

Le brevet unitaire et la future juridiction unifiée

JEAN-CHRISTOPHE GALLOUX

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)
COPRÉSIDENT DE L'IRPI

BERTRAND WARUSFEL

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LILLE II
AVOCAT

L'instauration du brevet européen à effet unitaire ainsi que l'accord sur la mise en place d'une nouvelle juridiction européenne unifiée constituent un « paquet brevet » (pour reprendre l'expression usuelle au sein des institutions de l'Union) dont la complexité est d'abord le fruit d'un processus politique qui fut long et difficile. Après en avoir rappelé les étapes essentielles, on analysera les nouvelles dispositions régissant d'une part le brevet européen à effet unitaire et d'autre part le dispositif juridictionnel qui doit l'accompagner.

I. Les origines de la réforme

Le brevet européen à effet unitaire, instauré par les deux règlements adoptés le 17 décembre 2012, 1257/2012 et 1260/2012 publiés le 31 décembre 2012¹ est le résultat inachevé d'une histoire mouvementée remontant aux origines de la construction européenne². En constituent les jalons : la convention de Strasbourg du 27 novembre 1963 tendant à l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention en Europe³ ; la Convention de Munich sur le brevet européen (CBE) signée le 5 octobre 1973, offrant à tous les pays européens au-delà de la Communauté européenne un système centralisé de demande et de délivrance de brevets par un seul office (l'Office européen des brevets, OEB, délivrant un brevet européen) soumis à de règles communes propres ; la convention de Luxembourg du 15 décembre 1975 (relative aux brevets européens pour le marché commun) instituant un brevet couvrant de manière unitaire le territoire de la Communauté, sur les bases jetées par la CBE et réglant les effets des brevets délivrés selon la procédure instituée par cette dernière ; l'accord de Luxembourg du 15 décembre 1989, proposant un protocole relatif aux litiges en matière de contrefaçon. Ces deux dernières ne sont jamais entrées en vigueur, faute des ratifications nécessaires.

A. L'échec du brevet communautaire

La volonté politique nécessaire à la reprise du projet de brevet communautaire s'est exprimée avec le Livre vert de la Commission sur le brevet communautaire⁴. Il s'agissait d'« offrir un outil compétitif de poids à l'industrie européenne et notamment aux PME à l'époque de la nouvelle économie »⁵ en réduisant les coûts de délivrance des titres, notamment par le biais d'une limitation des traductions, et en renforçant la sécurité juridique par la centralisation judiciaire du contentieux dans le cadre de la Cour européenne de justice. Le 1^{er} août 2000, la Commission adoptait une proposition de règlement sur le brevet communautaire⁶ proposant un titre unitaire, délivré dans les mêmes conditions que le brevet européen dont il ne serait qu'une variété, valable dans tous les pays de l'Union et qui y aurait la même portée. Le désaccord persistant sur son régime linguistique conduisit à un nouvel échec en 2004.

Mais en parallèle, un projet limité à la seule question juridictionnelle était établi par un groupe de travail réuni sous l'égide de l'OEB suite à la conférence intergouvernementale de Paris en 1999⁷. Ce travail, mené



1. N° L. 361 p. 1 à 8.

2. Les origines peuvent être recherchées plus loin encore : les allemands l'ont appelée de leurs vœux dès 1941 : Von Knierem, Europäische Vereinheitlichung des gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrechts : *GRUR* 1941, p. 185 ; Die Europäischen Vereinheitlichung des Patentschutz : *GRUR* 1942, p. 449.

3. Adoptée sous les auspices du Conseil de l'Europe, ratifiée par la France et entrée en application le 1^{er} août 1980.

4. Doc. COM (97) 314 final, 24 juin 1997.

5. Déclaration du Commissaire européen F. Bolkestein, juill. 2000, < <http://europa.eu.int> >.

6. COM(2000) 412.

7. 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.

hors des institutions communautaires, aboutit également en 2004 à une proposition d'un protocole relatif aux litiges concernant les brevets européens (proposition connue sous le nom d'EPLA (European Patent Litigation Agreement)⁸ 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 européens⁹. Face à l'échec des tentatives de la Commission pour instaurer un brevet communautaire, les pays membres de l'Office européen des brevets étaient ainsi tentés de parfaire eux-mêmes l'édifice du brevet européen hors de tout cadre communautaire. Face à ce danger d'une mise à l'écart durable, la Commission a finalement réagi en publiant le 3 avril 2007¹⁰ une communication dans laquelle elle exprimait son souhait de relancer la négociation sur le dossier à l'aide d'un système de résolution des litiges prenant en considération aussi bien les brevets européens que les futurs brevets communautaires.

B. La recherche d'un compromis, inspiré du projet EPLA

Elle proposait un compromis « 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 ». Ce faisant, elle accaparait ainsi le projet EPLA alors qu'initialement elle avait envisagé d'attribuer à la Cour de justice toute compétence pour statuer sur les litiges relatifs au seul brevet communautaire¹¹. Le 23 mai 2008, la Présidence slovène présentait une proposition révisée de règlement sur le brevet communautaire¹² fondée sur un régime linguistique simplifié (traductions automatiques et des aides à la traduction). En décembre 2009, le Conseil adoptait une approche générale concernant la proposition de règlement¹³ débouchant le 30 juin 2010 sur un projet concernant les dispositions relatives à la traduction pour le brevet de l'Union européenne, qui ne rencontra toujours pas l'adhésion de l'ensemble des États membres¹⁴. Mais ce nouveau blocage politique sur le dossier du brevet ne signifiait cependant pas l'arrêt des travaux communautaires en la matière : en effet, suivant d'une certaine manière la pratique discrète qui avait abouti au projet EPLA, le secrétariat général du Conseil de l'Union européenne avait constitué, en toute discrétion, un groupe de travail de juristes chargé de dessiner les contours d'une éventuelle juridiction hybride qui – dans la logique fixée par la communication de 2007 – pourrait tout à la fois prendre en charge les litiges concernant les simples brevets européens, puis – si le brevet de l'Union était finalement institué – ceux concernant le nouveau titre unifié. L'objectif était indiscutablement de contourner l'obstacle de la question linguistique qui bloquait l'adoption du règlement sur le brevet de l'Union en créant, sans plus attendre, une juridiction inspirée de l'EPLA mais qui aurait vocation à assurer une passerelle avec le droit communautaire. On a pu connaître les contours de ce projet de juridiction en 2009 ainsi qu'un premier avant-projet des règles

de procédure qui pourraient s'y appliquer¹⁵. Mais cette perspective de pouvoir débloquent le dossier en avançant sur le seul volet juridictionnel fut à son tour remise en cause par l'avis négatif que rendit le 18 mars 2011 la Cour de justice de l'Union européenne sur le projet d'accord instituant un système unifié de règlement des litiges en matière de brevet¹⁶.

Dans l'intervalle, une nouvelle voie avait cependant été entrouverte avec la demande formulée par douze États membres aux fins d'instaurer entre eux une coopération renforcée pour la création d'une protection unitaire par brevet¹⁷.



8. La dernière version date du 13 déc. 2005 (accessible sur le site de l'OEB : < www.oeb.org >).

9. Pour un commentaire, v. A. Casalonga, Le contentieux futur du brevet européen : Enfin une solution ? : *Prop. intell.* 2006, n° 20, p. 253-269. Ce projet faisant concurrence aux projets communautaires a été abandonné, la Commission ayant affirmé que les États membres de l'Union et également signataires de la CBE, auraient perdu leur compétence internationale pour ratifier un tel instrument. J.-C. Galloux et B. Warusfel, Aspects juridictionnels et procéduraux : *Prop. intell.* 2009, n° 30, p. 9 ; V. Scordamaglia, Contribution au débat sur le système de résolution des litiges en matière de brevets en Europe : *Prop. industr.* juill.-août 2007, p. 8 ; Le projet d'accord pour une cour des brevets européens et communautaires : *Prop. industr.* mai 2009, p. 11.

10. Doc (COM(2007) 165 final. Pour un commentaire, B. Warusfel, Améliorer le système du brevet en Europe : les questions juridictionnelles au cœur des projets de la Commission : *Prop. intell.* 2007, n° 24, p. 340 ; également J.-C. Galloux et B. Warusfel, Aspects juridictionnels et procéduraux des brevets européens et communautaires, préc. ; V. Scordamaglia, Les contraintes du droit communautaire qui pèsent sur la création d'une Cour européenne chargée de connaître des litiges concernant les brevets européens : *Prop. industr.* janv. 2007, p. 9 ; Contribution au débat sur le système de résolution des litiges... : *Prop. industr.* juill.-août 2007, préc.

11. Doc. COM(2003) 827 final, 23 déc. 2003. Dans sa communication de 2007, la Commission insistait cependant sur le fait que CJCE demeure « l'arbitre final en matière de loi européenne, y compris les questions relatives à l'acquis communautaire et à la validité des futurs brevets communautaires ».

12. Devenu « Brevet de l'Union européenne » suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne : Doc 9465/08 du Conseil.

13. Doc. 16113/09 du Conseil accompagné de la proposition de règlement du 27 nov. 2009.

14. COM(2010) 350 final.

15. Pour un premier commentaire du projet d'accord sur la juridiction, B. Warusfel, Les contours d'une future Cour européenne des brevets commencent à se préciser : *Prop. intell.* 2009, n° 33, p. 410 ; s'agissant des questions procédurales, v. J.-C. Galloux et B. Warusfel, Aspects juridictionnels et procéduraux des brevets européens et communautaires, préc.

16. CJUE, avis C-1/09 : *Rec.*, I-01137, comm. J.-C. Galloux, Le système unifié de règlement des litiges en matière de brevet : *Prop. intell.* 2011, n° 39, p. 233.

17. Proposition du 14 déc. 2010 : COM(2010) 790 final (v. également, Doc. AN et Sénat n° E 5925 du 5 janv. 2011).

C. La coopération renforcée pour contourner les obstacles politiques

La décision autorisant la coopération renforcée a été adoptée le 10 mars 2011¹⁸ : vingt-cinq États membres y participent. Le mois suivant, la Commission présentait une proposition de règlement fondée sur l'article 118 du TFUE¹⁹ mettant en œuvre cette coopération renforcée²⁰. Le nouveau titre est désormais en vue : le brevet européen à effet unitaire. Sa mise en place consiste en un « paquet » comprenant trois volets : le premier pour un système de protection par le brevet européen à effet unitaire ; le deuxième détermine les modalités de traduction de ce nouveau titre ; le troisième volet consiste en un accord international destiné à créer une juridiction unifiée pour les juger²¹. Le 1^{er} décembre 2011, une concertation entre la Commission, le Parlement et le Conseil, débouchait sur un accord relatif aux deux premiers volets du « paquet brevet ». Quant au troisième volet, l'emplacement de la future juridiction ad hoc restait en débat : aux termes d'un compromis trouvé le 29 juin 2012, le siège de la division centrale du tribunal de première instance (TGI) de la juridiction unifiée, de même que le bureau du président du TGI, seront établis à Paris. Mais une division centrale dépouillée au profit de deux pôles spécialisés : l'un à Munich pour l'ingénierie mécanique ; l'autre à Londres pour la chimie, la pharmacie et les biens de première nécessité.

Le volet relatif au titre a été enfin adopté le 17 décembre 2012 à la suite d'un ultime compromis entre le Conseil et le Parlement, le premier ayant voulu vider le droit matériel du titre afin de limiter le contrôle de la CJUE. Il en résulte un système d'une grande complexité juridique, au caractère unitaire évanoui au profit de vingt-cinq lois nationales, applicable de manière différenciée selon la qualité des plaideurs et sans contrôle de l'Union sur l'OEB. En fait, c'est le projet EPLA à peine « communautarisé » qui vient d'être adopté, au risque de créer une certaine insécurité juridique²².

Restait cependant une dernière étape à franchir puisque l'Italie et l'Espagne avaient déposé en mai 2011 deux recours contre la légalité de la décision autorisant la coopération renforcée. C'est chose faite depuis le très récent arrêt de la Cour de justice du 16 avril 2013 qui valide cette décision au regard du droit de l'Union européenne²³. Cette validation n'est pas une surprise, même si pour ce faire la Cour a dû notamment affirmer que le brevet à effet unitaire devait être considéré comme un titre européen de propriété intellectuelle qui confère une protection uniforme au sens de l'article 118 TFUE (alors que nous allons voir ci-dessous que ce brevet unitaire n'est pourtant pas vraiment un nouveau titre européen)²⁴.

II. Le brevet européen à effet unitaire

Le brevet européen à effet unitaire n'est pas à proprement parler un nouveau titre de propriété intellectuelle mais consiste en un nouvel effet juridique attribué à un titre existant : le brevet européen. Nous examinerons d'un peu plus près cette construction originale avant que d'exposer le régime juridique.

Il convient préalablement de noter que si l'accord sur la juridiction du 19 février 2013, les règlements 1257/2012 et 1260/2012 dessinent le régime juridique du brevet européen à effet unitaire, l'accord va plus loin puisqu'il régit également, pour les dispositions substantielles qu'il contient, les brevets européens pour les pays qui auront ratifié cet instrument. Si les développements qui suivent sont centrés sur le brevet européen à effet unitaire, certaines remarques pourront concerner les brevets européens régis dans les pays contractants de l'accord.

A. La construction de l'effet unitaire

Cette construction s'appuie sur un effet juridique particulier : l'effet unitaire, qui confère au brevet européen



18. *JOUE*, déc. 2011/167/UE, n° L 76, 22 mars 2011, p. 53 ; elle a fait l'objet de deux recours engagés par l'Italie et par l'Espagne devant la CJUE (aff. jointes C-274/11 et C-295/11) ; l'avocat général Bot dans ses conclusions du 11 déc. 2012 prône rejet du recours ; une annulation priverait les deux règlements adoptés le 17 déc. 2012 de base juridique.

19. L'article 118, al. 1^{er} du TFUE offre une base spécifique pour la création de droits de propriété intellectuelle ; le second concerne l'établissement des régimes linguistiques de ces titres obligeant à prévoir les modalités de traduction dans un règlement distinct.

20. Doc. COM(2011) 215 final, 13 avr. 2011 ; N. Binctin, Le projet de brevet européen à effet unitaire en attendant un brevet de l'Union ? : *Propri. intell.* 2011, n° 40, p. 270 ; G. Triet et M. Vivant, Juridiction européenne : une nouvelle donne pour le brevet : *Cahier de droit de l'entreprise* janv. 2012, dossier 4, p. 41-46 ; H. Ullrich, Harmonizing Patent Law : The Untamable Union Patent, *Max Planck Institute Research Paper Series*, 2012, n° 12-03 ; Lamping, Matthias, Enhanced Cooperation – A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection ? , 20 oct. 2011, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, n° 8, 2011.

21. H. Evans, An EU patent without an EU patent court ? : *IPM* avr. 2011, p. 78 ; T. Jaeger, All Back to Square One ? – An Assessment of the Latest Proposals for a Patent and Court for the Internal Market and Possible Alternatives, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)* 15 déc. 2011.

22. On a pu le dénommer de « Volapük juridique », par référence à cette langue « universelle » artificielle inventée en 1879 par le jésuite allemand J. M. Schleyer, et rendue célèbre par C. de Gaulle lors de son interview du 15 mai 1962 stigmatisant les dérives de la construction européenne (J.-C. Galloux, Le brevet européen à effet unitaire : un volapük juridique intégré ? : *D.* 2013, n° 8, févr. 2013, p. 520-526.

23. CJUE, aff. jointes C-274/11 et C-295/11, 16 avr. 2013. On notera, en revanche, que pour contourner un argument des requérants concernant le régime linguistique du nouveau brevet unitaire, la CJUE s'est réfugiée derrière un argument de procédure afin de ne pas se prononcer sur ce point délicat (v. considérants 76 et 77).

24. Considérant 68, arrêt CJUE du 16 avr. 2013, préc.

à effet unitaire une nature juridique spécifique ; cette originalité se reflète également dans ses conditions d'obtention, son régime linguistique et dans le contrôle juridictionnel dont il est l'objet.

1. La notion d'effet unitaire

Le brevet européen à effet unitaire peut être ainsi présenté : « Par comparaison avec la proposition présentée par la commission en 2000, la présente proposition se fonde sur le système de brevet européen existant ; elle prévoit de conférer aux brevets européens un effet unitaire sur le territoire de l'ensemble des États membres participants. La protection par brevet unitaire sera facultative et coexistera avec les brevets nationaux et européens. Les titulaires de brevets européens délivrés par l'OEB pourront présenter à celui-ci, dans un délai d'un mois après la publication de la mention relative à la délivrance du brevet européen, une demande visant à faire enregistrer l'effet unitaire de ce brevet. Une fois enregistré, l'effet unitaire offrira une protection uniforme et produira les mêmes effets dans tous les États membres participants. Les brevets européens à effet unitaire ne pourront être délivrés, transférés ou annulés et ne pourront s'éteindre que dans tous ces États membres en même temps. Les États membres participants chargeront l'OEB de l'administration des brevets européens à effet unitaire »²⁵. Le brevet européen à effet unitaire se présente dès lors comme un greffon unioniste enté sur un porte-greffe européen (le brevet européen). Le mécanisme adopté est simple : la Convention sur le brevet européen (CBE) régit l'acquisition du titre européen jusqu'à sa délivrance : c'est le porte-greffe. Le règlement vient régir les effets post délivrance du brevet européen, devenu « brevet européen à effet unitaire » à l'issue de cette délivrance : c'est le greffon.

Dans le domaine de la propriété intellectuelle, l'effet unitaire des titres de l'Union s'exprime de manière similaire entre les droits de marque²⁶, d'obtention végétale²⁷ et de dessins ou modèles²⁸. Appliqué au brevet européen, il reprend les éléments classiques des autres droits de propriété industrielle de l'Union. Selon le considérant 7 du règlement 1257/2012 : « La principale caractéristique d'un brevet européen à effet unitaire devrait être son caractère unitaire, c'est-à-dire la faculté de fournir une protection uniforme et produire les mêmes effets dans tous les États membres participants. En conséquence, un brevet européen à effet unitaire ne doit être limité, transféré, révoqué ou ne devrait s'éteindre que pour tous les États membres participants à la fois. Un brevet européen à effet unitaire devrait faire l'objet de licences pour tout ou partie des territoires des États membres participants. Pour garantir l'uniformité de la protection unitaire conférée par un brevet, seuls les brevets européens délivrés pour tous les États membres participants avec le même jeu de revendications devraient se voir conférer un effet unitaire. Enfin, l'effet unitaire conféré à un brevet européen devrait avoir un caractère accessoire et être réputé ne pas avoir existé dans la mesure où le brevet européen d'origine a été révoqué ou limité ». Ce que confirme l'article 3.2.

2. La nature juridique du brevet européen à effet unitaire

L'effet unitaire n'est probablement pas un droit de propriété intellectuelle en tant que tel. Il n'est pas un nouveau titre en ce sens qu'il n'est pas issu d'une procédure spécifique de délivrance puisqu'elle est celle d'un brevet européen. Il n'est pas un nouveau titre en ce sens qu'il ne possède pas une durée spécifique : l'effet unitaire naît et disparaît par application de règles spécifiques mais qui ne lui confèrent pas une durée de validité particulière. Les conditions de son annulation ou de sa révocation résultent entièrement de la CBE et des lois nationales et non pas du droit de l'Union. Enfin, comme le résume avec justesse le considérant 7 du règlement, l'effet unitaire conféré à un brevet européen possède un caractère accessoire. Ainsi, l'effet unitaire peut-il s'éteindre en raison d'une limitation par exemple, sans que le titre européen ne disparaisse ; inversement les brevets européens perdurent sans l'enregistrement d'un effet unitaire. Le brevet européen est un titre non unioniste auquel il est conféré un effet particulier, supplémentaire et accessoire, régi par le droit de l'Union²⁹. L'absence de caractère autonome du brevet européen à effet unitaire le distingue du projet du précédent brevet unitaire³⁰.

Dans une affaire concernant la validité de la directive 98/44 du 6 juillet 1998, la Cour de justice a retenu deux éléments décisifs pour la qualification d'un nouveau titre communautaire³¹ : le fait que le titre ne tire pas « sa force protectrice » d'un autre droit que le droit de l'Union ; la base juridique n'est pas celle relative à la création d'un titre nouveau. Dans le cas du brevet européen à effet unitaire, la « force protectrice » du droit n'est pas initialement tirée du droit de l'Union mais de la CBE. Le brevet européen à effet unitaire n'est pas un

25. Exposé des motifs du projet d'avril 2011, point 1.2.

26. Le considérant 3 du règlement 207/2009 explique le caractère unitaire de la marque communautaire ; ce caractère unitaire se décline également aux articles 16 à 24 relatifs à la marque communautaire comme objet de propriété. Enfin, l'article 65 pose le principe d'un recours à la juridiction de l'Union européenne contre les décisions prises par l'OHMI.

27. V. l'article 2 du règlement 2100/94 du 17 juill. 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales et les articles 22 à 29 et à l'article 74 relatif au contrôle exercé par la juridiction communautaire sur les décisions rendues par l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV).

28. Les considérants 1 et 28 du règlement 6/2002 du 12 déc. 2001 sur les dessins et modèles communautaires reprennent les mêmes principes.

29. Considérant 5 : « Les brevets européens délivrés par l'Office européen des brevets conformément aux règles et procédures prévues par la CBE devraient, à la demande de leur titulaire, se voir conférer un effet unitaire sur le territoire des États membres participants en vertu du présent règlement (ci-après dénommés "brevets européens à effet unitaire") ».

30. « Le brevet communautaire a un caractère autonome » proclamait l'article 2.2 de la proposition de règlement d'août 2000. Ce caractère autonome n'a jamais été contesté aux titres unitaires que sont la marque, le dessin et modèle ou le droit d'obtention végétale communautaires : en ce sens, H. Ullrich, préc., p. 41.

31. CJCE, 9 oct. 2001, aff. C-377/98, *Royaume des Pays-Bas c/ Commission*, point 25.

brevet unitaire ni, comme son ancêtre le brevet communautaire, un titre de propriété intellectuelle de l'Union.

Il est douteux que brevet européen à effet unitaire entre dans les prévisions de l'article 118-1 du TFUE³² : les règlements 1257/2012 et 1260/2012 se trouveraient alors privés de leur base juridique. En effet, l'autorisation du Conseil relative à la coopération renforcée donnée par la décision du 10 mars 2011³³ ne porte que sur la création d'un « brevet unitaire » et non l'adaptation d'un titre existant en vue de lui conférer une portée ou un régime régi a minima par le droit de l'Union.

3. Les conditions d'obtention de l'effet unitaire

L'octroi de l'effet unitaire nécessite la réunion de trois conditions cumulatives : cet effet doit être demandé par le titulaire du brevet européen dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle a été publiée au *Bulletin européen des brevets* prévu à l'article 129 de la CBE, la mention de délivrance du brevet européen ; l'effet unitaire doit être enregistré dans un registre particulier, créé pour les besoins de la cause : le « registre de la protection par brevet unitaire » (art. 9 b) ; le brevet européen, support de cet effet unitaire, doit offrir la même protection, c'est-à-dire le même ensemble de revendications, pour les différents États participants au système du brevet européen à effet unitaire. Ce qu'exprime le second paragraphe de l'article 3.1 : « aucun effet unitaire n'est conféré au brevet européen qui a été délivré avec un de revendications différentes pour différents États membres participants » et le considérant 7.

L'article 9.3 du règlement 1957/2012 indique, concernant un éventuel contentieux relatif à l'enregistrement de l'effet unitaire et aux tâches administratives qui y sont liées, que les pays participants devront « garantir une protection juridictionnelle effective, devant une juridiction compétente d'un ou plusieurs États membres participants, à l'égard des décisions prises par l'OEB dans l'exercice des tâches visées au paragraphe 1 ». Dans son principe, cette disposition constitue une innovation juridique importante, puisqu'elle vise à instaurer pour la première fois un mécanisme de recours contentieux, extérieur, contre des décisions de l'OEB. En réalité, cet article 9.3 annonce la disposition de l'article 32.1(i) de l'accord sur la juridiction unifiée qui attribue exclusivement à cette juridiction unifiée l'ensemble du contentieux touchant les décisions de l'OEB visées à l'article 9 du règlement. La splendide autarcie juridique de l'OEB qui était juge en premier et dernier ressort de ses décisions devrait donc théoriquement prendre fin. Mais la portée de cette audace juridique paraît cependant très limitée puisque les « tâches » visées à l'article 9.1 sont celles, purement administratives, relatives à l'effet unitaire, son inscription et les modifications dont ce titre peut faire l'objet. On reste donc encore loin d'un recours juridictionnel indépendant à l'encontre des décisions de délivrance ou d'opposition relatifs aux brevets européens.

La date de prise d'effet de l'effet unitaire se trouve précisée à l'article 4 : « Un brevet européen à effet uni-

taire prend effet dans les États membres participants le jour de la publication, par l'Office européen des brevets de la mention de la délivrance du brevet européen dans le *Bulletin européen des brevets* ». L'effet unitaire rétroagit au maximum un mois, par application des dispositions de l'article 64.1 de la CBE. Afin d'éviter une double protection, le même article ajoute au paragraphe suivant : « Les États membres participants prennent les mesures nécessaires pour garantir que, lorsque l'effet unitaire d'un brevet européen a été enregistré et s'étend à leur territoire, ce brevet européen est réputé n'avoir pas pris effet en tant que brevet national sur leur territoire à la date de publication de la mention de sa délivrance dans le Bulletin européen des brevets ».

Ainsi, les régimes du brevet européen et du brevet européen à effet unitaire se succèdent-ils comme dans le cas d'une greffe alors que le greffon ne s'est pas encore développé. Selon les termes de l'article 67 de la CBE, une protection provisoire est conférée à la demande de brevet européen à compter de sa publication jusqu'à la publication de la mention de la délivrance du titre³⁴ : cette protection provisoire est celle du brevet européen, c'est-à-dire celle conférée dans les États contractants tels qu'ils sont désignés dans la demande. C'est encore le régime du brevet européen qui s'applique dans le laps de temps qui s'écoule entre la publication de la mention de la délivrance et l'enregistrement de l'effet unitaire : mais lorsque ce dernier intervient, le régime unitaire rétroagit à la première des deux dates.

L'intimité du greffon et du porte-greffé se vérifie également dans l'expression de l'effet unitaire : le brevet européen à effet unitaire est issu d'une procédure unique et centralisée ; il bénéficie d'une protection uniforme sur l'ensemble du territoire concerné par la coopération renforcée et d'un régime linguistique uniforme.

La procédure d'obtention du brevet européen à effet unitaire est la procédure classique d'obtention d'un titre européen. Le porte-greffé prend ici tout son sens : le brevet européen à effet unitaire est d'abord un brevet européen obtenu et délivré exclusivement par applica-



32. « Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union ».

33. Ainsi le considérant 7 de la décision indique-t-il de manière claire : « L'objectif de la coopération renforcée devrait être la création d'un brevet unitaire, qui confère une protection uniforme sur le territoire de tous les États membres participants, qui serait délivré pour l'ensemble de ces États membres par l'Office européen des brevets » ; et l'article 1^{er} : « [...] sont autorisés à instaurer entre eux une coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, en appliquant les dispositions pertinentes des traités ».

34. P. Mathély, *Le droit européen des brevets d'invention*, LJNA, 1978, p. 392.

tion de la CBE. À ce stade, le droit de l'Union n'intervient pas, non plus qu'aucun des organes de contrôle de l'Union³⁵. La question selon laquelle un titre de propriété intellectuelle de l'Union pourrait être délivré par un organe n'appartenant pas ou n'étant pas contrôlé par l'Union n'a pas été résolue alors qu'elle avait été évoquée par les avocats généraux lors de la saisine de la Cour de justice³⁶.

4. Le régime linguistique du brevet européen à effet unitaire

Le règlement 1260/2012 a pour objet de régler les questions d'ordre linguistique suscitées par l'instauration du brevet européen à effet unitaire. L'OEB fonctionne en trois langues : l'allemand, l'anglais et le français. Le nouveau titre suit ce régime : le fascicule de brevet est délivré dans l'une des trois langues, seules les revendications étant traduites dans les deux autres langues officielles. Ce mécanisme a été mis en place par l'accord de Londres signé en octobre 2000 et entré en vigueur pour les pays qui l'ont ratifié, le 1^{er} mai 2008. On relèvera que 13 des 25 pays qui se sont engagés dans la coopération renforcée n'avaient pas, à la fin de l'année 2012, ratifié cet accord ; si une telle ratification n'est pas formellement un préalable à la mise en place du brevet européen à effet unitaire, un tel défaut augure mal de la réception par les parlements nationaux concernés du nouveau système des brevets...

En cas de litige, le fait que le présumé contrefacteur n'ait pas eu accès au fascicule de brevet intégralement dans sa langue³⁷ suscite d'importantes difficultés juridiques³⁸. Afin d'y remédier, le titulaire du brevet doit effectuer au choix et à la demande du présumé contrefacteur ou encore de la juridiction saisie du litige, une traduction complète du fascicule dans la langue officielle du pays où une contrefaçon présumée a eu lieu, ou dans la langue officielle de l'État membre où le défendeur est domicilié, le titulaire devant supporter les frais de cette traduction (art. 4). Par ailleurs, des aides à la traduction sont prévues pour aider les déposants dont la langue d'origine n'est pas l'une des langues officielles de l'OEB (art. 5). La Commission évoque également le développement de traductions automatiques mais cette solution n'apparaît pas actuellement sérieuse compte tenu de la très piètre qualité de ces traductions dans des domaines techniques qui ne souffrent aucune approximation. Enfin, dans la mesure où seule la langue de délivrance du titre ferait foi et que le présumé contrefacteur n'a pas eu accès à l'intégralité du brevet dans sa langue nationale, l'article 4.4. du règlement 1260/2012 est contraint de prévoir un mécanisme de modulation des dommages et intérêts.

5. Le contrôle communautaire sur le brevet européen à effet unitaire

Le contrôle de la Cour de justice sur les conditions de délivrance ou de validité du nouveau titre est extrêmement limité. L'avis C-1/09 rendu le 8 mars 2011 par la Cour sur le projet de juridiction européenne des bre-

vets, indique clairement que l'Union européenne ne saurait déléguer des pouvoirs sans s'assurer qu'il existe un contrôle juridictionnel effectif exercé par un tribunal indépendant qui soit tenu de respecter le droit de l'Union et habilité, le cas échéant, à saisir la Cour de justice au moins d'un renvoi préjudiciel. Selon le règlement, et les termes de l'article 9.2 en témoignent³⁹, les décisions des Chambres de recours de l'OEB ne sont susceptibles d'aucun contrôle de la part d'une juridiction externe à l'OEB, de sorte qu'il n'existe aucune possibilité pour la Cour de justice de s'assurer de l'application uniforme et correcte du droit de l'Union. Cette situation est d'autant plus étrange que ces Chambres sont appelées à statuer aussi sur la révocation après délivrance, à la suite d'une opposition, sur la déchéance ou sur une éventuelle limitation de brevets européens à effet unitaire. Une telle compétence exercée sans contrôle des juridictions de l'Union est de nature à conduire à une application incorrecte et non uniforme du droit de l'Union.

B. Le régime juridique du brevet européen à effet unitaire

Après avoir examiné le régime administratif du brevet européen à effet unitaire, il convient d'en présenter le régime juridique, en termes de protection conférée, de limitations de cette dernière, de durée et de contrôle.

1. La protection conférée par le brevet à effet unitaire

La protection conférée par le brevet européen à effet unitaire est en principe uniforme dans son contenu, dans ses limites et par sa durée. Toutefois, ce régime juri-



35. C'est la grande différence avec les autres droits de propriété industrielle unionistes : la marque, le dessin et modèle ou le droit d'obtention végétale communautaires qui sont délivrés par un office communautaire, l'OHMI ou l'OCVV.

36. CJUE, prise de position des avocats généraux, 2 juill. 2010, avis C-1/09 : les avocats généraux ont laissé ce point de côté estimant ne pas avoir d'informations suffisantes pour en traiter, ce qui n'est pas entièrement convainquant (point 71) ; v. notre chronique : *Propriété intell.* 2011, n° 39, p. 233.

37. La description, qui n'a pas été traduite, représente en volume la partie la plus importante et elle est essentielle à la compréhension comme à l'interprétation du brevet.

38. En droit de l'Union, s'il n'existe aucun principe général assurant aux citoyens le droit à ce que tout ce qui serait susceptible d'affecter ses intérêts soit rédigé dans sa langue en toutes circonstances (CJUE, 9 sept. 2003, aff. C-361/01, *Kik c/ OHMI*, point 82), on ne saurait lui opposer des documents contre lesquels il ne sait pas se défendre, faute d'en comprendre le contenu (pour une réglementation communautaire : CJUE, 11 déc. 2007, aff. C-161/06, *Sloma-Lux*).

39. « Les États membres veillent au respect des dispositions du présent règlement lors de la mise en œuvre de leurs obligations internationales au titre de la CBE et coopèrent dans ce but. En leur qualité d'États contractants de la CBE, les États membres participants assurent la gouvernance et la surveillance des activités menées par l'Office européen des brevets en relation avec les tâches visées au paragraphe 1 [...] ».

dique se trouve éclaté, excusez du peu, entre : les dispositions contenues dans les deux règlements du 17 décembre 2012, les articles 25 à 30 de l'accord sur la juridiction des brevets et, pour le surplus, la loi nationale applicable aux termes d'une règle de conflit.

a) La question de la loi applicable

Le contenu du droit est abordé à l'article 5 du règlement 1257/2012 issu de l'ultime compromis de novembre 2012 :

« 1. Le brevet européen à effet unitaire confère à son titulaire le droit d'empêcher tout tiers de commettre des actes contre lesquels ce brevet assure une protection sur l'ensemble du territoire des États membres participants dans lesquels il a un effet unitaire, sous réserve des limitations applicables ».

2. La portée de ce droit et ses limitations sont uniformes dans tous les États membres participants dans lesquels le brevet a un effet unitaire ».

Pour les détails de la protection, il convient de se reporter tant aux articles 25 à 30 de l'accord qu'aux lois nationales. Il en résulte qu'une partie importante du droit substantiel du brevet européen à effet unitaire n'est pas fixée par la loi européenne mais définie par l'une des vingt-cinq lois nationales des vingt-cinq États participants à la coopération renforcée. La loi applicable au brevet européen à effet unitaire se trouve désignée par la règle de l'alinéa 3⁴⁰ renvoyant à l'article 7 du règlement 1257/2012 :

« 1. En tant qu'objet de propriété, le brevet européen à effet unitaire est assimilé dans son intégralité et dans tous les États membres participants à un brevet national de l'État membre participant dans lequel ce brevet a un effet unitaire et où, conformément au registre européen des brevets : a) le demandeur avait son domicile ou son principal établissement à la date du dépôt de la demande de brevet européen ; ou b) lorsque le point a) ne s'applique pas, le demandeur avait un établissement à la date du dépôt de la demande de brevet européen.

2. Si plusieurs personnes sont inscrites au registre européen des brevets en tant que codemandeurs, le paragraphe 1, point a), s'applique au premier codemandeur inscrit. À défaut, le paragraphe 1, point a), s'applique au codemandeur suivant, dans l'ordre d'inscription. Lorsque le paragraphe 1, point a), ne s'applique à aucun des codemandeurs, le paragraphe 1, point b), s'applique en conséquence.

3. Si aucun demandeur n'est domicilié, n'a son principal établissement, ou n'a d'établissement dans un État membre participant dans lequel le brevet a un effet unitaire aux fins du paragraphe 1 ou 2, le brevet européen à effet unitaire comme objet de propriété est assimilé, dans son intégralité et dans tous les États membres participants, à un brevet national de l'État dans lequel l'Organisation européenne des brevets a son siège, conformément à l'article 6 § 1 de la CBE ».

Il convient de souligner que les dispositions concernant le contenu du droit de brevet et ses limites précises dans le texte de l'accord ont une portée différente

de celles figurant dans les règlements 1257/2012 et 1260/2012. Les dispositions de l'accord valent pour tous les brevets européens (à effet unitaire ou non) et imposent donc aux États signataires de modifier leur loi nationale en conséquence (ces dispositions n'entreront donc en vigueur qu'avec une loi ad hoc les transposant en France et non pas par l'effet de la seule ratification de cet accord). Cet accord va donc conduire, pour les dispositions en question, à une harmonisation limitée mais réelle des lois nationales des pays signataires⁴¹. Le mécanisme du renvoi précité aux lois nationales permettra donc, en principe de renvoyer à des lois nationales partiellement harmonisées. En revanche, les dispositions contenues dans les deux règlements du 19 décembre 2012 ne valent que pour les brevets européens à effet unitaire et sont d'application directe (sans nécessité d'une transposition dans les lois nationales).

Ces dispositions n'empêcheront pas la future juridiction des brevets d'appliquer dans le cadre du contentieux qui lui est dévolu, si les règles de loi le lui permettent, des lois nationales de pays non contractants (comme le font aujourd'hui les juridictions nationales compétentes), ainsi que le rappelle l'article 24.3 de l'accord. Tel peut être le cas, notamment, dans le contentieux des inventions de salariés et celui des contrats.

Le renvoi aux lois nationales effectué par les articles 5 et 7 du règlement 1257/2012 pour le brevet européen à effet unitaire se révèle malgré tout problématique en raison de son ampleur : l'effet uniforme recherché est-il compatible avec la diversité des lois nationales⁴² ? Le renvoi aux lois nationales conduit au remplacement d'une loi unique donnée par l'Union par vingt-cinq lois nationales qui gouverneront le droit matériel de ce titre au-delà des dispositions des articles 25 à 30 de l'accord sur la juridiction des brevets. C'est là le résultat malheureux des manœuvres conjuguées du gouvernement britannique et du lobby des grands déposants – européens et non européens – au cours de l'année 2012⁴³ : leur



40. « Les actes contre lesquels le brevet assure une protection visée au paragraphe 1 et les limitations applicables sont ceux définis dans la loi applicable aux brevets européens à effet unitaire dans l'État membre participant dont le droit national s'applique au brevet européen à effet unitaire en tant qu'objet de propriété conformément à l'article 7 ».

41. Par souci de cohérence, les législateurs nationaux et en particulier le législateur français, serait bien inspiré d'opérer les modifications réclamées par l'accord non seulement pour les brevets d'origine européenne, seuls concernés par l'accord sur la juridiction, mais aussi pour les brevets délivrés selon la voie nationale. À défaut, coexisteront deux régimes juridiques pour les brevets français d'un côté, pour les brevets européens à effet unitaire ou non de l'autre.

42. La proposition de règlement sur le brevet communautaire du 1^{er} août 2000 comportait 63 articles dont la plupart avait trait au droit matériel ; par comparaison, le règlement n° 1257/2012 en comporte moins de tiers (18 art.) et l'intérêt des rédacteurs (sont-ils juristes ?) s'est davantage porté sur les dispositions financières et administrative (6 art.) que sur le régime juridique (4 art.) !

43. Sur l'ensemble de la question, voir notre étude : *L'effet unitaire : greffe et capture*, LexisNexis, coll. Ceipi, 2013.

but était d'échapper à la législation européenne et au contrôle de la Cour de justice en vidant le régime juridique du brevet européen à effet unitaire de toute référence [...] unitaire ; ce but contrevient à l'article 118 du TFUE dont la finalité est précisément de conférer à l'Union européenne le pouvoir de mettre en place un système de propriété intellectuelle et une politique qui lui soient propres.

La règle de conflit de l'article 7 permet à l'évidence un « shopping » parmi les lois nationales de la part des titulaires de brevets européens⁴⁴ à effet unitaire, les notions de « domicile » ou d'« établissement » pouvant donner lieu à des interprétations très diverses : ceci devrait conduire la CJUE à leur donner une interprétation autonome⁴⁵ afin de limiter ce phénomène qui risque de nuire gravement à la sécurité juridique.

Il paraît nécessaire d'ancrer cette interprétation aux textes du droit international privé de l'Union européenne, par souci de cohérence : le règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 (parfois dénommé « Bruxelles I bis ») qui remplace désormais le règlement 44/2001 du 22 décembre 2001 (ou règlement « Bruxelles I ») relatif à la compétence et l'exécution des jugements en Europe ; le règlement « Rome I » 593/2008 du 17 juin 2008 relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles ; le règlement « Rome II » 864/2007 du 11 juillet 2007 relatif aux obligations non contractuelles.

L'article 8.2 de ce dernier précise, s'agissant de la loi applicable aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle, que le règlement « Rome II » ne s'applique pas en présence d'une loi régissant l'instrument communautaire, ce qui est le cas ici puisque « l'instrument » qu'est le règlement 1257/2012 prévoit sa propre règle de conflit. Ni le règlement « Rome I » ni le règlement « Rome II » ne font appel à la notion de « domicile » : ils lui préfèrent celle de « résidence habituelle » définie de manière identique aux articles 19 et 23 de l'un et de l'autre comme suit : « 1. Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale.

La résidence habituelle d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu où cette personne a son établissement principal ».

La notion de « résidence habituelle » recoupe donc celle « d'établissement principal ».

De son côté, l'article 63 du règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 donne la définition suivante du domicile des personnes morales, ce qui devrait être l'hypothèse la plus courante s'agissant des déposants de brevets européens :

« 1. Pour l'application du présent règlement, les sociétés et les personnes morales sont domiciliées là où est situé : a) leur siège statutaire ; b) leur administration centrale ; ou c) leur principal établissement.

2. Pour l'Irlande, Chypre et le Royaume-Uni, on entend par « siège statutaire » le *registered office* ou, s'il n'existe nulle part de *registered office*, le *place of incorporation* (le lieu d'acquisition de la personnalité morale) ou, s'il n'existe nulle part de lieu d'acquisition de la person-

nalité morale, le lieu selon la loi duquel la *formation* (la constitution) a été effectuée.

3. Pour déterminer si un trust a son domicile sur le territoire d'un État membre dont les juridictions sont saisies, le juge applique les règles de son droit international privé ».

Logiquement, il ne pourrait y avoir qu'un seul domicile ou établissement principal. Tel n'est pas le cas de l'établissement secondaire : une personne ou une société peut être établie dans plus d'un État membre notamment par la création d'agences ou de succursales⁴⁶. Dès lors, en l'absence de domicile ou d'établissement principal effectif dans l'un des pays signataires, le titulaire du brevet aura donc le choix entre plusieurs lois nationales, en présence de plusieurs établissements.

La notion d'établissement, secondaire ou principal, est intellectuellement à rapprocher de celle de l'article 49 du TFUE (liberté d'établissement). L'avocat général Darmon la cernait ainsi : « L'établissement au sens du Traité comporte un double élément : l'implantation matérielle et l'exercice d'une activité économique, tous les deux à titre sinon permanent du moins durable »⁴⁷.

Par comparaison, l'article R. 123-40 du Code de commerce définit l'établissement secondaire comme « tout établissement permanent, distinct du siège social ou de l'établissement principal et dirigé par la personne tenue à l'immatriculation, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers ».

L'alinéa 1^{er} de l'article 49 du TFUE vise également l'hypothèse d'établissements à titre secondaire : il pré-



44. Certains pourraient y voir les effets positifs d'une sorte de « benchmarking » juridique entre les lois nationales : c'est oublier que le « benchmarking » est un choix qui, en général, n'est pas contesté par un tiers ; dans le domaine du contentieux, cela se nomme incertitude juridique.

45. Idem, s'agissant de la notion de succursale dans le règlement n° 2001/44, n° 226 s.

46. CJCE, 30 nov. 1995, aff. C-55/94 : *Rec.*, I-4165, point 22.

47. Conclusions dans l'affaire C-81/87 du 7 juin 1988, point 3 ; dans une affaire C-48/11 jugée le 19 juill. 2012, la Cour a également souligné que « la notion d'établissement au sens du TFUE est une notion très large, impliquant la possibilité pour un ressortissant de l'Union de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale au sein de l'Union dans le domaine des activités non salariées » (point 24) ; v. également arrêt *Élisa*, aff. C-451/05, point 63 ; aussi l'arrêt du 30 nov. 1995, aff. C-55/94 : *Rec.*, I-4165 (point 25) : « La notion d'établissement au sens du Traité est donc une notion très large, impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées » dans le même sens, CJCE, 21 juin 1974, C-2/74, *Reyners* : *Rec.*, 631, point 21 ; CJUE, 29 avr. 2004, aff. C-171/02, point 25 : « la notion d'établissement implique que l'opérateur offre ses services, de manière stable et continue, à partir d'un domicile professionnel dans l'État membre de destination » ; v., en ce sens, CJCE, 4 déc. 1986, 205/84, *Commission c/ Allemagne* : *Rec.*, 3755, point 21.

voit la création d'agences, de succursales (ces deux types de structures n'étant pas juridiquement distinctes de l'établissement principal) et de filiales (ces structures sont à la fois juridiquement indépendantes et contrôlées par une société mère). Au-delà du texte, la Cour de justice a admis qu'une présence permanente exercée notamment au moyen d'un bureau pouvait être constitutive d'un établissement. Ainsi, la Cour de justice considère-t-elle que l'article 49 du TFUE permet à des ressortissants de créer et de maintenir plusieurs centres d'activités dans l'Union européenne notamment pour l'exercice de professions libérales⁴⁸.

Le caractère général de la règle de renvoi ne va pas sans susciter des difficultés pour la détermination de la loi applicable par exemple aux inventions de salariés, les dispositions de l'article 60 de la CBE s'articulant mal avec elle⁴⁹.

Il est à craindre que ces questions de désignation de la loi applicable parasitent de manière importante et jusqu'à la fixation des règles par la CJUE, les premiers contentieux dévolus à la nouvelle juridiction ; on ne peut que regretter que les rédacteurs de ces textes aient été aussi évasifs sur une question aussi importante.

La loi allemande s'appliquera aux brevets européens à effet unitaire dont le titulaire n'a ni domicile, ni établissement principal dans l'un des États membres participants, ou n'avait pas d'établissement au moment du dépôt de la demande dans l'un de ces États. Il pourrait en résulter une discrimination selon la nationalité au sens de l'article 10 du TFUE car certains titulaires se verront appliquer leur loi nationale et pas d'autres, et parmi ceux-ci, des ressortissants de l'Union européenne (notamment les ressortissants des pays non participants)⁵⁰. En se fondant sur les statistiques données par l'Office européen des brevets pour l'année 2012, 50,3 % des brevets ont été délivrés au profit de déposants non domiciliés dans les pays membres de la CBE ; parmi les pays membres de la CBE, les Allemands représentent 20,3 % des titulaires, les Français en représentent 7,3 % et les Britanniques 3,1 %. Abstraction faite de l'impact du rattachement par la voie de l'établissement (qui pourrait être significatif pour les déposants ressortissants de pays non parties à la coopération renforcée), plus de 80 % des déposants pourraient se voir appliquer la loi allemande. Les Pays-Bas, l'Irlande, la Belgique et la Grande-Bretagne accueillant très largement les sièges sociaux européens, la part du droit français aura sans doute du mal à dépasser la barre des 10 % d'application.

Cette répartition très inégalitaire devrait également conduire le choix de la division locale compétente (dont les critères de désignations ne sont pas les mêmes, faut-il le rappeler) : il est en effet souhaitable que la division locale applique le droit national (local). Quant à la division centrale ou à la cour d'appel, elle devra comprendre d'excellents comparatistes !

b) Les droits conférés par le brevet européen à effet unitaire

Ils sont précisés aux articles 25, 26 et 30 de l'accord sur la juridiction.

L'article 25 est relatif au « 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 États 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 ».

Cette disposition classique est issue de l'article 7 de la proposition de règlement du 1^{er} août 2001 sur le brevet communautaire et de l'article 25 de la Convention de Luxembourg.

L'article 26 est consacré au « 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 États 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) ».

Cette disposition est également issue de l'article 8 de la proposition de règlement du 1^{er} août 2001 sur le brevet communautaire et de l'article 26 de la Convention de Luxembourg⁵¹.

On relève, à l'article 30, un étonnant article consacré aux « Effets des certificats complémentaires de protection » :

« Un certificat complémentaire de protection confère les mêmes droits que ceux qui sont conférés par le brevet et est soumis aux mêmes limitations et aux mêmes obligations ».



48. Arrêt du 12 juill. 1984, aff. C-107/83, *Klopp* : *Rec.*, 2971-19.

49. Dans le même sens, v. N. Binctin, préc.

50. R. Hilty, T. Jaeger, M. Lamping et H. Ullrich, *The Unitary Patent Package : Twelve Reasons for Concern*, Max Planck, Munich, oct. 2012.

51. Pour un commentaire complet des dispositions de la Convention de Luxembourg et en droit comparé européen, v. Amiram Benyamini, *Patent Infringement in the European Community : IIC Studies*, vol. 13, 1993.

Il s'agit d'une réécriture sans vergogne du droit de l'Union. L'article 5 du règlement n° 469/2009 relatif au certificat complémentaire précise⁵² : « Sous réserve de l'article 4 (nous soulignons), le certificat confère les mêmes droits que ceux qui sont conférés par le brevet de base et est soumis aux mêmes limitations et aux mêmes obligations ». Cette réserve indique la restriction énoncée à l'article 4 du même règlement : « Dans les limites de la protection conférée par le brevet de base, la protection conférée par le *certificat s'étend au seul produit couvert par l'autorisation de mise sur le marché du médicament* (nous soulignons) correspondant, pour toute utilisation du produit, en tant que médicament, qui a été autorisée avant l'expiration du certificat ».

La présence de cette disposition obscure dans l'accord relatif à la juridiction s'explique par l'évidente volonté des rédacteurs du texte, subtilement inspirés, de tourner la récente jurisprudence de la CJUE : la protection initiale conférée par le brevet de base ne s'étend pas au-delà du produit objet de l'Autorisation de mise sur le marché (AMM) de référence du CCP qui en prend le relais⁵³. Cette tentative d'adultération des textes de l'Union⁵⁴ est doublement vaine : d'abord il n'y a aucun sens à supprimer dans le mécanisme du CCP la référence à l'AMM du produit ; ensuite parce que le droit de l'Union prime sur le droit conventionnel issu de l'accord en cas d'opposition entre ces textes.

c) Les limites à la protection conférée

Ces limitations sont données par les articles 27, 28 et 29 de l'accord sur la juridiction.

L'article 27 intitulé : « Limitations des effets d'un brevet » est ainsi rédigé :

« Les droits conférés par un brevet ne s'étendent à aucun des actes suivants : a) les actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales ; b) les actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée ; c) l'utilisation de matériel biologique en vue de créer ou de découvrir et de développer d'autres variétés végétales ; d) les actes autorisés en vertu de l'article 13 § 6 de la directive 2001/82/CE⁵⁵ ou de l'article 10, paragraphe 6, de la directive 2001/83/CE⁵⁶ en ce qui concerne tout brevet portant sur le produit au sens de l'une ou l'autre de ces directives ; e) la préparation de médicaments faite extemporanée et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale, ou les actes concernant les médicaments ainsi préparés ; f) l'utilisation de l'invention brevetée à bord de navires de pays membres de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle (Union de Paris) ou membres de l'Organisation mondiale du commerce autres que les États membres contractants dans lesquels le brevet concerné produit ses effets, dans le corps dudit navire, dans les machines, agrès, apparaux et autres accessoires, lorsque ces navires pénètrent temporairement ou accidentellement dans les eaux d'un État membre contractant dans lequel le brevet concerné produit ses effets, sous réserve que ladite invention soit utilisée exclusivement pour les besoins du navire ; g) l'utilisation de l'invention brevetée dans la construc-

tion ou le fonctionnement des engins de locomotion aérienne ou terrestre ou d'autres moyens de transport de pays membres de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle (Union de Paris) ou membres de l'Organisation mondiale du commerce autres que les États membres contractants dans lesquels le brevet concerné produit ses effets, ou des accessoires de ces engins, lorsque ceux-ci pénètrent temporairement ou accidentellement sur le territoire d'un État membre contractant dans lequel le brevet concerné produit ses effets ; h) les actes prévus par l'article 27 de la convention relative à l'aviation civile internationale du 7 décembre 1944⁵⁷, lorsque ces actes concernent des aéronefs d'un pays partie à ladite Convention autre qu'un État membre contractant dans lequel ce brevet produit ses effets ; i) l'utilisation par un agriculteur du produit de sa récolte pour reproduction ou multiplication sur sa propre exploitation, pour autant que le matériel de reproduction végétale ait été vendu ou commercialisé sous une autre forme à l'agriculteur par le titulaire du brevet ou avec son consentement à des fins d'exploitation agricole. L'étendue et les conditions d'une telle utilisation correspondent à celles fixées à l'article 14 du règlement 2100/94/CE⁵⁸ ; j) l'utilisation par un agriculteur de bétail protégé pour un usage agricole, pour autant que les animaux d'élevage ou autre matériel de reproduction animal aient été vendus ou commercialisés sous une autre forme à l'agriculteur par le titulaire du brevet ou avec son consentement. Une telle utilisation comprend la mise à disposition de l'animal ou autre matériel de reproduction animale pour la poursuite de l'activité agricole de l'agriculteur, mais non



52. Le règlement 1610/96 sur les CCP phytopharmaceutiques comporte une disposition similaire.

53. CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-322/10, *Medeva BV c/ Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*. CJUE, 9 févr. 2012, aff. C-442/11, *Novartis AG c/ Actavis UK Ltd* ; J.-C. Galloux, Le droit des brevets pharmaceutiques en Europe : Quo Vadis, in « La propriété intellectuelle dans l'industrie pharmaceutique, sous la direction de J. De Werra, Genève 2012, p. 2 et s.

54. Qui en dit long sur la porosité du « Comité de rédaction » des textes concernant le brevet européen à effet unitaire (« Comité » qui à la différence de tous les autres textes communautaires concernant la propriété intellectuelle adoptés depuis des décennies n'a pas été composé d'experts de la Commission mais à la discrétion du Conseil) aux influences des lobbys.

55. Directive 2001/82/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 nov. 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires (*JOCE* 28 nov. 2001, n° L 311, p. 1), y compris toute modification ultérieure.

56. Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 nov. 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain : *JOCE* 28 nov. 2001, n° L 311, p. 67, y compris toute modification ultérieure.

57. Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), « Convention de Chicago », doc. 7300/9 (9^e éd., 2006).

58. Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juill. 1998 relatives à la protection juridique des inventions biotechnologiques : *JOCE* 30 juill. 1998, n° L 213, p. 13, y compris toute modification ultérieure.

la vente de ceux-ci dans le cadre ou dans le but d'une activité de reproduction commerciale ; k) les actes et l'utilisation des informations obtenues tels qu'autorisés en vertu des articles 5 et 6 de la directive 2009/24/CE⁵⁹, en particulier par ses dispositions relatives à la décompilation et à l'interopérabilité ; et les actes autorisés en vertu de l'article 10 de la directive 98/44/CE⁶⁰ ».

Ces dispositions reprennent largement celles de l'article 14 de la proposition de règlement du 1^{er} août 2001. Les paragraphes « i » et « j » reprennent les limitations introduites par les alinéas 1 et 2 de l'article 11 de la directive 98/44 du 6 juillet 1998 sur les inventions biotechnologiques. Le paragraphe « c » introduit une exception parallèle à celle du « privilège de l'obtenteur » qui existe en matière de certificat d'obtention végétale rédigée à l'instar de l'article L. 613-5-3 CPI.

L'article 28 vise le « Droit fondé sur une utilisation antérieure de l'invention » :

« Quiconque, dans le cas où un brevet national a été délivré pour une invention, aurait acquis, dans un État membre contractant, un droit fondé sur une utilisation antérieure de cette invention ou un droit de possession personnelle sur cette invention jouit, dans cet État membre contractant, des mêmes droits à l'égard du brevet ayant cette invention pour objet ».

Cette disposition se distingue de l'article 12 de la proposition de règlement du 1^{er} août 2001 sur le brevet communautaire en ce qu'il limite la prise en compte du droit de possession personnelle antérieure d'une part à une hypothèse très étroite et, d'autre part, au seul pays où elle a lieu. L'effet de cette limitation n'est donc pas uniforme sur l'ensemble du territoire du brevet unitaire, ce qui, là encore, constitue une entorse à l'effet unitaire. Mais cette disposition est un bon exemple du caractère hybride et imparfait du principe de l'effet unitaire par rapport au mécanisme plus classique du titre communautaire unique. Dans le cas du projet de règlement de 2001, le titre était communautaire et sa portée également : dès lors, les droits opposables devaient être pris en compte de manière uniforme sur tout le territoire de l'Union. À l'inverse, donner un simple effet unitaire à un brevet européen comme le font le règlement n° 1257/2012 et l'accord sur la juridiction unifiée revient seulement à élargir certains effets d'un brevet européen qui demeure, pour le reste, l'équivalent d'un brevet national. Ainsi, là où le brevet communautaire aurait respecté le droit de possession personnelle sur tout le territoire de l'Union, les nouveaux textes se contentent de laisser substituer le statu quo, à savoir un droit de possession personnelle reconnu par une loi nationale (par exemple, l'article L. 613-7 du CPI) et qui ne produit d'effet que sur la partie nationale du brevet européen.

L'article 29 est relatif à l'épuisement des droits conférés par un brevet européen :

« Les droits conférés par un brevet européen ne s'étendent pas aux actes qui concernent un produit couvert par ce brevet après que ce produit a été mis sur le marché dans l'Union européenne par le titulaire du brevet ou avec son consentement, à moins qu'il n'existe

des motifs légitimes justifiant que le titulaire s'oppose à la poursuite de la commercialisation du produit ».

L'article 6 du règlement 1257/2012 mentionne également cette règle de l'épuisement et dans les mêmes termes. Cette disposition ne constitue pas une nouveauté puisqu'elle figurait telle quelle aux articles 10 de la proposition de règlement du 1^{er} août 2001 sur le brevet communautaire et 28 de la Convention de Luxembourg.

La modification ainsi apportée au mécanisme d'épuisement du droit en matière de brevet d'une part distingue désormais cette règle de celle adoptée pour les autres droits intellectuels ; d'autre part elle confère un véritable droit de suite au profit du breveté et dépasse largement l'objet spécifique du droit de brevet jusqu'ici admis par la Cour de justice depuis son arrêt *Centrafarm c/ Sterling Drug* : « C'est notamment d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation des produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon ». Cette définition avait été reprise de manière constante dans la jurisprudence de la Cour de justice⁶¹.

Par rapport à la version du 1^{er} août 2000, le régime du brevet européen à effet unitaire se révèle très lacunaire. Le texte ne comprend pas, pour ne citer qu'elles, de dispositions sur la revendication du titre ou sur les effets du changement de titulaire ; ces questions se trouvent renvoyées aux lois nationales.

2. L'exploitation et la défense du brevet à effet unitaire

Le brevet à effet unitaire est également, comme son porte-greffe, un objet de propriété : la règle de l'article 2.2 de la CBE selon laquelle le droit sur le brevet européen délivré est régi par la loi nationale de l'État pour lequel il est accordé, ne pouvait être reprise : le brevet européen à effet unitaire est régi, sur l'ensemble du territoire des États participants, par une seule loi déterminée selon la règle de conflit posée par l'article 7 du règlement.



59. Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avr. 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (*JOUE* 5 mai 2009, n° L 111, p. 16), y compris toute modification ultérieure.

60. Règlement 2100/94/CE du Conseil du 27 juill. 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales (*JOCE* 1 sep. 1994, n° L 227, p. 1), y compris toute modification ultérieure.

61. CJCE, 14 juill. 1981, aff. C-187/80, *Merck* : *Rec.*, 2063 ; CJCE, 9 juill. 1985, aff. C-18/84, *Pharmon* : *Rec.*, 1985, 2281 ; CJCE, 3 mars 1988, aff. C-484/85, *Allen et Handburys* : *Rec.*, 1988, 1245 ; CJCE, 30 juin 1988, aff. C-35/87, *Theford* : *Rec.*, 3585 ; CJCE, 18 févr. 1992, aff. C-235/89, *Commission c/ Italie* : *Rec.*, I-777 ; CJCE, 18 févr. 1992, aff. C-30/90, *Commission c/ Royaume-Uni* : *Rec.*, 1992, I-829 ; CJCE, 27 oct. 1992, aff. C-191/90, *Generics et Harris Pharmaceuticals* : *Rec.*, I-5335 ; CJCE, 5 déc. 1996, aff. C-267/95 et C-268/95, *Merck et a.* : *Rec.*, I-6285.

Un brevet européen à effet unitaire peut faire l'objet de licences pour tout ou partie des territoires des États membres participants. Toutefois le règlement 1257/2012 ne consacre à l'ensemble des actes d'exploitation du brevet européen à effet unitaire qu'un article 8 étique, relatif aux licences de droit dont on sait qu'elles sont rarissimes par rapport aux licences de droit commun : par comparaison, la proposition de règlement du 1^{er} août 2000 y consacrait pas moins de neuf articles. La logique de l'harmonisation commandait de limiter, autant que faire se peut, les renvois aux lois nationales en développant inversement le contenu du régime propre conféré par la loi européenne. En vertu de l'article 8, le titulaire du brevet peut déposer une déclaration devant l'OEB selon laquelle il est prêt à octroyer une licence contre paiement d'une compensation adéquate. Dans ce cas, une réduction des taxes annuelles devrait être accordée au titulaire du brevet à partir de la réception par l'OEB de sa déclaration.

Par ailleurs, le 10^e considérant stipule : « Les licences obligatoires pour les brevets européens à effet unitaire devraient être régies par le droit des États membres participants en ce qui concerne leurs territoires respectifs ».

Les lois nationales seront applicables pour tous les actes autoritaires concernant les brevets européens à effet unitaire hors ceux visés par l'article 8 du règlement ; ces actes autoritaires sont parfois de la compétence des autorités administratives nationales. Toutefois ces dernières peuvent-elles agir au regard d'un titre unitaire dès lors que cette compétence relève en principe des autorités européennes par application des articles 2.2 et 4 du TFUE ⁶² ?

Dernière particularité du brevet européen à effet unitaire (non reprise dans l'accord pour les brevets européens) : selon l'article 4.4 du règlement 1260/2012 concernant les modalités applicables en matière de traduction ⁶³ (expliqué au considérant 8) : « En cas de litige concernant une demande de dommages et intérêts, la juridiction saisie évalue et tient compte du fait, en particulier s'il s'agit d'une PME, une personne physique ou une organisation sans but lucratif, une université ou une organisation publique de recherche, qu'avant de recevoir la traduction prévue au paragraphe 1, le prétendu contrefacteur a agi sans savoir ou sans avoir de motif raisonnable de savoir qu'il portait atteinte au brevet européen à effet unitaire » ⁶⁴. Une telle discrimination dans l'application de la loi est-elle, là aussi, conforme à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux ⁶⁵ ?

3. La durée du brevet à effet unitaire

La durée du brevet européen à effet unitaire est également uniforme : selon l'article 4 du règlement, elle a comme point de départ le jour de la publication de la mention de la délivrance dans le *Bulletin européen des brevets* et même date de terminaison sur l'ensemble du territoire. Les causes de cessation de l'effet unitaire sont d'abord celles du brevet européen : arrivée du terme de la protection (vingt ans à compter de la date de dépôt ou de la date de priorité si une priorité est invoquée), révocation, annulation, abandon ou déchéance. Une

seule cause propre au brevet européen à effet unitaire s'y ajoute : la perte de son caractère unitaire notamment par le biais d'une limitation survenant dans au moins un des États participants à la coopération renforcée. Encore, cette dernière cause fait-elle disparaître l'effet unitaire mais pas le titre européen.

III. La future juridiction unifiée

Complétant l'adoption des deux règlements de l'Union du 17 décembre 2012, vingt-quatre États membres ont signé le 19 février 2013 l'accord sur la juridiction unifiée en matière de brevet, auxquels s'est joint le 5 mars suivant la Bulgarie. Si l'on excepte la signature inattendue de l'Italie, pourtant non-membre de la coopération renforcée et opposante ancienne au régime linguistique allégé prévu pour le brevet unitaire, l'absence de l'Espagne est cohérente avec sa non-participation à la coopération renforcée et seule manque encore la signature de la Pologne.

C'est donc sur la base de cet accord international entre États membres (et auquel ne sont pas parties les États signataires de la Convention de Munich non-membres de l'Union) que devrait se mettre en place – dès sa ratification par un nombre suffisant d'États – la cour unifiée des brevets, dont l'existence est indispensable à la mise en œuvre effective des règlements 1257/2012 et 1260/2012. C'est en effet l'une des curiosités de ce nouveau dispositif que de subordonner l'application du droit de l'Union à l'entrée en vigueur d'un acte de droit international, comme le reconnaît l'article 18.2 du règlement 1257/2012 ⁶⁶.

L'article 89 de l'accord sur la juridiction prévoit pour sa part qu'il ne rentrera en vigueur qu'après le 1^{er} janvier 2014 (date avant laquelle les règlements du 17 décembre ne peuvent entrer en vigueur) et qu'une fois que treize États membres l'auront ratifié, dont les trois premiers pays en nombre de brevets européens ayant effet sur leur territoire (soit l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni).

62. En ce sens, R. Hilty et alii, préc.

63. Doc. COM(2011) 216 final, 13 avr. 2011.

64. En effet, lorsque le brevet n'a pas été publié intégralement dans la langue du prétendu contrefacteur, celui-ci peut, dans le cadre du procès qui lui est fait, demander que le breveté lui fournisse une traduction intégrale du titre sur la base duquel les poursuites ont été engagées. Cette conséquence en est tirée. Là encore, cette modulation de l'application des sanctions, mais si elle n'est qu'optionnelle pour le juge, contredit l'effet uniforme du droit de brevet européen à effet unitaire.

65. « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

66. « Il est applicable à partir du 1^{er} janv. 2014 ou à la date d'entrée en vigueur de l'accord sur une juridiction unifiée du brevet (ci-après dénommé "accord"), la date retenue étant la plus tardive » (art. 18.2).

A. L'architecture de la Cour unifiée des brevets

L'accord du 19 février 2013 crée une juridiction comportant, outre un greffe, deux niveaux d'instance, réparti entre un tribunal de première instance (composé de différentes divisions siégeant en formation de trois juges) et une cour d'appel (en formation de cinq juges).

1. Les divisions de première instance

En première instance, le contentieux sera traité par des divisions locales installées dans chaque État qui le demandera (ou régionales, si plusieurs États décident de partager une division commune, conformément à l'article 7.5) ainsi que par une division centrale. L'article 7.4 prévoit qu'un État pourra obtenir l'installation de divisions locales supplémentaires sur son sol au prorata du nombre de contentieux de brevets engagés annuellement⁶⁷.

S'agissant des divisions locales ou régionales, elles seront constituées de juges ayant une qualification juridique et choisis sur une base multinationale. Suivant le nombre moyen de dossiers contentieux qui seront traités par une division locale, ses chambres comporteront un ou deux juges de la nationalité du pays de son siège⁶⁸. Le ou les deux juges complémentaires seront, pour leur part, d'une autre nationalité et seront issus du "pool" commun de juges prévu à l'article 18 de l'accord⁶⁹. Quant aux éventuelles divisions régionales, deux des juges de leurs formations de jugement seront des nationaux des pays concernés, alors que le troisième proviendra du pool commun et sera ressortissant d'un autre État (art. 8.4)⁷⁰.

À la différence des divisions locales ou régionales, les chambres de la division centrale comporteront normalement deux juges à qualification juridique de nationalités différentes et un troisième juge issu du « pool » commun et ayant, pour sa part, une qualification technique en rapport avec l'objet du litige⁷¹.

Cette division centrale, spécialement dédiée aux questions touchant la validité des brevets unitaires (comme on le verra plus loin) aura son siège à Paris, mais ses chambres seront réparties sur les trois sites de Paris, Londres et Munich en fonction du domaine technologique des brevets concernés⁷².

Les divisions de première instance de la cour unifiée des brevets sont donc structurées autour de deux principes majeurs :

- un principe de déconcentration territoriale, visant tout à la fois à rapprocher le juge du justiciable et à satisfaire les exigences de beaucoup d'États membres souhaitant conserver sur leur sol une part du futur contentieux des brevets unitaires ;

- un principe de mixité des compétences entre des juges de formation juridique (comme les magistrats professionnels français) et ceux de formation technique (comme les membres des chambres de recours de l'OEB ou certains des juges du Patentgericht), principalement au niveau de la division centrale (mais également ponctuellement au niveau des divisions locales ou régionales,

puisqu'elles pourront demander que leur soit adjoint pour un dossier particulier un juge technicien issu du « pool »⁷³).

Cherchant ainsi à allier les compétences juridiques et techniques les plus pointues avec une localisation répartie sur tout le territoire des États signataires, le système se voudrait ainsi exemplaire. Mais cela se paye par des règles de compétences et de procédure complexes qui ne seront certainement pas simples à maîtriser efficacement.

2. La cour d'appel

Chargée de connaître en seconde instance des jugements prononcés par les divisions de première instance, la cour d'appel sera très certainement installée à Luxembourg.

Chaque contentieux d'appel renvoyé dans la cour sera jugé par une formation à cinq juges de nationalité différente, dont deux doivent nécessairement être des juges d'origine technique qui seront nommés, au cas par cas, par le président de la cour d'appel, en puisant dans les effectifs du pool de juges précédemment évoqué, en fonction de leur spécialité technologique nécessaire à la résolution des affaires concernées⁷⁴.

Par exception, les recours contre les seules décisions administratives de l'OEB en matière d'effet unitaire seront traités par une chambre de la cour réduite à trois juges ayant uniquement une qualification juridique (art. 9.2).

B. Compétences de la juridiction unifiée

Plus encore que par son architecture, c'est par ses compétences que la juridiction unifiée constitue un dis-



67. Le quota pour justifier la création d'une nouvelle division est fixé à cent contentieux par an.

68. Un seul juge national en deçà d'une moyenne sur trois ans de cinquante dossiers par an, deux au-delà (sections (2) et (3) de l'article 8 de l'accord).

69. Si les divisions locales au contentieux le plus modeste se verront allouer les deux juges complémentaires sur la base du cas par cas (art. 8.2), celles qui dépasseront le seuil des 50 dossiers/an se verront affecter de manière stable un troisième juge non-national (pour tenir compte de la nécessité d'assurer un fonctionnement efficace de ces divisions qui connaîtront un important volume de dossiers (art. 8.3).

70. Il est prévu cependant que, dans des conditions qui seront fixées par le règlement de procédure, les parties puissent convenir que leur litige soit traité par un juge unique (art. 8.7).

71. Pour autant, les recours exercés à l'encontre des décisions administratives de l'OEB concernant l'enregistrement de l'effet unitaire des brevets (que nous avons précédemment évoqués) seront jugés par une formation de la division centrale composée exclusivement de juges « juristes » (art. 8.6 in fine).

72. L'annexe II de l'accord attribue à Londres les dossiers en matière de chimie, métallurgie et des nécessités courantes de la vie, à Munich celles concernant la mécanique, l'éclairage, l'armement et à Paris les autres domaines.

73. Art. 8.5.

74. Art. 9.1.

positif innovant et atypique tant par rapport au domaine de la propriété industrielle que de l'ensemble du contentieux de droit économique⁷⁵. Outre les particularités qui marquent l'appréciation de sa compétence territoriale que l'on a déjà évoquées précédemment, on s'attachera à distinguer rationae materiae tout d'abord les compétences du point de vue externe des règles de compétence internes régissant les relations entre les différentes entités de la juridiction, avant d'évoquer les possibilités restreintes d'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne.

1. Les compétences externes de la juridiction

La juridiction sera compétente à l'égard non seulement de tous les brevets européens à effet unitaire mais aussi des certificats complémentaires qui y seraient attachés et des brevets européens déjà délivrés ou des demandes de brevet déjà déposées à la date son entrée en vigueur (art. 3).

Cette compétence sera exclusive s'agissant de l'essentiel du contentieux des droits de brevet et des CCP, qu'il s'agisse des actions en contrefaçon, en non-contrefaçon, en nullité (y compris à titre reconventionnel) ou encore des demandes de mesures provisoires ou conservatoires ainsi que du contentieux de la protection provisoire, de l'utilisation de l'invention avant la délivrance ou le dépôt du brevet (art. 32). Seul restera à la charge des juges nationaux l'essentiel des questions contractuelles ou touchant au régime du droit de propriété sur le brevet, ainsi que tous les litiges connexes dont celui de la concurrence déloyale.

Mais cette compétence élargie à l'ensemble des brevets européens trouve cependant une limite conjoncturelle dans la période transitoire de sept ans prévue par l'article 83, durant laquelle les titulaires et déposants pourront choisir de continuer à saisir une juridiction nationale. Et ce d'autant plus qu'avant la fin de ce délai, les déposants et les titulaires pourront également notifier leur refus de soumettre pour l'avenir telle demande en cours ou brevet délivré à la compétence de la juridiction. À tel point que ce même article 83 prévoit même qu'au bout de cinq années, le comité administratif (qui regroupe les représentants des États signataires) pourra décider de proroger si nécessaire la période transitoire jusqu'à une nouvelle durée maximale de sept ans.

Dès lors, il est vraisemblable que le contentieux européen des brevets continuera durant environ une dizaine d'années à connaître des parcours divergents et concurrents, au gré des choix des titulaires de droit. Cette flexibilité pourrait donc être source d'insécurité juridique, voire induire une certaine iniquité entre les brevetés (libres de leurs choix tactiques) et les tiers⁷⁶.

2. Les compétences internes au sein de la juridiction

Plus complexe est la question de la répartition des compétences entre les différentes entités qui composeront la juridiction unifiée.

S'agissant de la compétence de la cour d'appel à l'encontre des jugements de première instance, le système

mis en place par les articles 73 à 75 est assez classique et n'appelle que peu de commentaires : la décision de première instance (qu'il s'agisse du jugement ou d'une simple ordonnance) peut faire l'objet d'un appel qui portera tant sur des questions de droit que de fait (art. 73.3) et qui n'aura pas d'effet suspensif (sauf en matière de nullité ou de décisions administratives concernant l'effet unitaire). Il faut cependant noter une limitation procédurale importante par rapport à la procédure civile française puisqu'en appel « de nouveaux éléments de fait et de preuve ne peuvent être introduits que conformément au règlement de procédure et que lorsqu'on ne saurait raisonnablement attendre de la partie concernée qu'elle les ait produits au cours de la procédure devant le tribunal de première instance » (art. 73.4).

On notera également qu'à défaut de prévoir une procédure de cassation en dernier ressort devant la Cour de justice (v. infra), l'article 81 de l'accord envisage uniquement une possibilité restreinte de révision d'un arrêt d'appel devant la même cour d'appel (certainement autrement composée, bien que le texte ne le prescrive pas explicitement) dans les seuls cas de « vice de procédure fondamentale » ou suite à la découverte « d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, au moment où la décision a été rendue, était inconnu de la partie demandant la révision » (mais encore faut-il que cette demande se fonde sur « un acte qualifié d'infraction pénale par une décision définitive d'une juridiction nationale »).

Mais c'est surtout dans la répartition des compétences entre les différentes divisions de première instance que le dispositif se révèle complexe, tant rationae materiae que rationae loci.

La grande particularité du système concerne les compétences de la division centrale par rapport à celle des divisions. Si l'attribution par principe à cette division centrale du contentieux des actions en nullité engagées à titre principal ainsi que des actions en déclaration de non-contrefaçon⁷⁷ ne pose de difficultés particulières (sauf dans le cas où une action en contrefaçon aurait déjà été engagée concernant le même brevet, l'article 33.4 imposant alors que la demande en nullité soit formulée devant la même division déjà saisie⁷⁸), en revanche, la



75. V. notamment B. Warusfel, La juridictionnalisation du droit européen de la propriété industrielle, in *Les droits de propriété intellectuelle – Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, coll. IRPI, t. 36, 2010, p. 533-551.

76. Tout au plus peut-on noter que l'article 83 instaure au profit du breveté un mécanisme de liberté décroissante dans le temps : si pendant la période transitoire, le titulaire peut choisir au cas par cas de saisir ou non la juridiction y compris pour un même titre, il devra – avant la fin de celle-ci – faire un choix brevet par brevet (empêchant alors de poursuivre des contentieux devant des juridictions différentes pour un même titre).

77. Art. 33.4 renvoyant aux paragraphes b) et d) de l'article 32.1.

78. En revanche si une action en nullité est déjà engagée devant la division centrale, l'article 33.5 n'oblige pas à ce qu'une action en contrefaçon ultérieure entre les mêmes parties soit engagée nécessairement devant cette même division mais laisse le choix au demandeur en contrefaçon (ce qui pourrait encourager le « forum shopping », voire certaines pratiques de « torpillage »).

question devient plus complexe s'agissant des actions en nullité reconventionnelle.

L'article 33.3 prévoit en effet qu'en cas de demande reconventionnelle en nullité, la division saisie de l'instance initiale en contrefaçon aura trois possibilités :

– soit trancher ensemble les demandes en contrefaçon et en nullité, après avoir obtenu que lui soit affecté pour ce faire un juge technique issu du pool commun (art. 33.3 a),

– soit au contraire et avec l'accord des parties, renvoyer l'ensemble des deux demandes à la division centrale (art. 33.3 c),

– soit enfin, renvoyer à la division centrale la seule demande en nullité en conservant l'action en contrefaçon, quitte à surseoir à statuer dans l'attente de la décision sur la validité (art. 33.3 b).

Par rapport à la pratique française et de nombreux pays européens, c'est cette dernière solution qui constitue l'innovation la plus marquante. Il s'agit en effet d'une transposition partielle en droit européen de la technique contentieuse du droit allemand connue sous le nom de "bifurcation". Elle se caractérise par le fait que les questions pourtant connexes de validité et de contrefaçon sont renvoyées à deux instances différentes, dont l'une comporte des juges techniques afin de pouvoir mieux appréhender la validité du brevet (en Allemagne, le Bundespatentgericht de Munich, ici la division centrale).

La complexité du système allemand ne tient pas seulement au fait que les deux instances soient distinctes, mais aussi à ce que le tribunal en charge de l'action en contrefaçon n'a pas l'obligation de surseoir à statuer, mais peut – pour ne pas retarder le procès – trancher sans attendre la décision sur la validité, ce qui est favorable au breveté mais peut conduire a posteriori à des contradictions de décisions dommageables⁷⁹. C'est à nouveau à ce risque que seront sans doute exposés les plaideurs devant la nouvelle juridiction puisque la bifurcation prévue au paragraphe b) de l'article 33.3 ne requiert pas l'accord des parties et prévoit qu'une fois renvoyée, la division locale garde la possibilité « de suspendre l'action en contrefaçon ou de statuer sur celle-ci ». Il faut donc espérer au minimum qu'une jurisprudence assez stricte vienne inciter le juge de la contrefaçon à surseoir à statuer dès lors qu'il existe au minimum un doute raisonnable sur la validité du brevet invoqué.

3. La limitation des possibilités d'intervention de la Cour de justice

Tant par sa nature intrinsèquement extracommunautaire qu'en raison des derniers ajustements tactiques décidés par le Conseil en novembre 2012, l'accord sur la juridiction unifiée des brevets exclut toute possibilité d'intervention au fond de la Cour de justice de l'Union européenne.

Si l'article 20 de l'accord affirme que « la juridiction applique le droit de l'Union dans son intégralité et respecte sa primauté », l'accord ne prévoit pas de mécanisme spécifique donnant compétence à la CJUE pour dire en dernier ressort le droit en matière de brevet uni-

taire, et encore moins en matière de brevet européen non unitaire.

Tout au contraire, le compromis de dernière minute adopté pour permettre la signature de l'accord a consisté d'un côté à retirer l'essentiel des dispositions de droit substantiel des brevets du champ du règlement 1257/2012 (comme on l'a vu précédemment) et de l'autre côté à n'envisager l'intervention de la CJUE que vis-à-vis de la juridiction unifiée prise comme l'équivalent d'une juridiction nationale (ou plus exactement, en l'espèce, plurinationale⁸⁰).

C'est en effet uniquement « en tant que juridiction commune aux États membres contractants et dans la mesure où elle fait partie de leur système judiciaire » que l'article 21 évoque la possibilité pour la juridiction unifiée de saisir la CJUE d'une question préjudicielle : « la juridiction coopère avec la Cour de justice de l'Union européenne afin de garantir la bonne application et l'interprétation uniforme du droit de l'Union, comme toute juridiction nationale, conformément, en particulier, à l'article 267 du TFUE. Les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne sont contraignantes pour la juridiction ».

Dans la mesure où aucune autre disposition de l'accord ne donne à la CJUE une compétence d'attribution pour connaître en dernier ressort des arrêts de la cour d'appel ou même en révision de ceux-ci (puisque – nous l'avons vu – c'est la cour d'appel elle-même qui jugera la révision éventuelle de ses propres arrêts) et où l'essentiel du droit substantiel des brevets unitaires est dans l'accord lui-même et non dans le règlement 1257/2012, les questions préjudicielles ne devraient donc porter que sur l'interprétation et l'application des règles générales du droit de l'Union et non sur les questions de brevetabilité ou de contrefaçon.

Cette relative éviction de la Cour de justice a été voulue par certains États et par certains milieux professionnels influents. Elle constitue dès lors l'une des particularités supplémentaires de ce système juridictionnel hybride réservé aux seuls États membres qui se voit confier le soin de statuer sur des droits de propriété non-communautaire mais dont l'effet unitaire est néanmoins organisé par le droit de l'Union !

On peut regretter cette marginalisation de la Cour de justice et s'inquiéter même de la conformité du dispositif finalement retenu avec l'esprit (sinon la lettre) de



79. Comme le dit très bien P. Véron du système allemand, « le tribunal judiciaire considère le brevet comme valable et ne se penche que sur la question de la contrefaçon. C'est seulement en cas de doutes très sérieux, et si un recours en nullité paraissant avoir de grandes chances de succès est formé, qu'il sursoira à statuer. Mais les décisions de sursis à statuer sont rares et, par conséquent, le système est globalement favorable aux brevetés » (P. Véron, *Le contentieux de la propriété industrielle en Europe : état des lieux, stratégies et perspectives*, in J. de Werra (ed.), *La résolution des litiges de propriété intellectuelle*, université de Genève, Bruylant, 2010, p. 61.

80. L'exemple parfois donné d'une telle juridiction plurinationale admise par le droit de l'Union est celle de la cour du Benelux.

l'avis C-1/09 de la Cour précédemment évoqué. L'avenir nous dira comment la Cour de justice appréciera directement ou indirectement la manière dont l'accord de janvier 2013 limite apparemment ses possibilités d'assurer la primauté du droit de l'Union. Mais toujours est-il que l'incertitude qui en résulte concernant l'articulation entre le droit substantiel des brevets unitaires et le droit de l'Union va renforcer l'incertitude juridique initiale que va inévitablement engendrer dans un premier temps la mise en place désormais (sauf incident de ratification) de la nouvelle juridiction unifiée des brevets.

Avec les trois textes de ce « paquet brevet », le droit européen de la propriété industrielle a indiscutablement franchi un nouveau palier, mais cette étape importante et sans doute historique ne va pas accroître – au moins à court et moyen terme – sa cohérence globale. On peut même craindre que les difficultés que rencontreront inévitablement les premières étapes de sa mise en œuvre ne contribuent à faire un peu plus apparaître le nouveau droit européen des brevets comme un instrument complexe avantageant plutôt les grands déposants au détriment des déposants plus modestes et des tiers⁸¹.

C'est la raison pour laquelle l'attention doit maintenant se porter en priorité sur les questions procédurales et la discussion du contenu du futur règlement de procédure de la juridiction unifiée des brevets. En effet, les articles 52 à 70 de l'accord ne constituent qu'un cadre procédural minimal qui sera complété et fortement orienté par le règlement de procédure, dont nous avons vu par avance circuler les premières ébauches depuis quelques années⁸². En effet, ce dispositif procédural qui va nécessairement croiser les influences nationales et celles de la pratique devant l'OEB ainsi que l'approche civiliste avec celle de la common law, aura un rôle essentiel pour réduire les risques de distorsion éventuelle et rééquilibrer si nécessaire le dispositif contentieux très complexe qui va se mettre en place dans le cadre de la nouvelle juridiction unifiée des brevets. Il faut donc souhaiter que l'examen de ce projet et sa validation définitive par le comité administratif « sur la base de larges consultations avec les parties intéressées » (art. 41) soit effectivement le plus transparent et le plus approfondi possible⁸³.

81. Ce risque de déséquilibre et de non-conformité avec le droit de l'Union avait été notamment exprimé avec force en juin 2012 (et cela avant même la proposition britannique de retirer les dispositions relatives notamment à l'action en contrefaçon du projet de règlement) par nos collègues de l'université de Louvain, F. de Visscher et B. Remiche (v. leur motion signée par d'autres universitaires, accessible à l'adresse : < http://www.eplawpatentblog.com/2012/July/Motion_Leuven.pdf >).

82. Sur nos premières remarques et interrogations dès 2009 (à reprendre et à reconsidérer en partie au vu de l'accord final de janv. 2013), v. J.-C. Galloux et B. Warusfel, 2009, préc.

83. Nous y reviendrons pour notre part dans une prochaine chronique.