

Numéro du rôle : 6363
Arrêt n° 105/2017 du 28 septembre 2017

ARRET

En cause : la question préjudicielle relative à l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique, posée par le Tribunal de commerce de Gand, division Gand.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents E. De Groot et J. Spreutels, et des juges L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût et R. Leysen, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président E. De Groot,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par jugement du 4 février 2016 en cause de la SA « Europlasma » contre la société de droit du Royaume-Uni « P2i Ltd », dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 22 février 2016, le Tribunal de commerce de Gand, division Gand, a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique du 28 février 2014 [lire : 2013] viole-t-il le principe d'égalité et de non-discrimination inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution belge et le droit de propriété inscrit à l'article 16 de la Constitution belge et à l'article 1er du Premier Protocole du 20 mars 1952 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, combinés ou non avec les articles 10 et 11 de la Constitution belge, en ce que l'interprétation de l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique exige, pour son application, qu'outre l'existence d'une offre en Belgique pour l'utilisation du procédé, cette offre soit faite en vue d'une utilisation ultérieure du procédé sur le territoire belge ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- la SA « Europlasma », assistée et représentée par Me V. Pede, avocat au barreau de Gand, et Me J. Vanherpe, avocat au barreau de Courtrai;
- la société de droit du Royaume-Uni « P2i Ltd », assistée et représentée par Me P. Peeters et Me F. Verhoestraete, avocats au barreau de Bruxelles;
- le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me B. Vandermeulen et Me M. Martens, avocats au barreau de Bruxelles.

Des mémoires en réponse ont été introduits par :

- la société de droit du Royaume-Uni « P2i Ltd »;
- le Conseil des ministres.

Par ordonnance du 29 mars 2017, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs T. Merckx-Van Goey et F. Daoût, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 26 avril 2017 et l'affaire mise en délibéré.

A la suite de la demande du Conseil des ministres à être entendu, la Cour, par ordonnance du 26 avril 2017, a fixé l'audience au 17 mai 2017.

A l'audience publique du 17 mai 2017 :

- ont comparu :
 - . Me V. Pede et Me J. Vanherpe, pour la SA « Europlasma »;
 - . Me P. Peeters et Me F. Verhoestraete, pour la société de droit du Royaume-Uni « P2i Ltd »;
 - . Me B. Vandermeulen et Me M. Martens, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs T. Merckx-Van Goey et F. Daoût ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

La société de droit du Royaume-Uni « P2i Ltd » (ci-après : P2i) est titulaire du brevet européen EP 0988 412 B1 (ci-après : EP'412), validé en Belgique, relatif à un procédé amélioré d'obtention de revêtements polymères hydrofuges et oléorésistants par exposition de la surface à un plasma pulsé.

Après avoir fait procéder, les 25 et 28 mars 2013, à une saisie-description en matière de contrefaçon chez la SA « Europlasma » (ci-après : Europlasma), P2i reproche à cette dernière entreprise d'enfreindre son brevet en offrant des machines permettant d'utiliser le procédé protégé.

Le 28 mai 2013, Europlasma a intenté contre P2i une action en annulation du brevet EP'412 devant le Tribunal de commerce de Gand, division Gand.

De son côté, P2i a intenté le 4 juillet, devant ce même Tribunal, une action en contrefaçon contre Europlasma.

Par jugement du 19 juin 2014, le Tribunal a notamment ordonné à Europlasma, par voie de mesure provisoire, d'installer dans ses machines « offertes en Belgique et utilisées en Belgique » un logiciel empêchant de manière absolue le client d'utiliser le procédé protégé par le brevet de P2i.

Par jugement interlocutoire du 4 février 2016, le Tribunal a joint les affaires et a rejeté l'action en annulation du brevet EP'412.

Dans le même jugement, le Tribunal constate que l'action en contrefaçon introduite par P2i est fondée sur l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique, qui donne au titulaire du brevet le droit d'interdire à tout tiers « l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du titulaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire belge ».

Comme il ressort de la saisie-description, les clients d'Europlasma sont principalement établis en dehors de la Belgique. Selon Europlasma, seules les machines qui sont utilisées en Belgique sont en cause, tandis que P2i estime que l'interdiction s'applique à toutes les machines qui sont offertes depuis la Belgique, quel que soit l'endroit où elles sont utilisées.

Le Tribunal considère, dans son jugement du 19 juin 2014 ordonnant des mesures provisoires, que la seule interprétation contextuelle sensée de l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique semblait être que la restriction géographique « sur le territoire belge » doit nécessairement viser l'« utilisation », ce qui impliquerait qu'une offre faite en Belgique pour une utilisation à l'étranger n'est pas visée par cette disposition.

Dans son jugement du 4 février 2016, le Tribunal constate que le concept d'« utilisation de ce qui a été breveté sur le territoire (belge) » est également employé pour qualifier la contrefaçon visée à l'article XI.29, § 2, du Code de droit économique, de sorte qu'il n'est pas à exclure que le législateur ait effectivement souhaité introduire une distinction entre la portée territoriale d'un brevet de produit, d'une part, et d'un brevet de procédé, d'autre part.

Le Tribunal décide en conséquence de poser la question préjudicielle reproduite plus haut.

III. *En droit*

- A -

A.1.1. P2i attire l'attention sur le fait que la *ratio legis*, les exigences de brevetabilité et la durée de protection sont identiques pour les brevets de produit et les brevets de procédé. P2i soutient que la condition territoriale prévue par l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique porte uniquement sur l'offre du procédé, laquelle est constitutive en soi d'une contrefaçon, et ne porte pas sur l'utilisation du procédé breveté qui fait suite à l'offre. P2i indique que cette interprétation a été confirmée par le professeur Buydens, spécialiste du droit des brevets, dont elle a sollicité l'expertise lors de la procédure au fond. Il s'agirait de la seule interprétation qui serait compatible avec la notion de « contrefaçon directe », avec les travaux préparatoires de la loi sur les brevets d'invention, avec la *ratio legis* du droit des brevets et avec le principe d'égalité et de non-discrimination.

Selon P2i, la protection prévue par l'article XI.29, § 1er, a), du Code de droit économique pour les titulaires d'un brevet de produit s'applique dès qu'un produit breveté est offert sur le territoire belge, même lorsque le produit est destiné à être livré ou utilisé en dehors de la Belgique.

Dans l'interprétation que donne Europlasma à l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique, les titulaires d'un brevet de procédé bénéficieraient d'une protection moindre que les titulaires d'un brevet de produit, dès lors que, dans cette interprétation, non seulement l'offre du procédé devrait être effectuée depuis la Belgique, mais l'offre devrait, en outre, être faite en vue d'une utilisation du procédé sur le territoire belge.

A.1.2. Selon P2i, les titulaires d'un brevet de produit et les titulaires d'un brevet de procédé se trouvent dans des situations comparables. Tant la situation envisagée sous le *littera a)* que celle envisagée sous le *littera b)* de l'article XI.29, § 1er, du Code de droit économique concernent des actes de contrefaçon directe, par lesquels l'offre d'une invention brevetée cause un préjudice au monopole d'exploitation du titulaire du brevet.

A.1.3. P2i considère que la différence de traitement contestée, entre les titulaires d'un brevet de produit et les titulaires d'un brevet de procédé, est dénuée de but légitime.

En premier lieu, le but que le législateur aurait en vue n'est pas clair. En second lieu, ni la loi ni les travaux préparatoires ne permettent de déduire un objectif légitime.

P2i fait observer que la disposition en cause doit être interprétée, selon Europlasma, à la lumière de la Convention de Luxembourg du 15 décembre 1975 relative au brevet européen pour le marché commun (ci-après : la Convention de Luxembourg), au motif que l'article 27, § 1er, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention – le prédécesseur de l'actuel article XI.29 du Code de droit économique – constitue la transposition

presque littérale de l'article 29 de cette Convention. Selon Europlasma, l'objectif légitime de la différence de traitement critiquée ressortirait de la genèse de cette disposition conventionnelle.

P2i attire l'attention sur la circonstance que la Convention de Luxembourg n'est jamais entrée en vigueur, faute de ratifications suffisantes. Par conséquent, celle-ci ne devrait pas pouvoir servir de base à l'interprétation de la disposition en cause.

Par ailleurs, selon P2i, les travaux préparatoires de la Convention de Luxembourg ne se prononceraient pas sur l'étendue de la protection offerte par les brevets de procédé. C'était le souhait de certains négociateurs de la Convention de Luxembourg de ne pas empêcher des tiers d'offrir le savoir-faire d'un procédé dans des pays extérieurs à la Communauté européenne. Par analogie, l'objectif aurait été, lors de l'adoption de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, de ne pas limiter la liberté de tiers d'offrir le procédé dans des pays où il n'existait pas de protection par brevet.

Si tant est qu'éviter une « protection excessive » et préserver la concurrence puissent constituer un but légitime, ces buts ne pourraient pas être invoqués à titre d'objectif légitime, selon P2i, dès lors que la Convention de Luxembourg ne fait pas partie de l'ordre juridique belge et que les travaux préparatoires de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention ne prévoient aucune différence dans l'étendue de la protection offerte par un brevet.

A.1.4. En tout état de cause, la différence de traitement ne serait pas pertinente pour réaliser cet objectif hypothétique. Il n'est pas non plus permis de « protéger de manière excessive » les brevets de produit. Or, l'offre d'un produit breveté depuis la Belgique suffit déjà pour qu'il soit porté atteinte à un brevet de produit, alors que selon l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique, dans l'interprétation défendue par Europlasma, pour porter atteinte à un brevet de procédé, il est en outre exigé que l'offre soit faite en vue de l'utilisation du procédé breveté en Belgique.

A.1.5. Selon P2i, même à la lumière de l'objectif consistant à éviter une « protection excessive » et à préserver la concurrence, il est manifestement disproportionné d'exiger que l'offre d'un procédé protégé doive avoir lieu en vue de son utilisation sur le territoire belge. L'objectif d'éviter une « protection excessive » est déjà atteint par la condition exigeant que « l'offre d'utilisation du procédé » doit s'effectuer depuis la Belgique.

A.2.1. Selon Europlasma, il ressort de la formulation de la disposition en cause qu'une offre de procédé breveté constitue un acte de contrefaçon si deux conditions sont réunies : une condition de connaissance, d'une part, et une condition de territorialité, d'autre part. Cette dernière condition serait également double : non seulement l'offre de procédé devrait avoir lieu en Belgique, mais cette offre devrait être effectuée en vue d'une utilisation du procédé sur le territoire belge.

Europlasma souligne que ces conditions sont aussi celles qui caractérisent les actes de contrefaçon indirecte visés à l'article XI.29, § 2, du Code de droit économique. Par la disposition en cause, le législateur aurait introduit les deux caractéristiques des actes de contrefaçon indirecte dans la base légale d'un acte de contrefaçon - en principe - directe.

Pour Europlasma, l'interprétation de la disposition en cause défendue par P2i n'est pas correcte, compte tenu des travaux préparatoires de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention et compte tenu que la distinction entre les actes de contrefaçon directe et les actes de contrefaçon indirecte serait seulement relative. Par ailleurs, la circonstance que P2i ne soutient pas que la condition de connaissance prévue par la disposition en cause serait constitutive d'une atteinte au principe d'égalité et de non-discrimination démontrerait l'absence de véritable atteinte à ce principe.

A.2.2. Europlasma estime qu'il existe des différences essentielles entre les brevets de produit et les brevets de procédé. Par conséquent, ils ne seraient pas comparables dans le cadre du contrôle au regard du principe d'égalité et de non-discrimination.

La différence entre les produits et les procédés, qui constitue la base de la différence entre les brevets de produit et les brevets de procédé, équivaudrait à l'opposition entre le « concret » et l'« abstrait », entre ce qui est matériel et immatériel.

Europlasma attire l'attention sur le fait que, dans une même invention, on trouve souvent tant une composante de produit qu'une composante de procédé. Par conséquent, l'inventeur a le libre choix de faire protéger son invention par un brevet de produit ou par un brevet de procédé. En raison de la nature fondamentalement différente des aspects « produit » et « procédé » d'une invention donnée, ce choix a des conséquences considérables sur l'étendue de la protection accordée.

Selon Europlasma, les brevets de produits confèrent une protection pour toutes les formes d'utilisation du produit breveté, quelle que soit la manière dont le produit est fabriqué et indépendamment du contexte. A l'inverse, les brevets de procédé ne pourraient pas empêcher les tiers de parvenir au même résultat via l'utilisation d'un autre procédé.

Le droit des brevets établit, selon Europlasma, une distinction claire entre les brevets de produit et les brevets de procédé, en ce qui concerne la brevetabilité, la durée de protection et les règles en matière de contrefaçon, distinction qui démontrerait que les brevets de produit et les brevets de procédé sont des catégories totalement différentes, pour lesquelles un traitement distinct est de mise.

A.2.3. Europlasma soutient que la différence de traitement découle de la Convention de Luxembourg et qu'elle poursuit principalement deux buts :

- éviter une impasse lors des négociations de la Convention de Luxembourg, dont le but était d'harmoniser les règles juridiques relatives aux brevets des différents Etats membres de la Communauté européenne de l'époque, et
- éviter une atteinte disproportionnée à la liberté de concurrence par une extension trop importante du monopole dont bénéficie le titulaire du brevet.

Europlasma attire l'attention sur le fait que l'article 27, § 1er, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention – le prédécesseur de l'actuel article XI.29 du Code de droit économique – est la reproduction de l'article 29 de la Convention de Luxembourg. Selon cette disposition conventionnelle, pour qu'il y ait une contrefaçon d'un brevet de procédé, il est nécessaire que l'offre du procédé objet du brevet ait lieu en vue « de son utilisation sur le territoire des Etats contractants ». A la suite de la formulation de cette disposition conventionnelle, ce ne serait pas le pays où le procédé est offert qui importerait mais bien le lieu prévu ou réel de son utilisation.

Cette condition de territorialité résulterait d'un compromis entre les Etats contractants. A l'origine, diverses délégations étaient opposées à l'idée de prévoir une interdiction d'offre d'un procédé breveté, alors que l'introduction d'une interdiction équivalente à l'égard des produits brevetés ne soulevait aucune discussion. A titre de compromis, l'offre d'un procédé breveté a été formellement classée comme un acte de contrefaçon directe, mais en étant soumise à certains critères fixés pour les actes de contrefaçon indirecte, telles que des conditions de territorialité et le caractère intentionnel. Amiram Benyamini confirmerait cette analyse dans son étude consacrée à la Convention de Luxembourg.

Le fait que la Convention de Luxembourg n'ait pas été ratifiée à temps par tous les Etats membres ne signifie pas, selon Europlasma, que les objectifs poursuivis par les Etats membres lors de la signature de cette Convention auraient perdu leur pertinence, d'autant plus que la Belgique avait ratifié cette Convention dans les délais. Etant donné que l'article XI.29, § 1er, b), actuel, du Code de droit économique est issu de l'article 29 de la Convention de Luxembourg, les conditions entourant l'adoption de cette Convention doivent être prises en considération.

Europlasma ajoute que la double condition de territorialité contenue dans l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique trouve aussi un fondement dans les principes de la liberté de commerce et de la liberté de copie qui en découle. Les droits de propriété intellectuelle, tels que les droits de brevet, constituent des exceptions à ces libertés et doivent être interprétés de manière restrictive.

A.2.4. Europlasma soutient en outre que la différence de traitement repose sur un critère objectif qui est pertinent pour atteindre le but poursuivi.

D'une part, l'adoption de la double condition de territorialité était un compromis entre les Etats membres de la Convention de Luxembourg, afin de trouver une solution d'harmonisation à l'égard des actes de contrefaçon directe et indirecte. D'autre part, ce compromis était favorable à la liberté de commerce, étant donné

que le fait d'assortir l'interdiction d'offrir des procédés brevetés d'une condition de territorialité et d'une condition de connaissance du brevet évitait une extension injustifiée du monopole lié au brevet.

A.2.5. Europlasma considère que la distinction entre les brevets de produit et les brevets de procédé est aussi proportionnée à l'objectif poursuivi.

Premièrement, il existerait certaines mesures compensatoires. Tandis que le *littera* b) de l'article XI.29 du Code de droit économique interdit les activités relatives au procédé qui ont lieu avant et pendant la production, le *littera* c) de cet article offre une protection après la production, contre l'utilisation ou la vente des produits obtenus. En outre, il résulte de l'article XI.60 du Code de droit économique qu'un tiers qui fabrique un produit dont le procédé fait l'objet d'un brevet est, sauf preuve contraire, présumé avoir fabriqué ce produit en application du procédé breveté. Une telle présomption n'existe pas dans le cas des brevets de produit.

Deuxièmement, les effets de la différence de traitement critiquée seraient en toute hypothèse limités. En effet, l'inventeur a presque toujours le choix de faire protéger son invention comme un brevet de produit combiné avec un brevet de procédé, étant donné que la majeure partie des brevets de procédé comportent à la fois une composante « produit » et une composante « procédé ».

Troisièmement, les dispositions de droit international pertinentes n'empêcheraient pas les législateurs nationaux d'établir une protection différente selon que l'invention porte sur un produit ou sur un procédé. Par ailleurs, les législations applicables en Allemagne, au Royaume-Uni et en France prévoiraient que pour constituer une contrefaçon, l'offre de procédé sur le territoire d'un Etat doit porter sur l'utilisation du procédé dans ce même Etat.

A.2.6. Enfin, Europlasma conteste que la double condition de territorialité contenue dans l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique porte atteinte au droit de propriété tel qu'il est consacré par l'article 16 de la Constitution et par l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

A titre principal, Europlasma soutient que la double condition de territorialité ne saurait entraîner une atteinte au droit de propriété. Les titulaires de brevets de procédé ne pourraient pas prétendre à un droit qu'ils n'ont jamais eu, à savoir le droit d'agir en justice contre une offre de procédé qui ne satisfait pas à la double condition de territorialité contenue dans l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique. Ils n'ont aucune « attente légitime » à l'extension de leur droit de propriété. Ils n'ont pas non plus droit à l'interprétation que donne P2i de la disposition en cause.

A titre subsidiaire, Europlasma soutient que les normes de contrôle mentionnées dans la question préjudicielle concernent une ingérence dans le droit de propriété commise par des autorités publiques et ne visent pas le cas d'une relation horizontale entre particuliers, comme en l'espèce. En toute hypothèse, il serait déjà avéré que la mesure est proportionnée et est donc légitime.

A.3.1. Le Conseil des ministres soutient que la condition de territorialité ne figure pas par hasard dans la disposition en cause, dans la Convention de Luxembourg et dans l'Accord du 19 février 2013 relatif à une juridiction unifiée du brevet – qui a récemment été ratifié par la Belgique –, et que sa portée est claire. L'offre de procédé devrait être faite avec l'objectif que le procédé soit utilisé sur le territoire sur lequel la législation en matière de brevet concernée est d'application. Dans le cas contraire, on donnerait une portée territoriale trop large à ces dispositions.

Le Conseil des ministres attire l'attention sur le fait que la Convention de Luxembourg est le résultat d'un équilibre délicat entre les pays qui voulaient considérer l'offre d'un procédé breveté comme un acte de contrefaçon directe et ceux qui ne voulaient pas interdire une telle offre.

Les négociateurs français, allemands et belges souhaitaient faire interdire purement et simplement l'offre d'un procédé breveté, en tant que contrefaçon directe du brevet. Les délégations des Pays-Bas et du Royaume-Uni, au contraire, défendaient la thèse selon laquelle la Convention ne pouvait pas interdire l'offre d'un procédé breveté.

Il a finalement été décidé, à titre de compromis, de subordonner la protection d'un procédé à deux conditions supplémentaires, parmi lesquelles une condition de territorialité. En vertu de cette condition, le titulaire du brevet ne peut faire empêcher l'infraction que si le procédé breveté est non seulement offert mais est également utilisé sur le territoire qui bénéficie de la protection.

Le Conseil des ministres indique que cette analyse est confirmée par Amiram Benyamini dans son étude consacrée à la Convention de Luxembourg – même si l'auteur y défend aussi sa propre vision, opposée, de la question, selon laquelle aucune différence ne peut être faite entre l'offre d'un produit et l'offre d'un procédé.

Le Conseil des ministres souligne que la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni ont aussi introduit la condition de territorialité, ainsi comprise, dans leur législation nationale. L'accord du 19 février 2013 relatif à une juridiction unifiée du brevet – qui a récemment été ratifié par la Belgique – contient une disposition identique à celle de l'article 29 de la Convention de Luxembourg.

A.3.2. Le Conseil des ministres souligne que si les conditions d'octroi d'un brevet de produit et d'un brevet de procédé semblent identiques à première vue (l'un comme l'autre sont soumis aux trois conditions de nouveauté, d'activité inventive et de caractère industriel), il existerait en réalité des différences fondamentales entre les deux formes de protection.

Un brevet de produit bénéficie d'une protection absolue parce qu'il s'applique à l'élément produit en tant que tel, indépendamment du procédé de fabrication et indépendamment de son utilisation. L'examen de la nouveauté d'un tel brevet est dès lors particulièrement sévère.

Un brevet de procédé protège uniquement une méthode spécifique permettant de fabriquer un produit donné. Le brevet ne peut pas faire obstacle à ce qu'un même produit soit fabriqué d'une autre manière. Il suffit que le procédé se distingue de procédés similaires sous l'angle de la nouveauté et de l'activité inventive. Les brevets de procédé sont dès lors accordés plus facilement que les brevets de produit. Cette différence explique, selon le Conseil des ministres, la différence de protection dont jouissent les brevets respectifs.

A.3.3. Le Conseil des ministres souligne en outre la distinction entre les contrefaçons directes et indirectes de brevet et ses conséquences sur la protection des titulaires de brevet.

Dans le cas d'une contrefaçon directe du brevet (article XI.29, § 1er, a), du Code de droit économique), le tiers porte atteinte aux droits exclusifs liés au brevet en tant que tel et il est un contrefacteur parce qu'il fabrique, vend ou utilise le produit protégé ou lorsqu'il utilise le procédé protégé, sans qu'il faille prouver que ce tiers avait connaissance du brevet ou savait qu'il commettait une infraction.

Dans le cas d'une contrefaçon indirecte du brevet (article XI.29, § 2, du Code de droit économique), une personne effectue des actes préparatoires permettant à un tiers de violer le brevet et elle se trouve pour ainsi dire complice parce qu'elle offre à ce tiers les moyens d'enfreindre le brevet.

Dans ce dernier cas, au motif que ce n'est pas celui qui propose les moyens mais bien un tiers qui utilise l'invention, la loi impose certaines conditions supplémentaires dans le cas d'une contrefaçon indirecte du brevet :

- la livraison ou l'offre de livraison de l'élément essentiel doit avoir lieu sur le territoire belge;
- la livraison ou l'offre de livraison doit avoir lieu en vue de son utilisation sur le territoire belge;
- le tiers doit savoir, ou les circonstances rendre le fait évident, que les moyens offerts sont aptes et destinés à cette utilisation.

Un critère territorial et un critère subjectif s'appliquent donc dans le cas d'une contrefaçon indirecte du brevet.

Selon le Conseil des ministres, ces deux critères s'appliquent tant à la contrefaçon d'un brevet de procédé qu'à la contrefaçon indirecte d'un brevet. Dans le cas d'une offre d'un procédé protégé, il se produirait en effet une situation qui ressemble davantage à celle d'une contrefaçon indirecte qu'à celle de l'offre d'un produit, étant

donné qu'à l'instar de ce qui se passe dans le cas d'une contrefaçon indirecte du brevet, l'exclusivité du brevet n'est pas nécessairement affectée par celui qui offre le procédé.

A.3.4. Ensuite, le Conseil des ministres déclare que la législation sur les brevets poursuit trois objectifs :

- stimuler l'innovation en conférant à l'inventeur un monopole en échange de la divulgation de son invention;
- stimuler la liberté de commerce en prévoyant un droit de brevet temporaire, de sorte que les tiers puissent utiliser librement le brevet après vingt ans;
- permettre aux tiers, également pendant la durée de protection du brevet, de prendre connaissance de l'invention pour réaliser des expériences, pour améliorer l'invention qui a été rendue publique ou pour la développer et l'utiliser pour d'autres applications qui ne sont pas protégées.

A.3.5. Concernant la question de savoir si le principe d'égalité est respecté en l'espèce, il faut avant tout vérifier, selon le Conseil des ministres, si les situations sont comparables.

Il attire l'attention sur le fait qu'il est déjà porté atteinte à l'exclusivité de l'invention, qui est l'objectif premier d'un brevet, dès qu'un produit protégé par un brevet est offert.

L'offre d'un procédé protégé ne mettrait pas cet objectif en péril. Elle n'affecte pas l'exclusivité de l'invention. Pour offrir un procédé, aucun acte de contrefaçon préalable ne doit avoir lieu de la part de celui qui l'offre. Le simple fait d'offrir le procédé sans avoir connaissance de la contrefaçon potentielle et sans que l'offre ait lieu en vue de son utilisation, n'affecte pas l'exclusivité du procédé.

Pour que l'offre d'un procédé puisse malgré tout être qualifiée de contrefaçon du brevet, la solution consistait, selon le Conseil des ministres, à prévoir deux conditions supplémentaires, à savoir le critère subjectif et le critère de territorialité.

Cette solution serait bénéfique tant pour le premier objectif du brevet, à savoir garantir une certaine exclusivité, que pour le troisième objectif, qui consiste à donner aux tiers la possibilité d'expérimenter ou d'améliorer le procédé protégé ou de le proposer à d'autres afin que ceux-ci puissent l'utiliser, en combinaison avec leur propre savoir-faire.

A.3.6. Le Conseil des ministres estime que la différence de traitement repose sur la différence objective entre les brevets de produit et les brevets de procédé.

La condition de territorialité serait elle aussi objective. Elle ne peut pas être fixée ou modifiée par le titulaire du brevet et elle est connue d'avance par les tiers.

En outre, cette condition résulterait d'une norme objective qui existait déjà pour lutter contre des situations similaires, à savoir celles des contrefaçons indirectes d'un brevet.

A.3.7. Selon le Conseil des ministres, le critère de distinction est également pertinent pour atteindre le but poursuivi. La condition de territorialité est raisonnablement justifiée, au motif que les droits de brevet sont des droits territoriaux qui sont régis par la « *lex fori protectionis* » (loi du pays de protection).

L'ajout de la condition de territorialité établit une distinction raisonnable entre l'offre d'un produit protégé, qui bénéficie d'une protection absolue, et l'offre d'un procédé, auquel est conférée une protection moins étendue.

Si la condition de territorialité n'existait pas, les entreprises belges qui offrent des appareils ou de procédés qui sont exclusivement utilisés à l'étranger seraient considérées comme des contrefactrices. Le Conseil des ministres estime que la « *lex fori protectionis* » serait étendue de manière déraisonnable.

A.3.8. Enfin, la mesure serait également proportionnée, parce que la condition de territorialité n'impose pas davantage de restrictions à la protection d'un brevet de procédé que dans le cas de la contrefaçon indirecte d'un brevet de procédé.

A.3.9. Enfin, le Conseil des ministres attire l'attention de la Cour sur l'entrée en vigueur prochaine de l'Accord du 19 février 2013 relatif à une juridiction unifiée du brevet et sur la nécessité d'éviter des interprétations divergentes de la condition de territorialité qui est formulée dans cet Accord, dans des termes comparables à ceux de la disposition en cause.

A.4.1. Dans son mémoire en réponse, P2i demande d'abord que la Cour constate la nullité du mémoire du Conseil des ministres, qui contient des passages en anglais, en français et en allemand, non traduits en néerlandais.

A.4.2. P2i ajoute que les mémoires d'Europlasma et du Conseil des ministres reposent sur plusieurs prémisses erronées concernant des aspects importants du droit belge des brevets. P2i insiste à cet égard sur le fait qu'il ressort des travaux préparatoires de l'article 27, § 1er, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention que l'expression « sur le territoire belge » doit être interprétée en combinaison avec les termes « l'offre » et « ait lieu » et non avec les termes « d'utilisation » (*Doc. parl.*, Chambre 1980-1981, n° 919/1, p. 14). Selon P2i, l'exigence de territorialité concerne uniquement l'offre.

P2i indique également que le droit des brevets, la notion d'« acte de contrefaçon par le biais d'une offre d'un procédé breveté » et la condition de territorialité y afférente, ne sont pas harmonisés au niveau européen. P2i se réfère à cet égard au droit en vigueur en Italie, en Espagne, en Autriche et au Portugal, où la condition de territorialité serait absente. Par conséquent, la seule situation à prendre en considération serait celle du droit belge, et non celle qui prévaut dans les autres Etats.

Selon P2i, le futur système de juridiction unifiée du brevet existera parallèlement aux systèmes nationaux, sans que ceux-ci doivent nécessairement être adaptés.

Selon P2i, la présentation donnée par Europlasma et par le Conseil des ministres selon laquelle une distinction claire serait faite dans le droit des brevets, entre les brevets de produits et les brevets de procédés, en ce qui concerne les conditions d'octroi et la protection, est contraire aux principes de base du droit des brevets et au texte de loi lui-même. Un tel régime différencié ne ressortirait ni du Code de droit économique, ni de l'ancienne loi du 28 mars 1984, ni du droit européen des brevets. Contrairement à ce que soutient Europlasma, les procédés ne seraient pas abstraits mais concrets, et ils seraient soumis, comme les brevets, aux exigences d'application industrielle et de divulgation complète. De la même manière, il serait inexact que les inventeurs choisissent librement entre le brevet de produit ou le brevet de procédé : le choix pour l'un ou l'autre type de brevet dépendrait principalement de la nature de l'invention. Les brevets de produits et les brevets de procédé seraient protégés de la même manière. L'élément intentionnel et l'élément territorial auraient, quant à eux, une portée distincte pour les deux formes de contrefaçon (directe et indirecte). Enfin, l'offre serait en soi constitutive d'un acte de contrefaçon, que celle-ci porte sur un produit ou sur un procédé.

La circonstance que P2i n'ait pas évoqué la condition de connaissance serait due au fait que cette condition n'est pas contestée dans le litige au fond et n'est pas visée par la question préjudicielle.

A.4.3. Contrairement à ce qu'estiment le Conseil des ministres et Europlasma, P2i considère que le titulaire d'un brevet de produit et le titulaire d'un brevet de procédé qui sont confrontés à une offre illicite portant sur leur invention se trouvent dans des situations qui sont suffisamment comparables.

Les brevets de produit et les brevets de procédé concernent tous deux des inventions qui sont soumises aux mêmes conditions et qui contribuent de la même manière au patrimoine technique de l'humanité. De même, en ce qui concerne l'offre, les situations seraient comparables. Tant l'offre portant sur un procédé breveté que l'offre portant sur un produit breveté constituent une contrefaçon directe. Dans les deux cas, l'offre d'une invention brevetée fait en effet partie du monopole d'exploitation du titulaire du brevet.

A.4.4. P2i maintient que le but que poursuivait le législateur lorsqu'il a traité différemment les titulaires d'un brevet de produit et les titulaires d'un brevet de procédé n'est pas clair. Ni la loi, ni les travaux préparatoires ne permettent de déduire un quelconque but légitime.

A.4.5. P2i conteste la thèse du Conseil des ministres selon laquelle l'offre portant sur une invention ne peut constituer une contrefaçon que si un acte de contrefaçon a déjà été commis. Le législateur a décidé que la simple offre constitue un acte de contrefaçon, indépendamment du fait que d'autres actes de contrefaçon l'aient précédée ou bien la suivront.

A.4.6. P2i maintient également son opposition à la thèse du Conseil des ministres et d'Europlasma selon laquelle la disposition en cause doit être interprétée à la lumière de la Convention de Luxembourg.

Cette Convention n'est jamais entrée en vigueur et n'a rien de plus qu'une valeur historique. En outre, la condition de territorialité contenue dans l'article 29 de cette Convention était le résultat d'un compromis politique auquel la Belgique n'était pas favorable. Selon P2i, il ressort des travaux préparatoires, déjà mentionnés, de l'article 27 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention que le législateur a fait porter la condition de territorialité sur l'offre et non sur la destination de l'utilisation. Le législateur belge aurait donc clairement pris ses distances par rapport à l'interprétation déduite de la disposition conventionnelle.

P2i considère que seule l'offre d'utilisation d'un procédé doit être prise en considération pour établir s'il y a une infraction ou non. Il ne faudrait nullement tenir compte d'une éventuelle utilisation ultérieure du procédé et, à plus forte raison, du fait que celle-ci ait lieu sur le territoire belge.

Elle maintient que la disposition en cause, dans l'interprétation donnée par le Conseil des ministres et par Europlasma, est contraire au principe d'égalité et de non-discrimination, faute de tout but légitime.

A.4.7. En ce qui concerne l'objectivité du critère de distinction, P2i reconnaît que, d'un point de vue technique, les brevets de procédé et les brevets de produit font l'objet d'une protection différente. Ils sont toutefois soumis aux mêmes conditions de reconnaissance, de protection et de durée de protection.

A.4.8. P2i réitère l'argumentation de son premier mémoire en ce qui concerne l'absence de pertinence de la différence de traitement et la proportionnalité de la mesure.

Elle ajoute que la condition en vertu de laquelle l'offre doit également avoir été faite « en vue de l'utilisation du procédé sur le territoire belge » est manifestement disproportionnée, dès lors que l'objectif hypothétique d'éviter une « protection excessive » est déjà atteint grâce à la première condition.

La thèse du Conseil des ministres selon laquelle la condition de territorialité n'impose pas davantage de restrictions à la protection dont bénéficie le brevet de procédé que dans le cas d'une contrefaçon indirecte implique, selon P2i, une méconnaissance manifeste de la distinction que le législateur a voulu instaurer entre les actes de contrefaçon directe et indirecte.

P2i conteste également l'argument d'Europlasma selon lequel le législateur aurait prévu certaines mesures compensatoires. Cet argument méconnaîtrait la réalité de nombreux brevets de procédé qui ne donnent pas lieu à la fabrication d'un produit, tels que des procédés de chauffage, d'anesthésie, d'élimination des gaz dangereux, etc. Les titulaires de brevets de procédé qui ne sont pas des procédés permettant de fabriquer un produit ne bénéficieraient pas de la protection de l'article XI.29, § 1er, c), du Code de droit économique et la différence de traitement ne serait pas compensée dans leur cas.

A.4.9. En ce qui concerne le droit de propriété, P2i constate qu'Europlasma ne conteste pas que la notion de propriété telle qu'elle est consacrée par l'article 16 de la Constitution et par l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme inclut également les droits de propriété intellectuelle tels que les brevets.

Lorsqu'Europlasma allègue que P2i ne peut pas réclamer un droit de propriété sur quelque chose dont elle ne dispose pas, cette partie perd de vue, selon P2i, que cet argument ne résiste à l'examen que si l'on considère que l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique pose une double condition de territorialité. C'est précisément la constitutionnalité de cette interprétation qui est contestée.

A.5. Le Conseil des ministres confirme qu'un brevet est un bien protégé par le droit de propriété. Il fait référence à l'arrêt de la Cour n° 3/2014 du 16 janvier 2014.

Le Conseil des ministres déclare que la présente affaire est d'un tout autre ordre. Dans ce cas-ci, seules les différences entre les conditions d'exercice de deux formes du droit de propriété, à savoir les brevets de produit et les brevets de procédé, font débat. Aucune critique n'est formulée concernant des différences de traitement susceptibles d'entraîner une perte du droit de propriété.

Selon le Conseil des ministres, il ne saurait dès lors s'agir de perte ou de privation du droit de propriété.

- B -

Quant à la recevabilité du mémoire du Conseil des ministres

B.1.1. La société de droit du Royaume-Uni « P2i Ltd », partie dans l'instance au fond, demande dans son mémoire en réponse que la Cour constate la nullité du mémoire du Conseil des ministres parce que celui-ci contient des passages en anglais, en français et en allemand.

B.1.2. Le fait que le mémoire du Conseil des ministres, qui a été rédigé en néerlandais, conformément à l'article 62, alinéa 2, 1^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, contienne en plusieurs endroits des citations dans d'autres langues de sources juridiques de droit international sur la réglementation en matière de brevets, dont une traduction (libre) est à chaque fois ajoutée en note de bas de page, ne constitue pas un motif suffisant pour écarter le mémoire des débats.

Quant à la recevabilité du mémoire de la société de droit du Royaume-Uni « P2i Ltd »

B.2.1. La SA « Europlasma », également partie dans l'instance au fond, déclare, dans un courrier de son avocat daté du 20 juillet 2016, qu'elle n'a pas déposé de mémoire en réponse parce qu'elle n'a pas jugé nécessaire de répondre à l'argumentation peu étayée, selon elle, du mémoire de treize pages introduit par la société de droit du Royaume-Uni « P2i Ltd ». Elle dénonce le fait que cette société a utilisé son mémoire en réponse pour « développer sa thèse en quadruplant pratiquement la longueur de l'argumentation » et demande que ce mémoire en réponse soit écarté des débats ou qu'il lui soit permis d'encore y répondre.

B.2.2. Les articles 81 et suivants de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ne formulent aucune exigence concernant le contenu du mémoire.

Une partie est libre de développer l'argumentation de son mémoire dans un mémoire en réponse. Conformément à l'article 90 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, toutes les parties peuvent demander qu'une audience soit tenue, afin de pouvoir encore répliquer verbalement.

Quant à la disposition en cause et à son contexte

B.3. L'article XI.29 du Code de droit économique fait partie du livre XI (Propriété intellectuelle), titre 1er (« Brevets d'invention »), chapitre 2 (« Du brevet d'invention »), section 4 (« Des droits et obligations attachés au brevet d'invention et à la demande de brevet d'invention »), du Code de droit économique.

L'article XI.3, alinéa 1er, de ce Code, dispose :

« Sous les conditions et dans les limites fixées par le présent titre, il est accordé sous le nom de ' brevet d'invention ', appelé ci-après ' brevet ', un droit exclusif et temporaire d'interdire aux tiers l'exploitation de toute invention, dans tous les domaines technologiques, qui est nouvelle, implique une activité inventive et est susceptible d'application industrielle ».

B.4. L'article XI.29 du Code de droit économique dispose :

« § 1er. Le brevet confère le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet :

a) la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet;

b) l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du titulaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire belge;

c) l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet.

§ 2. Le brevet confère également le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire belge, à une personne autre que celles habilitées à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque les moyens de mise en œuvre sont des produits qui se trouvent couramment dans le commerce, sauf si le tiers incite la personne à qui il livre à commettre des actes interdits par le paragraphe 1er.

Ne sont pas considérées comme personnes habilitées à exploiter l'invention au sens de l'alinéa 1er du présent paragraphe celles qui accomplissent les actes visés à l'article XI.34, § 1er, sous a) à c) ».

B.5.1. L'article XI.29, § 1er, a), de ce Code se rapporte à un « produit objet du brevet » qui donne au titulaire du brevet d'un « produit » le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet, la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées de ce produit.

L'article XI.29, § 1er, b), en cause, de ce Code a trait quant à lui à un brevet portant sur un procédé, qui donne à son titulaire le droit d'interdire à tout tiers qui n'a pas reçu son consentement en ce sens, soit l'utilisation de ce procédé, soit, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du titulaire du brevet, « l'offre de son utilisation sur le territoire belge ».

B.5.2. L'article XI.29, § 1er, c), de ce Code a trait à l'hypothèse d'un procédé breveté menant directement à un produit non breveté : dans ce cas également, le titulaire du procédé breveté peut interdire l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, l'importation ou la détention du produit.

Par ailleurs, l'article XI.28, alinéa 3, de ce Code, dispose :

« Si l'objet du brevet porte sur un procédé, les droits conférés par ce brevet s'étendent aux produits obtenus directement par ce procédé ».

En outre, l'article XI.60, § 1er, alinéa 2, première phrase, de ce Code, dispose :

« Si l'objet du brevet est un procédé permettant d'obtenir un produit nouveau, tout produit identique fabriqué par une personne autre que le titulaire du brevet est, jusqu'à preuve contraire, considéré comme obtenu par ce procédé ».

B.5.3. L'article XI.29, § 2, du Code de droit économique confère au titulaire d'un brevet le droit d'interdire également la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire belge, des « moyens de mise en œuvre de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci ». Une telle interdiction n'est cependant possible que s'il peut être admis que le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

Ce dernier élément, qui se rapporte à la connaissance que le tiers impliqué a ou doit avoir, est également un élément constitutif de la contrefaçon visée à l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique.

Conformément à l'article XI.29, § 2, du Code de droit économique, le titulaire du brevet peut seulement interdire la livraison ou l'offre de livraison « sur le territoire belge » des moyens « de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention » se rapportant à un élément essentiel de celle-ci.

D'autre part, l'article XI.60, § 1er, alinéa premier, du Code de droit économique, dispose :

« Constitue une contrefaçon engageant la responsabilité de son auteur, toute atteinte portée aux droits du titulaire visés à l'article XI.29 ».

B.5.4. S'agissant des droits que le titulaire d'un brevet tire d'un brevet, une distinction est établie entre les contrefaçons de brevets qualifiées de directes et celles qualifiées d'indirectes.

Dans le cas d'une contrefaçon directe, un tiers auquel la contrefaçon est imputée exploite personnellement, soit le produit, en le contrefaisant par exemple lui-même ou en offrant de le livrer, soit le procédé, en l'utilisant lui-même. Le titulaire d'un brevet portant sur un produit peut imposer à un tiers une interdiction d'exploiter lui-même le produit (la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées). Le titulaire d'un brevet portant sur un procédé peut imposer au tiers une interdiction d'exploiter le procédé en l'utilisant lui-même.

Dans le cas d'une contrefaçon indirecte, le tiers auquel la contrefaçon est imputée n'utilise pas personnellement l'objet du brevet mais permet à d'autres de l'utiliser en leur livrant ou en offrant de leur livrer l'invention.

Toutefois, une interdiction de contrefaçon indirecte n'est possible que lorsque sont réunies les conditions supplémentaires que la livraison ou l'offre de livraison s'effectue en vue de son utilisation sur le territoire belge et que le tiers sache ou que les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

Ces conditions supplémentaires s'appliquent également à une interdiction en application de l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique, du moins dans l'interprétation que lui donne le juge *a quo*, bien que cette disposition soit intégrée dans les possibilités de faire interdire une contrefaçon directe d'un brevet.

B.6.1. L'article XI.29 du Code de droit économique est calqué presque intégralement sur l'article 27 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, qui disposait avant son abrogation par l'article 32, § 2, alinéa 1er, premier tiret, de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du Livre XI « Propriété intellectuelle » dans le Code de droit économique, et portant insertion des dispositions propres au Livre XI dans les Livres I, XV et XVII du même Code :

« § 1er. Le brevet confère le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet :

a) la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet;

b) l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du titulaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire belge;

c) l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet.

§ 2. Le brevet confère également le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire belge, à une personne autre que celles habilitées à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque les moyens de mise en œuvre sont des produits qui se trouvent couramment dans le commerce, sauf si le tiers incite la personne à qui il livre à commettre des actes interdits par le § 1er.

Ne sont pas considérées comme personnes habilitées à exploiter l'invention au sens de l'alinéa 1er du présent paragraphe celles qui accomplissent les actes visés à l'article 28, sous a) à c) ».

B.6.2. L'exposé des motifs de cette loi indique à ce sujet :

«Le droit de la propriété industrielle et, en particulier, celui relatif aux brevets d'invention, a connu ces dernières années une évolution très importante sur le plan international. Le nombre sans cesse croissant des inventions techniques, résultat d'une industrialisation toujours plus poussée, la nécessité d'assurer aux inventeurs une meilleure protection et de simplifier les formalités d'octroi des brevets, l'extension considérable des échanges internationaux de produits et de moyens incorporant des acquis techniques ont conduit les Etats à rechercher une harmonisation, voire dans certains cas une unification, des dispositions régissant la matière des brevets d'invention.

[...]

Le degré d'uniformisation qu'a permis d'atteindre la Convention de Munich de 1973 demeure cependant insuffisant pour satisfaire aux besoins du marché commun. Aussi, les Etats membres des Communautés européennes ont-ils conclu à Luxembourg, en 1975, la Convention relative au brevet européen pour le marché commun. Cette convention prévoit que l'inventeur ne peut, en principe, bénéficier de la protection conférée par un brevet européen que pour l'ensemble des territoires des Etats membres de la Communauté. Les neuf brevets issus de la procédure européenne de délivrance sont donc rassemblés en un brevet unitaire : le brevet communautaire, lequel produit les mêmes effets dans tous les Etats membres.

Les différentes conventions précitées, à l'élaboration desquelles la Belgique a pris une part active, ne suppriment toutefois pas les lois nationales en matière de brevets. D'autre part, ces lois ne tomberont pas en désuétude par l'effet de l'entrée en vigueur des conventions européennes. On peut penser que, ne serait-ce que pour des considérations financières, un nombre non négligeable d'inventeurs entendra se limiter dans bien des cas à une protection nationale. Le maintien des lois nationales est donc indispensable. Il va de soi cependant que ces dernières doivent être harmonisées avec les dispositions en vigueur sur le plan international afin d'éviter que ne soient applicables sur un même territoire des systèmes par trop différents de protection des inventions. Cette indispensable concordance des systèmes a conduit les pays européens à entreprendre la révision de leur loi sur les brevets.

Le projet de loi que j'ai l'honneur de soumettre à vos délibérations va toutefois au-delà de la simple harmonisation de notre législation nationale avec les dispositions contenues dans les récentes conventions internationales. La loi actuelle sur les brevets date en effet du 24 mai 1854 et elle n'a pas été substantiellement modifiée depuis lors. Il importe dès lors de mettre à jour notre législation non seulement en y introduisant les éléments du droit européen des brevets, mais encore en l'adaptant aux exigences nouvelles, généralement admises dans les pays industrialisés, concernant la valorisation des innovations techniques. Dans cette tâche de modernisation de notre législation, le Gouvernement s'est entouré des avis des milieux intéressés et tout particulièrement de ceux émis par la Commission des brevets d'invention du Conseil supérieur de la propriété industrielle.

Les principales caractéristiques de la nouvelle loi proposée - qui seront exposées plus en détail dans la partie consacrée à l'analyse des articles du projet - sont les suivantes :

- adoption des critères européens concernant la brevetabilité des inventions;
- [...]
- protection accordée à la demande de brevet inspirée du droit européen;
- adoption des principes du droit européen relatifs à l'étendue de la protection conférée par le brevet ainsi qu'aux droits découlant de la possession de ce titre et à leurs limites;
- [...]

Le paragraphe 1er de l'article 27 reproduit l'article 29 de la Convention de Luxembourg, lequel porte interdiction de l'exploitation directe de l'invention brevetée.

Il définit le droit conféré par le brevet comme étant le droit du titulaire du brevet d'interdire à tout tiers, dans les conditions énumérées par ce paragraphe, d'exploiter l'invention sans son consentement. Il convient ici de mettre en garde contre un malentendu que la formulation ' Le brevet confère le droit d'interdire à tout tiers... ', commune au commencement des deux paragraphes de l'article, pourrait provoquer quant à son

interprétation. Cette formulation pourrait en effet laisser croire que le droit d'interdire l'exploitation directe ou indirecte de l'invention objet du brevet ne correspondrait pas à un droit absolu lié à la simple existence du titre de protection, mais à un droit dont la naissance serait subordonnée, dans chaque cas concret, à une manifestation de volonté du titulaire du brevet. Tel n'est pas le cas et il doit bien être entendu qu'est absolue la nature du droit d'exclusivité attaché au brevet de telle sorte que toute exploitation de l'invention, au sens des deux paragraphes, en l'absence du consentement du titulaire du brevet, constitue une contrefaçon susceptible d'être constatée. Le breveté peut bien entendu exploiter librement l'invention, à moins que cette exploitation ne soit interdite par des dispositions légales ou réglementaires.

L'énumération des actes interdits est limitative. Ne sont donc pas défendus des actes tels que des préparatifs d'une exploitation.

La disposition sous a), qui concerne la protection du produit objet du brevet, prévoit la possibilité d'interdire quatre types d'exploitation : la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce et l'utilisation.

L'offre ne désigne pas seulement l'offre en vue de la vente, mais également l'offre en général, par exemple l'offre en vue de la location, de la concession de licences, de prêt ou de don. Les conditions dans lesquelles s'effectue cette offre importent peu, que ce soit par écrit, oralement, par téléphone, par voie d'exposition, de présentation ou de toute autre manière.

La mise dans le commerce désigne toute activité par laquelle l'objet de l'invention est, de fait, mis à la disposition d'un tiers, sans le consentement du titulaire du brevet, par exemple à la suite d'une fourniture consécutive à une vente, d'une location ou d'un prêt. Le consentement donné expressément par le breveté ne suffit pas pour justifier la mise dans le commerce par un tiers.

L'importation ou la détention d'un produit couvert par un brevet sont interdites lorsque ces activités peuvent permettre de poursuivre des actes d'exploitation interdits.

La disposition sous b) a trait à la protection d'un procédé : l'utilisation d'un procédé objet d'un brevet peut être interdite; l'offre de son utilisation peut l'être également, mais sous deux conditions, à savoir que le tiers connaisse l'interdiction d'exploitation, ou que les circonstances rendent cette interdiction évidente, et que l'offre d'utilisation du procédé ait lieu sur le territoire belge.

La disposition sous c) précise que les produits obtenus directement par un procédé protégé par un brevet bénéficient de la même protection que les produits visés sous a) qui sont directement l'objet du brevet.

Le paragraphe 2 reproduit l'article 30 de la Convention de Luxembourg relatif à l'interdiction de l'exploitation indirecte de l'invention brevetée.

La contrefaçon indirecte n'est pas considérée comme une forme dérivée de contrefaçon, mais comme une forme de contrefaçon existant en tant que telle et ne supposant pas qu'il y ait contrefaçon directe de l'invention brevetée par une tierce personne.

La disposition du paragraphe 2 interdit aux personnes non habilitées d'offrir ou de fournir les moyens d'exploiter l'invention brevetée. La livraison ou l'offre de livraison de tels moyens doivent avoir lieu sur le territoire belge; elles doivent en outre concerner l'exploitation de l'invention sur ce territoire » (*Doc. parl.*, Chambre, 1980-1981, n° 919/1, pp. 1-14).

Au Sénat, le ministre compétent a notamment déclaré :

« La protection offerte par le brevet est toujours limitée au territoire national; l'objet du brevet ne peut donc être exploité sous le couvert de cette protection qu'en Belgique. Pour empêcher l'exploitation de l'invention à l'étranger il faut y obtenir la délivrance de brevets correspondants » (*Doc. parl.*, Sénat, 1983-1984, n° 585/2, p. 2).

B.7.1. Il résulte du texte et des travaux préparatoires de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention que les paragraphes 1er et 2 de l'article 27 de cette loi reproduisent respectivement les articles 29 et 30 de la Convention relative au brevet européen pour le marché commun, faite à Luxembourg le 15 décembre 1975 (ci-après : Convention de Luxembourg).

Les articles 29 et 30 de la Convention de Luxembourg disposent :

« CHAPITRE II

EFFETS DU BREVET COMMUNAUTAIRE ET DE LA DEMANDE DE BREVET EUROPEEN

Article 29

Interdiction de l'exploitation directe de l'invention

Le brevet communautaire confère le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet :

a) la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet;

b) l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du titulaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire des Etats contractants;

c) l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet.

Article 30

Interdiction de l'exploitation indirecte de l'invention

1. Le brevet communautaire confère également le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire des Etats contractants, à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

2. Les dispositions du paragraphe 1 ne sont pas applicables lorsque les moyens de mise en œuvre sont des produits qui se trouvent couramment dans le commerce, sauf si le tiers incite la personne à qui il livre à commettre des actes interdits par l'article 29.

3. Ne sont pas considérées comme personnes habilitées à exploiter l'invention au sens du paragraphe 1 celles qui accomplissent les actes visés à l'article 31 sous a) à c) ».

La disposition en cause est donc la reprise de l'article 29, b), de la Convention de Luxembourg, étant entendu que le champ d'application géographique (« l'offre de son utilisation sur le territoire des Etats contractants ») a été adapté en conséquence (« l'offre de son utilisation sur le territoire belge »).

La même conclusion peut être tirée, par analogie, pour l'article XI.29, § 2, alinéa 1er, du Code de droit économique (interdire [...] la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire belge [...] des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention »), si on le compare à l'article 30, paragraphe 1, de la Convention de Luxembourg (« interdire [...] la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire des Etats contractants, [...] des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention »).

B.7.2. Le législateur a porté assentiment à la Convention de Luxembourg par la loi du 8 juillet 1977 « portant approbation des actes internationaux suivants : 1. Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention, faite à Strasbourg le 27 novembre 1963; 2. Traité de coopération en matière de brevets, et Règlement d'exécution,

faits à Washington le 19 juin 1970; 3. Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen), Règlement d'exécution et quatre Protocoles, faits à Munich le 5 octobre 1973; 4. Convention relative au brevet européen pour le Marché commun (Convention sur le brevet communautaire), et Règlement d'exécution, faits à Luxembourg le 15 décembre 1975 ».

Dans les travaux préparatoires l'article 29 de la Convention de Luxembourg a été commenté comme suit :

« Les dispositions de cet article, ainsi que des articles suivants doivent permettre au brevet communautaire de couvrir tous les effets d'un brevet national dans les Etats signataires, de manière que le brevet communautaire confère en principe dans chaque Etat signataire une protection qui ne soit pas en retrait par rapport à celle conférée par un brevet national.

[...]

La disposition sous b) a trait à la protection d'un procédé. Il est évident que l'utilisation d'un procédé objet d'un brevet peut être interdite. Cependant, l'offre d'un tel procédé peut elle-même déjà entrer dans le cadre de l'interdiction; cela n'est cependant possible qu'à deux conditions, à savoir, que le tiers connaisse l'interdiction d'exploitation, ou que les circonstances rendent cette interdiction évidente et que l'offre d'utilisation du procédé ait lieu sur le territoire des Etats contractants, ce qui signifie que le procédé ne peut être exploité hors du territoire des Etats des Communautés européennes. Cette disposition trouve son pendant à l'article 30 relatif à l'exploitation directe de l'invention et elle est destinée à éviter que les ressortissants des Etats contractants ne soient défavorisés par rapport aux ressortissants d'Etats tiers en cas d'exploitation d'un procédé dans un pays étranger où la protection du brevet n'existe pas » (*Doc. parl.*, Sénat, 1976-1977, n° 1012/1, exposé des motifs communs concernant la Convention de Luxembourg de 1975, pp. 132-133).

B.7.3. La Convention de Luxembourg n'est pas entrée en vigueur parce qu'elle n'a pas été ratifiée par tous les Etats membres concernés de la Communauté européenne de l'époque. L'Accord en matière de brevets communautaires, fait à Luxembourg le 15 décembre 1989, en conséquence duquel les articles 29 et 30 de la Convention de Luxembourg ont été repris en tant qu'articles 25 et 26 de la version plus récente de cette Convention, n'est pas non plus entré en vigueur, faute de ratifications suffisantes.

Le 4° de l'article 1er de la loi du 8 juillet 1977 a été abrogé par l'article 25 de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du Livre XI « Propriété intellectuelle » dans le Code de droit

économique, et portant insertion des dispositions propres au Livre XI dans les Livres I, XV et XVII du même Code.

B.8.1. Les « Actes de la conférence de Luxembourg sur le brevet communautaire 1975 » sont nécessaires à une bonne compréhension de la genèse de la disposition en cause.

B.8.2. Dans le projet de « Convention relative au brevet européen pour le marché commun », les articles 29 et 30 sont rédigés comme suit :

« Article 29

Interdiction de l'exploitation directe de l'invention

Le brevet communautaire comporte l'interdiction à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet :

a) de fabriquer, d'offrir en vente, de mettre dans le commerce, d'utiliser, ou bien d'importer ou de détenir aux fins précitées le produit objet du brevet;

b) d'offrir en vente ou de mettre dans le commerce le procédé objet du brevet ou son utilisation, ou bien d'utiliser ce procédé;

c) d'offrir en vente, de mettre dans le commerce ou d'utiliser, ou bien d'importer ou de détenir aux fins précitées, le produit obtenu directement par le procédé objet du brevet, pour autant qu'il ne s'agisse pas de variétés végétales ou de races animales exclues de la protection en vertu de l'article 53 de la Convention sur le brevet européen.

Article 30

Interdiction de l'exploitation indirecte de l'invention

1. Le brevet communautaire comporte l'interdiction à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire du brevet, d'offrir de livrer ou de livrer, sur le territoire des Etats contractants, à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention, des moyens de mise en œuvre de l'invention précitée se rapportant à un élément essentiel de l'invention, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

2. Les dispositions du paragraphe 1 ne sont pas applicables lorsque les moyens de mise en œuvre sont des produits qui se trouvent couramment dans le commerce, sauf si le tiers incite la personne à qui il livre à commettre des actes interdits par l'article 29.

3. Ne sont pas considérées comme personnes habilitées à exploiter l'invention au sens du paragraphe 1 celles qui accomplissent les actes visés à l'article 31, lettres a) à c) » (*Actes de la conférence de Luxembourg sur le brevet communautaire 1975*, p. 68).

B.8.3. Dans le rapport des travaux de la commission plénière, il est dit à propos des articles 29 et 30 du projet :

« Article 29

Interdiction de l'exploitation directe de l'invention

40. La commission plénière a estimé que l'expression utilisée aux lettres a), b) et c) de la version française ' offrir en vente ' était trop restrictive et qu'il y avait lieu de la modifier de manière à couvrir des offres faites à d'autres fins telles que la location.

41. La commission plénière a examiné la proposition des délégations du Royaume-Uni et des Pays-Bas (voir documents préparatoires n° 11, point 2, et n° 19, point 5) qui suggéraient qu'à la lettre b) l'interdiction ne porte que sur l'utilisation d'un procédé breveté. La délégation danoise a appuyé cette proposition, mais les délégations allemande, belge et française s'y sont opposées, estimant que de même qu'il est interdit d'offrir un produit breveté sans le consentement du titulaire du brevet, il devrait être interdit, faut de ce consentement, d'offrir un procédé breveté.

La plupart des délégations ayant le statut d'observateur entendues (FICPI, IFIA, CCI, Union) se sont également prononcées en faveur de l'interdiction de l'offre d'un procédé; la CPCCI s'est prononcée contre une telle disposition. L'EIRMA a déclaré être partagée du point de vue juridique : interdire l'offre lui paraissait justifié, mais, d'un autre côté, une telle disposition pourrait poser des problèmes lors de la négociation de contrats de savoir-faire. Le CIFE et l'UNICE ont alors proposé d'interdire les offres émanant de tiers de mauvaise foi (voir doc. LUX/15). Plusieurs autres délégations ayant le statut d'observateur se sont montrées disposées à appuyer cette proposition.

Les délégations française et néerlandaise ainsi que la délégation du Royaume-Uni ont été en mesure d'approuver cette proposition conjointe, l'approbation des deux dernières délégations étant toutefois subordonnée à la condition que l'offre soit destinée à permettre l'utilisation de l'invention brevetée sur le territoire des Etats contractants. A cette réserve près, la commission plénière a adopté la proposition par huit voix pour et une abstention.

42. La commission plénière a adopté la proposition faite par les délégations du Royaume-Uni et de la France (voir documents préparatoires n° 11, point 3, et n° 17, point 8) et appuyée par plusieurs délégations ayant le statut d'observateur qui suggérait la suppression

de la dernière phrase de la lettre c) pour tenir compte de l'article 64, paragraphe 2, de la Convention sur le brevet européen.

Article 30

Interdiction de l'exploitation indirecte de l'invention

43. Sur une suggestion de l'AIPPI, la commission plénière a décidé de préciser le texte du paragraphe 1 de manière à inclure l'interdiction d'offrir ou de livrer les moyens indiqués d'utiliser l'invention sur le territoire des Etats contractants.

44. La commission plénière a transmis au comité général de rédaction pour examen une demande de la FICPI (voir document préparatoire n° 33).

45. La demande de l'Union tendant à ce que l'on supprime le paragraphe 2 n'a pas trouvé l'appui des délégations membres, pas plus que sa demande que ce paragraphe soit complété (voir document préparatoire n° 45, point 3).

46. A la demande de la délégation de la République fédérale d'Allemagne, la commission plénière a pris bonne note de ce que les termes ' produits qui se trouvent couramment dans le commerce ' devaient être interprétés de manière à n'englober en aucun cas des produits spécialement prévus pour l'exploitation de l'invention brevetée » (*Actes de la conférence de Luxembourg sur le brevet communautaire 1975*, pp. 243-244).

B.8.4. Les documents préparatoires auxquels il est fait référence au numéro 41 précité (*documents n° 11, point 2, et n° 19, point 5*) indiquent ce qui suit :

« Document préparatoire n° 11

Royaume-Uni

Février 1974

[...]

Article 29

2. L'interdiction, telle qu'elle se trouve définie à la lettre b), paraît trop étendue, car elle couvre le cas où le titulaire du brevet, au cours de négociations portant sur une licence ou sur une cession, se limite à offrir l'un des brevets de procédés qu'il détient et dont l'exploitation porterait nécessairement atteinte aux droits attachés à un autre brevet. Par conséquent, nous croyons qu'il conviendrait, à la lettre b), de restreindre la portée de l'interdiction en employant les termes ' à utiliser le procédé objet de l'invention ' ». (*Actes de la conférence de Luxembourg sur le brevet communautaire 1975*, pp. 35-36).

« Document préparatoire n° 19

Pays-Bas

Mars 1974

[...]

Article 29

[...]

En ce qui concerne les stipulations figurant à la lettre b), il conviendrait d'examiner à nouveau ce qu'on entend par ' offrir en vente ou mettre dans le commerce un procédé ou son utilisation '. L'expression ' offrir en vente un procédé ou son utilisation ' semble se rapporter à une offre de communication des connaissances nécessaires pour utiliser le procédé; l'expression ' mettre dans le commerce un procédé ou l'utilisation du procédé ' devrait signifier la communication de ces connaissances à un tiers.

Il convient de remarquer que tout brevet communautaire doit exposer l'invention de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme de métier puisse l'exécuter (article 57, paragraphe 1, lettre b)). Cela implique que les connaissances qui sont nécessaires pour utiliser un procédé sont déjà proposées et mises dans le commerce par le fascicule du brevet lui-même.

Dans la pratique, il arrive qu'un tiers développe un know how particulier qui n'a pas été divulgué par le brevet et qui est important pour l'utilisation de l'invention. Ce know how particulier, qui a une valeur commerciale et auquel d'autres personnes peuvent s'intéresser tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du marché commun, ne bénéficie pas de la protection du brevet communautaire. La vente de ce know how spécial est libre et doit le rester, en particulier lorsque son propriétaire désire offrir en vente et vendre ces connaissances spéciales en dehors du marché commun (exportation de know how). Il est à craindre que cette liberté d'action ne se trouve indûment limitée par le libellé actuel de l'article 29, lettre b). Pour éviter cela, la délégation néerlandaise propose de rédiger l'article 29, lettre b), comme suit : ' b) d'utiliser le procédé sur lequel porte le brevet; '.

Il convient de remarquer, enfin, que la proposition ci-dessus ne porte pas atteinte à l'application de l'article 30 » (*Actes de la conférence de Luxembourg sur le brevet communautaire 1975*, pp. 47-48).

B.8.5. Il ressort de ce qui précède que lors des négociations du projet de Convention relative au brevet européen pour le marché commun, des divergences sont apparues sur la portée de la protection du titulaire d'un brevet portant sur un procédé contre les contrefaçons directes.

L'article 29, b), du projet prévoyait, le droit, pour le titulaire d'un brevet portant sur un procédé, de faire interdire que des tiers utilisent le procédé ou l'offrent en vente ou le mettent

dans le commerce sans son consentement (« d'offrir en vente ou de mettre dans le commerce le procédé objet du brevet ou son utilisation, ou bien d'utiliser ce procédé »).

Pour plusieurs délégations, notamment celles du Royaume-Uni et des Pays-Bas, seule l'utilisation du procédé breveté pouvait être interdite et il n'y avait pas lieu d'interdire que le procédé fasse l'objet d'une offre ou d'une mise dans le commerce. Dans le document préparatoire déposé par la délégation néerlandaise, celle-ci a souligné que les connaissances nécessaires pour utiliser un procédé sont, dans un certain sens, déjà mises dans le commerce, étant donné que le procédé doit avoir été exposé de façon suffisamment claire et complète pour être brevetable. Selon cette délégation, il devait demeurer possible de valoriser un know how particulier qui n'a pas été divulgué par le brevet, et plus spécifiquement de l'exporter à l'extérieur du marché commun (*Actes de la conférence de Luxembourg sur le brevet communautaire 1975*, p. 48, précités).

D'autres délégations, dont la délégation belge, estimaient en revanche qu'il fallait pouvoir interdire non seulement qu'un procédé breveté soit utilisé, mais aussi qu'il fasse l'objet d'une offre sans le consentement du titulaire du brevet.

Après que plusieurs délégations ont proposé de permettre une interdiction des offres à condition qu'elles émanent de tiers de mauvaise foi, et que les délégations du Royaume-Uni et des Pays-Bas ont été en mesure d'approuver cette proposition à condition qu'il soit en outre prévu comme condition que l'offre ait été faite pour permettre l'utilisation de l'invention brevetée sur le territoire des Etats membres (« à la condition que l'offre soit destinée à permettre l'utilisation de l'invention brevetée sur le territoire des Etats contractants »), la proposition a été adoptée par huit voix pour et une abstention (*Actes de la conférence de Luxembourg sur le brevet communautaire 1975*, p. 244, précités).

B.9.1. L'article 2 de la loi du 27 mai 2014 portant assentiment à l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, fait à Bruxelles le 19 février 2013, dispose :

« L'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, fait à Bruxelles le 19 février 2013, sortira son plein et entier effet ».

B.9.2. Les articles 25 et 26 de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, cités ci-dessous, présentent de fortes similitudes avec les articles 29 et 30 précités de la Convention de Luxembourg :

« Article 25

Droit d'empêcher l'exploitation directe de l'invention

Un brevet confère à son titulaire le droit d'empêcher, en l'absence de son consentement, tout tiers :

a) de fabriquer, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser un produit qui fait l'objet du brevet, ou bien d'importer ou de détenir ce produit à ces fins;

b) d'utiliser le procédé qui fait l'objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou aurait dû savoir que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du titulaire du brevet, d'en offrir l'utilisation sur le territoire des Etats membres contractants dans lesquels le brevet produit ses effets;

c) d'offrir, de mettre sur le marché, d'utiliser ou bien d'importer ou de détenir à ces fins un produit obtenu directement par un procédé qui fait l'objet du brevet.

Article 26

Droit d'empêcher l'exploitation indirecte de l'invention

1. Un brevet confère à son titulaire le droit d'empêcher, en l'absence de son consentement, tout tiers, de fournir ou d'offrir de fournir, sur le territoire des Etats membres contractants dans lesquels le brevet produit ses effets, à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait, ou aurait dû savoir, que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque les moyens sont des produits de consommation courants, sauf si le tiers incite la personne à qui ils sont fournis à commettre tout acte interdit par l'article 25.

3. Ne sont pas considérées comme des personnes habilitées à exploiter l'invention au sens du paragraphe 1 celles qui accomplissent les actes visés à l'article 27, points a) à e) ».

B.9.3. Selon son article 89, l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet entrera en vigueur le premier jour du quatrième mois suivant celui du treizième dépôt, à condition que parmi les Etats membres contractants qui auront déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion figurent les trois Etats dans lesquels le plus grand nombre de brevets européens étaient en vigueur au cours de l'année précédant celle au cours de laquelle intervient la signature de l'accord, ou le premier jour du quatrième mois après la date d'entrée en vigueur des modifications du règlement (UE) n° 1215/2012 portant sur le lien entre ce dernier et le présent accord.

Conformément à l'article 83 de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, pendant une période transitoire de sept ans – éventuellement renouvelable – à partir de l'entrée en vigueur de l'accord, des actions en contrefaçon pourront encore être engagées devant les juridictions nationales ou d'autres autorités nationales compétentes.

Quant à la question préjudicielle et à l'interprétation de la disposition en cause

B.10. Le juge *a quo* interroge la Cour sur la compatibilité de l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique avec le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi qu'avec le droit de propriété garanti par l'article 16 de la Constitution et par l'article 1 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'interprétation selon laquelle, pour son application (par le titulaire d'un brevet portant sur un procédé qui veut faire interdire l'exploitation par un tiers sous la forme d'une offre d'utilisation de ce procédé sans son consentement), il est requis - qu'outre l'existence d'une offre en Belgique pour l'utilisation de ce procédé - cette offre soit faite en vue de l'utilisation de ce procédé sur le territoire belge.

Il n'apparaît pas que l'interprétation que donne le juge *a quo* à la disposition en cause parte d'une lecture manifestement erronée.

B.11. Compte tenu des circonstances factuelles de l'affaire portée devant le juge *a quo*, la Cour limite son examen à l'hypothèse du volet belge d'un brevet européen portant sur un procédé offert au moins partiellement pour une utilisation en dehors de la Belgique et qui conduit à un résultat non breveté en tant que « produit ».

La Cour ne se prononce pas sur la condition prescrite par l'article XI.29, § 2, alinéa premier, du Code de droit économique, à savoir « lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre ».

Quant au principe d'égalité et de non-discrimination

B.12. Dans l'interprétation que le juge *a quo* donne à l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique, la disposition en cause fait naître une différence de traitement entre les titulaires d'un brevet portant sur un produit et les titulaires d'un brevet portant sur un procédé, en ce qui concerne la portée géographique de la protection de leur brevet.

Conformément à l'article XI.29, § 1er, a), du Code de droit économique, le titulaire d'un brevet portant sur un produit peut s'opposer à une contrefaçon dès que son produit est offert en Belgique - et donc indépendamment de l'endroit où l'exploitation du produit pourrait se faire -, alors que, conformément à l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique, le titulaire d'un brevet portant sur un procédé est seulement protégé d'une contrefaçon lorsque le procédé est soit utilisé en Belgique, soit offert en Belgique « pour une utilisation sur le territoire belge ».

B.13. Contrairement à ce que font valoir la SA « Europlasma » et le Conseil des ministres, les titulaires de brevets portant sur un produit et les titulaires de brevets portant sur un procédé sont comparables en ce qui concerne le droit d'interdire à des tiers l'exploitation de leur invention.

B.14. Un brevet confère à son titulaire un droit exclusif et temporaire d'exploiter lui-même une invention ou de la faire exploiter seulement par les personnes ayant obtenu son consentement à cette fin.

Ce droit exclusif, octroyé pour vingt ans, constitue la contrepartie à la divulgation d'une invention susceptible d'une application industrielle par la description détaillée qui en est faite lors de la demande de brevet, qui est accessible au public lorsque le brevet est accordé, afin que l'invention puisse à son tour être source de progrès techniques.

B.15.1. Sauf en cas de coopération internationale, la protection d'un brevet est limitée au territoire du pays ou de chacun des pays pour lesquels le brevet a été demandé séparément.

Comme cela a été mentionné plus haut, l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique trouve son origine dans la volonté de la Belgique et d'autres Etats membres de la Communauté économique européenne de l'époque de protéger de manière uniforme ce qui aurait dû devenir le « brevet communautaire européen », conformément à la Convention de Luxembourg.

Le législateur a délibérément voulu reprendre « les principes du droit européen relatifs à l'étendue de la protection conférée par le brevet ainsi qu'aux droits découlant de la possession de ce titre et à leurs limites » (*Doc. parl.*, Chambre, 1980-1981, n° 919/1, p. 3).

L'origine de la disposition en cause est le résultat d'un compromis trouvé entre les délégations, lors des négociations de cette Convention. Certaines délégations, dont la délégation belge, estimaient qu'il fallait pouvoir interdire non seulement d'utiliser, mais aussi d'offrir un procédé breveté, tout comme il est interdit d'offrir un produit breveté. Certaines délégations étaient d'avis qu'il fallait seulement pouvoir interdire l'utilisation d'un procédé breveté, mais elles se sont montrées disposées à accepter l'insertion dans les textes de la Convention d'une interdiction d'offrir un procédé breveté à la condition que l'offre de ce procédé doive se faire en vue de son utilisation sur le territoire des Etats contractants.

En approuvant la Convention de Luxembourg par la loi de 1977 et en reprenant, par analogie, les articles 29 et 30 de la Convention de Luxembourg dans la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention et, plus tard, dans le Code de droit économique, le législateur, en raison de la protection uniforme des brevets qu'il escomptait, a accepté qu'il existât une différence entre les brevets portant sur un produit et les brevets portant sur un procédé en ce qui concerne la portée géographique de l'interdiction de l'offre de l'invention.

B.15.2. La différence de traitement repose sur un critère objectif, selon qu'il s'agit d'un brevet portant sur un produit ou d'un brevet portant sur un procédé, et est pertinente compte tenu de l'objectif visé.

Le fait que ni la Convention de Luxembourg de 1975 ni sa version révisée introduite par l'Accord en matière de brevets communautaires, fait à Luxembourg le 15 décembre 1989, ne sont entrés en vigueur faute de ratification par plusieurs pays, n'y change rien.

B.15.3. La différence de traitement ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits du titulaire d'un brevet portant sur un procédé, qui peut en tout cas faire interdire l'utilisation de ce procédé sur le territoire belge ainsi que l'offre en Belgique du procédé pour son utilisation sur le territoire belge.

Conformément au droit de chacun des Etats où il a demandé la reconnaissance de son brevet, le titulaire d'un brevet portant sur un procédé peut demander la protection de son procédé breveté contre des utilisations abusives.

La circonstance que les titulaires d'un brevet de procédé ne puissent pas bénéficier de la protection territoriale plus étendue prévue par les articles 29 et 30 de la Convention de Luxembourg précitée ou par les articles 25 et 26 de l'Accord de Luxembourg précité, à savoir « sur le territoire des Etats contractants », ne saurait être reprochée au législateur mais résulte du fait que ces traités, et par conséquent le brevet communautaire sur lequel ils portaient, ne sont jamais entrés en vigueur. A partir de l'entrée en vigueur de l'Accord de Bruxelles du 19 février 2013 relatif à une juridiction unifiée du brevet, il sera du reste possible d'obtenir

pour les brevets de procédé européens visés par cet Accord une protection « sur le territoire des États membres contractants dans lesquels le brevet produit ses effets » (articles 25 et 26).

B.16. L'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique, dans l'interprétation selon laquelle son application requiert, outre l'existence d'une offre en Belgique pour l'utilisation du procédé, que cette offre soit faite en vue d'une utilisation ultérieure du procédé sur le territoire belge, est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, compte tenu de ce qui est dit en B.15.3.

Quant au droit de propriété

B.17. Le juge *a quo* demande également si l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique est compatible avec le droit de propriété garanti par l'article 16 de la Constitution et par l'article 1 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

B.18.1. L'article 16 de la Constitution dispose :

« Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

L'article 1 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

Cette disposition de droit international ayant une portée analogue à celle de l'article 16 de la Constitution, les garanties qu'elle contient forment un ensemble indissociable avec celles qui sont inscrites dans cette disposition constitutionnelle, de sorte que la Cour en tient compte lors de son contrôle de la disposition en cause.

B.18.2. L'article 1 du Protocole précité offre une protection non seulement contre l'expropriation ou la privation de propriété (alinéa 1er, seconde phrase) mais également contre toute ingérence dans le droit au respect des biens (alinéa 1er, première phrase) et contre toute réglementation de l'usage des biens (alinéa 2).

Visant un cas particulier d'atteinte au droit de propriété, la deuxième phrase de cette disposition s'interprète à la lumière du principe du respect de la propriété énoncé par la première phrase de cette disposition (CEDH, grande chambre, 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, § 62; 25 octobre 2012, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie*, § 93).

Le concept de « bien » utilisé par cette première phrase recouvre notamment des « droits patrimoniaux » autres que des biens corporels (CEDH, grande chambre, 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, § 63). Cette disposition est applicable à la propriété intellectuelle en tant que telle (*ibid.*, § 72).

La limitation géographique que l'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique, dans l'interprétation que lui donne le juge *a quo*, impose au droit du titulaire d'un brevet portant sur un procédé, par le fait qu'il ne peut pas faire interdire l'offre du procédé lorsqu'elle est faite pour une utilisation du procédé en dehors du territoire belge, peut être considérée comme une limitation du droit de propriété du titulaire d'un brevet portant sur un procédé.

B.18.3. Toute ingérence dans le droit de propriété doit réaliser un juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la protection du droit au respect des biens. Il faut qu'existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi.

B.19. Le brevet confère à son titulaire un droit exclusif et temporaire d'exploiter une invention, en contrepartie de la divulgation de cette invention qui est susceptible d'une application industrielle, par sa description détaillée lors de la demande de brevet, qui est accessible au public lorsque le brevet est accordé, afin que l'invention puisse à son tour être source de progrès techniques.

B.20. Il est apparu du contrôle de la disposition en cause au regard du principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution que la limitation géographique du droit à la protection d'un brevet portant sur un procédé est dictée par la volonté du législateur de contribuer à ce que les brevets bénéficient d'une protection de droit international plus uniforme.

Cet objectif d'intérêt général peut raisonnablement justifier que le législateur ait accordé au titulaire d'un brevet portant sur un procédé le droit de faire interdire l'offre du procédé breveté pour son utilisation sur le territoire belge, sans avoir été jusqu'à prévoir que le titulaire de ce brevet portant sur un procédé peut également faire interdire l'offre en vue de son utilisation en dehors du territoire belge.

Le titulaire d'un brevet portant sur un procédé peut en tout cas exploiter lui-même son invention et faire interdire l'utilisation par des tiers, sans son consentement, de ce procédé sur le territoire belge, ainsi que l'offre en Belgique du procédé pour son utilisation sur le territoire belge.

Il peut par ailleurs demander dans chacun des Etats où il a introduit la reconnaissance de son brevet, la protection, sur la base du droit de ces Etats, de son procédé breveté contre des utilisations abusives.

La mesure ne porte donc pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du titulaire d'un brevet portant sur un procédé.

B.21. L'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique, dans l'interprétation selon laquelle, pour son application, il est requis, outre l'existence d'une offre en Belgique pour l'utilisation du procédé, que cette offre soit faite en vue d'une utilisation ultérieure du procédé sur le territoire belge, est compatible avec l'article 16 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 1 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

B.22. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

COPIE NON CORRIGÉE

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article XI.29, § 1er, b), du Code de droit économique ne viole ni les articles 10 et 11 de la Constitution, ni l'article 16 de celle-ci, lu en combinaison avec l'article 1 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'interprétation selon laquelle, pour son application, il est requis, outre l'existence d'une offre en Belgique pour l'utilisation du procédé, que cette offre soit faite en vue d'une utilisation ultérieure du procédé sur le territoire belge.

Ainsi rendu en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 28 septembre 2017.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

E. De Groot