en la matière qu'une entente semble impossible, en l'état.

Notre ambition est plus modeste; ce que nous appelons de nos vœux, sans nous dissimuler là aussi les obstacles de toutes sortes qu'il faudra surmonter, c'est un accord entre Etats, relatif à un examen préalable de nouveauté.

Pourquoi ne pas envisager la possibilité que des pays conviennent de constituer un organisme unique, chargé de l'examen préalable de la nouveauté? Cet organisme devrait naturellement être composé de telle façon que les Etats unionistes y soient tous représentés et qu'il donne toute garantie d'impartialité et de sérieux. Mais si c'était le cas, et il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas ainsi, on saisit tout de suite l'autorité que revêtirait ses décisions et la simplification considérable dont bénéficieraient les intéressés.

Notre propos n'est pas d'étudier dans le détail les modalités que pourrait revêtir un tel organisme. C'est de beaucoup prématuré, il s'agit d'une simple suggestion.

La Suisse, qui a l'honneur de posséder chez elle le Bureau International de la Propriété Industrielle, éminente organisation due à la Convention d'Union de Paris, se doit de travailler plus que tout autre au développement du droit international en matière de brevets; la création d'un office international pour l'examen de la nouveauté de l'invention n'est-elle pas un prolongement tout naturel des principes posés dans la Charte de Paris?

---

[66]) Voir à ce sujet les articles fort intéressants parus dans le Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht, 1942, n° 11.

C'est peut-être aujourd'hui une utopie; sera-ce la vérité de demain? Espérons-le.

§ 5. Création d'un Tribunal des Brevets

Descendant des hauteurs un peu vertigineuses où nous a conduits la vision d'un Office international pour l'examen des brevets, revenons à un sujet plus modeste, mais de nature, pensons-nous, à apporter une sérieuse amélioration à la situation actuelle: c'est la création en Suisse d'un Tribunal des Brevets qui est, on peut bien le dire, demandé de tous côtés.

Comme on le sait, l'organisation judiciaire actuelle, sous réserve de l'art. 49 O. J. F. qui prévoit une instance cantonale unique pour statuer sur les contestations civiles en matière de brevets d'invention, laisse aux cantons une compétence complète. Il n'y a donc pas en Suisse de tribunaux spéciaux pour les litiges en matière de brevets[67]). Cette situation est lourde d'inconvénients; en voici un exemple entre beaucoup d'autres:

Un brevet suisse est-il l'objet d'une contrefaçon dans plusieurs cantons? C'est alors, pour le breveté qui entend faire respecter ses droits, l'obligation d'introduire autant d'actions qu'il y a d'infractions dans des cantons différents, et dans chaque canton, ce sont des instructions complètement indépendantes les unes des autres qui vont s'engager à propos de la contrefaçon et de la validité du brevet, et devant chaque tribunal, ce sont des experts différents qui fonctionneront. Les inconvénients majeurs de cette multiplicité de procès, les frais considérables et les pertes de temps qu'elle entraîne, sont si évidents qu'il est inutile d'insister, sans parler de la possibilité que les tribunaux cantonaux peuvent aboutir à des solutions différentes, l'un admettant, l'autre déniant la validité du brevet, ce qui est

---

[67]) Dans plusieurs cantons, c'est en matière civile, le Tribunal cantonal ou le Tribunal de Commerce qui statue. Cependant, à Lucerne, c'est le Tribunal de district!

regrettable pour la justice; le Tribunal fédéral, lié par les faits tels qu'ils résultent de l'instance cantonale, sera fort embarrassé, malgré les compétences les plus étendues qui lui ont été données par la loi d'organisation de 1943, pour trancher en définitive le litige par une solution unique.

On se plaint aussi et avec raison, de la lenteur des procès dans certains cantons et aussi du manque de préparation et de connaissances de certains juges, surtout dans les poursuites pénales. Il serait souhaitable que toute la matière si particulière des brevets fût soumise à une juridiction spéciale. Il n'y a pas là une défiance injustifiée envers la juridiction ordinaire, mais la constatation d'un fait et la préoccupation d'assurer un bon fonctionnement de la justice et par conséquent une meilleure protection de l'invention.

Evidemment, la création en Suisse d'un Tribunal des Brevets constituerait un empiètement sur la souveraineté des cantons et l'argument doit être sérieusement pesé. Est-il absolument pertinent? On peut se le demander étant donné, encore une fois, la matière très spéciale des brevets, son caractère technique prépondérant. L'esprit cantonal, les mœurs particulières de nos cantons, leurs traditions locales sont sur un autre plan et ne seraient en rien affaiblis par le fait que les différends relatifs aux brevets seraient remis à une juridiction unique. En regard, les avantages sont si évidents, qu'il vaut la peine de leur donner l'avantage. Ce Tribunal, par le fait même qu'il serait spécialisé, acquerrait une maîtrise indiscutée et apporterait aux justiciables une garantie de compétence que ne peuvent offrir des tribunaux cantonaux même les mieux composés. Que l'on songe, notamment, aux problèmes si délicats dont nous nous sommes entretenus, tels que le progrès technique, l'idée créatrice, le niveau de la brevetabilité, l'interprétation des brevets, les équivalences, les brevets de combinaison, la licence obligatoire; n'est-il pas dans l'intérêt des plaideurs de posséder une juridiction familiarisée avec ces questions, les jugeant selon des règles

rationnellement établies, mûrement pesées, créant en un mot une jurisprudence qui serve de guide aux intéressés et facilite grandement leur tâche? Le Tribunal des Brevets me paraît d'autant plus indispensable que l'on n'a pas, en Suisse, d'examen préalable.

On peut du reste envisager de diverses façons l'organisation de ce Tribunal des Brevets. D'aucuns ont préconisé la constitution, à l'Office de la Propriété Intellectuelle, d'un tribunal administratif auquel seraient remis uniquement les litiges relatifs à la validité du brevet, les procès en contrefaçon étant laissés à la juridiction ordinaire.

Ce projet a l'avantage d'être plus modeste, d'envisager une réforme beaucoup moins profonde de notre organisation judiciaire, de susciter par conséquent moins d'opposition et d'éviter peut-être une modification de la Constitution fédérale.

Du point de vue pratique, il peut être retenu quand bien même la réunion de l'administratif et du judiciaire ne nous paraît pas heureuse, sans compter que la plupart du temps les questions de nullité du brevet et de contrefaçon surgissent à propos du même litige, d'où complication de procédure, obligation de soutenir deux procès pour la même affaire, avec des frais importants et du temps perdu.

Nous voudrions suggérer autre chose:

Pour tenir compte dans la mesure la plus large possible des considérations d'ordre fédéraliste que nous sommes les premiers à comprendre, pourquoi ne confierait-on pas cette juridiction à des juges choisis, par le Tribunal Fédéral, parmi les magistrats de nos tribunaux cantonaux supérieurs, à l'instar de ce qui s'est fait avec succès pour les commissions pénales fédérales. Nous ne pensons pas, en effet, que le nombre d'affaires soit suffisant pour accaparer l'activité entière de magistrats judiciaires. En composant des chambres de trois juges juristes — il en faudrait 4 ou 5 au plus — et de deux juges techniciens (nous reviendrons sur la question de la participation technique)

qui se répartiraient le travail en tenant compte des nécessités d'ordre linguistique et territorial, on aurait ainsi une très bonne juridiction composée d'hommes d'expérience, de juristes rompus aux questions de droit et qui, bien vite, deviendraient des spécialistes des questions de brevets.

Faut-il, dans ce tribunal, joindre aux juristes des techniciens? Qui dit technicien ne dit pas forcément un homme compétent pour apprécier les „faits", vu la multiplicité des cas qu'embrassent les demandes de brevets d'invention. De plus le danger des juges-techniciens, c'est précisément qu'ils en imposent aux juges juristes dans des cas qui ne sont pas de leur compétence directe, qu'ils s'érigent en experts sans être vraiment qualifiés.

Nous croyons cependant qu'il y aurait un avantage réel à avoir la collaboration d'hommes de métier dans un tribunal de brevets, à la condition, bien entendu, qu'ils soient bien choisis.

Ce n'est pas tant le spécialiste qui est nécessaire que l'homme de bonne formation scientifique, possédant une solide culture générale et à même d'apprécier les problèmes techniques qui peuvent se présenter à lui et de les rendre compréhensibles pour ses collègues juristes, mais suffisamment objectif et dénué de parti pris, pour reconnaître les limites de ses connaissances et savoir proposer la désignation d'experts spécialisés.

Le recrutement de tels juges sera sans doute d'une grande difficulté dans un petit pays comme le nôtre; on les trouvera dans la mesure où la politique sera complètement bannie des choix à faire et où seule la compétence sera décisive. Ils pourraient également être désignés par le Tribunal fédéral sur présentation des grandes associations économiques.

Au surplus, nous ne voulons pas étudier ici l'organisation d'un tel tribunal; cela nous conduirait trop loin; nous avons voulu nous borner à suggérer une solution qui nous paraît conciliable avec le respect de nos traditions fédéralistes.

Il va sans dire que les jugements du Tribunal des Brevets seraient susceptibles de recours en réforme au Tribunal fédéral, comme c'est le cas actuellement pour les jugements des tribunaux cantonaux.

A propos du recours au Tribunal fédéral, signalons un progrès sensible qui vient d'être acquis, non sans peine, par la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 et qui donne une compétence accrue et exceptionnelle au Tribunal fédéral.

L'art. 67 de la nouvelle loi prévoit que dans les contestations relatives aux brevets d'invention, le Tribunal ou le Juge d'Instruction peut, s'il est nécessaire à l'intelligence des faits, procéder à une inspection loyale, faire appel à l'expert consulté par la juridiction cantonale et, en outre, à un nouvel expert.

S'il est vrai que le Tribunal fédéral reste, en conformité du principe général, lié par les faits tels que l'instance cantonale les a fixés, il possède maintenant un large pouvoir appréciateur puisqu'il peut, par le moyen d'une vision locale, d'une audition des experts cantonaux et surtout par la désignation de nouveaux experts, avoir sur les faits des éclaircissements nouveaux qui lui permettront — et c'est là l'essentiel — de redresser un jugement cantonal faux au point de vue juridique. Cette réforme est d'autant plus heureuse que nous n'avons pas en Suisse l'examen préalable des brevets d'invention et que les procès en la matière sont soumis à une juridiction cantonale unique.

Le législateur — et c'est une observation qu'il importe encore de faire — a reconnu ainsi la situation spéciale qui devait être faite aux litiges en matière de brevets. On est en droit, en prolongeant les lignes, de trouver dans cette disposition de l'art. 67 O. J. un argument en faveur d'un tribunal spécial des brevets.

Chapitre IV

Adaptation des dispositions pénales de la loi sur les brevets au Code pénal

Une mise au point des dispositions pénales des lois sur la propriété industrielle, notamment de la loi sur les brevets d'invention, s'impose à la suite de la promulgation du Code pénal suisse entré en vigueur le 1er janvier 1942.

Cette question a été traitée en détail par le Dr Walter Muller, dans un rapport fort intéressant qu'il a présenté à l'Assemblée Générale du Groupe Suisse de l'A.I.P.P.I. sur la revision totale de la loi sur les brevets[68]). Notre propos n'est pas de reprendre ici tous les cas relevés par le Dr Muller, mais de nous borner à exposer quelques questions sur lesquelles une mise au point nous paraît absolument nécessaire.

Les rapports entre le Code pénal et les lois fédérales et cantonales sont réglés par l'art. 333 C. P. selon le principe suivant:

„Les dispositions générales du présent code sont applicables aux infractions prévues par d'autres lois fédérales, à moins que celles-ci ne contiennent des dispositions sur la matière."

a) Ce principe a pour effet, notamment, de rendre applicables aux infractions de la loi sur les brevets, les dispositions relatives à l'erreur de fait:

„Art. 19. — Celui qui aura agi sous l'influence d'une appréciation erronée des faits sera jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable.

„Le délinquant qui pouvait éviter l'erreur en usant des précautions voulues est punissable pour négligence, si la loi réprime son acte comme délit de négligence."

Et à l'erreur de droit:

„Art. 20. — La peine pourra être atténuée librement par le juge (art. 66) à l'égard de celui qui a commis un crime ou un

[68]) Walther Muller, „Totalrevision des Patentgesetzes". (Bulletin du Groupe suisse de l'A. I. P. P. I., série III, fascicule 2, p. 47 et ss.

délit alors qu'il avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. Le juge pourra aussi exempter le prévenu de toute peine."

Muller signale, avec raison, que le résultat que l'on peut attendre de ces dispositions appliquées aux infractions de la loi sur les brevets ne sera certainement pas heureux et contribuera à rendre plus difficile, si ce n'est inefficace, la répression pénale.

La limite entre l'erreur et le dol et surtout le dol éventuel, sera bien difficile à déterminer, notamment dans des cas de contrefaçon ou d'imitation de l'objet d'une invention. On peut prévoir que ces prescriptions serviront de refuge aux contrefacteurs qui ne manqueront pas d'user et d'abuser de ce moyen; combien délicate sera la tâche du juge pénal pour en apprécier la valeur réelle.

Ce dernier, voulant éviter de statuer sur des questions fort complexes aura la tentation de renvoyer les parties à se pourvoir devant le Tribunal civil en suspendant l'instance pénale jusqu'à droit jugé par les tribunaux civils. Et, ce faisant, il affaiblera certainement l'effet de la réaction pénale qui doit être rapide pour être utile; on sait ce que peut durer un procès civil en matière de brevet, avec expertises, parfois contre-expertises; des années pourront s'écouler avant que soit fixée la question de principe de la validité du brevet et surtout l'étendue de la protection accordée au breveté (art. 5 al. 2 L. B.). Lorsque l'affaire reviendra devant le juge pénal, elle sera la plupart du temps complètement décolorée si elle n'est pas atteinte par la prescription absolue de l'art. 72 L. B. sur laquelle nous reviendrons.

Nous avouons notre embarras en présence de cette situation qui peut, le cas échéant, constituer un obstacle sérieux à la répression pénale. Peut-on demander un régime spécial pour la propriété industrielle et prévoir que les articles du Code pénal sur l'erreur ne lui sont pas applicables? Nous hésitons à aller jusque là. Il est sage, croyons-nous, d'attendre et de voir si, à la pratique, les inconvénients signalés se réalisent. Cela dépendra, en partie

tout au moins, de la perspicacité du juge dans la discrimination de l'erreur sincère et de l'argutie du plaideur de mauvaise foi.

b) Les infractions en matière de brevets sont punies sur plainte (art. 41 L. B.).

Cette disposition subsiste après l'entrée en vigueur du Code pénal; par conséquent les dispositions sur les délits sur plainte (articles 28 à 31 C. P.) sont applicables aux infractions en matière de brevets. Elles nous paraissent mal s'adapter au domaine de la propriété industrielle et spécialement à celui du droit des brevets. Tout d'abord l'art. 29 fixe à 3 mois le droit de porter plainte à partir du jour où l'ayant droit a connu l'auteur de l'infraction; ce délai est beaucoup trop court; alors que dans la loi actuelle, l'action civile et l'action pénale sont prescrites par trois ans à compter de la contravention, brusquement on oblige le lésé à agir judiciairement dans un délai de trois mois, sous peine de perdre son droit.

Sans parler des difficultés actuelles dues aux circonstances de guerre, de l'impossibilité de correspondre rapidement avec l'étranger qui peut placer le plaignant dans une situation tout à fait désavantageuse et l'empêcher de faire valoir normalement ses droits, on peut envisager un autre aspect de la question de caractère permanent. En matière de brevets d'invention, les questions litigieuses sont toujours délicates et, avant de s'engager dans une poursuite pénale, un breveté consciencieux voudra s'entourer de renseignements, consulter non seulement un homme de loi, mais surtout un ingénieur-conseil et cela prendra du temps; trois mois sont bien vite passés avant d'avoir l'expertise qui servira de base pour entamer des poursuites pénales; d'autre part, le procès n'est que le dernier moyen pour un breveté lésé dans ses droits, il est plein d'aléas, il expose à des frais importants, de telle sorte qu'en présence d'une contrefaçon, il est souvent préférable de tenter un arrangement avec la partie adverse; mais ces tractations, et l'expérience est là pour le prouver, prennent

du temps et le délai fatidique de trois mois mettra le lésé dans l'obligation d'interrompre, parfois de rompre, des pourparlers qui étaient en bonne voie, pour éviter la prescription de l'article 29 C. P. Il y a là une situation gravement préjudiciable aux intérêts du breveté et même aux intérêts généraux de la collectivité qui doit favoriser les transactions amiables et ne pas pousser aux procès, surtout aux procès pénaux. Ce délai de trois mois doit, à notre avis, être porté au moins à une année.

Mais les dispositions sur le droit de plainte du Code pénal présentent encore d'autres inconvénients. L'article 30 proclame l'indivisibilité du droit de porter plainte en ce sens que lorsqu'un ayant droit aura porté plainte contre un des participants à l'infraction, tous les participants devront être poursuivis d'office.

Cela peut mener loin en matière de brevets d'invention et englober une série de personnes avec lesquelles le lésé n'a aucun intérêt à avoir un différend. Nous pensons notamment à ceux qui vendent ou utilisent sans droit un objet breveté ou contrefait. Des considérations d'ordre commercial ou industriel peuvent induire le breveté à limiter son action au seul contrefacteur. Avec la disposition de l'article 30, il sera malgré lui entraîné dans une poursuite plus étendue qu'il ne l'a voulu et qui pourra, le cas échéant, lui causer beaucoup plus de tort que de profit, d'autant plus que le breveté n'aura pas la possibilité, une fois l'instruction ouverte contre tous les participants, de limiter la poursuite à celui qu'il entendait prendre à partie. En effet, l'article 31 C. P. prévoit que le retrait de la plainte à l'égard d'un des inculpés profitera à tous les autres. Dans ces conditions, le lésé hésitera, c'est naturel, à déposer une plainte pénale, même dans les cas où la contrefaçon est patente, et c'est évidemment regrettable.

Le principe de l'indivisibilité de la plainte pénale n'a sans doute pas été introduit dans le Code pénal sans de bons motifs, mais, en matière de propriété industrielle, il présente des inconvénients majeurs et ne doit pas être maintenu.

c) Un dernier point que nous voulons encore signaler brièvement, c'est celui de la prescription visée à l'article 72 C. P. La prescription normale de l'action étant de trois ans à compter de l'infraction, en application de l'art. 48 L. B. la prescription absolue sera de 4 ans et demi, l'art. 72 C. P. prévoyant que l'action pénale sera en tout cas prescrite lorsque le délai ordinaire sera dépassé de moitié. Muller[69]) a raison d'estimer ce délai trop court. Notre expérience des litiges en matière de brevets concorde avec la sienne. Les procès de brevets durent toujours longtemps et il n'est pas exclu qu'ils atteignent parfois le délai fixé pour qu'il y ait prescription absolue (4 ans et demi). On peut craindre que des plaideurs de mauvaise foi usent et abusent de tous les moyens de procédure pour y parvenir et dans ce cas une action, même complètement justifiée, devra être classée et la poursuite éteinte, ce qui serait vraiment un scandale. Pour remédier à cette situation, il y a un moyen très simple: c'est d'appliquer aux infractions de la propriété industrielle la prescription ordinaire de 5 ans du Code pénal, de telle sorte que le délai de prescription absolu soit de 7 ans et demi, ce qui peut paraître un délai suffisant.

Thèses

Avant de conclure notre rapport, nous voulons résumer sous forme de thèses les points essentiels que nous avons traités.

I

C'est l'enrichissement apporté par l'invention qui justifie la protection légale; le progrès technique doit donc être le critère prépondérant de l'invention.

Il est cependant nécessaire d'exiger en plus que l'invention soit le produit d'une idée créatrice pour limiter le brevet à la création intellectuelle et éviter de tom-

---

[69]) Müller, op. cit. p. 65.

ber dans des abus en protégeant de simples innovations de „métier".

II

Il y aura idée créatrice lorsque l'activité inventive dépassera ce que le professionnel moyen aurait trouvé de par ses connaissances et sa propre expérience.

III

La revendication du brevet doit pouvoir être complétée par la description en cas de doute sur l'interprétation de l'objet du brevet et de l'étendue de la protection.

IV

La protection du brevet s'étend aux équivalents lorsque ceux-ci sont évidents ou en tous cas prévisibles.

V

Malgré les difficultés certaines auxquelles l'examen préalable de l'invention se heurte en Suisse, celui-ci doit rester comme le but à atteindre si l'on veut que nos brevets soient revêtus d'une valeur que notre industrie est en droit d'exiger et qu'ils lui rendent les services qu'elle peut demander d'une législation sur la protection des inventions.

VI

Un accord international tendant à unifier les formalités d'octroi des brevets, sur la base d'un examen préalable unique, serait souhaitable.

VII

Si la protection du brevet est réservée aux inventions importantes, il est nécessaire de prévoir une protection légale pour les petites inventions. Il est inutile de créer en Suisse une loi sur les modèles d'utilité; il suffit, ou de pré-

voir dans la loi sur les brevets d'invention des dispositions spéciales relatives aux petites inventions avec une protection adéquate de 5 ou 6 ans et des formalités d'octroi de brevets simples et rapides, ou de modifier la législation sur les dessins et modèles industriels, de telle façon qu'elle couvre également la protection des petites inventions.

VIII

La création d'un Tribunal des Brevets statuant en premier ressort sur tous les litiges que soulève la loi sur les brevets d'invention, apparaît comme une réforme souhaitable et urgente. Une solution respectant nos traditions fédéralistes pourrait être trouvée en confiant cette mission à des juges choisis parmi les magistrats de nos tribunaux cantonaux supérieurs.

IX

Une mise au point des dispositions pénales de la loi sur les brevets avec la partie générale du Code pénal est nécessaire, notamment dans le sens des considérations que nous avons fait valoir dans notre rapport.