

**LE BREVET EUROPÉEN À EFFET
UNITAIRE ET LA JURIDICTION
UNIFIÉE DU BREVET**

(aspects de droit international privé)

Pierre VÉRON

Avocat à la cour

Président d'honneur

European Patent Lawyers Association (EPLAW)

Membre du comité de rédaction du règlement de procédure
et du groupe d'experts du Comité préparatoire
de la Juridiction unifiée du brevet

Comité français de droit international privé • 24 janvier 2014

SOMMAIRE

1.	Le brevet européen à effet unitaire	8
1.1.	Définition du brevet européen à effet unitaire	9
1.2.	Conditions pour demander l'effet unitaire	9
1.3.	Effets du brevet européen à effet unitaire	10
1.4.	Droit applicable au brevet européen à effet unitaire	12
1.5.	Sources du droit applicable au brevet européen à effet unitaire	15
1.6.	Traduction du brevet européen à effet unitaire	16
1.7.	Taxes annuelles relatives au brevet européen à effet unitaire	16
1.8.	Rôle de l'Office européen des brevets en ce qui concerne le brevet européen à effet unitaire	17
2.	La Juridiction unifiée du brevet	18
2.1.	Un nouveau système juridictionnel	18
2.2.	Des juges juristes et des juges techniciens	20
2.3.	Droit applicable par la Juridiction unifiée du brevet	21
2.4.	Compétence de la Juridiction unifiée du brevet	22
2.5.	Effets territoriaux des décisions de la Juridiction unifiée du brevet	24
2.6.	Un régime linguistique complexe	25
2.7.	Règlement de procédure	25
2.8.	Régime transitoire de la Juridiction unifiée du brevet	26

Je vous remercie de m'avoir invité à vous parler des aspects de droit international privé du futur brevet européen à effet unitaire et de la future Juridiction unifiée du brevet.

Je suis impressionné d'avoir à traiter ce sujet face à votre Comité, surtout en si peu de temps, car il recèle de très nombreux problèmes liés au droit international privé.

Je me sens donc dans la situation des chauffeurs de bus à impériale qui font visiter « *Paris en deux heures* », avec la différence que les passagers des bus à impériale sont des touristes asiatiques qui ne connaissent guère Paris, tandis que, aujourd'hui, mes passagers sont les spécialistes les plus éminents du droit international privé, qui connaissent mille fois mieux leur matière que moi, et de nombreux magistrats spécialisés, qui dominent parfaitement la propriété industrielle.

Je vais donc vous présenter ces deux nouvelles créatures juridiques, le brevet européen à effet unitaire et la Juridiction unifiée du brevet, qui viennent de voir le jour au terme d'une gestation de quarante années.

Historique de la création du brevet européen à effet unitaire et de la Juridiction unifiée du brevet

Je ne peux pas, ce soir, retracer cette longue histoire, mais elle remonte à la création du brevet européen par la convention de Munich du 5 octobre 1973.

En effet, dès cette époque, on savait que le brevet européen n'était qu'une étape sur la route vers un système plus intégré, vers un titre de protection de propriété industrielle des inventions plus abouti.

Car le brevet européen, en réalité, n'est qu'un brevet délivré par un organisme unique, un guichet unique : il vit ensuite sa vie propre dans chacun des pays qu'il désigne, comme s'il s'agissait d'un brevet national.

Depuis 1973, donc, l'Europe cherche à se doter d'un véritable brevet communautaire, d'un titre unique de brevet qui couvre l'ensemble du territoire européen.

Et vous savez que, le 15 décembre 1975, a été signée, à Luxembourg, une convention sur le brevet communautaire, mais que cette convention n'a jamais été ratifiée pour des raisons tenant essentiellement au régime linguistique, trop lourd, et au système juridictionnel, trop complexe, qu'elle organisait.

Du point de vue de la gestation législative, nous en sommes, en ce début 2014, au lendemain de la signature de l'accord du 19 février 2013 instituant la Juridiction unifiée du brevet, exactement au même point où nous en étions trente-neuf ans plus tôt, en 1975, avec une convention internationale signée attendant sa ratification par le nombre voulu d'États signataires.

La grande différence est que la volonté politique paraît bien être là et qu'aucun des principaux États membres de l'Union européenne signataires de ce projet, ne manifeste — au moins ouvertement — de réticence à la ratification.

Le projet s'est cependant heurté à plusieurs ordres de difficultés, essentiellement des questions linguistiques et des questions juridictionnelles ; mais elles ont été, en définitive, résolues dans les dernières années 2009-2010 et, surtout, dans le courant de l'année 2011.

Car, cette année-là, les États membres de l'Union européenne se sont rendu compte que certains d'entre eux n'adhéreraient jamais au projet de brevet communautaire, surtout pour des raisons linguistiques, notamment l'Espagne et l'Italie.

C'est que l'Espagne n'a jamais accepté que l'espagnol ne soit pas une langue officielle de l'Office européen des brevets, alors que le nombre de personnes parlant l'espagnol, dans le monde, est plus important que celui de personnes parlant le français et l'allemand : il n'est donc pas normal, aux yeux de cet État, que l'espagnol ne soit pas une langue officielle pour les brevets en Europe.

L'Italie, ne voulant à aucun point de vue être en reste sur l'Espagne, a, elle aussi, fait savoir qu'elle n'adhérerait pas davantage au projet.

Les autres États membres de l'Union européenne ont donc choisi, pour avancer, la voie, exceptionnelle dans le droit de l'Union, de la « *coopération renforcée* », qui permet à ceux qui veulent avancer plus vite de le faire ensemble, à effectif restreint : c'est donc la voie adoptée, en 2011, pour le brevet européen à effet unitaire, que l'on appelle souvent, par brièveté, le brevet unitaire.

Mais il fallait aussi, parallèlement, trouver une solution au problème juridictionnel, rendu encore plus complexe par la création de ce nouveau brevet :

- ▶ il fallait, d'une part, créer une juridiction pour le brevet européen à effet unitaire ;
- ▶ mais il fallait, aussi, créer une juridiction pour les brevets européens conventionnels classiques existant, ceux qui sont, en réalité, un faisceau de brevets nationaux (*bundle patents*) et, pour eux, une convention internationale était indispensable.

Le dispositif juridique du brevet européen à effet unitaire et de la juridiction unifiée du brevet

Le dispositif présenté à cet effet par la Commission européenne, fin 2012, début 2013 a été baptisé « *paquet brevet* » : il est constitué de trois textes, deux règlements et un accord international.

Ces instruments sont de nature juridique différente, dans la mesure où deux d'entre eux — les règlements (UE) n° 1257/2012 et 1260/2012 du Parlement européen et du Conseil sur le brevet européen à effet unitaire — sont des instruments de l'Union européenne, tandis que le troisième — l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet — est un accord interétatique.

Car, en instituant la Juridiction unifiée du brevet, les États membres contractants se départent de leur souveraineté juridictionnelle sur les brevets européens conventionnels.

En effet, ces brevets n'entrent pas dans le champ de compétence de l'Union européenne.

Certes, depuis le traité de Lisbonne, l'Union européenne a le pouvoir de créer des droits de propriété industrielle.

Mais elle n'a aucune compétence sur le pouvoir des États de rendre la justice sur les brevets européens classiques qui sont assimilés, de ce point de vue-là, à des brevets nationaux.

Un accord international par lequel les États transfèrent leur souveraineté à cette nouvelle juridiction était donc indispensable.

Les deux grands piliers de cette réforme sont donc : le brevet européen à effet unitaire, d'une part, et la Juridiction unifiée du brevet, d'autre part.

Relations entre le brevet européen à effet unitaire et la Juridiction unifiée du brevet

Ces deux piliers, bien qu'ils soient intellectuellement et juridiquement tout à fait distincts, n'en sont pas moins liés dans la mesure où un État membre ne peut pas participer au système du brevet européen à effet unitaire s'il n'adhère pas en même temps à l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet.

Par contre, la proposition n'est pas réversible et il est possible — c'est le cas de l'Italie — qu'un État membre participe à la Juridiction unifiée du brevet sans participer à la coopération renforcée sur le brevet européen à effet unitaire, ce qui amènera, par exemple, la division italienne de la Juridiction unifiée du brevet à statuer sur des titres de propriété industrielle qui n'auront pas effet en Italie ; pareille construction législative peut paraître un tantinet exotique, mais c'est le résultat de choix politiques de certains États.

La route vers l'entrée en vigueur

Les deux instruments sur le brevet européen à effet unitaire et celui sur la Juridiction unifiée du brevet vont entrer en vigueur en même temps.

Mais quelques obstacles restent à franchir.

L'un d'eux l'a été le 16 avril 2013 lorsque la Cour de justice de l'Union européenne a rejeté une première salve de recours de l'Espagne et de l'Italie en nullité de la décision d'avoir recours à la coopération renforcée.

Ces deux États soutenaient, en effet, que toutes les voies de négociation en vue de la création d'un véritable brevet de l'Union européenne n'avaient pas été épuisées et qu'il était prématuré de recourir à la coopération renforcée.

Mais la Cour de justice de l'Union européenne a écarté ces recours.

L'Espagne a formé deux autres recours, dirigés, cette fois-ci, contre les règlements du 17 décembre 2012 eux-mêmes, qui devraient être jugés par la Cour de justice de l'Union européenne dans le courant de l'année 2015.

Il faudra ensuite que l'accord sur la Juridiction unifiée soit ratifié par une majorité des 25 États membres contractants — ils sont 25, la majorité est donc de 13 — cette majorité devant être qualifiée, car elle doit comporter « *les trois États membres dans lesquels le plus grand nombre de brevets européens produisaient leurs effets* » au cours de l'année précédant la signature de l'accord, soit l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni.

Enfin une modification de technique législative doit intervenir, une modification du règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles I (refonte), pour que la Juridiction unifiée du brevet puisse s'intégrer dans ce règlement.

D'abord parce que, dans sa rédaction actuelle, le règlement Bruxelles I (refonte) ne connaît pas la notion de « *juridiction commune à plusieurs États membres* ».

D'autre part, parce que, à ce jour, le règlement Bruxelles I (refonte) ne pose pas de règle de compétence internationale, vis-à-vis des défendeurs qui ne sont pas domiciliés dans l'Union européenne : une réforme est donc nécessaire pour asseoir la compétence de la Juridiction unifiée du brevet, juridiction commune, vis-à-vis des défendeurs qui ne sont pas intégrés dans l'Union européenne, américains, chinois, coréens, etc.

Tout porte à croire que le règlement destiné à modifier le règlement Bruxelles I sera publié dans les semaines qui viennent.

La mise en œuvre de la Juridiction unifiée du brevet a été confiée à un Comité préparatoire composé de représentants des États membres contractants ; ce comité maintient un site Internet exposant ses activités www.unified-patent-court.org.

Il prévoit, à ce jour, de faire entrer en vigueur le système en 2015, mais ce sera sans doute un peu plus tard, car, dans ce domaine, comme dans bien d'autres, l'horizon recule au fur et à mesure que l'on s'en approche.

Voilà pour l'histoire et pour le cadre législatif et institutionnel.

Entrons maintenant dans l'examen plus détaillé des deux piliers de cette réforme : le brevet européen à effet unitaire (1.) et la Juridiction unifiée du brevet (2.).

1. Le brevet européen à effet unitaire

Il faut le préciser d'emblée : le brevet européen à effet unitaire ne va pas se substituer au brevet européen actuel, ni aux brevets nationaux.

C'est plutôt une troisième catégorie de brevets qui va exister dans les États qui adoptent ce système : ils connaîtront toujours les brevets nationaux, ils connaîtront toujours les brevets européens classiques, mais ils offriront aux déposants — qui seront entièrement libres de l'utiliser ou non — la possibilité d'opter pour la voie du brevet européen à effet unitaire.

1.1. Définition du brevet européen à effet unitaire

Le brevet européen à effet unitaire n'est pas un brevet de l'Union européenne : ce n'est pas le brevet communautaire que beaucoup appelaient de leurs vœux.

C'est, en vérité, un brevet européen couvrant, de façon unitaire, un territoire composé de plusieurs États.

Il est délivré par l'Office européen des brevets, comme n'importe quel autre brevet européen.

Après cette délivrance, il est investi d'un effet unitaire sur le territoire des États membres participants, en vertu d'une disposition spécifique de la convention sur le brevet européen, son article 142, qui permet aux États membres qui le souhaitent de donner un effet unitaire à un brevet européen : au lieu d'un faisceau de brevets nationaux, c'est un brevet à effet unitaire sur le territoire des États qui souscrivent entre eux une telle convention.

Le règlement (UE) n° 1257/2012 sur le brevet européen à effet unitaire est ainsi pris en application de cet article 142 de la convention sur le brevet européen.

1.2. Conditions pour demander l'effet unitaire

Que faut-il faire pour obtenir un brevet européen à effet unitaire ?

Il n'est pas nécessaire de le spécifier au moment du dépôt de la demande de brevet : il n'existera pas de demande de brevet unitaire.

Il suffira de déposer une demande de brevet européen tout à fait classique et c'est simplement au moment de la délivrance, quand le brevet européen sera délivré par l'Office européen des brevets, que s'ouvrira une période d'un mois durant laquelle le déposant aura la faculté de déclarer qu'il souhaite que ce brevet soit doté d'un effet unitaire.

L'effet unitaire intervient donc après la délivrance et avec même une certaine rétroactivité puisque le règlement prévoit que le brevet unitaire prend effet à compter de la délivrance, alors que le déposant dispose d'un mois à compter de la délivrance pour faire enregistrer cet effet unitaire.

Pour pouvoir obtenir cet effet unitaire, il faut, tout d'abord, que la demande de brevet ait désigné les États membres participants.

C'est bien la pratique habituelle des déposants de brevet de procéder de la sorte en cochant toutes les cases du formulaire.

Une difficulté doit cependant être signalée : c'est que Malte est entrée dans le système de brevet européen seulement le 1^{er} mars 2007 et que les brevets européens déposés avant cette date ne pouvaient pas viser son territoire ; par conséquent, les demandes de brevet déposées avant le 1^{er} mars 2007 ne pourront pas aboutir à des brevets européens à effet unitaire.

Pour pouvoir obtenir cet effet unitaire, il faut, ensuite, que le brevet ait été délivré avec le même jeu de revendication dans tous les États membres participants

Car il peut advenir — je le précise pour ceux qui ne sont pas familier du système — qu'on soit obligé, en Europe, de déposer des jeux de revendications différents pour chaque pays, par exemple à raison d'un droit antérieur qui serait spécifique à un pays donné.

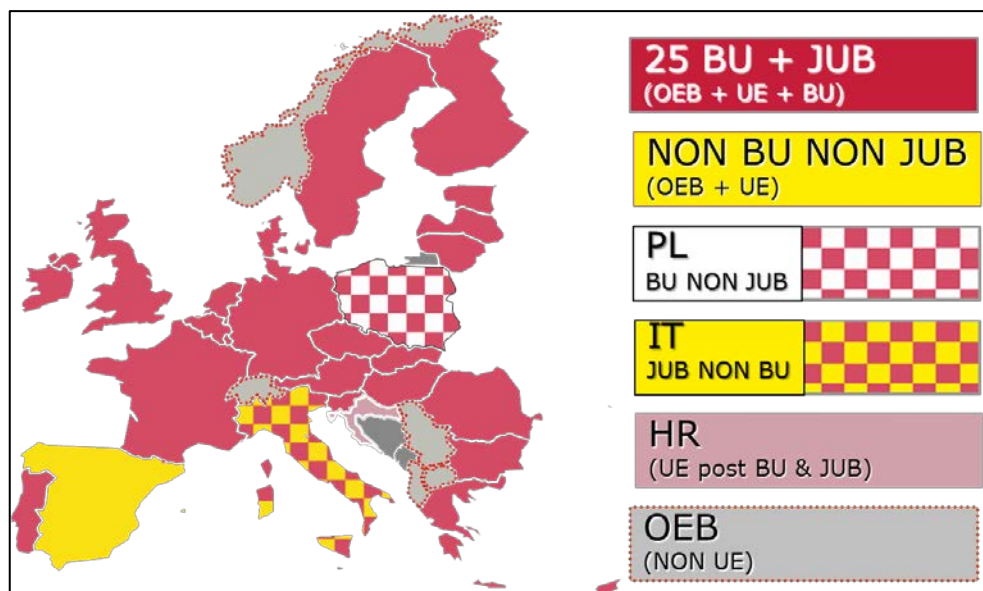
Celui qui aura été contraint de le faire ne pourra pas obtenir un brevet unitaire.

En résumé, la condition pour obtenir un brevet européen à effet unitaire sera d'avoir déposé une demande de brevet couvrant tous les États membres participant à la coopération renforcée et d'avoir obtenu ce brevet avec le même jeu de revendications pour tous les États membres participants.

1.3. Effets du brevet européen à effet unitaire

Quel sera le champ d'application territorial du brevet européen à effet unitaire ?

La carte d'Europe qui cherche à représenter les pays participant aux différents systèmes a toutes les allures d'un habit d'Arlequin :



On y voit facilement les 25 États qui, autour de l'Allemagne, de la France et du Royaume-Uni, ont décidé de participer à la fois au système du brevet unitaire et à celui de la Juridiction unifiée du brevet.

On y voit, bien à part, l'Espagne qui a décidé de n'entrer ni dans l'un, ni dans l'autre des systèmes.

La Pologne, elle aussi, est à part ; car, alors qu'elle avait participé très activement aux négociations, au dernier moment, elle s'est ravisée et n'a pas signé l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet ; elle est donc membre de la coopération renforcée au titre du brevet unitaire mais ne participe pas au système de la Juridiction unifiée du brevet ; or, comme un État ne peut pas participer au système du brevet européen à effet unitaire sans participer à celui de la Juridiction unifiée du brevet, la Pologne se trouve, à ce jour, dans la même situation que l'Espagne : hors-jeu.

L'Italie se trouve dans une autre situation : elle ne participe pas à la coopération renforcée pour le brevet européen à effet unitaire, mais elle a signé l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet et elle a même décidé de créer une division locale de cette juridiction sur son territoire, à Milan : de sorte que les litiges relatifs à des brevets européens pour l'Italie pourront être jugés par cette division et que, paradoxalement, alors même qu'aucun brevet européen à effet unitaire ne pourra, en l'état, couvrir le territoire italien, cette même division italienne pourra se trouver amenée à connaître, par exemple, parce qu'un des défendeurs sera domicilié en Italie, de demandes concernant un brevet européen à effet unitaire.

La situation de la Croatie est encore différente, puisqu'elle est entrée dans l'Union européenne le 1^{er} juillet 2013, après la promulgation des règlements sur le brevet européen à effet unitaire et après la signature de l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet.

Restent, enfin, des États qui sont membres de l'Organisation européenne des brevets mais qui ne sont pas membres de l'Union européenne et pour lesquels le brevet européen à effet unitaire ne sera pas disponible : Albanie, Bosnie, Islande, ex-République yougoslave de Macédoine, Monaco, Monténégro, Norvège, Serbie, Suisse, Turquie et vis-à-vis desquels la Juridiction unifiée du brevet pourra avoir une certaine compétence.

L'effet territorial du brevet européen à effet unitaire est donc vraiment très disparate !

1.4. Droit applicable au brevet européen à effet unitaire

Les effets juridiques du brevet européen à effet unitaire ne sont pas moins originaux, car ils sont le résultat d'une âpre négociation législative.

En effet, le projet initial de règlement sur le brevet européen à effet unitaire de la Commission européenne incluait des dispositions, nombreuses et précises, définissant les droits conférés par ce titre de propriété industrielle — essentiellement celui d'interdire à autrui d'exploiter l'invention — et leurs limites.

Techniquement, le raisonnement ne manquait pas de cohérence.

Mais cette méthode législative avait pour conséquence de faire du droit substantiel régissant le brevet européen à effet unitaire un élément du droit de l'Union européenne.

Et, comme tel, de le rendre justiciable, en cas de litige, de la Cour de justice de l'Union européenne.

Pareille conséquence déplaisait fortement à un certain nombre d'États membres et à certains praticiens du droit des brevets.

En effet, la Cour de justice de l'Union européenne est diversement appréciée par quelques États membres et par certains milieux industriels.

C'est pourquoi le Royaume-Uni, et d'autres États membres qui l'ont suivi, ont demandé d'extraire de la proposition de règlement les dispositions des articles, qui étaient à l'époque les articles 6 à 8, précisant l'objet de la protection conférée et ses limites.

Il s'en est suivi une véritable bataille rangée entre le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne.

Chacun n'a pas eu de mot assez dur, le président de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen a employé, au sujet de cette négociation, les expressions colorées de « *bazar oriental* » et de « *horse trading* » (maquignonnage).

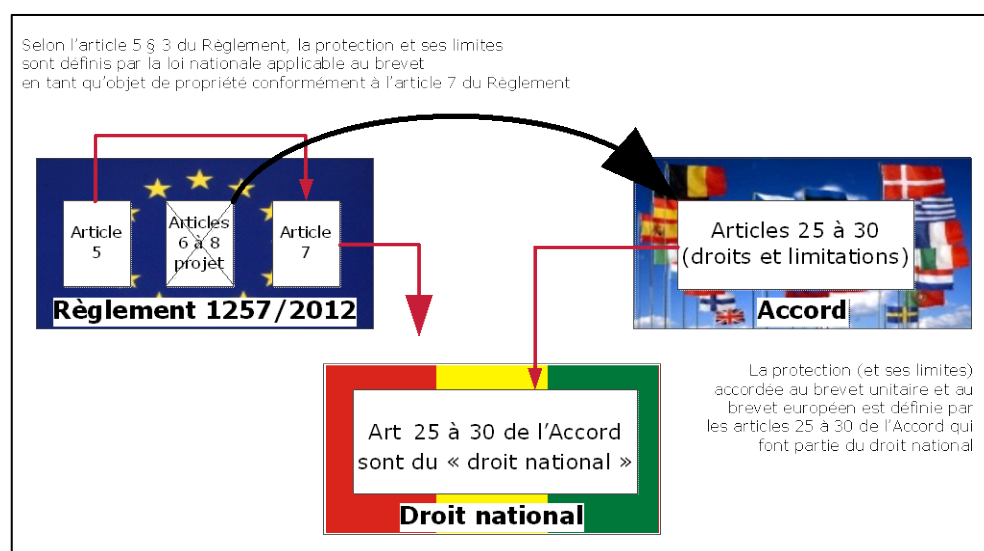
En définitive, après un été 2012 assez difficile, un accord a été trouvé : il permet aux protagonistes de sauver la face, mais il sera, à n'en pas douter, une source inépuisable d'inspiration pour la doctrine.

Car la solution trouvée consiste à déplacer les dispositions de droit substantiel définissant les droits conférés par le brevet européen à effet unitaire et leurs limites : elles ont été effacées du règlement (UE) n° 1257/2012 sur le brevet européen à effet unitaire pour être insérées dans l'accord relatif à la Juridiction unifiée du brevet.

Les articles 6 à 8 du projet de règlement, par un couper/coller législatif, sont devenus les articles 25 à 30 de l'accord, malgré les réticences de ceux qui pensaient que la place des dispositions de droit substantiel n'était pas dans l'accord créateur d'une juridiction.

Et, pour les rendre applicables au brevet européen à effet unitaire, pour qu'elles en définissent ses effets et leurs limites, l'article 5 § 3 du règlement a été réécrit.

C'est ce que cherche à illustrer le schéma suivant :



L'article 5 du règlement (UE) n° 1257/2012 sur le brevet européen à effet unitaire dispose désormais que « *Les actes contre lesquels le brevet assure une protection visés 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* ».

L'article 7 du règlement prévoit, quant à lui, en substance, que le droit national applicable au brevet européen à effet unitaire en tant qu'objet de propriété est celui de l'État membre participant où le déposant avait son domicile ou son principal établissement à la date du dépôt de la demande de brevet européen (étant prévu que, si le déposant n'a ni domicile ni établissement en Europe, c'est le droit de l'État membre dans lequel l'Organisation européenne des brevets a son siège, soit, actuellement, le droit allemand).

De la sorte, en tant qu'objet de propriété, le brevet est régi par la loi du pays du déposant et cette loi s'applique, par exemple, dans les cas suivants :

- ▶ si un brevet a été demandé pour une invention soustraite à son auteur, l'action en revendication porte sur le brevet en tant qu'objet de propriété ;
- ▶ si le brevet doit être cédé, il est considéré comme objet de propriété

Mais le règlement sur le brevet européen à effet unitaire prévoit aussi que cette même loi nationale s'applique pour définir l'étendue de la protection et ses limites.

C'est donc dire que les droits conférés par le brevet européen à effet unitaire et leurs limites sont définis par le droit national de l'État membre participant du domicile du déposant ou, si celui-ci n'est pas européen, par le droit allemand.

C'est ce qui a pu amener certains à qualifier le brevet européen à effet unitaire de « *brevet national à effet extraterritorial* » puisque, en définitive, la loi du déposant s'applique au brevet en tant qu'objet de propriété, mais aussi pour la définition des attributs conférés par ce brevet en quelque pays que ces attributs soient exercés : si le déposant est allemand (ou s'il n'est pas européen), la loi allemande s'applique au brevet européen à effet unitaire en tant qu'objet de propriété, mais aussi à la définition des actes de contrefaçon et de leurs limites.

Mais l'ingéniosité du système est que, dans la loi nationale qui est ainsi désignée, et qui est, en schématisant, la loi du déposant, se trouvent — ou, plus exactement, se trouveront à compter de la ratification de l'accord — les dispositions substantielles de l'accord qui prévoient les effets de la protection conférée au brevet et ses limites.

Ainsi, de par l'accord, ces dispositions font partie du droit national et la boucle est bouclée qui consiste à désigner comme droit national le contenu de l'accord qui va être identique dans les différents États concernés.

Au bout du compte, le résultat est donc que, dans tous les pays concernés, la protection uniforme sera assurée parce que ce sont les dispositions de l'accord qui vont définir la substance du droit de brevet.

Satisfaction est ainsi donnée au Royaume Uni et aux milieux qui, à ses côtés, ne souhaitent pas que le droit substantiel des brevets relève de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne : les dispositions de droit substantiel définissant les droits conférés par le brevet européen à effet unitaire et leurs limites sont du droit national et, à ce titre, ne seront normalement pas interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne.

Satisfaction est aussi donnée aux tenants de la suprématie du droit de l'Union européenne qui peuvent affirmer que le règlement sur le brevet européen à effet unitaire prévoit, non seulement la constitution du droit mais également, par ce mécanisme des articles 5 et 7, l'étendue de la protection.

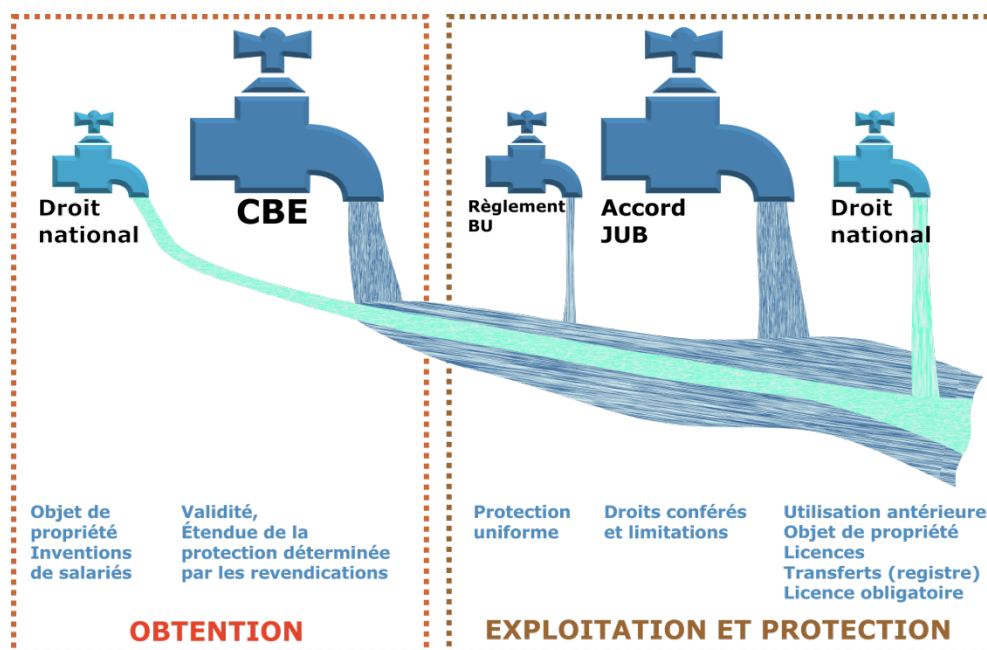
Ce mécanisme complexe devrait cependant bien occuper les plumes des spécialistes dans les années qui viennent !

1.5. Sources du droit applicable au brevet européen à effet unitaire

Avoir déterminé le droit applicable au brevet européen à effet unitaire en tant qu'objet de propriété et le droit définissant les prérogatives conférées par le brevet européen à effet unitaire et leurs limites n'épuise pas la question.

Car d'autres sources de droit sont également applicables à ce brevet.

Le schéma — un peu naïf — suivant ambitionne de recenser ces sources et de quantifier leur importance respective :



Pour ce qui concerne l'obtention du droit, le droit national va s'appliquer, en premier lieu, pour définir, par exemple, l'inventeur et le bénéficiaire du droit au dépôt du brevet ; s'il s'agit par exemple de l'invention d'un salarié français à qui est dévolue une mission inventive, le brevet appartient à l'entreprise et cette disposition de droit national s'applique.

Mais ensuite, pour tout ce qui concerne la validité du brevet, c'est la convention de Munich du 5 octobre 1973 sur le brevet européen (CBE) qui s'applique.

Pour ce qui concerne l'exploitation et la protection du droit, le règlement (UE) n° 1257/2012 sur le brevet européen à effet unitaire ne peut être oublié parce qu'il prévoit que ce brevet aura un effet uniforme.

Mais, ensuite, quand il s'agit de déterminer les actes interdits et les exceptions qu'ils comportent, comme par exemple l'usage expérimental ou l'exception d'utilisation privée, c'est l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet qui s'applique (parce que, comme il vient d'être rappelé, le contenu de cet accord est intégré au droit national applicable par le mécanisme des articles 5 et 7 du règlement (UE) n° 1257/2012 sur le brevet européen à effet unitaire).

Et enfin, en bout de course, le droit national retrouve à nouveau un certain empire, par exemple pour définir les conditions d'un contrat de licence, d'une cession ou d'un transfert.

Voilà donc l'édifice extrêmement complexe que la majorité des États membres de l'Union européenne a construit pour trouver une solution politique à un problème politique, très probablement, au détriment de la pureté du geste juridique.

Revenons à des questions plus terre-à-terre pour dire encore deux mots d'une question qui intéresse beaucoup les entreprises et leurs conseils : la traduction du brevet européen à effet unitaire.

1.6. Traduction du brevet européen à effet unitaire

Pendant une période transitoire pouvant aller jusqu'à douze années, le brevet européen à effet unitaire devra encore être traduit :

- ▶ s'il a été délivré en allemand ou en français, il devra être traduit intégralement en anglais ;
- ▶ s'il a été délivré en anglais, il devra être traduit intégralement dans une langue officielle de l'Union européenne.

Mais le législateur européen a prévu que les outils de traduction automatique pourraient devenir si performants qu'aucune traduction ne devrait être mise à la charge du déposant : en ce cas, l'article 6 § 3 du règlement (UE) n° 1260/2012, qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, prévoit que la période transitoire peut être abrégée.

1.7. Taxes annuelles relatives au brevet européen à effet unitaire

La question des taxes annuelles n'a qu'un très modeste intérêt théorique.

Mais elle est très importante en pratique, puisque les entreprises qui déposent aujourd'hui des brevets européens vont, demain, avant d'opter pour le brevet européen à effet unitaire, se poser en tout premier lieu la question de son coût.

Le nouveau système ne sera attractif que s'il coûte moins cher que le système actuel et le système ne sera viable que si les entreprises déboursent moins qu'aujourd'hui.

À l'heure actuelle, très peu d'entreprises se protègent systématiquement dans tous les pays de l'Union européenne — sauf peut être dans le domaine pharmaceutique — car, dans la plupart des domaines industriels, dans la mécanique en particulier, il est tout à fait suffisant de conserver une protection durable dans trois, quatre ou cinq États, parce qu'il est impossible de vendre une voiture en Europe si elle ne peut pas être vendue en Allemagne en France et en Angleterre — il n'est pas industriellement rentable de fabriquer un modèle spécialement pour le Portugal et la Pologne.

Dès lors, pour être compétitif vis-à-vis du système actuel, le nouveau système devra viser à ce que le montant des taxes de maintien en vigueur n'excède pas le montant actuellement dû pour trois ou quatre États : la fixation du niveau des taxes appartient à l'Office européen des brevets qui devrait prendre une décision à ce sujet dans le courant de l'année 2015.

1.8. Rôle de l'Office européen des brevets en ce qui concerne le brevet européen à effet unitaire

Le rôle de l'Office européen des brevets ne doit pas être oublié en raison de ses implications juridiques qui peuvent être importantes.

Certes, l'Office européen des brevets va continuer à remplir le rôle qui est actuellement le sien : celui de délivrer un brevet européen, car le brevet européen à effet unitaire est, d'abord et avant tout, un brevet européen.

Mais il se voit investi d'un rôle nouveau, qui lui est confié par les États membres participant au système de coopération renforcée aux termes de l'article 9 du règlement (UE) n° 1257/2012, celui de gérer les demandes d'effet unitaire déposées par les titulaires de brevets européens.

Il devra, à cet effet, lorsque l'entreprise qui se voit octroyer un brevet européen veut le transformer en brevet européen à effet unitaire, vérifier que le brevet couvre bien tous les États membres participant à la coopération renforcée, qu'il a le même jeu de revendications pour tous les États membres, etc.

Ce rôle dévolu à l'Office européen des brevets pour conférer un effet unitaire à un brevet européen est critiqué par l'Espagne, dans la deuxième série de recours qu'elle a formés devant la Cour de justice de l'Union européenne, le 22 mars 2013 (actions C-146/13 et C-147/13).

Ces recours font, précisément, valoir que l'Organisation européenne des brevets est une organisation juridiquement indépendante de l'Union européenne et que cette dernière ne peut pas déléguer à une organisation qui n'est pas intégrée à son ordre juridique le pouvoir de délivrer un titre de propriété industrielle qui couvrirait le territoire de l'Union.

La Cour de justice devrait se prononcer sur ce recours, probablement dans le courant de l'année 2015.

Voilà pour le brevet européen à effet unitaire, passons à la Juridiction unifiée du brevet.

2. La Juridiction unifiée du brevet

L'accord du 19 février 2013, dans sa version française, appelle la nouvelle créature « *Juridiction unifiée du brevet* » : l'Europe sera ainsi dotée d'un Office européen des brevets, où les brevets sont au pluriel, et d'une Juridiction unifiée du brevet, où le brevet est au singulier, n'en déplaise aux grammairiens.

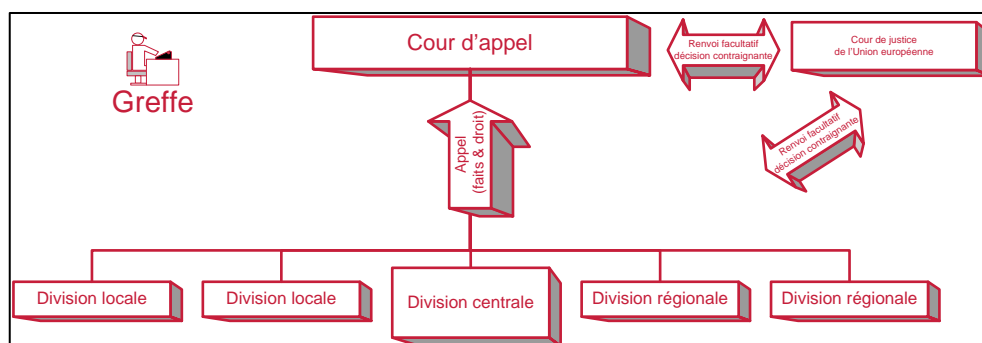
Cette juridiction est originale à tous points de vue :

- ▶ c'est un nouveau système juridictionnel, destiné, après une période transitoire, à remplacer les tribunaux nationaux pour le contentieux des brevets d'invention ;
- ▶ la juridiction sera composée de juges juristes et de juges techniciens ;
- ▶ elle appliquera un droit très largement nouveau ;
- ▶ les règles de compétence permettront un *forum shopping* élargi ;
- ▶ les décisions rendues seront dotées d'un effet territorial plus large ;
- ▶ le régime linguistique sera complexe ;
- ▶ un règlement de procédure ambitieux est en préparation.
- ▶ son entrée en vigueur s'accompagnera d'une longue période transitoire durant laquelle s'appliquera un régime juridique complexe ;

Examinons, tour à tour, ces différents aspects.

2.1. Un nouveau système juridictionnel

La structure de la Juridiction unifiée du brevet peut être schématisée comme suit :



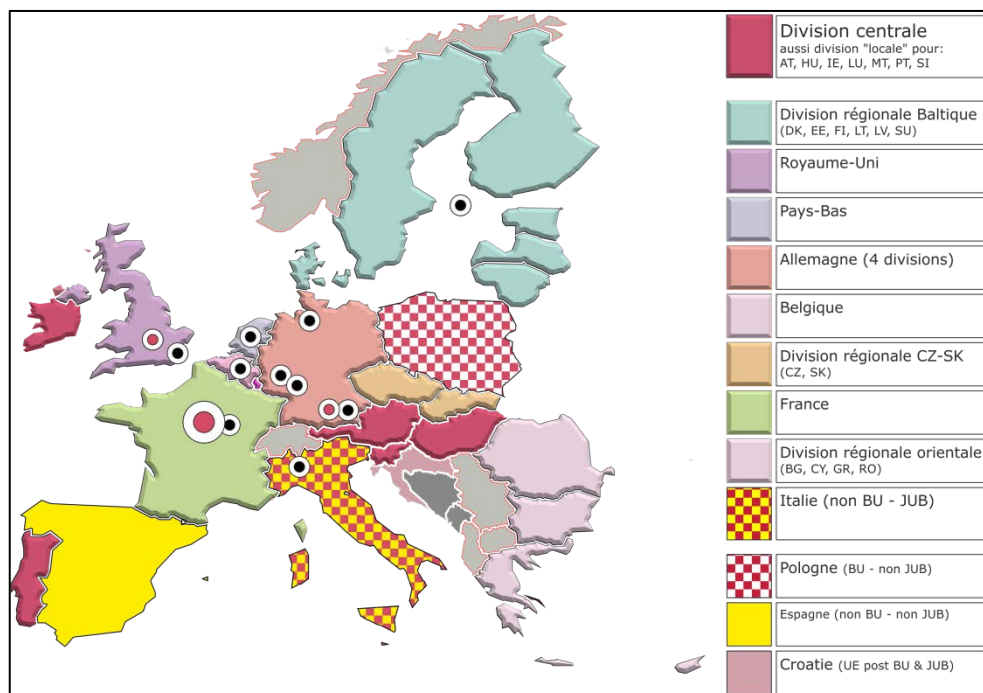
Cette structure juridictionnelle présente l'originalité de ne comporter que deux étages :

- ▶ une première instance ;
- ▶ et une cour d'appel.

Les décisions de la cour d'appel seront souveraines : aucune instance ne pourra les contrôler : aucun recours en cassation ou en révision devant la Cour de justice de l'Union européenne n'est prévu.

Un tel contrôle a été envisagé durant la gestation de l'accord, mais un certain nombre d'États membres ont indiqué de façon claire qu'ils ne voulaient pas d'un contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne sur les décisions de la cour d'appel afin que le contentieux très spécialisé des brevets d'invention soit tranché à tous les niveaux par des magistrats spécialisés.

La carte qui suit indique comment vont être réparties les divisions de première instance de cette juridiction :



Car si la nouvelle juridiction s'appelle « *Juridiction unifiée du brevet* », elle a la caractéristique d'être, en première instance, extrêmement éparse puisqu'elle devrait compter entre 10 et 15 divisions réparties dans toute l'Europe.

Cette répartition géographique était une condition du succès, car tous les milieux intéressés avaient dit de façon très claire leur souhait d'une juridiction proche des justiciables en première instance : les projets qui avaient envisagé une juridiction centralisée avec une première instance à Munich, à Bruxelles ou à Luxembourg avaient rencontré de très vives résistances.

La satisfaction que les français peuvent avoir est que le siège de la division centrale de cette juridiction se trouvera à Paris et il faut espérer qu'une place digne de son rang lui sera trouvée dans la capitale, pourquoi pas dans ce Palais de justice, quand certaines des juridictions qui l'occupent aujourd'hui seront installées dans les locaux plus modernes qu'on va leur construire.

Mais le compromis politique entre les États membres contractants a voulu que des sections de la division centrale soient créées à Londres et à Munich : la répartition des affaires entre le siège et ces sections se fera en fonction du domaine technique considéré (à Londres, la chimie, la pharmacie et les nécessités de la vie courante, à Munich, la mécanique, l'ingénierie et le sautage, à Paris, le reste, notamment les télécommunications et l'informatique).

Cette division centrale aura des compétences particulières : par exemple, elle seule pourra être saisie à titre principal d'une demande en nullité d'un brevet (si la demande en nullité du brevet est présentée à titre reconventionnel, elle pourra être soumise à une division locale, mais la division centrale aura compétence exclusive pour les demandes principales en nullité).

La division centrale aura également une compétence que les anglais appellent « *by donation* » : les États qui ne voudront pas faire l'effort financier de créer une division locale (on parle, par exemple, du Luxembourg ou de Malte) font abandon de leur compétence juridictionnelle au profit de la division centrale, à la différence des États qui vont créer, à leurs frais, une division locale comme l'Allemagne, la France, les Pays-Bas ou le Royaume Uni et conserver leur contentieux dans ces divisions locales.

C'est-à-dire qu'ici, à Paris, le siège de la division centrale jugera des affaires qui seront entièrement localisées au Luxembourg, à Malte et dans les autres États qui ne voudront pas créer de division locale ni adhérer à une division régionale.

Quand à la cour d'appel, elle sera à Luxembourg car, si le Grand-Duché ne veut pas faire les frais d'une division locale, il veut bien conserver son apanage sur les juridictions de plus haut niveau.

2.2. Des juges juristes et des juges techniciens

La Juridiction unifiée du brevet sera composée — et c'est une innovation importante — de juges juristes et de juges techniciens : certaines affaires pourront être jugées seulement par des juges juristes, mais, chaque fois que la validité du brevet sera en cause, la formation de jugement devra comporter un technicien, à l'image de ce qui se fait pour les questions de validité à l'Office européen des brevets.

Le Comité préparatoire de la Juridiction unifiée du brevet, l'organisme chargé de préparer l'entrée en fonction de cette juridiction, a lancé un appel à manifestation d'intérêt (qui n'est pas encore, officiellement, un appel à candidature) qui a suscité un véritable raz-de-marée puisqu'on parle de 1300 pré-candidatures à un poste de juge pour cette nouvelle juridiction qui n'en aura besoin, les premières années au moins, que de quelques dizaines.

2.3. Droit applicable par la Juridiction unifiée du brevet

Le point qui vous intéressera en tant que spécialistes du droit international privé est, évidemment, celui du droit que va appliquer cette nouvelle juridiction.

Car l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet a cette particularité, tout à fait remarquable, de ne pas se borner à créer une juridiction, une institution : il crée aussi un droit propre, un droit des brevets, mais aussi, dans une certaine mesure, un droit civil nouveau et, surtout, une procédure nouvelle.

L'accord sur la Juridiction unifiée du brevet est donc fort ambitieux.

Mais, aussi ambitieux soit-il, il commence par reconnaître la primauté du droit de l'Union européenne.

Vous savez, en effet, qu'un premier projet d'accord avait été retoqué par la Cour de justice de l'Union européenne le 8 mars 2011 (avis 1/09) parce que la primauté du droit de l'Union européenne n'y était pas assurée.

L'accord du 19 février 2013 prend donc grand soin d'énoncer, de la façon la plus claire, que : « *la juridiction applique le droit de l'Union dans son intégralité et respecte sa primauté.* »

Et pour être sûr que la Cour de justice de l'Union européenne ne foudroie pas le nouveau texte, les rédacteurs de l'accord n'ont pas hésité à faire étalage de leur désir de se conformer au droit de l'Union.

Ils ont inséré deux articles prévoyant la responsabilité des États membres contractants en cas de manquement et l'article 24, sur les sources du droit, commence par un adjectif presque obséquieux : « *En parfaite conformité avec l'article 20 la juridiction fonde ses décisions sur le droit de l'Union.* »

Toutes les précautions oratoires ont donc été prises pour qu'il soit clair que le droit de l'Union européenne était au plus haut de la pyramide des textes applicables par la Juridiction unifiée du brevet.

Après cette révérence au droit de l'Union européenne, la pyramide des sources du droit comporte une disposition de pur droit international privé, l'article 24 § 2 de l'accord :

« Dans les cas où la juridiction fonde ses décisions sur le droit national, y compris le droit d'États non contractants, le droit applicable est déterminé

a) par les dispositions directement applicables du droit de l'Union qui contiennent des règles de droit international privé ; ou

b) en l'absence de dispositions directement applicables du droit de l'Union ou si celles-ci ne s'appliquent pas, par les instruments internationaux contenant des règles de droit international privé ; ou

c) en l'absence de dispositions visées aux points a) et b), par les dispositions nationales de droit international privé déterminées par la Juridiction. »

Le dernier alinéa de ce texte invite la Juridiction, lorsqu'elle est confrontée à un problème de droit international privé qui n'est pas réglé par l'Union européenne ou par une convention internationale, à se référer à un système national de droit international privé national pour trancher l'affaire.

On peut toutefois regretter que l'accord ait à la fois imposé aux juges de se référer à des « *dispositions nationales de droit international privé* » (excluant ainsi la création prétorienne d'un système autonome de règles de droit international privé) tout en laissant à ces mêmes juges une totale liberté de choix (il ne leur est même pas suggéré de choisir des dispositions nationales qui aient un rapport avec l'affaire).

Il faut cependant faire confiance à la sagesse des juges et espérer qu'ils sauront, au fil des affaires, construire un système jurisprudentiel cohérent de droit international privé.

À la suite de ces dispositions de droit international privé, l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet comporte des dispositions substantielles qui vont remplacer les droits nationaux pour ce qui concerne la définition du droit d'empêcher l'exploitation et les limites à ce droit, comme, par exemple, l'usage expérimental.

L'accord contient également de véritables dispositions de droit civil, par exemple sur la prescription : la durée (cinq ans), comme le régime, qu'il édicte pour les actions en contrefaçon de brevet d'invention sont très différents de ce que prévoient actuellement les droits internes de plusieurs États contractants.

Tout ce droit substantiel de l'accord va évincer les droits nationaux des brevets d'invention : les avocats et les juges vont jeter par la fenêtre leurs livres de droit national des brevets puisque, désormais, le droit national des brevets, pour ce qui concerne les brevets européens à effet unitaire, bien sûr, mais aussi pour ce qui concerne les brevets européens classiques qui rentrent dans le système, sera le droit de l'accord.

Ensuite, l'accord sur la Juridiction unifiée pose un certain nombre de règles de compétences.

2.4. Compétence de la Juridiction unifiée du brevet

La compétence de la Juridiction unifiée du brevet est déterminée par l'article 32 § 1 de l'accord qui énonce une liste positive d'attributions.

L'accord ne comporte donc pas une disposition générale, analogue à celle de l'article L. 615-17 de notre code de la propriété intellectuelle français qui, quant à lui, se réfère, de la façon la plus large, aux demandes relatives aux brevets d'invention :

« Les actions civiles et les demandes relatives aux brevets d'invention, y compris dans les cas prévus à l'article L. 611-7 ou lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire ».

Ce n'est pas non plus la méthode suivie au États-Unis où la compétence est dévolue aux juridictions spécialisées pour les « *claims arising under federal patent law* ».

Au contraire, l'article 32 § 1 de l'accord relatif à la Juridiction unifiée du brevet fournit, sous les lettres a) à i), une liste fermée des actions de la compétence exclusive de la juridiction :

- « a) *les actions en contrefaçon ou en menace de contrefaçon de brevets et de certificats complémentaires de protection et les défenses y afférentes, y compris les demandes reconventionnelles concernant les licences ;*
- b) *les actions en constatation de non-contrefaçon de brevets et de certificats complémentaires de protection ;*
- c) *les actions visant à obtenir des mesures provisoires et conservatoires et des injonctions ;*
- d) *les actions en nullité de brevets et de certificats complémentaires de protection ;*
- e) *les demandes reconventionnelles en nullité de brevets et de certificats complémentaires de protection ;*
- f) *les actions en dommages-intérêts ou en réparation découlant de la protection provisoire conférée par une demande de brevet européen publiée ;*
- g) *les actions relatives à l'utilisation de l'invention avant la délivrance du brevet ou au droit fondé sur une utilisation antérieure de l'invention ;*
- h) *les actions en réparation concernant les licences formées sur la base de l'article 8 du règlement (UE) n° 1257/2012 ; et*
- i) *les actions concernant les décisions prises par l'Office européen des brevets dans l'exercice des tâches visées à l'article 9 du règlement (UE) n° 1257/2012. »*

De la sorte, les actions relatives à l'exécution d'un contrat de licence, les actions concernant les inventions de salariés, les actions en revendication de propriété, notamment, n'entrent pas dans la compétence de cette juridiction.

Des questions délicates se poseront peut-être lorsqu'un même litige présentera à juger certains aspects ressortant de la compétence exclusive de la Juridiction unifiée du brevet et d'autres qui n'en relèvent pas.

Par exemple, un différend sur un contrat de licence, dans lequel le licencié contesterait la validité du brevet : la partie du contentieux relative à l'exécution du contrat de licence ressort de la compétence des juridictions nationales, tandis que celle relative à la validité du brevet ressort de la compétence de la Juridiction unifiée du brevet.

L'article 33 de l'accord pose ensuite les règles de compétence des divisions du tribunal de première instance de la Juridiction unifiée du brevet : ce sont les règles qui encadrent le *forum shopping* en Europe en indiquant dans quels cas une affaire peut être portée devant telle ou telle division.

Ces règles ne sont pas surprenantes car elles s'inspirent très largement des principes posés, dès 1968, par la convention de Bruxelles, repris ensuite par les différentes versions du règlement Bruxelles I :

- ▶ compétence de la division du lieu de la contrefaçon ; assortie d'une disposition très spécifique concernant les divisions régionales, mais point les divisions locales : *« Si une action visée à l'article 32, paragraphe 1, point a), est pendante devant une division régionale et que la contrefaçon s'est produite sur le territoire d'au moins trois divisions régionales, à la demande du défendeur, la division régionale concernée renvoie l'affaire devant la division centrale »*;
- ▶ compétence de la division du domicile du défendeur, qui est tout à fait classique ; mais avec une coquetterie des rédacteurs de l'accord, en cas de pluralité des défendeurs, puisqu'ils ont employé un langage différent de celui de la pluralité des défendeurs dans le règlement Bruxelles, ici : *« Une action ne peut être exercée contre plusieurs défendeurs que si ceux-ci ont un lien commercial et si l'action porte sur la même contrefaçon alléguée »* ; le chef de compétence de pluralité de défendeurs est ainsi beaucoup plus étroit que celui de l'article 8 § 1 du règlement n° 1215/2012, Bruxelles I (refonte) : *« s'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément »*.

Enfin la compétence de la division centrale est prévue pour les actions contre les défendeurs qui n'ont ni domicile ni établissement dans l'Union européenne ; une action contre un contrefacteur chinois pourra être portée, au choix du demandeur, soit devant la division du lieu de la contrefaçon, soit devant la division centrale.

Pour être tout à fait complet, il faut signaler la disposition de l'article 33 § 7 qui permet aux parties de convenir de porter une action devant la division de leur choix ; force est toutefois de noter que, en pratique, un tel accord sera bien difficile à obtenir.

Je passe très vite sur ce qui concerne les concours d'action parce que l'heure avance.

Sachez simplement que, lorsque plusieurs actions sont engagées ou peuvent être engagées devant différentes divisions de la Juridiction unifiée du brevet, des mécanismes de régulation sont organisés ; notamment, il a été prévu qu'il pourrait être loisible à certaines divisions qui ont des habitudes en matière de « bifurcation » du contentieux, c'est-à-dire de division entre le contentieux de la validité et de la contrefaçon, comme c'est le cas, notamment, de l'Allemagne, de pouvoir continuer à suivre leurs habitudes.

2.5. Effets territoriaux des décisions de la Juridiction unifiée du brevet

L'article 34 de l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet sur le champ d'application territorial des décisions est très clair : *« Les décisions de la Juridiction couvrent, dans le cas d'un brevet européen, le territoire des États membres contractants pour lesquels le brevet produit ses effets »*.

C'en est donc fini de la possibilité de voir un même brevet européen reconnu valable par la juridiction nationale d'un État et annulé par la juridiction nationale d'un autre État.

2.6. Un régime linguistique complexe

La langue de la procédure est toujours une question sensible en Europe.

Pour répondre aux préoccupations politiques des États membres, le régime linguistique est complexe et différent selon qu'il s'agit des divisions locales ou régionales ou de la division centrale.

Devant les divisions locales ou régionales, celles que les États vont choisir d'instituer, ce sera la langue désignée dans l'acte instituant la division locale, ou, si cet acte le prévoit, l'une des langues de l'Office européen des brevets.

L'Allemagne a d'ores et déjà fait savoir qu'elle envisageait très sérieusement que les quatre divisions allemandes puissent travailler non seulement en allemand mais aussi en anglais.

C'est acquis également pour les Pays-Bas : la division néerlandaise travaillera en néerlandais et en anglais.

En France, il est question de donner aux parties la possibilité de choisir l'allemand et l'anglais.

Devant la division centrale, ce sera la langue du brevet.

Comme déjà mentionné, la division centrale est éclatée entre le siège de Paris et les sections de Londres et Munich, selon la technologie concernée, les affaires de pharmacie, par exemple, se dérouleront à Londres, les affaires de mécanique se dérouleront à Munich et les affaires d'électronique ou de télécommunication (comme l'affaire Apple contre Samsung) se dérouleront à Paris, au siège parisien de la division centrale, mais toujours dans la langue du brevet.

Donc si le brevet a été déposé par une entreprise américaine, en anglais, et qu'il concerne les télécommunications, ce sera devant le siège à Paris, en langue anglaise ; si c'est un brevet pharmaceutique déposé en allemand par une entreprise allemande, ce sera la section de Londres, en allemand ; si c'est un brevet de mécanique, fièrement déposé en français par un fleuron de l'industrie automobile française, ce sera la section de Munich, en français.

Au niveau de la cour d'appel, la langue de procédure sera, en principe, la langue de première instance.

2.7. Règlement de procédure

Enfin, l'accord du 19 février 2013 sur la Juridiction unifiée du brevet contient de très nombreuses dispositions de procédure (environ la moitié des 89 articles que compte cet accord).

Mais elles ne sont pas suffisantes pour le fonctionnement de la Juridiction.

C'est pourquoi un règlement de procédure est en cours de rédaction, par un comité d'experts : le seizième projet, qui comporte 382 articles, va être rendu public dans les jours qui viennent.

C'est un projet de code de procédure civile unitaire, conçu par et pour des praticiens du procès en matière de brevets d'invention, juges et avocats, qui cherche à s'inspirer des meilleures pratiques des juridictions nationales des principaux pays.

2.8. Régime transitoire de la Juridiction unifiée du brevet

Le régime transitoire de la Juridiction unifiée du brevet est aussi complexe que le régime territorial.

Il est organisé par l'article 83 de l'accord du 19 février 2013 sur la Juridiction unifiée du brevet :

« 1. Pendant une période transitoire de sept ans à partir de la date d'entrée en vigueur du présent accord, une action en contrefaçon ou en nullité d'un brevet européen, ou une action en contrefaçon ou une demande en nullité d'un certificat complémentaire de protection délivré pour un produit protégé par un brevet européen, peut encore être engagée devant les juridictions nationales ou d'autres autorités nationales compétentes.

2. L'expiration de la période transitoire n'a pas d'incidence sur une action pendante devant une juridiction nationale à la fin de cette période

3. À moins qu'une action n'ait déjà été engagée devant la Juridiction, un titulaire ou un demandeur de brevet européen délivré ou demandé avant la fin de la période transitoire conformément au paragraphe 1 et, le cas échéant, au paragraphe 5, ainsi qu'un titulaire d'un certificat complémentaire de protection délivré pour un produit protégé par un brevet européen, a la possibilité de décider de déroger à la compétence exclusive de la Juridiction. À cet effet, il notifie sa décision au greffe au plus tard un mois avant l'expiration de la période transitoire. La dérogation prend effet au moment de son inscription au registre.

4. À moins qu'une action n'ait déjà été engagée devant une juridiction nationale, un titulaire ou un demandeur de brevet européen ou un titulaire d'un certificat complémentaire de protection délivré pour un produit protégé par un brevet européen qui fait usage de la dérogation prévue au paragraphe 3 a le droit de retirer cette dérogation à tout moment. Dans ce cas, il en informe le greffe. Le retrait de la dérogation prend effet au moment de son inscription au registre. »

Le passage de la juridiction nationale à la Juridiction unifiée du brevet ne sera donc pas abrupt, du jour au lendemain.

Durant une période de sept ans, éventuellement extensible à l'initiative du conseil d'administration de la Juridiction unifiée du brevet lorsqu'elle sera en place, deux régimes spécifiques sont créés.

D'une part, les paragraphes 1 et 2 de l'article 83 de l'accord organisent une **compétence concurrente** des juridictions nationale et de la Juridiction unifiée du brevet : celui qui veut engager une action aura le choix discrétionnaire de porter son affaire soit devant la Juridiction unifiée du brevet, soit devant la juridiction nationale.

Sans avoir aucune explication à donner, il ira, à son gré, devant la juridiction de son choix.

Ce choix appartient au demandeur au procès : dans un procès en contrefaçon, c'est le breveté et dans un procès en nullité, c'est le tiers qui prétend que le brevet est nul.

Cette période de compétence concurrente va faire surgir de délicates questions, notamment de litispendance et de connexité, par exemple, lorsque coexisteront, au sujet d'un même brevet, une action en nullité devant la Juridiction unifiée du brevet et une action en contrefaçon devant une juridiction nationale : ces questions seront traitées dans le règlement destiné à modifier le règlement Bruxelles I (refonte) qui devrait être publié dans les semaines qui viennent.

D'autre part, les paragraphes 3 et 4 de l'article 83 donnent au titulaire du brevet, une **possibilité de déroger à la compétence de la Juridiction unifiée du brevet** : cette possibilité est le plus souvent, en pratique, appelée par son nom anglais « *opt out* ».

La philosophie du système repose sur l'idée que les déposants de brevets européens en vigueur (on parle quelquefois de 700 000 brevets) et de demandes de brevet en cours d'instruction au jour de l'entrée en fonction de la Juridiction unifiée du brevet ont déposé leurs demandes de brevet européen, plutôt que des demandes de brevets nationaux, en considérant que les litiges éventuels qui les concerneraient seraient jugés par les tribunaux nationaux.

Ce serait donc changer les règles du jeu en cours de partie que de leur imposer brutalement de voir les litiges relatifs à ces brevets et demandes de brevet existant tranchés par une nouvelle juridiction.

Pour l'éviter, l'article 83 § 3 permet à ces déposants de déclarer que tel ou tel de leurs brevets n'entrera pas dans le nouveau système.

Le texte français emploie l'expression « *déroger à la compétence exclusive de la Juridiction* » et le texte anglais celle d'« *opt-out* » : dans la pratique on utilise le plus souvent l'expression anglaise.

L'une des grandes questions pratiques qui se posent est de savoir combien de titulaires de brevets et de demandes de brevet européens vont exercer cette faculté de dérogation et décider que leurs titres continueront à relever de la compétence des juridictions nationales.

On s'attend, au moins dans certaines industries, à des *opt out* importants de la part d'entreprises qui, devant les incertitudes relatives à la nouvelle juridiction, vont exercer des *opt out* de précaution.

Avec d'autant moins de risque qu'il est prévu un *opt in*, c'est-à-dire une possibilité, toujours discrétionnaire, de revenir dans le nouveau système, à n'importe quel moment (pour autant qu'aucune procédure n'ait été engagée au sujet du brevet en question).

Cet *opt out*, lorsqu'il est exercé pendant les sept ans de la période transitoire, produit ses effets indéfiniment.

Ce qui veut dire que, si la Juridiction entre en vigueur en 2015, la période transitoire durera jusqu'en 2022, mais que, si l'*opt out* est exercé pour un brevet déposé en 2010, qui produit ses effet jusqu'en 2030, l'exclusion de compétence de la Juridiction unifiée du brevet durera jusqu'en 2030.

Mais quel droit va s'appliquer en cas d'*opt out* ?

En effet, les rédacteurs de l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet ont employé une expression très claire : « (le breveté) a la possibilité de décider de déroger à la compétence exclusive de la juridiction. »

Mais « *déroger à la compétence exclusive* », ce n'est pas déroger au corps de droit substantiel de l'accord, ce n'est pas « *déroger à l'application du présent accord* » : c'est déroger à la compétence exclusive.

Les États membres contractants se sont rendu compte qu'ils n'avaient pas écrit ce qu'ils avaient voulu dire : ils avaient en tête, probablement, de disposer que l'*opt out* emporterait dérogation à l'application de de l'accord et maintien du brevet en question dans le système juridictionnel et dans le droit national.

Mais ce n'est pas ce qui est écrit dans l'accord.

C'est pourquoi une note interprétative va être d'un jour à l'autre diffusée par le Comité préparatoire de la Juridiction unifiée du brevet, selon laquelle, si une affaire est portée devant une juridiction nationale pendant la période transitoire ou à la suite d'un *opt out*, l'accord ne s'appliquerait pas et la juridiction nationale devrait appliquer exclusivement le droit national.

Il appartiendra, en définitive, aux tribunaux nationaux de décider s'ils appliquent le droit de l'accord, comme le voudrait la lettre du texte, ou leur droit national, comme le préconise le Comité préparatoire.

Que décideront les tribunaux nationaux ?

C'est certainement une très grande source de discussion et, surtout, d'incertitude pour les industries concernées puisqu'il existe des différences de droit substantiel entre le contenu de l'accord et celui des droits nationaux.

Par exemple, le régime de la prescription (point de départ et durée) n'est pas le même.

Par exemple, les essais cliniques ne sont pas traités de la même façon en droit français et dans l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet : certains essais cliniques qui sont aujourd'hui licites en droit français deviendront, du jour au lendemain, interdits lorsque l'Accord s'appliquera.

De la sorte, selon qu'un prétendu contrefacteur sera poursuivi devant le tribunal français ou devant la Juridiction unifiée du brevet, il sera exonéré par le tribunal français, mais il sera condamné par la Juridiction unifiée du brevet.

Et l'application du droit français ou du droit de l'Accord sera du seul choix du titulaire du brevet.

Je ne crois pas que ce soit un système qui brille par la sécurité juridique.

Il est difficile d'en dire plus, ce soir, sur ce sujet passionnant.

Mais il me semble justifié de conclure cette visite rapide par une note optimiste : le nouveau système — brevet européen à effet unitaire et Juridiction unifiée du brevet — s'il entre en vigueur, sera certainement, malgré les incertitudes juridiques dont il souffre encore, une source de progrès pour les entreprises concernées et, par là, pour l'économie et pour la société.