

LE PROJET COMMUNAUTAIRE DE CRÉATION D'UNE JURIDICTION EUROPÉENNE DES BREVETS



Bertrand Wirusfel,
Avocat au barreau de Paris (cabinet FWPA),
Professeur à l'Université de Lille 2,
Expert français auprès du sous-comité « Brevets » du COBE

Le droit communautaire s'est beaucoup développé en matière de la propriété intellectuelle depuis une douzaine d'années : création d'une marque communautaire (par le règlement n° 40/94 du 20 décembre 1993), création d'un dessin ou modèle communautaire (par le règlement n° 6/2002 du 12 décembre 2001) ou encore adaptation du droit d'auteur à l'environnement numérique (par la directive n° 2001/29 du 22 mai 2001).

Il est cependant un domaine où l'Union européenne éprouve plus de difficultés à intervenir : celui des brevets d'invention. Les seuls textes adoptés en ce domaine sont une directive sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques (n° 98/44 du 6 juillet 1998) et un règlement d'exemption concernant les accords de transfert de technologie et les licences de brevet (n° 772/2004 du 7 avril 2004). En revanche, un projet de directive sur les inventions mises en œuvre par ordinateur (les fameux « brevets logiciels ») a été abandonnée après plusieurs années de débats, notamment au Parlement européen.

Cette moindre présence communautaire en matière de brevet s'explique par le fait qu'il existe un Office européen des brevets (OEB), sans lien avec l'Union européenne et créé par la Convention de Munich sur le brevet européen adoptée le 5 octobre 1973. C'est dans le cadre complexe des relations entre ce système du brevet européen et le droit communautaire, qu'est apparu le projet de création d'une juridiction commune des brevets en Europe.

1. LE CONTEXTE DES RELATIONS ENTRE BREVET EUROPÉEN ET DROIT COMMUNAUTAIRE

Aujourd'hui, 35 Etats du continent européen - allant de la

Norvège à la Turquie, en passant par la Suisse et tous les membres de l'Union européenne - font partie de l'organisation européenne des brevets. En vertu de la Convention de Munich, il est donc possible à un inventeur d'obtenir par une procédure unique la délivrance d'un brevet couvrant tout ou partie de cet ensemble d'Etats européens (au choix du déposant). L'examen et la délivrance d'un tel « brevet européen » sont assurés par l'OEB. Si l'OEB décide de délivrer le brevet, il peut faire l'objet d'une opposition par un tiers (dans les neuf mois de la date de délivrance) et – sauf révocation par une division d'opposition - possède ensuite tous les effets d'un brevet national dans chacun des pays pour lequel sa délivrance a été demandée.

La particularité juridique de ce système est qu'il n'est complètement intégré qu'en ce qui concerne le dépôt et la délivrance du brevet (dépôt unique et examen unique - y compris les éventuelles oppositions - devant un seul office de brevet, l'OEB). En revanche, une fois le brevet européen entré en vigueur, ce sont les droits nationaux qui s'appliquent pour déterminer ses effets dans chaque pays et les juridictions nationales qui statuent chacune sur la validité ou la contrefaçon de la partie nationale de ce brevet. On est donc bien loin d'un mécanisme d'intégration de type communautaire (dans lequel un titre unique - comme la marque communautaire - est soumis au seul droit communautaire¹).

C'est pour dépasser cette intégration européenne partielle que des efforts ont été déployés depuis de nombreuses années pour parvenir à un système qui serait totalement intégré en Europe, jusque et y compris au niveau du contentieux (afin d'éviter notamment les risques de divergences de jurisprudence entre les tribunaux nationaux).

On résumera succinctement ces efforts en les classant en

LE PROJET COMMUNAUTAIRE DE CRÉATION D'UNE JURIDICTION EUROPÉENNE DES BREVETS

deux branches. D'une part, plusieurs tentatives infructueuses ont été engagées au sein de l'Union européenne pour créer un véritable brevet communautaire entièrement soumis au droit communautaire, mais qui pour des raisons pratiques, resterait délivré par l'OEB pour l'ensemble des pays de l'Union (convention de Luxembourg - non entrée en vigueur - du 15 décembre 1975, modifiée par l'accord de Luxembourg du 15 décembre 1989, et plus récemment en 2000 une proposition de règlement sur un brevet communautaire). D'autre part, une proposition autonome a été formulée à la suite de discussions intergouvernementales entre les principaux Etats membres de l'OEB. Elle visait à créer, par un nouveau traité international complétant la Convention de Munich, une juridiction spéciale destinée à trancher les seuls litiges relatifs aux brevets européens (proposition connue sous le nom d'EPLA²).

Mais aucune de ces deux voies n'a pu réunir un consensus politique suffisant : la création d'un brevet communautaire se heurte toujours à la question des traductions de ce brevet dans toutes les langues nationales de l'Union (et au fait que l'existence d'un brevet européen opérationnel réduit l'intérêt pratique des déposants pour disposer d'un nouvel instrument) tandis que le projet EPLA suscite l'opposition des institutions européennes qui ne veulent pas que les Etats membres constituent une juridiction totalement indépendante de l'Union.

C'est dans ce contexte de relatif blocage que la Commission européenne a proposé dans une communication du 3 avril 2007 d'explorer une voie médiane entre un système entièrement communautaire et une juridiction indépendante³. Ce travail fut confié, dans une relative discrétion, à un groupe de travail sous l'égide du secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, qui a rendu publiques plusieurs versions successives d'un projet de création d'une Cour européenne des brevets européens et communautaires dont la dernière date du 23 mars 2009⁴. Cet avant-projet vise à créer un nouveau système unifié de règlement des litiges en matière de brevet au niveau du continent européen.

2. LA NOUVELLE JURIDICTION ENVISAGÉE

Le système juridictionnel proposé par le groupe de travail comporte deux niveaux d'instance, réparti entre des divisions de première instance (à trois juges) et une Cour d'appel (en formation de cinq juges).

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

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

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

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

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

C'est dire que le projet actuellement à l'étude est bien un dispositif de transition dans l'attente de l'adoption d'un brevet communautaire dont elle deviendrait la juridiction exclusive, ce qui soulève de nombreuses interrogations juridiques et pratiques.

3. QUELQUES POINTS SENSIBLES DU PROJET

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

Tout d'abord, il convient de se demander quel droit substantiel des brevets la Cour appliquera. La question ne se pose pas s'agissant de la validité des brevets, puisque c'est le droit européen issu de la Convention de Munich qui sera appliqué. En revanche, l'appréciation de la contrefaçon ne pourra s'appuyer que sur les dispositions du texte qui créera la Cour et - plus indirectement - sur l'application de la directive 2004/48 du 29 avril 2004 (communément appelée « directive Contrefaçon »). A l'heure actuelle, les règles substantielles concernant la contrefaçon de brevet dans le projet sont très succinctes et se réduisent essentiellement à deux articles définissant la contrefaçon de brevet euro-

POINT SUR...

péen (article 14c) et la contrefaçon indirecte (par fourniture de moyens : article 14d). Il serait certainement nécessaire de prévoir des dispositions complémentaires permettant de définir au niveau européen la portée et les limites des droits de brevet, comme cela s'est fait dans les législations nationales.

Les autres questions sensibles portent surtout sur l'organisation procédurale du contentieux devant cette nouvelle Cour. Ces questions ont déjà données lieu à des premiers commentaires⁵.

Un premier point concerne les modalités de représentation devant cette Cour. Alors que le projet EPLA prévoyait principalement la représentation par le biais des mandataires européens en brevet (auxquels se seraient ajoutés les avocats, qui bénéficient d'une capacité de représentation générale), le projet élaboré par le groupe de travail du Conseil vise la représentation par le biais des avocats, tout en prévoyant (dans l'état actuel du projet) qu'elle peut être « alternativement » assurée par des mandataires européens en brevet (article 28). Cette modalité de représentation alternative a été déjà contestée par le CCBE (Conseil des Barreaux européens) qui a émis en février 2009 une position demandant que seuls les avocats puissent représenter directement les parties et que les mandataires ne puissent intervenir que pour assister les avocats dans ces procédures⁶.

Un second sujet d'importance concerne les conditions dans lesquelles pourrait s'effectuer, en cours de procédure de première instance, une « bifurcation » permettant à une question de nullité de brevet invoquée à titre reconventionnel d'être disjointe du litige en contrefaçon pour être renvoyée vers la division centrale de première instance. Ce mécanisme est actuellement prévu (article 15a 2) et peut être mis en œuvre à la discrétion du tribunal, une fois les parties entendues. Inspirée des pratiques allemandes en matière de contentieux de brevet (lesquelles disjoint de manière stricte les questions de validité et de contrefaçon), cette bifurcation heurte de nombreuses autres traditions juridiques dans lesquelles un même juge tranche ensemble ces questions (au motif notamment que la validité conditionne la possible contrefaçon)⁷.

La détermination de la langue de procédure est également un point très délicat (si l'on se souvient notamment du fait que la question linguistique est encore aujourd'hui le principal obstacle à l'adoption d'un règlement sur le brevet communautaire). En l'état actuel du projet, la langue de procédure serait la langue de la division de première instance devant laquelle serait porté le litige. Mais la langue du brevet serait toujours utilisée devant la division centrale de première instance et pourrait à la demande des parties⁸ être retenue devant les autres divisions de première instance. Là encore, des intérêts divergents sont à considérer entre l'intérêt qu'il peut y avoir à discuter techniquement le contenu du brevet dans la langue où il a été rédigé et le principe qui veut que le défendeur puisse se défendre dans sa propre langue.

Plus généralement, se pose la question de la nature et du contenu détaillé des règles de procédure applicable devant cette nouvelle juridiction. Une voie pourrait être de se référer le plus souvent possible aux règles de procédure de la CJCE et du TPICE et de renvoyer, pour le reste, à l'application des règles procédurales nationales⁹. À l'inverse, les instances communautaires paraissent plutôt souhaiter développer un véritable droit processuel autonome, ce qui aurait l'avantage de la cohérence, mais risque de créer une certaine insécurité juridique et d'obliger la nouvelle juridiction à développer une interprétation prétorienne de ses nouvelles règles de procédure.

4. LE PROCESSUS D'ADOPTION DE CETTE RÉFORME

L'avant-projet élaboré par le groupe de travail réuni sous l'égide du Conseil a connu différentes moutures officielles durant l'année 2008 et le premier trimestre 2009. Mais ce projet pourrait rentrer dans une phase politique plus active. En effet, la Commission a émis le 20 mars 2009 une recommandation invitant le Conseil à lui donner le mandat de négocier avec les États membres et avec le pays contractants de la Convention de Munich un tel accord¹⁰.

Par ailleurs, la Cour de justice devrait être saisie d'une demande d'avis concernant les conditions juridiques dans lesquelles l'Union européenne pourrait mettre en œuvre une telle réforme, dont la complexité tient au fait que la juridiction envisagée ne trancherait pas que des questions de droit communautaire mais aussi (voire surtout - dans une première phase) des questions touchant à des brevets européens.

L'hypothèse la plus probable (et seule envisagée dans la recommandation de la Commission) serait la conclusion d'une « convention communautaire » conformément à la procédure de l'article 300 du Traité, c'est-à-dire un accord international qui serait ouvert à la signature des États membres et des États signataires de la Convention de Munich et à laquelle la Communauté européenne serait également partie.

Si ce projet devait être adopté, il est actuellement envisagé qu'il établirait une période transitoire de sept années durant lesquelles les parties pourraient continuer, si elles le souhaitent, à saisir les tribunaux nationaux.

L'ensemble de ce processus pourrait être engagé durant la présidence suédoise du Conseil de l'Union européenne (juillet-décembre 2009), laquelle considérerait cette question comme un sujet prioritaire dans le domaine de la politique européenne de propriété intellectuelle. Et si ce projet rencontre alors un soutien politique officiel de tous les États membres, il faudra que les avocats et tous les praticiens de la propriété intellectuelle suivent avec intérêt l'adoption et la mise en œuvre de cette importante réforme, qui pourrait transformer profondément le paysage de la propriété industrielle en Europe.

LE PROJET COMMUNAUTAIRE DE CRÉATION D'UNE JURIDICTION EUROPÉENNE DES BREVETS

- ¹ Notons cependant qu'à ce jour, le contentieux des marques et des modèles communautaires n'est pas encore confié à une juridiction communautaire (bien qu'il existe un projet de créer au sein du TPICE une chambre spécialisée) mais à des juridictions nationales sélectionnées appliquant localement le droit communautaire (que l'on appelle tribunaux des marques et des dessins ou modèles communautaires - en France, le seul TGI de Paris).
- ² European Patent Litigation Agreement, dont la dernière version date du 13 décembre 2005 (accessible sur le site de l'OEB : www.oeb.org).
- ³ Sur cette communication de la Commission, voir notre commentaire, in *Propriété intellectuelle*, juillet 2007, n° 24, p. 340.
- ⁴ *Draft Agreement on the European and Community Patents Court and Draft Statute*, document du Conseil de l'Union européenne n° 7928/09/Pl23/CCRP29, 23 mars 2009.
- ⁵ Pour une synthèse des travaux du groupe de travail constitué au sein de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle - Henri Desbois (IRPI), voir Jean-Christophe Galloux & Bertrand Warusfel, « Aspects juridiques et procédurals des brevets européen et communautaire », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2009, n° 30, p. 9.
- ⁶ *Projet de tribunal du brevet communautaire européen : prise de position du ccbe concernant l'article 28 - représentation*, CCBE, 19 février 2009.
- ⁷ Voir, Galloux & Warusfel, *op. cit.*, p. 18.
- ⁸ Une variante du projet actuel prévoirait même que ce choix puisse se faire à la demande d'une seule partie si le Tribunal l'accepte (article 29.4).
- ⁹ Voir dans ce sens, Galloux & Warusfel, *op. cit.*, pp. 10-12.
- ¹⁰ *Recommendation from the Commission to the Council to authorise the Commission to open negotiations for the adoption of an agreement creating a Unified Patent Litigation System*, SEQ(2009) 330 final, 20 mars 2009.