



LE DROIT DES AFFAIRES
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

36

COLLECTION DE L'INSTITUT DE RECHERCHE EN PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Droits de propriété intellectuelle

Liber amicorum

Georges BONET



La juridictionnalisation du droit européen de la propriété industrielle

Bertrand WARUSFEL

*Professeur à l'Université de Lille 2
Avocat au Barreau de Paris*

Le développement du droit communautaire de la propriété industrielle a été l'un des thèmes majeurs du travail du Professeur Georges Bonet depuis trente ans. Ses analyses des principaux arrêts de la Cour de justice sur le sujet ont marqué la matière et ont contribué à fixer la doctrine sur des aspects aussi essentiels que l'épuisement des droits, la relation entre l'exercice des droits intellectuels et les règles de concurrence ou encore la validité des marques communautaires.

Ce droit a pris dans la dernière décennie un essor tout particulier avec le développement des titres communautaires de propriété industrielle délivrés par l'OHMI et la progression parallèle du droit des brevets européens qui s'est manifestée particulièrement par l'adoption de la nouvelle version de la Convention de Munich, dite « CBE 2000 ». Si comme le propose notre collègue Nicolas Binctin dans ce même ouvrage, on peut d'ores et déjà songer à construire un cadre cohérent du droit européen de la propriété intellectuelle, le droit de la propriété industrielle y tiendra certainement une place éminente et présentera des spécificités remarquables.

Deux de ces spécificités me semblent particulièrement marquantes. D'une part, l'existence de l'organisation européenne des brevets mise en place par la Convention de Munich fait que ce droit de la propriété industrielle continental est plus « européen » que seulement « communautaire », ce qui lui apporte tout à la fois complexité et richesse. D'autre part, et sans qu'on y ait bien pris garde jusqu'à présent, les questions de règlement des litiges, sont en train de prendre une importance croissante dans ce domaine.

C'est à l'illustration de cette nouvelle tendance, encore peu étudiée en doctrine, qu'est consacré cet article. Son propos n'est pas de prétendre qu'il existe déjà un contentieux européen unifié de la propriété industrielle, mais d'émettre l'hypothèse selon laquelle le niveau de développement de ce droit aujourd'hui ne permet plus d'ignorer la

Liber amicorum Georges Bonet

nécessité de réorganiser rapidement à l'échelle européenne les règles du contentieux dans les différents domaines de la propriété industrielle.

Exclues à l'origine de la construction du droit européen de la propriété industrielle, les questions contentieuses ont effectué un retour progressif par différentes voies (y compris détournées) à tel point que l'effectivité du système européen de la propriété industrielle paraît aujourd'hui dépendre de progrès attendues sur le plan juridictionnel européen.

I - L'exclusion originelle de la dimension contentieuse dans le droit européen de la propriété industrielle

Le droit européen n'a longtemps reconnu qu'au seul juge national la compétence de régler les litiges *inter partes* en matière de propriété industrielle. D'un côté, le droit communautaire originel n'appréhendait la propriété industrielle que comme un ensemble de droits nationaux dont il tolérait sous condition les effets territoriaux. De l'autre, l'adoption de la Convention de Munich en octobre 1973 n'a institué qu'une intégration européenne partielle du droit des brevets, limitée à la délivrance des droits et sans effet direct sur le contentieux de leur exploitation.

A) LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, UN DROIT TERRITORIAL TOLÉRÉ PAR LA CONSTRUCTION COMMUNAUTAIRE

Le Traité de Rome a largement ignoré l'existence des droits de propriété intellectuelle. Mise à part la réserve générale de son article 222 selon laquelle « le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres » (actuel art. 295) (1), le traité fondateur ne cite leur existence que pour disposer que les États membres peuvent prendre des mesures d'interdiction ou de restriction d'importation ou d'exportation « justifiées par des raisons [...] de protection de la propriété industrielle et commerciale » (ancien art. 36, redevenu l'actuel art. 36 du Traité de Lisbonne).

Autant dire que pour les fondateurs de la future Union européenne, les droits de propriété industrielle nationaux non seulement ne sont pas affectés par le nouveau droit communautaire, mais plus encore, demeurent un motif de dérogation caractérisé au principe de libre circulation instauré par celui-ci. C'est d'ailleurs ce qu'a reconnu la jurisprudence de la Cour de justice dans ses premiers arrêts en la matière :

(1) La Cour de justice a dans ses arrêts fondateurs rejeté implicitement toute référence à cet article concernant les droits de propriétés intellectuelles (CJCE, 13 juill. 1966, *Grundig*, aff. 56 et 58/64 : *Rec.* 1966, p. 430 *sq.*, spécialement p. 500 ; CJCE, 29 févr. 1968, *Parke-Davis*, aff. 24/67 : *Rec.* 1968, p. 82).

Bertrand Warusfel

les arrêts *Grundig* de 1966 et *Park-Davis* de 1968, qui ont établi clairement que le droit communautaire n'affectait aucunement l'existence des droits de propriété intellectuelle qui relève exclusivement du droit national de chaque État.

La conséquence sur le plan contentieux a donc été le maintien de la pleine compétence des juridictions nationales pour apprécier la validité et la contrefaçon des différents droits de propriété intellectuelle. Le juge communautaire n'est intervenu que pour concilier l'exercice de ces droits avec les principes communautaires essentiels en matière de droit de la concurrence (arrêts *Sirena* et *Deutsche Gramophon* de 1971) et de libre circulation (arrêt *Centropharm* de 1974). De ces jurisprudences sont issues notamment la notion d'épuisement communautaire (depuis l'arrêt *Deutsche Gramophon* précité), reprise ensuite par les textes communautaires en matière de marques et de modèles (2) ou – plus récemment – l'application de la notion de « facilités essentielles » à certains droits intellectuels (depuis les arrêts *Magill* et *IMS*), que les juridictions nationales doivent reprendre à leur compte.

Même si aujourd'hui, les droits de propriété intellectuelle sont bien pris en compte par le Traité de Lisbonne au titre de la politique commerciale commune, puisque son article 207 (ancien art. 133) indique que celle-ci est fondée sur des principes qui concernent notamment « les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » et que son article 118 donne compétence pour créer des « titres européens de propriété intellectuelle », il n'en demeure pas moins que leur positionnement très marginal dans l'ordre communautaire originel a pesé et pèse encore sur la cohérence du droit européen en la matière, et notamment sur le plan contentieux (3).

B) LE DROIT EUROPÉEN DES BREVETS SE CONCENTRE SUR LA CONSTITUTION DES DROITS

La création de l'Office européen des brevets (OEB) par la Convention de Munich sur le brevet européen adoptée le 5 octobre 1973 n'a aucunement contribué à introduire une dimension contentieuse dans le droit européen de la propriété industrielle. En effet, cette construction n'est qu'un dispositif de droit international *ad hoc* sans lien avec le système communautaire et qui, de plus, est limitée à la phase de délivrance des brevets, laissant toutes leurs prérogatives aux juridictions nationales.

On sait que ce choix a résulté d'un arbitrage politique entre deux conceptions qui se sont opposées dès le début de la construction européenne et les premiers projets de création d'un droit commun des

(2) On se reportera à l'analyse faite par Georges Bonet de cette notion essentielle de la jurisprudence communautaire, *in* Droit national de marque et application du Traité de Rome-Libre concurrence-Libre circulation des marchandises : *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 1760, n° 35.

(3) Pour une perspective d'ensemble de la communautarisation de la propriété intellectuelle et de sa comparaison avec les autres phénomènes de mondialisation dans ce domaine, v. J.-L. Piotraut, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé*, Lavoisier, 2007, p. 43 *sq.*

Liber amicorum Georges Bonet

brevets en Europe. En 1965, André Armengaud pouvait en effet déjà parler de « deux thèses qui se sont sans cesse affrontés [...] : celle des partisans d'un brevet international, dont l'étendue géographique serait la plus large possible, mais dont l'octroi par un office commun qui en définirait la portée juridique ne leur donnerait d'autre effet que celui d'un brevet national sur le territoire de chacun des États contractants » ou « celle des partisans d'un brevet communautaire, qui serait l'un des instruments d'une politique économique supranationale et qui se substituerait rapidement aux brevets nationaux dont la coexistence serait provisoire » (4).

La Convention de Munich a été la concrétisation exacte de la première conception. Elle n'est donc aucunement rattachée au droit communautaire (5) et son article 2 établit un principe majeur : « dans chacun des États contractants pour lesquels il est délivré, le brevet européen a les mêmes effets et est soumis au même régime qu'un brevet national délivré dans cet État, sauf si la présente convention en dispose autrement ». Dès lors, les effets des brevets européens délivrés par l'Office européen des brevets sont exclusivement régis par chaque droit national concerné (6) et leur contentieux relève des juridictions nationales.

La particularité juridique de ce système est qu'il n'est complètement intégré qu'en ce qui concerne le dépôt et la délivrance du brevet (dépôt unique et examen unique – y compris les éventuelles oppositions – devant un seul office de brevet, l'OEB). En revanche, une fois le brevet européen entré en vigueur, ce sont les droits nationaux qui s'appliquent pour déterminer ses effets dans chaque pays et les juridictions nationales qui statuent chacune sur la validité ou la contrefaçon de la partie nationale de ce brevet. On est donc bien loin d'un mécanisme d'intégration de type communautaire (dans lequel un titre unique – comme la marque communautaire – est soumis au seul droit communautaire).

Certes, comme nous l'évoquerons plus loin, cette neutralité contentieuse n'est pas absolue dans la mesure où la Convention de Munich a instauré également un mécanisme de règlement des différends concernant la validité des brevets européens délivrés, sous la forme de la procédure d'opposition. Mais outre le fait qu'il ne s'agit formellement que d'une procédure administrative interne à l'OEB (et non d'une procédure contentieuse devant une juridiction indépendante), elle ne peut être engagée que durant une courte période après la délivrance et ne peut donc se substituer au règlement de tous les différends touchant la validité qui pourront naître au fil de la vie du brevet (et notamment toutes les contestations que soulèveront les contrefacteurs présumés).

Ce sont donc bien, au final, les juridictions nationales qui ont conservé le dernier mot en matière de contrefaçon et de validité, sans

(4) A. Armengaud, Brevet européen à six ou à treize : *Politique étrangère*, n° 3, 1965, p. 290.

(5) Même si elle comporte désormais dans sa rédaction révisée (dite « CBE 2000 ») des dispositions permettant, à chaque fois que nécessaire, son adaptation aux éventuelles normes communautaires qui auraient des effets sur le droit des brevets (art. 33 b)).

(6) Ce que confirme bien son article 64 qui dispose que « toute contrefaçon du brevet européen est appréciée conformément à la législation nationale » (al. 3).

Bertrand Warusfel

d'ailleurs avoir en droit aucune obligation de tenir compte des éventuelles décisions d'opposition rendues par l'OEB (sauf dans le cas où le brevet européen est révoqué). L'entrée en vigueur de la Convention de Munich n'a donc aucunement modifié la dispersion des litiges de brevet en Europe. Au contraire, elle a dans une certaine mesure accrue sa complexité puisqu'elle permet indirectement à des juridictions nationales de statuer de manière indépendante (et donc de manière potentiellement contradictoire (7)) sur la validité d'un même brevet européen validé par l'OEB. Mais cette exclusion originelle n'a pas empêché les questions contentieuses d'apparaître de plus en plus souvent au fil de l'évolution du droit européen de la propriété industrielle.

II - L'importance croissante des contentieux européens de la propriété industrielle

C'est paradoxalement dans le domaine des brevets que furent discutés les premiers projets visant à créer une juridiction communautaire spécialisée en propriété industrielle. Et si l'échec des deux versions successives de la Convention de Luxembourg parut décourager un temps les initiatives, ce sont bien les procédures d'opposition devant l'OEB qui sont devenues un équivalent officieux de jurisprudence européenne en la matière, tandis que l'Union européenne a mis en place, parallèlement, un dispositif contentieux original en ce qui concerne les litiges concernant la marque et le dessin ou modèle communautaires.

A) L'ÉCHEC DE LA CONVENTION DE LUXEMBOURG ET DE SON PROTOCOLE SUR LE RÉGLEMENT DES LITIGES

C'est la recherche dès les années 70 d'une voie communautaire en matière de brevet qui souleva la première la possibilité d'une organisation contentieuse commune en matière de propriété industrielle.

La conclusion d'une convention permettant aux États membres du Marché commun de créer un régime communautaire pour les brevets européens désignant au moins l'un d'entre eux, avait été envisagée dès l'origine en complément de la Convention de Munich (laquelle réunissait certains États non membres de la CEE). Dans sa première version, une Convention « relative au brevet européen pour le Marché commun » fut donc signée à Luxembourg le 15 décembre 1975 qui comportait déjà – du fait qu'elle créait un régime unifié régissant les droits des futurs brevets communautaires – la création d'un organe

(7) Pour citer quelques cas (peu nombreux, en réalité) de divergences caractérisées entre différentes juridictions concernant la validité et la contrefaçon d'un même brevet européen, on peut citer les affaires *Muller c/ Hilti* ou *Angiotech c/ Conor* ainsi que l'affaire opposant la Banque Centrale Européenne à Document Security Systems.

Liber amicorum Georges Bonet

juridictionnel unique, lequel aurait été placé auprès de l'OEB (art. 4 et 7) (8).

Mais devant la difficulté d'obtenir un nombre suffisant de ratifications pour son entrée en vigueur, les pays membres de la CEE se réunirent en conférence diplomatique en 1985 et décidèrent de créer un système juridictionnel plus complexe et couronné par une Cour d'appel commune (*Community Patent Appeal Court* – COPAC). Cette Cour aurait statué en appel sur les jugements rendus par les tribunaux nationaux désignés comme « tribunaux des brevets communautaires » dès lors que la validité ou les effets du brevet communautaire seraient concernés, ainsi qu'en appel des décisions rendues par l'OEB en matière de limitation ou de nullité d'un brevet européen, et ce afin de veiller à l'application uniforme de la Convention de Luxembourg.

La compétence et l'organisation de cette Cour d'appel commune ainsi que celles des tribunaux nationaux des brevets communautaires ont été définies dans le Protocole sur le règlement des litiges en matière de contrefaçon et de validité des brevets communautaires de décembre 1989 (9).

Cette organisation contentieuse avait une double particularité : d'une part, elle prévoyait des juridictions nationales de première et de deuxième instance tout en réservant une place majeure à une instance d'appel commune ; d'autre part, cette COPAC était tenue de saisir la Cour de justice des Communautés européennes dès lors qu'il existerait un risque d'interprétation discordante de la Convention de Luxembourg par rapport au Traité CEE.

On sait que cette Convention n'est finalement jamais entrée en vigueur, car trop peu d'États la ratifièrent. Mais elle a fourni indiscutablement une première référence pour les évolutions ultérieures en matière de contentieux. D'un côté, elle a lancé l'idée de retenir comme juridictions de première instance des juridictions nationales désignées par les États membres et chargées d'une compétence d'attribution pour appliquer le droit communautaire concerné (ce qui sera repris en matière de marques et de dessins ou modèles communautaires). De l'autre, elle a montré tout à la fois l'importance et la difficulté de créer une juridiction commune au niveau communautaire et d'organiser une liaison entre le contentieux juridictionnel et celui relatif aux décisions des offices de propriété industrielle en matière de validité.

Toutes ces questions sont demeurées au cœur des projets et des réalisations européennes en matière de contentieux de la propriété industrielle depuis vingt ans.

(8) Pour un commentaire d'époque sur les relations réciproques entre les deux conventions, v. A. Françon, *Brevet européen et brevet communautaire*, Annuaire français de droit international, vol. 23, 1977, p. 918-926.

(9) Protocole sur le règlement des litiges en matière de contrefaçon et de validité des brevets Communautaires : *JOCE* 30 déc. 1989, n° L. 401, 34.

B) L'IMPORTANCE DES DÉCISIONS DES CHAMBRES DE RECOURS DE L'OFFICE EUROPÉEN DES BREVETS

La Convention de Munich présente la particularité d'avoir organisé, au sein même de l'Office européen des brevets, des mécanismes de recours relatifs à la délivrance des brevets européens. Cela résulte de la mise en œuvre de la procédure d'opposition qui permet à tout tiers dans un délai de neuf mois à compter de la délivrance d'un brevet européen (par application des art. 99 CBE *sq.*), ainsi que de l'existence de chambres de recours internes statuant en appel des décisions des divisions d'examen ou des divisions d'opposition.

On sait que la procédure d'opposition existe dans d'autres domaines de la propriété industrielle (par exemple en matière d'enregistrement de marques françaises ou communautaires) et qu'elle est considérée comme « une véritable institution en droit de la propriété intellectuelle » (10).

En matière de brevet européen, le volume des affaires traitées par les divisions d'opposition et les chambres de recours est assez important et progresse globalement. D'après les chiffres donnés par les rapports annuels de l'OEB, les chambres de recours avaient enregistré, en 2004, 1533 nouvelles affaires alors qu'elles ont pris en charge 2 464 nouvelles procédures en 2008 (à comparer avec un ensemble de 22 000 procédures de recours engagées entre la création de l'OEB et 2004). De son côté, le nombre d'oppositions demeure également important mais assez constant, de l'ordre 3 000 procédures annuelles.

Si la nature organique des chambres de recours confère logiquement un caractère administratif à ces procédures, la pratique a conduit cependant à leur reconnaître un caractère quasi-juridictionnel. Certains textes de droit communautaire semblent d'ailleurs le reconnaître indirectement, comme l'article V *quinquies* du protocole annexé à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui établit la compétence exclusive des juridictions nationales en matière d'inscription ou de validité d'un brevet européen « sans préjudice de la compétence de l'Office européen des brevets selon la convention sur la délivrance de brevets européens, signée à Munich le 5 octobre 1973 » (11). Dans la mesure où la Convention de Bruxelles ne concerne que les procédures civiles ou commerciales, à l'exclusion des procédures administratives, on peut donc en déduire que ce protocole reconnaît implicitement le caractère juridictionnel des procédures de recours devant l'OEB (notamment en matière d'opposition).

Par ailleurs, les dispositions de la Convention de Munich se sont attachées à donner aux chambres de recours un certain niveau d'indépendance défini par son article 23. Et les procédures devant ces chambres respectent les principes essentiels du contradictoire et du respect

(10) J. Passa, L'opposition en droit de la propriété intellectuelle : *Les Petites Affiches* 4 avr. 2007, n° 68.

(11) Art. V *quinquies* du protocole du 27 sept. 1968 annexé à la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée suite aux conventions d'adhésion de 1978, 1982 et de 1989. Pour une interprétation favorable au caractère juridictionnel des décisions des cham-

Liber amicorum Georges Bonet

des droits de la défense. On peut noter également que dans son récent avis 903/08, la grande chambre de recours affirme le caractère de juridictions indépendantes des chambres de recours de l'OEB (points 7.2.1 et 7.2.2).

On peut donc considérer qu'en un plus de trente années d'expérience, ces procédures de recours devant l'OEB sont devenues *de facto* un mécanisme essentiel de règlement des litiges concernant la validité des brevets en Europe et sont à la source d'une véritable « jurisprudence européenne » en la matière, dont l'évolution globale du droit européen de la propriété industrielle ne peut ignorer l'existence.

C) LA MISE EN PLACE DU DISPOSITIF CONTENTIEUX RELATIF AUX TITRES COMMUNAUTAIRES

C'est enfin dans le domaine des marques puis des dessins ou modèles que la construction communautaire a mis en place son premier dispositif opérationnel pour le contentieux de la validité et de la contrefaçon des titres communautaires de propriété industrielle.

S'appuyant sur le travail d'harmonisation des lois nationales déjà effectué par les directives 89/104 du 21 décembre 1988 (sur le droit des marques) et 98/71 du 13 octobre 1998 (sur le droit des modèles), les règlements 40/94 du 20 décembre 1993 et 6/2002 du 12 décembre 2001 ont en effet institué deux instruments communautaires de propriété industrielle enregistrés par un office communautaire (l'OHMI) et dont le contentieux est entièrement organisé par ces règlements.

Le dispositif juridictionnel retenu est cependant de nature hybride. D'un côté, le contrôle de légalité des décisions prises par l'OHMI concernant la validité des titres (les décisions d'enregistrement, de nullité, ou – en matière de marques uniquement – des décisions suite à opposition) a été attribué aux seules juridictions communautaires (Tribunal et Cour de justice (12)), ce qui est parfaitement cohérent puisqu'il s'agit de décisions prises par un organisme communautaire.

En revanche, le contentieux de la contrefaçon ainsi qu'une partie du contentieux de la validité (celui des actions reconventionnelles en nullité et certaines actions directes en annulation) ont été confiés à des tribunaux des marques et des dessins ou modèles communautaires, qui ne sont pas des juridictions communautaires spécialisées mais des tribunaux nationaux auxquels les règlements reconnaissent une compétence communautaire d'attribution (13). On reconnaît bien là le modèle imaginé dans le cadre de la défunte Convention de Luxembourg sur le brevet communautaire. En France, seul le Tribunal de grande instance

bres de recours, v. E. Waage, *L'application des principes généraux de procédure en droit européen des brevets*, Litec, coll. CEIPI, 2000, p. 20-23.

(12) Art. 63 du règlement 40/94 et 61 du règlement 6/2002.

(13) V. notamment B. Warusfel, Les tribunaux compétents en matière de dessins ou modèles communautaires, intervention au colloque *La protection du design en Europe – Questions d'actualité*, Marseille, 19 oct. 2007 (à paraître aux Presses de l'Université Aix-Marseille).

Bertrand Warusfel

de Paris et – en appel – la Cour d’appel de Paris se sont vus reconnaître ces attributions.

On comprend aisément la raison pragmatique qui a guidé l’adoption de ce système : centralisation des seules actions directes en opposition ou en nullité (devant l’OHMI), à l’inverse décentralisation de l’important contentieux de la contrefaçon au plus près des entreprises (c’est-à-dire devant les tribunaux nationaux), parallélisme possible des actions menées devant ces mêmes tribunaux sur la base de titres nationaux et communautaires.

Ce mécanisme pourrait cependant rencontrer rapidement ses limites, et ce à un double titre. Une limite quantitative tout d’abord, puisque les décisions rendues en matière de marques (auxquelles commencent à s’ajouter très progressivement les décisions en matière de dessins ou modèles) représentent d’ores et déjà une part extrêmement lourde de l’activité du Tribunal de l’Union européenne. En 2007, sur 397 affaires enrôlées devant le TPI, 129 concernaient les questions de propriété industrielle. Et en 2008, les seules questions de marques communautaires représentaient 194 pourvois devant le Tribunal et 24 devant la Cour de justice (14) !

Mais c’est aussi au niveau de la cohérence de son organisation que ce mécanisme complexe paraît perfectible, comme cela a été relevé dès l’origine par certains auteurs (15). Il lui manque en effet un élément essentiel qui – bien que présent dans le protocole sur les litiges de la Convention de Luxembourg – a disparu de sa transposition en matière de marques et de modèles communautaires : un organe régulateur qui – comme devait le faire la Cour d’appel commune – aurait la charge de réaliser une synthèse permanente des jurisprudences et de trancher lorsque cela s’avère nécessaire les contradictions de décision.

En matière de marques ou de dessins ou modèles communautaires, rien de tel n’existe puisque, tandis que les décisions de l’OHMI relèvent du Tribunal et de la Cour de Luxembourg, l’appel et surtout le recours en cassation contre les jugements des tribunaux des marques et dessins communautaires demeurent de la seule compétence des cours suprêmes nationales (16). Tout au plus, ces cours nationales peuvent saisir la Cour de justice d’une question préjudicielle. Pour le reste, l’incitation unificatrice dépend de l’influence que les décisions du Tribunal et de la Cour statuant sur des recours de l’OHMI peuvent exercer sur les conditions de validité des marques ou des modèles communautaires. De même, l’appréciation des motifs d’opposition en matière de marque communautaire (mais non en matière de dessin ou modèle, qui ne connaît pas cette procédure) peut servir plus indirectement à orienter sur certains aspects la jurisprudence en matière de contrefaçon (17).

(14) A. Folliard-Monguiral, Un an de jurisprudence sur les motifs relatifs de refus de marques communautaires : *Propr. Industr.* mars 2009, n° 3, chron. 2.

(15) V. notamment les réserves qu’inspirait cette coexistence « de deux ordres de juridictions » et la « dualité de juridictions habilitées à statuer sur la nullité et la déchéance » à Jean Foyer, dans son article, La marque communautaire ou le monstre du Berlaymont : *Propriétés intellectuelles – Mélanges en l’honneur d’André Françon*, p. 158-159.

(16) Art. 101.3 du règlement 40/94 et 82.3 du règlement 6/2002.

(17) S’agissant de l’opposition devant l’INPI à l’encontre d’une marque française, J. Passa souligne que dans ce cas, « le bien-fondé de l’opposition s’apprécie exactement comme celui d’une demande en contrefaçon » (J. Passa, L’opposition en droit de la propriété intellectuelle :

Liber amicorum Georges Bonet

D) LA LIMITATION PAR LA COUR DE JUSTICE DES POSSIBILITÉS DE RÉGLER LES LITIGES TRANSEUROPEENS DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

À ce développement des mécanismes contentieux dans les différents domaines de la propriété industrielle en Europe, sont venus s'ajouter les effets directs de deux arrêts de la Cour de justice rendus le 13 juillet 2006 dans les affaires *GAT c/ LuK* (18) et *Primus c/ Roche* (19). Les questions tranchées par ces deux arrêts concernaient les conditions et les limites dans lesquelles il était possible d'utiliser certaines des souplesses offertes par la Convention de Bruxelles (et par son successeur, le règlement dit « Bruxelles 1 ») en matière de contentieux transeuropéen de brevet. En effet, du fait de l'absence d'un titre communautaire et d'un système juridictionnel unifié en matière de brevet, certains plaideurs et certaines juridictions (notamment les juridictions néerlandaises) avaient mis en place des stratégies contentieuses permettant de faire juger un même litige de brevet ayant des effets sur plusieurs États européens devant une juridiction nationale unique (20).

Les deux arrêts du 13 juillet 2006 ont mis un coup d'arrêt assez brutal à ces tentatives qui avaient pourtant l'avantage de proposer – *via* les principes traditionnels du droit international privé – des solutions pragmatiques pour contourner ou pallier les inconvénients liés à l'absence d'un système unifié du contentieux des brevets en Europe.

Dans l'affaire *GAT c/ LuK*, la Cour a jugé que l'article 16.4 de la Convention de Bruxelles (qui réserve au seul juge du pays de délivrance du titre, la compétence pour statuer sur la validité de celui-ci) s'appliquait à « tous les litiges portant sur l'inscription ou la validité d'un brevet, que la question soit soulevée par voie d'action ou d'exception ». Or, comme l'immense majorité des actions en contrefaçon de brevet déclenche une demande reconventionnelle en annulation du brevet concerné, cela revient à rendre presque impossible la demande d'une injonction transfrontière devant un unique juge national.

Dans l'affaire *Primus c/ Roche*, il s'agissait de la situation généralement connue sous la formulation anglo-saxonne du « *spider in the web* » dans laquelle le demandeur assigne devant un même juge plusieurs co-défendeurs installés sur plusieurs territoires mais supposés réaliser de concert une contrefaçon transfrontalière (par exemple, plusieurs filiales d'un même groupe distribuant le même produit argué de contrefaçon à un brevet européen). À nouveau, la Cour de justice adopta une interprétation stricte de l'article 16.1 de la Convention de Bruxelles en considérant qu'il n'était pas possible de poursuivre sur ce fondement

Les Petites Affiches 4 avr. 2007, n° 68). En matière de marque communautaire, le fait de pouvoir invoquer différents types de droits antérieurs (et pas seulement une marque) rend le parallélisme moins flagrant, mais la remarque demeure transposable lorsque l'OHMI statue au vu de l'invocation d'une marque antérieure, ce qui est le cas le plus fréquent.

(18) CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03.

(19) CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-539/03.

(20) Pour une présentation synthétique de certaines de ces innovations contentieuses, v. P. Véron, Trente ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en contrefaçon de brevet d'invention : *JDI* 3/2001, p. 806-830.

Bertrand Warusfel

plusieurs sociétés devant un même tribunal si ces sociétés ne contrefaisaient pas la même partie nationale d'un brevet européen. Or, comme il est fréquent que les différentes filiales ne contrefassent chacune que des parties nationales distinctes du même brevet européen, il n'y aurait alors pas – selon la CJCE – de risque de jugements contradictoires justifiant le recours à la dérogation de l'article 16.1.

Ces deux arrêts (et plus particulièrement, celui dans l'affaire *GAT c/ LuK*) ont été sévèrement critiqués par la doctrine (21) comme restreignant les possibilités d'utiliser les ressources de la Convention de Bruxelles pour contourner les limites actuelles du contentieux de la propriété industrielle en Europe : « La défense de la propriété industrielle n'est donc en rien facilitée par l'arrêt *GAT* [...] la Cour de justice est parvenue à un résultat excessivement publiciste et territorialiste, à rebours du projet des rédacteurs de la Convention de Bruxelles. Mais le reproche le plus grand qu'on pourra lui faire est de ne pas avoir saisi les moyens qui s'offraient à elle pour faciliter le contentieux de la contrefaçon de la propriété industrielle en Europe » (22).

Dès lors, cette inflexion de la jurisprudence communautaire a, de plus belle, rendu toute leur actualité aux travaux et propositions qui animent tout à la fois les cercles de praticiens, les institutions communautaires ou l'Office européen des brevets.

III - Les nouveaux chantiers juridictionnels de la propriété industrielle en Europe

Pendant que la réflexion se poursuit au sein des juridictions communautaires sur l'intérêt de constituer une éventuelle instance spécialisée en matière de marques et de modèles, les réflexions menées autour de l'Office européen des brevets ont obligé l'Union européenne à s'emparer du projet de mise en place d'une future Cour européenne des brevets. Et même si ce projet risque encore de rencontrer d'importantes difficultés juridiques ou politiques, il pourrait servir de déclencheur pour le lancement d'une vaste réorganisation du contentieux européen de la propriété industrielle sous l'égide du droit communautaire.

A) LES PERSPECTIVES DE CRÉER UNE INSTANCE SPÉCIALISÉE EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AU SEIN DES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES

La perspective de faire évoluer les structures internes des juridictions communautaires afin d'y créer une instance spécialisée en propriété

(21) V. notamment J.-C. Galloux, Les décisions de la CJCE du 13 juill. 2006 dans les affaires C-4/03 et C-539/03 enterrent les tentatives d'élaboration d'un système juridictionnel à compétence européenne fondé sur les règles du droit international privé : *Propri. intell.* 2006, n° 21, p. 471-478 ; A.-C. Chiariny-Daudet, Quand les magistrats de la CJCE interprètent strictement les textes clés du contentieux sur portefeuille de brevets : *Propri. industr. janv.* 2007, n° 1, étude 3.

(22) M.-E. Ancel, L'arrêt *GAT* : une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe : *ERA Forum* 2007/8, p. 27-38.

Liber amicorum Georges Bonet

intellectuelle, et plus particulièrement en matière de marques et de dessins ou modèles communautaires, a déjà de nombreuses années.

Le rapport du groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes (23) posait déjà la problématique en 2000 en relevant que « c'est pour l'instant le contentieux de la marque communautaire qui soulève les problèmes les plus urgents » et qu'en conséquence, s'agissant des questions de validité, il pourrait être approprié de doter les chambres de recours de l'OHMI du statut de tribunaux indépendants et que leurs décisions soient soumises « le cas échéant au TPI sous forme de pourvois limités aux questions de droit. La Cour n'aurait plus à connaître de ce contentieux, comme en matière de fonction publique, que par la voie de recours dans l'intérêt de la loi présentés par la Commission ». Pour l'avenir, le rapport n'excluait pas que « si le contentieux de la propriété intellectuelle venait à revêtir un caractère massif de nature à perturber le bon fonctionnement du TPI, il puisse être attribué aux lieux et places de ce dernier, à un ou plusieurs tribunaux communautaires spécialisés. La Cour de justice demeurerait régulateur suprême du dispositif par la voie de recours dans l'intérêt de la loi ».

Cette possibilité de spécialisation juridictionnelle s'est retrouvée inscrite dans les dispositions adoptées par le Traité de Nice de février 2001, puisque ce nouveau Traité a prévu à la fois la possibilité de créer « des chambres juridictionnelles chargées de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques » (24) et de pouvoir attribuer aux juridictions communautaires « la compétence pour statuer sur des litiges liés à l'application des actes adoptés sur la base du présent traité qui créent des titres communautaires de propriété industrielle » (25).

Depuis lors, la réflexion se poursuit au sein même des juridictions communautaires avec semble-t-il des points de vue différents entre les représentants du Tribunal et ceux de la Cour de justice. C'est ainsi qu'en 2003, M. Bo Vesterdorf, alors Président du TPI, s'exprimait nettement en faveur de la création d'une juridiction spécialisée en application des nouvelles dispositions du Traité : « La création d'un Tribunal des marques communautaires offrirait, semble-t-il, des avantages de bien des façons. Il pourrait et devrait être composé de juges disposant d'une expérience spécifique dans ce domaine du droit et il traiterait uniquement – jusqu'à ce qu'il devienne par la suite un Tribunal communautaire de propriété intellectuelle – des affaires relatives aux marques. Cela devrait permettre un degré élevé de cohérence, s'avérerait certainement plus efficace et renforcerait la sécurité juridique. De plus, il réduirait la charge des affaires dont est saisi le Tribunal de première instance et partant, celle de la Cour de justice également. Un autre avantage important résulterait d'une décision ultérieure d'attribuer à un tel tribunal la compétence de statuer sur les litiges opposant des parties privées, à

(23) Rapport du groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes, janv. 2000, p. 36-37.

(24) Art. 225 A du Traité de Nice, aujourd'hui art. 257 du Traité de Lisbonne.

(25) Art. 229 A du Traité de Nice, aujourd'hui art. 262 du Traité de Lisbonne (lequel a été modifié pour parler désormais des titres « européens de propriété intellectuelle » pour être en conformité avec l'article 118 TUE précité, qui utilise la même terminologie).

Bertrand Warusfel

savoir les litiges de caractère civil, telle qu'elle est déjà prévue pour le futur Tribunal du brevet communautaire » (26).

Mais ce point de vue a été tempéré plus récemment par le Président de la Cour de justice lui-même qui estimait en 2008 que s'agissant de la création de tribunaux spécialisés, notamment en matière de propriété industrielle, il appelait « à la prudence vis-à-vis de ces diverses pistes » car, de son point de vue, « confier des recours à la compétence d'un tribunal spécialisé, recours susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi devant le Tribunal de première instance, conduirait à opérer une dichotomie avec les renvois préjudiciels dans la même matière qui, eux, continueraient à relever de la compétence de la Cour. Cette dernière se retrouverait donc à l'écart d'une partie notable du contentieux dans la matière spéciale, ce qui ne peut manquer de soulever la question du contrôle centralisé de l'interprétation uniforme du droit communautaire » (27). Il ajoutait par ailleurs, que donner au Tribunal la compétence de réformer les jugements de première instance qui seraient rendus par ce potentiel tribunal communautaire des marques ou de la propriété industrielle alors même que la Cour connaît dans les autres domaines des pourvois formés contre les décisions du Tribunal, créerait une situation particulière dans laquelle « coexisteraient dans le système deux cours de cassation, une situation qui serait incongrue au sein d'un même État membre et qui porte en germe un risque de disparité de la jurisprudence, nuisible à la protection juridictionnelle du justiciable européen » (28).

B) LES DIFFÉRENTS PROJETS ÉLABORÉS AUTOUR DE L'OFFICE EUROPÉEN DES BREVETS

Dans la même période où les juridictions européennes sont entrées en pleine réflexion sur une possible spécialisation, l'Office européen des brevets a lui aussi contribué indirectement à tracer de nouvelles perspectives en matière d'organisation du contentieux européen des brevets. Deux projets, l'un d'origine interne, l'autre mené par un groupe de travail juridique organisé entre les États membres, méritent d'être évoqués.

Le projet interne concerne une éventuelle révision de la Convention de Munich en vue d'accroître significativement l'autonomie organisationnelle des chambres de recours. Il a été débattu au Conseil d'administration en 2003 et, malgré la réserve de certains États, a recueilli un accueil majoritairement favorable du Conseil pour que celui-ci décide,

(26) B. Vesterdorf, L'impact de l'élargissement sur le système de la marque communautaire – Le point de vue du Tribunal de première instance, *in* Troisième Symposium des juges européens dans le domaine des marques, 26 septembre 2003 (intervention disponible sur le site de l'OHMI).

(27) V. Skouris, De nouveaux défis pour la Cour de justice dans une Europe élargie : *ERA Forum* 2008, n° 9, p. 107.

(28) *Idem*, p. 108.

Liber amicorum Georges Bonet

lors de sa session de juin 2004, qu'une proposition de faire des chambres de recours le troisième organe de l'Organisation européenne des brevets devrait figurer à l'ordre du jour d'une future conférence diplomatique. Ce projet (dont le texte est disponible sur le site de l'Office européen des brevets (29)) proposerait d'une part de nommer à vie les membres des chambres de recours et de les regrouper au sein d'un nouvel organe – provisoirement dénommé « Cour d'appel européenne en matière de brevets » – qui serait doté de son propre budget et dont le Président sera nommé par le Conseil d'administration pour une période de cinq ans. Pour le reste, les compétences et la composition des chambres de recours demeureraient inchangées par rapport à la situation juridique actuelle.

Mais un second projet, plus politique et dont les ambitions sont bien plus importantes, a été élaboré parallèlement par un groupe de travail « Contentieux » réuni sous l'égide de l'OEB suite à la conférence intergouvernementale de Paris en 1999 (30). Il a abouti en 2004 à une proposition d'un projet de protocole relatif aux litiges concernant les brevets européens (proposition connue sous le nom d'EPLA (31)) qui visait à créer, par un nouveau traité international complétant la Convention de Munich, une juridiction spéciale destinée à trancher les seuls litiges relatifs aux brevets européens (32).

Ce système EPLA comporterait un tribunal de première instance qui serait subdivisé en différentes divisions régionales et une division centrale (en charge des actions directes en nullité d'un brevet européen) ainsi que d'une Cour d'appel unique chargée de statuer en appel sur les décisions de première instance. L'ensemble constituerait une Organisation européenne du contentieux des brevets, distincte de l'OEB mais appelée à entretenir avec l'Office des liens de proximité.

La publication de ce projet, techniquement et juridiquement bien élaboré, étant intervenu alors que la proposition de relance par la Commission d'un projet de règlement créant un brevet communautaire avait été politiquement bloquée (notamment pour des raisons tenant au régime linguistique de ce brevet mais aussi en raison de l'organisation proposée en matière de règlement des litiges (33)), elle retint l'attention et parut un temps pouvoir être adoptée rapidement par les États membres de la Convention de Munich, au risque de voir s'installer un système juridictionnel totalement non communautaire dans le paysage de la propriété industrielle européenne.

(29) Projet de proposition de base relative à la révision de la CBE en vue de l'autonomie organisationnelle des chambres de recours de l'Office européen des brevets au sein de l'Organisation européenne des brevets, document CA/46/04, OEB, 28 mai 2004.

(30) Sur les prémisses de ce projet, v. G. Weiss, Premières étapes en vue de l'adoption dans le cadre de la Convention sur le brevet européen d'un protocole facultatif sur le règlement des litiges concernant les brevets européens : *Dossiers Brevets* 2000, II.

(31) *European Patent Litigation Agreement*, dont la dernière version date du 13 déc. 2005 (accessible sur le site de l'OEB : www.oeb.org).

(32) Le projet EPLA est également accessible sur le site de l'OEB. Pour un commentaire, v. A. Casalonga, Le contentieux futur du brevet européen : Enfin une solution ? : *Propr. intell.* 2006, n° 20, p. 253-269.

(33) V. notre commentaire, avec J.-C. Galloux, sur la nouvelle proposition de règlement de mai 2003 : *Propr. intell.* 2003, n° 8, p. 307-314.

Bertrand Warusfel

Cependant, cette approche non-communautaire souleva quelles résistances politiques en même temps qu'une interrogation juridique essentielle. Dans quelle mesure, en effet, les États membres de l'Union par ailleurs membres de la Convention de Munich pourraient-ils confier le contentieux de leurs droits de brevet ayant effet sur le territoire de l'Union à une juridiction sans aucun lien avec le droit communautaire ? Cette question a notamment été posée par le service juridique du Conseil puis relayée par quelques spécialistes du droit communautaire de la propriété industrielle, comme Vincenzo Scordamaglia (34). La Commission proposa alors dans une communication du 3 avril 2007 dénommée « Améliorer le système de brevet en Europe », une solution intermédiaire de compromis qui « pourrait être construit sur la base d'une approche intégrée qui combine les caractéristiques à la fois d'EPLA et d'une juridiction communautaire initialement proposée par la Commission » (35).

C'est sur cette base que fut confié à un groupe de travail, réuni sous l'égide du secrétariat général du Conseil, le soin de préparer un avant-projet d'accord en vue de créer une cour des brevets européens et communautaires, dont le principe est actuellement soumis pour avis à la Cour de justice.

C) LE PROJET DE CONVENTION COMMUNAUTAIRE SUR UNE JURIDICTION UNIFIÉE DES BREVETS

Dans l'attente de l'avis de la Cour de justice (qui devrait intervenir vraisemblablement à la fin de l'année 2010), on peut décrire l'architecture juridictionnelle actuellement proposée telle qu'elle ressort de la dernière version de l'avant-projet rendu public le 23 mars 2009 (36) qui préfigure ce que pourrait être cette nouvelle instance juridictionnelle européenne très spécifique.

Le système juridictionnel proposé comporterait deux niveaux d'instance, répartis entre des divisions de première instance (à trois juges) et une Cour d'appel (en formation de cinq juges).

En première instance, le contentieux serait traité par des divisions locales installées dans chaque État (ou régionales, si plusieurs États décident de partager une division commune) ainsi que par une division centrale (qui aurait notamment des compétences pour accueillir des actions directes en contestation de la validité des brevets ainsi que pour se voir renvoyer certaines des actions reconventionnelles en nullité). Outre des juges permanents installés au siège de chacune des

(34) V. notamment V. Scordamaglia, Contribution au débat sur le système de résolution des litiges en matière de brevets en Europe : *Propr. industr.* juill. 2007, n° 7, étude 16.

(35) Doc. COM/2007/0165 final ; v. notre commentaire, Améliorer le système du brevet en Europe : les questions juridictionnelles au cœur des projets de la Commission : *Propr. intell.* 2007, n° 27, p. 340.

(36) *Draft Agreement on the European and Community Patents Court and Draft Statute*, document du Conseil de l'Union européenne n° 7928/09/PI23/COUR29, 23 mars 2009.

Liber amicorum Georges Bonet

divisions locales ou régionales, un *pool* de juges comprenant notamment une grande diversité de juges de formation technique (afin de couvrir les différents domaines techniques) serait constitué afin que ceux-ci puissent siéger – en fonction des besoins – au sein des différentes divisions de première instance.

Au niveau de l'appel, la Cour d'appel devrait connaître des recours contre les décisions de première instance, les nouveaux faits et preuves ne pouvant être apportés (dans l'état actuel du projet) que s'ils ne pouvaient être raisonnablement connus et produits en première instance.

Il n'existerait pas de recours en cassation ou en révision, mais une simple possibilité pour les juges de première instance ou d'appel de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande d'interprétation d'un point de droit communautaire dont dépendrait la solution du litige.

Cette place très restreinte de la haute juridiction communautaire s'explique par le fait qu'en l'absence d'un brevet communautaire (et donc d'un véritable droit communautaire des brevets), la Cour européenne des brevets ainsi conçue ne peut pas être considérée comme une juridiction communautaire, mais simplement comme une juridiction *sui generis* établie entre différents États, dont des États membres de l'Union. La CJUE ne devrait donc pas pouvoir jouer un grand rôle dans ce système, tout au moins tant que le brevet communautaire n'est pas en vigueur. Au contraire, une fois le brevet communautaire mis en œuvre, cette juridiction autonome pourrait se « communautariser » plus facilement.

C'est dire que le projet actuellement à l'étude est bien, comme le laissait entrevoir la communication de 2007 de la Commission, un dispositif de transition dans l'attente de l'adoption d'un brevet communautaire dont elle deviendrait la juridiction exclusive.

À ce stade du travail préparatoire sur ce projet, plusieurs points essentiels restent à préciser.

Tout d'abord, il convient de se demander quel droit substantiel des brevets la Cour appliquera. La question ne se pose pas s'agissant de la validité des brevets, puisque c'est le droit européen issu de la Convention de Munich qui sera appliqué. En revanche, l'appréciation de la contrefaçon ne pourra s'appuyer que sur les dispositions du texte qui créera la Cour et – plus indirectement – sur l'application de la directive 2004/48 du 29 avril 2004 (communément appelée « directive contrefaçon »). À l'heure actuelle, les règles substantielles concernant la contrefaçon de brevet dans le projet sont très succinctes et se réduisent essentiellement à deux articles définissant la contrefaçon de brevet européen (art. 14 *c*) et leur contrefaçon indirecte (par fourniture de moyens : art. 14 *d*) qui sont reprises des projets antérieurs (soit en matière de brevet communautaire, soit du projet EPLA). Il sera certainement nécessaire de prévoir des dispositions complémentaires permettant de définir au niveau européen la portée et les limites des droits de brevet, comme cela s'est fait dans les législations nationales.

Les autres questions sensibles portent surtout sur l'organisation procédurale du contentieux devant cette nouvelle Cour. Ces questions ont

déjà donné lieu à des premiers commentaires (37). Un premier point concerne les modalités de représentation devant cette Cour. Alors que le projet EPLA prévoyait principalement la représentation par le biais des mandataires européens en brevets (auxquels se seraient ajoutés les avocats, qui bénéficient d'une capacité de représentation générale), le projet élaboré par le groupe de travail du Conseil vise la représentation par le biais des avocats, tout en prévoyant (dans l'état actuel du projet) qu'elle peut être « alternativement » assurée par des mandataires européens en brevets (art. 28).

Un second sujet d'importance concerne les conditions dans lesquelles pourrait s'effectuer, en cours de procédure de première instance, une « bifurcation » permettant à une question de nullité de brevet invoquée à titre reconventionnel d'être disjointe du litige en contrefaçon pour être renvoyée vers la division centrale de première instance. Ce mécanisme est actuellement prévu (art. 15 a) 2) et pourrait être mis en œuvre à la discrétion du tribunal, une fois les parties entendues. Inspirée des pratiques allemandes en matière de contentieux de brevet (lesquelles disjoint de manière stricte les questions de validité et de contrefaçon), cette bifurcation heurte de nombreuses autres traditions juridiques dans lesquelles un même juge tranche ensemble ces questions (au motif notamment que la validité conditionne la possible contrefaçon) (38).

La détermination de la langue de procédure est également un point très délicat (si l'on se souvient notamment du fait que la question linguistique est encore aujourd'hui le principal obstacle à l'adoption d'un règlement sur le brevet communautaire). En l'état actuel du projet, la langue de procédure serait la langue de la division de première instance devant laquelle serait porté le litige. Mais la langue du brevet serait toujours utilisée devant la division centrale de première instance et pourrait à la demande des parties (39) être retenue devant les autres divisions de première instance. Là encore, des intérêts divergents sont à considérer entre l'intérêt qu'il peut y avoir à discuter techniquement le contenu du brevet dans la langue où il a été rédigé et le principe qui veut que le défendeur puisse se défendre dans sa propre langue.

Plus généralement, se pose la question de la nature et du contenu détaillé des règles de procédure applicable devant cette nouvelle juridiction. Une voie aurait pu être de se référer le plus souvent possible aux règles de procédure de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne et de renvoyer, pour le reste, à l'application des règles procédurales nationales (40).

Les instances communautaires paraissent pourtant souhaiter développer un véritable droit processuel autonome, ce qui aurait l'avantage de la cohérence, mais risque de créer une certaine insécurité juridique

(37) Pour une synthèse des travaux du groupe de travail constitué au sein de l'IRPI, v. J.-C. Galloux et B. Warusfel, *Aspects juridictionnels et procéduraux des brevets européen et communautaire* : *Propr. intell.* 2009, n° 30, p. 9.

(38) V. J.-C. Galloux et B. Warusfel, *op. cit.*, p. 18.

(39) Une variante du projet actuel prévoirait même que ce choix puisse se faire à la demande d'une seule partie si le Tribunal l'accepte (art. 29.4).

(40) V. dans ce sens, J.-C. Galloux et B. Warusfel, *op. cit.*, p. 10-12.

Liber amicorum Georges Bonet

et d'obliger la nouvelle juridiction à développer une interprétation préto-rienne de ses nouvelles règles de procédure. Un premier avant-projet de règles de procédures a d'ailleurs été diffusé en juillet 2009 (41). Il ne porte que sur le déroulement de la procédure de première instance, qui comprendrait trois étapes : la procédure écrite (l'assignation et les échanges de conclusions), la procédure orale (sous la forme d'une audience) et, entre les deux, une procédure intermédiaire dite « *interim procedure* » destinée à mettre en état l'affaire et à préparer l'audience. Une procédure complémentaire destinée à purger les contestations initiales pourrait être engagée sous la forme du dépôt d'une objection initiale (*initial objection*). La procédure écrite serait assez strictement encadrée, de manière à pouvoir se dérouler dans des délais maîtrisés.

S'agissant du processus possible pour l'adoption et l'entrée en vigueur de ce projet, et en l'attente de l'avis juridique de la Cour de justice, l'hypothèse la plus probable (et la seule envisagée par la Commission) serait la conclusion d'une « convention communautaire » conformément à la procédure du nouvel article 218 (ancien art. 300) du Traité, c'est-à-dire un accord international qui serait ouvert à la signature des États membres et des États signataires de la Convention de Munich et à laquelle l'Union européenne serait également partie. Si ce projet devait être adopté, il est actuellement envisagé qu'il établirait une période transitoire de cinq années durant lesquelles les parties pourraient continuer, si elles le souhaitent, à saisir les tribunaux nationaux.

Au carrefour de ces différents projets se prépare indiscutablement une nouvelle étape de cette Europe de la propriété industrielle, à laquelle les rédacteurs de la Convention de Strasbourg et les promoteurs de celles de Munich et de Luxembourg étaient déjà attachés il y a plus de quarante ans. Qu'elle ait demain une dimension contentieuse ne devrait ni surprendre, ni inquiéter. On sait d'ailleurs que l'une des plus fortes réalisations du droit européen est aujourd'hui l'existence et l'influence de cette juridiction particulière qu'est la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme (42). De plus, il est logique que la validité et l'effectivité d'un système de protection des droits intellectuels (comme celui qui se crée à l'échelle de notre continent) se jugent aussi à l'efficacité de son dispositif de règlement des litiges.

Mais les modalités de cette juridictionnalisation (qui s'inscrit par ailleurs dans un mouvement plus large qui touche l'ensemble du droit international (43)) auront une influence tout à la fois sur l'avenir du

(41) *Draft Rules of Procedure for a Unified Patent Litigation System*, 9 juill. 2009, n° 11813/09.

(42) Laquelle n'ignore d'ailleurs pas la propriété intellectuelle, même si ses décisions en la matière sont moins remarquées et n'ont pas vocation à bouleverser le paysage contentieux européen en la matière (v. à ce sujet, M. Dupuis, L'immixtion de la Convention européenne des droits de l'homme dans la propriété industrielle, intervention au colloque Propriété industrielle : vers une harmonisation des jurisprudences européennes et française, Université de Lille 2, 29 mai 2009, reproduit in *RLDA* 2009, n° 41).

(43) Voir Société française pour le droit international, *La juridictionnalisation du droit international*, colloque de Lille, Éditions Pedone, 2003 (et notamment l'article de L. Burgorgue-Larsen, Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international, p. 203-264).

Bertrand Warusfel

droit européen de la propriété intellectuelle et sur l'évolution même des juridictions communautaires.

Deux questions dominent l'évolution à moyen terme de l'eupéanisation de la propriété intellectuelle : ce mouvement intégrera-t-il de manière uniforme et transversale les champs de la propriété industrielle et du droit d'auteur ? Et cette évolution finira-t-elle par se fondre définitivement dans le droit communautaire ou conservera-t-elle le caractère hybride qu'impose aujourd'hui la présence de l'Organisation européenne des brevets ? A ce jour, les projets en discussion et l'état des forces en présence conduiraient plutôt à une intégration limitée à la propriété industrielle (les questions de propriété littéraire et artistique n'ayant pas les mêmes contraintes de cohérence juridictionnelle à court terme) et conservant un caractère mixte entre différentes sources de droit européen. Mais on ne doit pas mésestimer la force d'assimilation du droit communautaire et un déblocage du dossier du brevet communautaire (lequel devrait être possible si la question juridictionnelle est réglée) pourrait annoncer une communautarisation accrue de l'ensemble du domaine.

Mais c'est aussi un peu de l'avenir de la juridiction communautaire dans le nouveau contexte juridique et institutionnel ouvert par le Traité de Lisbonne qui va dessiner indirectement à travers ce processus propre aux questions de propriété industrielle. En effet, l'une des tendances lourdes de l'évolution de ces juridictions est bien le poids croissant des contentieux relevant des différents domaines du droit communautaire matériel par rapport aux questions plus institutionnelles qui avaient marqué les débuts de la jurisprudence de Luxembourg. Et d'ores et déjà, les questions de propriété industrielle pèsent par leur volume et par le poids de leurs incidences économiques. De plus, en mettant au cœur de la politique économique et du processus de Lisbonne le développement d'une économie de la connaissance et de la société d'information, les instances de l'Union ont mis en avant le droit de la propriété intellectuelle comme l'un des instruments privilégiés de cette orientation stratégique. Le pas qui reste à franchir est de trouver, dans l'architecture complexe des rapports entre les ordres juridictionnels nationaux, supranationaux et communautaires, les lieux appropriés pour recevoir et traiter les conflits civils entre parties privées qui font l'essentiel du contentieux de la propriété industrielle. Les juridictions communautaires originelles rechignent encore à devenir les juges de droit commun de ce droit civil européen. Suivant la manière dont elles accueilleront en leur sein ou dans leur périphérie l'abondant et important contentieux de la propriété industrielle, elles contribueront à dessiner un nouveau paysage juridictionnel pour le continent européen.

Quoi qu'il en soit et qu'elles qu'en soient ses formes, il est certain que le contentieux européen de la propriété industrielle nécessitera demain des commentateurs toujours plus compétents à la fois en matière de droit de la propriété intellectuelle et de droit communautaire. Le Professeur Georges Bonet a non seulement montré l'exemple à suivre sur cette voie mais il a aussi formé une génération de juristes largement ouverts à ces réalités interactives. Le droit européen de la propriété industrielle ne manquera donc ni de praticiens pour le construire, ni d'analystes pour le comprendre.