

de La Haye sur le droit international privé. Cet instrument est applicable aux litiges de contrefaçon des droits de propriété intellectuelle « portant sur une violation du contrat entre les parties relatif à de tels droits, ou qui auraient pu être fondés sur une violation de ce contrat » (art. 2.o) étant observé qu'« un litige n'est pas exclu du champ d'application de la présente Convention lorsqu'une matière exclue [...] est soulevée seulement à titre préalable et non comme objet du litige [...] ». Lorsque cette convention sera entrée en vigueur, un accord d'élection de for pourra être conclu dès lors qu'il y a une situation internationale dans laquelle sont impliquées une partie domiciliée sur le territoire de l'Union européenne et une partie domiciliée en dehors de ce territoire (art. 26.6) ; mais si les deux parties sont domiciliées sur le territoire de l'Union, le mécanisme désormais rigide du règlement 2001/44 s'appliquera.

b) *La décision Roche*

La jurisprudence néerlandaise dont l'attractivité résidait dans la possibilité d'ordonner des injonctions transfrontalières<sup>52</sup> se trouve aujourd'hui condamnée.

Mais qu'en est-il des mesures provisoires et conservatoires de l'article 31 du règlement du 22 décembre 2000<sup>53</sup> ? Cet article, dérogeant au système général de compétence précité, autorise un tribunal à statuer sur une demande de mesure provisoire ou conservatoire alors qu'il n'est pas compétent sur le fond. L'affaire *Roche* a débuté par la procédure de « Kort Geding » qui est une mesure provisoire, lancée sans qu'il soit nécessaire d'engager une procédure au fond<sup>54</sup>, au sens de ce texte et de la jurisprudence communautaire<sup>55</sup>. Les caractéristiques de cette procédure particulière ont été déjà examinées par la Cour de Luxembourg à l'occasion des affaires *Van Uden*<sup>56</sup> et *Mietz*<sup>57</sup>. Aux termes de ces arrêts, il a été jugé d'une part qu'un « référé provision » n'entre pas dans le champ de l'article 31 sous réserve que la mesure sollicitée ne porte que sur des avoirs sur le territoire de compétence du juge saisi et que le remboursement du défendeur soit garanti en cas d'échec ultérieur de la procédure au fond. Toutefois, le « Kort Geding » (qui signifie littéralement « procès court ») règlementée par les articles 289 à 297 du Code de procédure néerlandais ne se limite pas à ce type de mesure mais embrasse toute la palette des mesures d'urgence, particulièrement utiles dans la lutte contre la contrefaçon. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la directive du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle l'a généralisée au plan européen<sup>58</sup>. D'autre part, ces mesures ne peuvent avoir d'effet extraterritorial<sup>59</sup>. La Cour suprême des Pays-Bas n'a pas interrogé la Cour de justice sur les liens qui pourraient exister entre l'article 31 et l'article 6.1. Quelles que soient les solutions auxquelles la Cour de Luxembourg a pu arriver au regard des articles 6.1. et 16.4 de la Convention, cette procédure continuera de prospérer : les juridictions néerlandaises pourront sur la base de celle-ci continuer de juger de brevets étrangers à l'encontre de contrefacteurs étrangers le cas échéant.

Il conviendrait que les États membres de l'Union européenne adoptent enfin une attitude moins frileuse

afin de renforcer l'efficacité transnationale des mesures provisoires dans la lutte contre la contrefaçon : le prochain rapport du Parlement européen et du Conseil économique et social, attendu au printemps 2007, sur l'application du règlement du 22 décembre 2000 et ses possibles améliorations (en application de l'article 73) pourrait opportunément améliorer la situation créée par les arrêts du 13 juillet 2006.

J.-C. GALLOUX

## **II. Brevet et droit constitutionnel : un rendez-vous manqué La décision du Conseil constitutionnel du 28 septembre 2006**

On sait qu'aux États-Unis, la propriété intellectuelle en général et le droit au brevet en particulier disposent d'un support constitutionnel explicite. Il n'en est rien dans la plupart des pays européens et notamment en France. Notre constitution de 1958, bien que souvent révisée, ne comporte aucune disposition touchant la propriété intellectuelle et son Préambule ainsi que celui de 1946 et la Déclaration des droits de 1789 auxquels il fait référence ne permet aucunement de donner un fondement constitutionnel même indirect au brevet et aux autres droits de propriété intellectuelle.

Pour autant, on pouvait s'interroger sur l'articulation à opérer entre la mise en œuvre du droit français des brevets et différentes dispositions ou principes constitutionnels majeurs (qu'il s'agisse notamment de la protection des droits de propriété ou des principes gouvernant les procédures juridictionnelles).

La décision du Conseil constitutionnel du 28 septembre 2006<sup>60</sup> sur la conformité à la Constitution des dispositions du déjà fameux « accord de Londres » du 17 octobre 2000 relatif à l'application de l'article 65 de la Convention sur le brevet européen, pouvait nous donner une première occasion de progresser dans ce sens. Mais force est de constater, à la lecture de la déci-

52. V., P. Véron, Trente ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en contrefaçon de brevet d'invention : *Journal du droit international* 2001, p. 812.

53. Art. 24 de la Convention.

54. *Jaap Spoor*, précit. p. 129.

55. CJCE, 26 mars 1992, aff. C-261/90, *Reichert II*.

56. Du 17 nov. 1998, aff. C-391/95 : *Rec.*, I-7091.

57. Du 27 avr. 1999, aff. C-99/96 : *Rec.*, I-2277.

58. Art. 9 ; mais cette disposition ne règle pas la question du juge compétent, pas plus que l'article 8.3 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

59. V. sur ce point, C. Kessedjian, Le droit international privé au secours de la lutte contre la contrefaçon, in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon*, étude comparée, SLC, 2006, *op. cit.* p. 28.

60. Décision n°2006- 541 DC -28 septembre 2006 disponible sur le site du Conseil constitutionnel

sion, que cette occasion a été ratée. Au-delà même des enjeux juridiques et économiques qui s'attachaient au débat sur la ratification possible de cet accord, cette décision ne se contente pas d'éluder plusieurs questions juridiques essentielles qui avaient été soulevées devant le Conseil : elle comporte une interprétation contestable et dangereuse des procédures et des droits de brevet.

### ■ 1. Les enjeux de la ratification possible de l'accord de Londres

On se contentera de résumer brièvement le contexte et les enjeux de la conclusion et de la ratification de cet accord de Londres. Il s'agit d'un accord intergouvernemental signé en octobre 2000 dans le cadre d'une conférence diplomatique réunissant les pays membres de l'Organisation européenne des brevets. Le but économique de cet accord vise à réduire pour les déposants européens le coût global de la procédure en les dispensant d'avoir à traduire le texte intégral du brevet délivré dans les langues officielles des différents pays désignés.

Pour cela, l'article 1<sup>er</sup> de l'accord a prévu que les États signataires renoncent à la faculté offerte par l'article 65 de la CBE qui prévoit que « tout État contractant peut prescrire, lorsque le brevet européen [...] n'est pas rédigé dans l'une des langues officielles, que le titulaire du brevet doit fournir à son service central de la propriété industrielle une traduction du brevet [...] ». Comme la plupart des pays européens, la France a mis en œuvre cette disposition par l'article L. 614-7 du Code de la propriété industrielle qui prescrit : « Lorsque le texte dans lequel l'OEB [...] délivre le brevet européen ou maintient un tel brevet sous une forme modifiée, n'est pas rédigé en français, le titulaire du brevet doit fournir à l'INPI une traduction de ce texte [...] ».

La décision du 28 septembre 2006 du Conseil constitutionnel déclarant non contraire à la Constitution cet accord de Londres ouvre donc la voie à sa possible ratification par la France, ce qui aurait pour conséquence de permettre aux déposants européens ayant rédigé en anglais ou en allemand leur demande de brevet de n'avoir aucune autre traduction en français à fournir que celle des revendications (dans leur version initiale, éventuellement modifiée à la date de la délivrance, par application de la règle 51(4) du règlement d'exécution de la CBE). Mais cette modification apparemment mineure du processus de délivrance des brevets européens et de leur entrée en vigueur dans les pays désignés recouvre des évolutions plus profondes de la pratique des brevets en Europe. Outre la réduction partielle du coût global d'obtention d'un brevet, cette réforme devrait – dans tous les pays où elle sera appliquée – supprimer purement et simplement les procédures de validation nationale (puisque celles-ci consistent essentiellement à transmettre dans un délai prescrit la traduction du texte du brevet, laquelle deviendrait inutile). Elle réduira dès lors d'autant l'intervention des prestataires nationaux (en particulier des conseils en propriété industrielle) qui sont aujourd'hui les mandataires nécessaires des clients non résidents. Enfin ses détracteurs ont fait valoir qu'en abaissant le

coût de constitution des droits des grands déposants extra-européens (américains, japonais, en particulier, qui disposent tous déjà d'un texte en anglais), cette réforme pourrait favoriser le renforcement de la dépendance technologique européenne (puisque'elle devrait se traduire par une facilité d'extension à moindre coût de leurs droits de brevet sur le territoire européen).

Mais au-delà de ces aspects pratiques et économiques, la mise en œuvre des dispositions de l'accord de Londres pose également des questions juridiques sur lesquelles on pouvait espérer que le Conseil constitutionnel apporterait quelque lumière. Malheureusement la lecture de la décision du 28 septembre 2006 montre que plusieurs de ces questions de fond demeurent toujours sans réponse.

### ■ 2. Des questions de fond qui demeurent sans véritables réponses

Une première question domine les autres : en choisissant de restreindre l'obligation de traduction à celle des seules revendications, l'accord de Londres présuppose que la valeur juridique du brevet délivré réside essentiellement, sinon complètement, dans ces revendications et que la description ne joue qu'un rôle d'appoint dans la compréhension de l'invention et de sa portée.

Or, cette interprétation qui rompt l'unité du brevet est très discutable, puisque l'on sait les différents liens juridiques qui existent entre revendications et description. Le brevet peut être annulé si la description n'est pas suffisante (CPI, art. L. 612-5, 1<sup>er</sup> al.), la portée juridique des revendications s'interprète par référence à la description (CPI, art. L. 613-2, 1<sup>er</sup> al.) et les revendications ne sont valables que si elles se fondent strictement sur la description (CPI, art. L. 12-6 et L. 612-12, 8<sup>o</sup>). De plus, l'article L. 613-25 du CPI prévoit que le brevet est nul lorsque sa description est insuffisante ou que son objet tel que revendiqué s'étend au-delà du contenu de la demande telle que déposée, ce qui montre l'importance de la description pour déterminer la validité d'un brevet, au même titre que les revendications.

On pouvait donc s'attendre à ce que le Conseil constitutionnel évoque – même indirectement – cette question. Il n'en est rien. Appelé à se prononcer sur le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>61</sup>, le Conseil se contente de répondre laconiquement que la méconnaissance de cet objectif « ne saurait être utilement invoquée à l'encontre d'un titre de propriété tel qu'un brevet ». Par cette affirmation lapidaire non argumentée (et qui renvoie – on va y revenir – à une conception erronée du droit de brevet), le juge constitutionnel évite soigneusement de rentrer dans le débat sur le caractère suffisant ou non de la traduction des revendications pour



61. Objectif dont la valeur constitutionnelle a été affirmé par sa décision 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi d'habilitation en matière de codification : *JO* 22 déc. 1999, p. 19041.

faire produire au brevet tous ses effets en matière d'information des tiers sur sa portée.

Mais cette prise de position va plus loin. En refusant de considérer que l'on doit soumettre le brevet à l'obligation d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, le Conseil constitutionnel se refuse tout simplement à rentrer dans un second débat encore plus essentiel, celui de l'accès des tiers à une information incomplète en français. Là aussi, on pouvait s'attendre à une position claire, dès lors que la compréhension de la norme juridique par tous les citoyens de manière complète et égale paraît une garantie générale des droits de chacun dans une démocratie. Peine perdue : non seulement le brevet, bien que norme juridique s'imposant aux tiers, est considéré comme échappant à cette contrainte, mais plus encore, le Conseil décide que la distorsion, que la situation va faire naître entre ceux des tiers qui maîtrisent la langue étrangère dans laquelle est rédigée le brevet délivré et ceux qui ne la maîtrisent pas « n'est pas de nature, par elle-même, à le faire regarder comme méconnaissant le principe d'égalité ».

Les principes de légalité des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale étaient le dernier sujet majeur soulevé lors de la saisine du Conseil. En effet, la mise en œuvre des dispositions de l'accord de Londres aura pour effet qu'une personne pourra faire l'objet, au pénal comme au civil, d'une action en contrefaçon sur la base du brevet non entièrement traduit. Certes l'article 2 de l'accord réserve la possibilité pour les États d'imposer au titulaire du brevet européen la production, à ses frais, d'une traduction complète de son brevet en langue française, lorsque le prétendu contrefacteur ou la juridiction en fait la demande. Mais cet article n'impose aucunement cette obligation (qui demeure donc une simple option au choix du législateur national) et, par ailleurs, on pouvait s'inquiéter d'un mécanisme qui permettrait ainsi au breveté de produire *a posteriori* une traduction alors que l'action en contrefaçon est déjà engagée et qu'il a connaissance de la réalité des actes d'exploitation effectués par le présumé contrefacteur. Le risque de produire une traduction suffisamment large, pour couvrir abusivement les actes visés par l'action, existe en effet dans ces matières si techniques.

Mais là aussi, le juge constitutionnel refuse le débat en se réfugiant derrière un argument de pur formalisme : l'accord de Londres n'aurait « ni pour objet, ni pour effet de modifier la loi pénale française ». Chacun jugera de la faiblesse de cette approche, puisque l'application de l'accord va modifier profondément les conditions dans lesquelles on pourra désormais apprécier l'existence des éléments constitutifs de l'infraction de contrefaçon d'un brevet européen.

Plus encore, on aurait pu imaginer que – pour le moins – le Conseil constitutionnel formule une restriction d'interprétation dont il est coutumier en indiquant au législateur qu'il aurait l'obligation de prescrire la fourniture obligatoire de la traduction en cas de litige comme le lui permet (sans l'imposer) l'article 2 de l'accord. Mais le Conseil n'a fait rien de tel. Il s'est contenté d'affirmer qu'en prévoyant une telle possibilité, cet article de l'accord « n'appelle aucune objection sur le

plan constitutionnel ». Dès lors, une ratification *a minima* par la France pourrait parfaitement ne pas prévoir d'obligation de fournir une traduction complète de la description en cas de litige et cela – si l'on suit le raisonnement du Conseil – sans méconnaître le principe de légalité des peines !

Mais la déception qu'éprouve tout lecteur soucieux d'approfondir ces difficiles questions liées à l'application de l'accord de Londres en droit français, se complique d'un malaise profond lorsque l'on relève, au détour d'un considérant de principe de cette décision, que le Conseil constitutionnel a retenu une définition et une qualification du droit de brevet des plus contestables.

### ■ 3. Une interprétation plus que contestable des procédures et du droit des brevets

L'un des arguments invoqués par les auteurs de la saisine du Conseil résidait dans le fait que la délivrance d'un brevet est un acte administratif individuel relevant de la décision d'une autorité publique et que le brevet délivré est un acte juridique unilatéral produisant des effets de droit *erga omnes* vis-à-vis des tiers. De là, pouvait en découler notamment l'applicabilité des dispositions de l'article 2 de la Constitution qui fait du français « la langue de la République ».

Pour écarter purement et simplement la discussion sur ce point, le Conseil constitutionnel n'a pas craint de dire que l'application de l'article 1<sup>er</sup> de l'accord de Londres « s'inscrit dans le cadre de relations de droit privé entre le titulaire d'un brevet européen et les tiers intéressés ».

Quel que soit le sens précis que l'on veuille donner à cette position de principe, on ne peut approuver le Conseil sur ce point. Il est en effet pour le moins surprenant que l'on puisse considérer que la décision du législateur de renoncer à mettre en œuvre une prérogative que lui confère expressément un traité international (en l'occurrence, celle de requérir la fourniture d'une traduction lors de la validation du brevet européen en France) ne s'inscrive que dans le cadre de relations de droit privé. Au contraire, nous avons toutes les raisons de croire qu'il s'agit là typiquement d'un choix qui s'inscrit dans le cadre des prérogatives de puissance publique que détient l'administration publique française du fait des dispositions combinées de la Convention de Munich et du Code de la propriété intellectuelle<sup>62</sup>.

Mais, plus encore, nous comprenons que le Conseil considère qu'un brevet ne crée que des effets de droit



62. Rappelons également que le caractère de puissance publique des prérogatives du directeur général de l'INPI et plus généralement de l'État en matière de délivrance de brevet est accru par l'existence au profit de l'administration de compétences dérogatoires très significatives (même si elles sont – de ce fait – peu employées) qu'il s'agisse des possibilités de mise au secret ou d'expropriation des inventions intéressant la défense nationale (CPI, art. L. 614-8 à L. 614-10) ou d'imposer des licences obligatoires (notamment en matière de santé publique et de médicament).

privé entre le déposant et les tiers. C'est à notre sens, faire une interprétation abusive du fait que le contenu des brevets est confié dans sa quasi-intégralité à la juridiction judiciaire.

On sait qu'au contraire le brevet est un titre délivré et protégé par l'autorité publique dont la violation peut être réprimée pénalement. Et très récemment encore, statuant sur une question d'enregistrement de marque (sujet fort proche), la Cour de cassation a rappelé le caractère d'acte administratif individuel des décisions du directeur général de l'INPI d'accorder un titre de propriété industrielle<sup>63</sup>.

De même, la jurisprudence tant française que communautaire considère que les questions de validité du brevet font partie des matières intéressant l'ordre public qui ne peuvent donner lieu à arbitrage (par application de l'article 2060 du Code civil)<sup>64</sup> et à propos desquels la compétence du juge national demeure exclusive<sup>65</sup>.

Soucieux apparemment de limiter tout risque d'interférence entre la norme constitutionnelle (ici, l'article 2 de la Constitution) et l'accord de Londres, le juge constitutionnel a sans doute exagérément simplifié la nature complexe du droit du brevet, lequel est – en réalité – à la fois un droit de propriété créant des rapports de droit privé vis-à-vis des tiers et un acte de l'autorité publique sur lequel l'État conserve des prérogatives et des obligations (dont celle d'assurer sa diffusion et sa communication au public). De ce fait, loin de contribuer à l'enrichissement des concepts fondateurs du droit des brevets, cette décision en rétrécit l'interprétation.

On remarque d'ailleurs que le Conseil a agi de même s'agissant des relations pouvant exister entre l'ordre juridique français et le brevet européen délivré par l'Office européen des brevets. Souhaitant en effet confirmer son interprétation selon laquelle l'article 2 de la Constitution n'avait pas lieu à s'appliquer en l'espèce, il indique que « le seul organisme public appelé à se fonder sur un texte rédigé dans une langue autre que le français pour faire produire des effets de droit au brevet européen est l'Office européen des brevets, qui ne relève pas de l'ordre juridique interne et auquel l'article 2 de la Constitution ne saurait être opposé ».

À nouveau, le Conseil adopte une attitude extrêmement restrictive qui ne correspond que très imparfaitement à la réalité – certes complexe – de l'incorporation en droit français des dispositions de la Convention de Munich. Tout d'abord, il passe entièrement sous silence le rôle essentiel que jouent les juridictions nationales dans la mise en œuvre des effets du brevet européen désignant la France. Toute action en contrefaçon en France d'un brevet européen implique la saisine du juge national compétent, lequel aura bien évidemment à se fonder sur un texte rédigé dans une langue autre que le français pour lui faire produire ses effets. Certes, on rétorquera que l'article 2 de l'accord de Londres donne la possibilité à la France d'obliger la fourniture au juge d'une traduction. Mais, *primo*, nous avons vu que rien ne nous garantit que cette facilité sera obligatoirement retenue par le législateur français et, *secundo*, on ne peut

oublier que le Code de la propriété intellectuelle – en application de la Convention de Munich – prévoit qu'en cas de divergence entre une traduction fournie et le texte du brevet délivré, il convient de vérifier si la traduction procure ou non une protection moins étendue que celle résultant du texte d'origine<sup>66</sup>. L'assertion est donc largement fautive. Mais elle est aussi réductrice en ce qui concerne le rôle que jouent vis-à-vis du brevet européen désignant la France l'OEB et l'INPI.

En effet, dès lors qu'un brevet européen délivré désignant la France y produit tous les effets d'un brevet français<sup>67</sup>, on doit admettre que la Convention de Munich crée une situation juridique originale qui entremêle les ordres juridiques nationaux et internationaux plutôt qu'elle ne les juxtapose. La meilleure preuve en est qu'à ce jour, seuls les tribunaux nationaux sont compétents pour trancher la validité de chaque partie nationale d'un brevet européen<sup>68</sup>. Il semble donc logique de retenir l'une ou l'autre des deux fictions juridiques suivantes : soit, l'on considère que l'OEB exerce vis-à-vis de l'ordre juridique français certaines compétences de l'Office français en matière de délivrance de brevet ayant effet en France, soit – à l'inverse – on peut considérer qu'une fois délivré par l'OEB, c'est implicitement l'INPI qui prolonge l'intervention de l'OEB en réincorporant le brevet européen dans l'ensemble des droits de brevet ayant effet en France (c'est d'ailleurs la logique actuelle de la « validation », laquelle constitue un processus de reconnaissance et d'incorporation du brevet européen dans l'ordre juridique). Dans les deux cas, il est un peu court de se contenter d'indiquer qu'aucune administration publique française n'est impliquée dans la délivrance du brevet européen.

En voulant trancher ainsi par une décision courte et peu argumentée une controverse qui agitait depuis de nombreuses années le monde de la propriété industrielle, le Conseil constitutionnel n'a peut-être pas su s'élever à la hauteur d'une question qui – au final – était un bon exemple des effets que la mondialisation du droit et des économies peuvent produire sur nos sys-



63. Cass. com., 31 janv. 2006 : *PIBD* 2006, n° 826, III, p. 214.

64. Pour une application récente par la Cour de cassation, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 mars 2004 : *PIBD* 2004, III, p. 345.

65. V. en ce sens, le très récent arrêt de la Cour de justice qui retient que la compétence exclusive reconnue au juge national en matière de la validité d'un brevet « est également justifiée par le fait que la délivrance des brevets implique l'intervention de l'administration nationale » : CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH Co KG*, § 23. Sur cette décision, v. dans cette chronique les observations de J.-C. Galloux.

66. CPI, art. L. 614-10, 1<sup>er</sup> al., par application de l'article 70 de la CBE.

67. CBE, art. 2.2.

68. Concernant la compétence des tribunaux français en matière de nullité d'un brevet européen, v. l'article L. 614-12 du CPI. Cette situation pourrait en revanche changer dans l'avenir si le projet de protocole sur le régime juridictionnel des brevets européens (EPLA : *European Patent Litigation Protocol*) était conclu ; v. sur cette question l'article A. Casalonga : *Propri. intell.* 2006, n° 20, p. 253 sq.

tèmes juridiques internes. Mais, plus encore, il est décevant de constater que cette décision retient une conception des droits et des procédures du brevet qui ne rend pas compte de la complexité et de la richesse de ce domaine du droit de la propriété industrielle.

Souhaitons que d'autres occasions nous soient données d'une rencontre plus fructueuse entre les principes essentiels de la Constitution et de l'état de droit et les spécificités du droit de la propriété industrielle.

B. WARUSFEL

