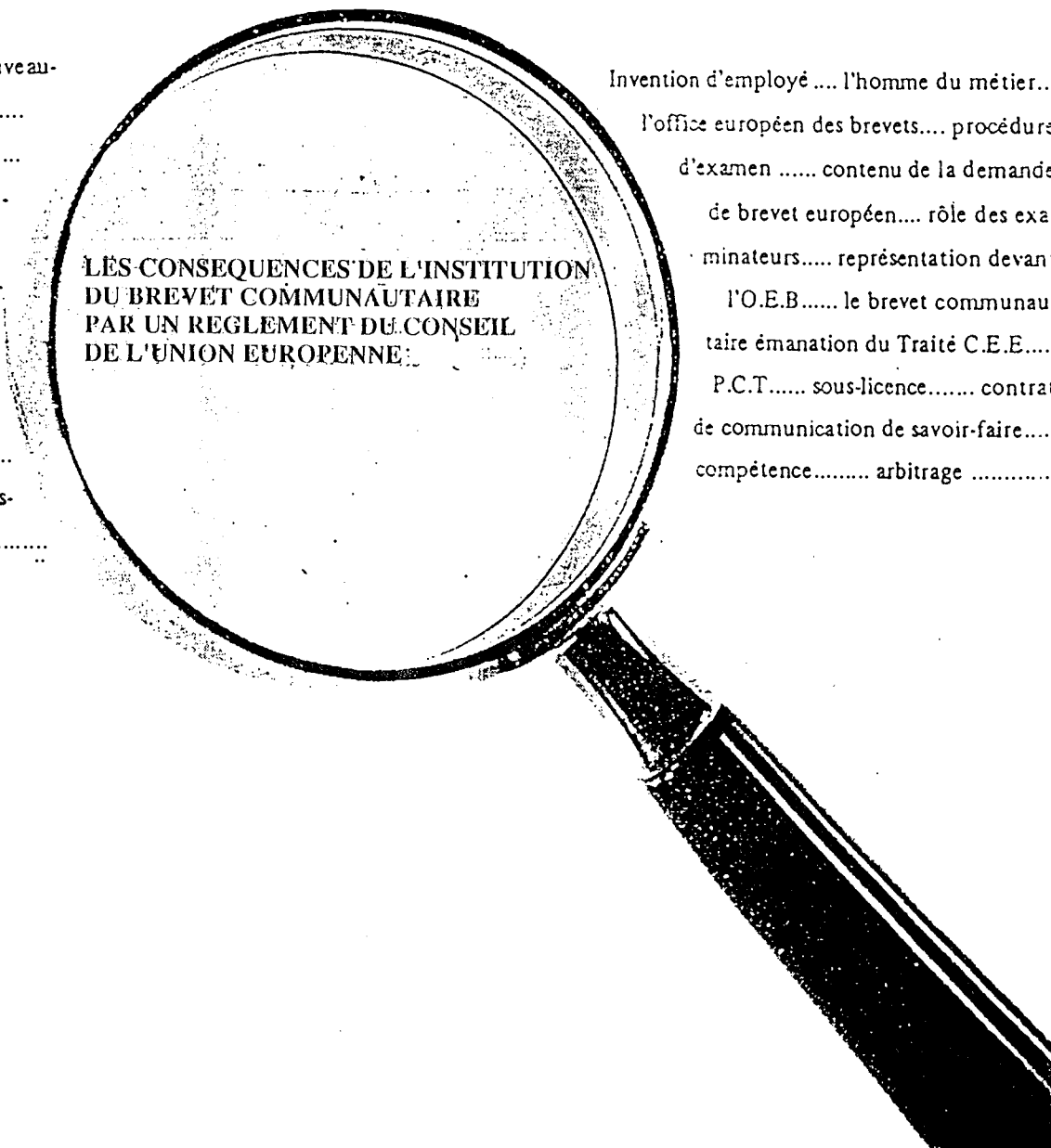


DOSSIERS

1998.IV

BREVETS

Conditions de brevetabilité... nouveauté... antériorité de toutes pièces.....
combinaison..... emploi nouveau...
activité inventive...avis documentaire..... restauration..... certificat d'utilité cession.....
combinaison de moyens connus.
licence obligatoire..... taxes
contrefaçon action.....
saisie-contrefaçon.... divulgation..
action en revendication.... possession personnelle..... nullité.....



LES CONSEQUENCES DE L'INSTITUTION
DU BREVET COMMUNAUTAIRE
PAR UN REGLEMENT DU CONSEIL
DE L'UNION EUROPEENNE

Invention d'employé l'homme du métier...
l'office européen des brevets.... procédure
d'examen contenu de la demande
de brevet européen.... rôle des examinateurs..... représentation devant l'O.E.B..... le brevet communautaire émanation du Traité C.E.E....
P.C.T..... sous-licence..... contrat de communication de savoir-faire....
compétence..... arbitrage

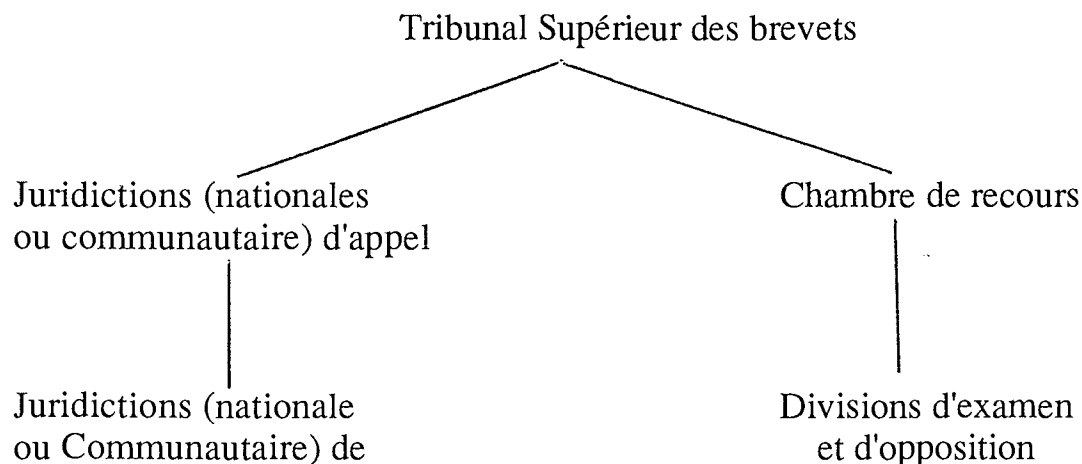
PRESENTATION

L'association des Avocats de Propriété Industrielle présidée par Me P.Véron a organisé, le 29 janvier 1999, à Paris une très riche journée de réflexion consacrée au "*Contentieux de la propriété industrielle en Europe*".

Le Colloque a, à cette occasion, fait le point sur les travaux en cours concernant le possible redémarrage du brevet communautaire.

- Monsieur Pascal LEARDINI, Administrateur à la DG XV de la Commission européenne, a annoncé pour les premiers jours de février 1999 une importante initiative de la Commission et la publication d'un projet de Règlement communautaire en la matière qui rendra le relais du Traité de Luxembourg.

- A titre personnel, Monsieur Peter MESSERLI, Président de la Grande Chambre de recours de l'OEB, a présente une formule qui rassemblerait sous l'égide d'une juridiction en Droit (du type Cour de cassation française), les instances présentes de l'OEB (Division d'examen et Chambres de recours), d'une part, et, d'autre part, les instances nationales et/ou communautaires en charge des brevets communautaires; la Grande Chambre de recours de l'OEB pourrait être le point de départ de cette institution.



Des discussions animées ont suivi au cours d'une Table ronde associant :

- **Thierry SUEUR**,
Directeur de la Propriété Intellectuelle – Air Liquide,
Président du COMIPI du MEDEF

- **Jean-Jacques MARTIN**
Président du CNCPI

- **Odile BLUM**
Président de la 3^{ème} Chambre, 1^{ère} Section
Tribunal de Grande Instance de Paris

- **Philippe COMBEAU**
Président d'honneur du Groupe Français de l'AIPPI

- **Olivier DOUVRELEUR**
Magistrat au Ministère de la Justice

Plusieurs niveaux de discussions ont été abordés :

1) **Problème de principe** : Faut-il aller plus loin dans la construction européenne en matière de brevets ? Les bons résultats de la CBE, d'une part, et les souhaits de l'industrie, d'autre part, conduisent à un souhait très largement partagé.

2) **Problème d'application**

a) *Le Droit matériel* a souvent été oublié au profit du Droit institutionnel. Le traitement du premier est, cependant, préalable au traitement des questions tenant au second.

Deux sous-problèmes sont essentiels :

α) *Problème des langues*

Le débat sur la restriction à la portion congrue des langues autres que l'anglais – du français, par conséquent – se développe sous le manteau de la réduction des coûts.

β) *Problème du droit de la contrefaçon*

Les travaux du CEIPI, il y a 25 ans, et les dispositions incluses dans les textes sur le brevet communautaire ont largement "*balisé*" le problème des réformes à cet effet. Le temps a passé... sans avancée significative en la matière.

b) *Le droit institutionnel*

** Le choix premier*

L'évolution peut se faire

- . par la voie européenne (accords internationaux échappant au Traité de Rome et amplifiant les effets du Traité de Bruxelles et de la Convention de Munich,
- . par la voie communautaire engagée par le Traité de Luxembourg

Malgré quelques aspects techniques importants, le débat est essentiellement politique et explique la passion des débats. Il semble bien que l'enthousiasme communautaire des années "70" ait baissé.

** Les choix seconds*

S'agissant des agencements contentieux, des débats soutenus se développent sur la désignation des juridictions compétentes à propos des brevets nouveaux.

- au 1^{er} degré : juridictions nationales (lesquelles) ou communautaires ?
- au 2^{ème} degré : juridictions nationales (lesquelles) ou communautaires ?
- au 3^{ème} degré : En cas de pluralité d'instances du 2^{ème} degré : existence ou non d'une instance supérieure en Droit (v. proposition MESSERLI).

Sous réserve de raffinement – possibles à l'infini – les choix majeurs sont simples. L'enrichissement des solutions... et des difficultés vient des compromis... nécessaires... qui débouchent, ordinairement, sur des "*monstres*" (au sens technique du terme).

Une fois choisies les voies, les autorités compétentes, les mécanismes d'articulation, se pose le problème des moyens procéduraux internationaux à mettre en œuvre, différents selon que la voie européenne ou la voie communautaire est choisie.

Les travaux du Colloque de Paris seront sans doute prochainement publiés.

A cette information, les Dossiers Brevets joignent comme facteur supplémentaire de réflexion une étude du Directeur Général Vincenzo SCORDAMAGLIA établie, au départ, à l'occasion du Colloque relatif au Livre Vert de la Commission sur le brevet communautaire organisé par la CCI de Trévis, le 11 mai 1998. Nous le remercions de tout cœur.

JM.MOUSSERON

VINCENZO SCORDAMAGLIA¹

Directeur Général hon. du Conseil de l'Union Européenne

**Les conséquences de l'institution du brevet communautaire
par un règlement
du Conseil de l'Union européenne**

1. *Présentation d'une proposition de règlement : passage obligé pour une initiative de la Commission.*

Selon la Commission européenne, le moment est venu de faire le point sur la situation en matière de brevet communautaire et, plus généralement, sur le système des brevets en Europe dans le cadre des discussions stratégiques sur l'innovation technologique, sa protection et ses effets sur l'emploi². L'évolution de l'intégration européenne, l'achèvement du marché intérieur, l'éclaircissement effectué par la Cour de justice au sujet de la compétence de la Communauté à légiférer en

¹ Les opinions émises dans le présent exposé sont strictement personnelles.

² Premier plan d'action pour l'innovation en Europe - Document de la Commission du 20 novembre 1996 - COM(96) 589 fin.

matière de propriété industrielle, les récents développements du droit communautaire dans d'autres secteurs de la propriété industrielle³, voilà autant d'éléments qui contribuent à rendre urgente une réévaluation des rapports entre la Communauté et le système européen des brevets organisé par la Convention de Munich de 1973 sur le brevet européen et par l'Accord de Luxembourg de 1989⁴ en matière de brevets communautaires.

La Commission a publié le 24 juin 1997 un Livre vert sous le titre : «*Promouvoir l'innovation grâce au brevet - Livre vert sur le brevet communautaire et sur le système des brevets en Europe*»⁵ qui annonce des initiatives législatives possibles sur le plan communautaire. Les réactions des milieux concernés aux idées exposées dans le Livre vert ont été, dans l'ensemble, favorables. Le 25 et 26 novembre 1997, la présidence luxembourgeoise du Conseil et la Commission ont organisé une audition à Luxembourg, au terme de laquelle la Commission a pu tirer plusieurs conclusions auxquelles elle compte conformer son attitude à l'avenir.

En ce qui concerne l'introduction du brevet communautaire, la Commission, après l'audition, a éprouvé le sentiment qu'un tel brevet correspond à un besoin pour les opérateurs économiques. Elle y voit un triple avantage par rapport aux brevets nationaux et européens traditionnels : un fonctionnement plus facile du marché intérieur, la centralisation de l'administration des brevets de la part de leurs titulaires et une plus grande efficacité des voies légales pour faire valoir les droits conférés par les brevets⁶.

Pour la réalisation de ce titre unitaire, la préférence de la Commission, même s'il n'y a pas encore une prise de position définitive, va nettement vers une forme de règlement communautaire⁷. Il serait difficile d'imaginer de la part de la Commission un choix différent, favorable à une révision de l'Accord de 1989 ou à la conclusion d'une nouvelle convention intergouvernementale, formules qu'elle avait évoquées comme des alternatives possibles dans le Livre vert. La voie du règlement est en réalité un passage obligé pour la Commission.

Dans ses conclusions, la Commission justifie sa préférence pour le règlement par une argumentation de technique législative : une plus grande facilité et rapidité d'adoption et de mise en oeuvre. Il est certain

³ Marque communautaire, dessin et modèle communautaire, protection communautaire des obtentions végétales.

⁴ J.O. CE L 401 du 30.12.1989.

⁵ Doc. COM(97) 314 fin.

⁶ Conclusions de la Commission point 1.

⁷ Conclusions de la Commission point 3.

que les expériences pénibles de la Convention de Luxembourg de 1975⁸ d'abord et de l'Accord de Luxembourg de 1989⁹ ensuite, qui faisaient dépendre l'entrée en vigueur de l'acte de la bonne volonté du dernier des Etats signataires à procéder au dépôt des instruments de ratification, ne peuvent que confirmer la validité de cette argumentation. A la différence des accords multilatéraux classiques, selon lesquels l'entrée en vigueur est liée au dépôt d'un nombre d'instruments de ratification fixé conventionnellement par les parties contractantes mais en général inférieur au nombre de pays potentiellement intéressés par une participation, pour les conventions liées au droit communautaire et comportant de nouvelles attributions de compétences aux institutions¹⁰ la ratification de tous les Etats membres de l'Union Européenne est une formalité indispensable, la seule qui puisse régulariser le non-recours au mécanisme de révision des Traités communautaires pour l'attribution de nouvelles compétences¹¹.

Les partisans de la solution basée sur la convention ont toujours refusé l'argument d'une plus grande facilité d'adoption. Un règlement qui établit le brevet communautaire doit être basé sur l'article 235 CE qui exige, pour l'adoption, l'unanimité du Conseil. Par conséquent, chaque Etat membre a le même droit de veto au sein du Conseil qu'il aurait dans des négociations intergouvernementales où la conclusion de la convention dépend du consensus de tous les participants. L'objection contient une part de vérité, mais elle n'est pas concluante. Durant le vote au sein du Conseil, un Etat membre, qui n'est pas entièrement satisfait des résultats obtenus dans les négociations, peut s'abstenir de voter sans que cela fasse obstacle à l'unanimité¹². La situation est plus délicate lors de la conclusion d'une convention où l'approbation formelle du texte de la part de tous les participants est exigée par l'apposition de la signature. Quant à la rapidité de mise en oeuvre, il ne fait aucun doute qu'une fois l'accord obtenu au sein du Conseil, l'entrée en vigueur du règlement est

⁸ Convention de Luxembourg du 15 décembre 1975 sur le brevet européen pour le marché commun (Convention sur le brevet communautaire) - J.O. CE L.17 du 26.01.1976.

⁹ Accord de Luxembourg du 15 décembre 1989 concernant les brevets communautaires - J.O. CE L 401 du 30.12.1989.

¹⁰ Le soi-disant droit communautaire tertiaire. Je me réfère aux conventions entre les Etats membres qui, comme l'Accord de 1989, ne sont basées ni sur l'article 220 CE ni sur les dispositions du second ou du troisième pilier du Traité sur l'Union Européenne. Il est d'ailleurs douteux que la conclusion de telles conventions soit encore compatible avec le droit communautaire après l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht ou qu'elle le sera, à plus forte raison, après l'entrée en vigueur de celui d'Amsterdam.

¹¹ Article N du Traité sur l'Union Européenne.

¹² Article 148 (3) CE. L'abstention constitue un moyen diplomatique qui permet au gouvernement d'un Etat membre, sans assumer la responsabilité politique de bloquer une mesure qui recueille le consensus des autres Etats membres, de manifester, souvent à des fins de politique intérieure, son propre désaccord sur le plan technique ou économique.

une question de jours ¹³, et non plus d'années, comme dans le cas de la convention. Sans oublier qu'au cours de la période précédant le dépôt de l'instrument de ratification, dans le cas de la convention, un changement d'avis ou une hésitation d'un seul parlement ou gouvernement peut, à chaque instant, paralyser pour tous la réalisation de la convention.

Mais, même s'il y avait des doutes sur la valeur de ces arguments tactiques, je crois que dans la situation actuelle, si une initiative doit avoir lieu, des raisons politiques d'ordre général exigent la présentation d'une proposition de règlement de la part de la Commission. Le brevet communautaire a toujours été présenté comme l'instrument idéal pour répondre aux exigences du marché intérieur ¹⁴. La compétence pour le réaliser par un acte de droit communautaire secondaire, contestée par les Etats membres pendant les vingt premières années d'existence de la Communauté, ne peut plus être sérieusement niée aujourd'hui, après les précédents de la marque communautaire ¹⁵ et de la protection communautaire des obtentions végétales ¹⁶ et, surtout, après les affirmations de la Cour de justice au point 59 de son avis 1/95 du 15 novembre 1994 sur l'Accord qui établit l'Organisation mondiale du commerce ¹⁷. Sans entrer dans des considérations théoriques ¹⁸ concernant l'illégalité probable d'éventuelles conventions entre Etats membres dans des domaines appartenant à la compétence exclusive

¹³ Normalement 20 jours après publication dans le Journal Officiel de la Communauté européenne.

¹⁴ Voir les trois premiers attendus dans le préambule de la Convention de 1975, repris intégralement dans le préambule de l'Accord de 1989.

¹⁵ Règlement du Conseil (CE) n° 40/94 du 20.12.1993 - J.O. CE L 11 du 14.01.1994.

¹⁶ Règlement du Conseil (CE) n° 2100/94 du 27.07.1994 - J.O. CE L 227 du 01.09.1994.

¹⁷ « Sur le plan législatif interne, la Communauté dispose, en matière de propriété industrielle, d'une compétence d'harmonisation des législations nationales en vertu des articles 100 et 100 A et peut se baser sur l'article 235 pour créer de nouveaux titres qui se superposent aux titres nationaux, comme elle l'a fait avec le règlement sur le marché communautaire. ».

¹⁸ A mon avis, l'article 235 CE est une norme qui fonde la *compétence exclusive* de la Communauté quand les deux conditions qu'il prévoit sont satisfaites (nécessité de la mesure pour la réalisation d'un objectif de la Communauté dans le fonctionnement du marché commun et absence d'autres normes du Traité qui confèrent les pouvoirs d'action nécessaires). Les Etats membres ne pourraient donc pas se substituer à la Communauté pour légiférer dans un cas comme celui-ci où les deux conditions citées ci-dessus semblent satisfaites. Mais, même si l'on ne partage pas cette interprétation et si l'on considère que les mesures de l'article 235 CE appartiennent au secteur de la *compétence communautaire non-exclusive*, le principe de *subsidiarité* (voir article 3B, second alinéa, CE) exigerait, pour fonder la compétence communautaire, que soit prouvée une plus grande efficacité de l'action communautaire par rapport à celle de chaque Etat membre, mais non pas par rapport à celle résultant d'une coopération intergouvernementale entre les Etats membres. Inclure cette dernière possibilité dans la notion de subsidiarité signifierait remettre en question la répartition des compétences entre Communauté et Etats membres réalisée par le traité de Maastricht. Il faut ajouter que, depuis que le Traité d'Amsterdam a réglementé la soi-disant «*coopération renforcée*» dans le nouveau Titre VI A du Traité sur l'Union Européenne et, pour les matières de compétence communautaire, dans le nouvel article 5 A du traité CE, le recours à des mécanismes législatifs différents de ceux habituels du Traité serait désormais concevable seulement aux conditions spécifiques de la «*coopération renforcée*», bien différentes des négociations d'une convention multilatérale entre plusieurs Etats membres.

communautaire (et le marché intérieur est le principal de ces domaines), je ne vois pas comment la Commission pourrait justifier, devant l'opinion publique, l'affirmation que le brevet communautaire répond à une exigence impérative pour le marché intérieur, en renonçant à exercer en même temps un pouvoir d'initiative que le Traité CE lui reconnaît et en invitant les Etats membres à agir selon les mécanismes traditionnels de la coopération intergouvernementale.

Les optimistes, auxquels j'appartiens, peuvent se féliciter de cet impératif politique, avec la conviction que les difficiles problèmes de fond seront plus facilement résolus dans le cadre du mécanisme communautaire bien rodé et que la nouvelle tentative sera donc la bonne. Les pessimistes peuvent regretter que l'on doive perdre inutilement du temps en parcourant la longue procédure du mécanisme de prise de décisions communautaire avant de se convaincre de l'impossibilité de parvenir à un accord sur un brevet communautaire conçu comme la Commission l'entend, et de renoncer à l'initiative communautaire en recherchant des solutions moins ambitieuses grâce, par exemple, à une révision de la Convention de Munich de 1973. Cependant, quelle que soit la réaction psychologique de chacun d'entre nous, il me semble que la nécessité de recourir à l'instrument du règlement est actuellement, pour la Commission, un impératif politique qui ne peut être ignoré et qui doit donc être accepté comme le point de départ de notre raisonnement.

2. Le choix du règlement n'est pas neutre par rapport aux solutions possibles mais il les conditionne et les influence.

La Commission a évoqué, dans le Livre vert, trois difficultés qui ont coupé à la racine toute chance de succès de l'Accord de 1989 : le régime des traductions, le problème connexe du coût du brevet communautaire et le mécanisme du contentieux judiciaire de la validité et de la contrefaçon. Sans approfondir ces trois thématiques, je voudrais me limiter à montrer comment le choix du règlement, comme instrument pour la création du brevet communautaire, n'est pas neutre ou sans importance par rapport aux solutions des problèmes qui se posent, y compris les trois principaux, et comment il les conditionne et les influence. Je ne me réfère pas aux exigences techniques de rédaction des normes d'un règlement communautaire qui se différencient de celles d'une convention internationale, thème, somme toute, d'intérêt formel. Il s'agit, pour les solutions possibles, des limites, des contraintes et des impératifs

qui résultent du fait de situer la construction juridique à l'intérieur de l'ordre communautaire. Il s'agit aussi des conséquences de la nature communautaire des futures normes sur les effets que celles-ci auront sur les titulaires des brevets, sur les tiers, sur les autorités administratives communautaires, sur l'Office européen et sur les offices nationaux des brevets.

3. *Il y a une différence de nature entre le brevet communautaire de l'Accord de 1989 et le brevet communautaire créé par un règlement.*

A l'origine de mon exposé il y a la différence de nature entre un brevet communautaire tel que conçu par la Convention de 1975 et par l'Accord de 1989 et un brevet communautaire établi par un règlement. Les deux sont des titres de propriété industrielle unitaires et régis par un droit autonome, mais il existe entre eux des différences importantes aussi bien dans la relation de chacun des deux titres avec les ordres juridiques des Etats membres que dans le mécanisme utilisé pour faire coïncider la zone où le brevet déploie ses effets avec le territoire de l'Union Européenne.

Le brevet communautaire de l'Accord de 1989 est le résultat du *désir* des Etats contactants de «*conférer des effets unitaires et autonomes aux brevets européens délivrés par leur territoire aux termes de la Convention*» de Munich¹⁹. Ce brevet communautaire est donc avant tout un brevet européen, c'est-à-dire un brevet accordé par l'Office européen des brevets aux termes de la Convention de Munich.

On sait que le brevet européen a, dans chaque Etat désigné, les mêmes effets et qu'il est sujet aux mêmes règles qu'un brevet national accordé dans cet Etat²⁰. On a l'habitude d'expliquer le mécanisme de la Convention de Munich en utilisant l'image du «*faisceau de brevets*» : le brevet européen équivaut à un faisceau, à une collection d'autant de brevets qu'il y a d'Etats contractants désignés. Le brevet européen et le brevet national sont deux manifestations, qui ne diffèrent que pour la procédure suivant laquelle ils sont établis, d'une même réalité juridique reconductible directement à la souveraineté de l'Etat : la concession au titulaire du brevet du droit exclusif d'exploitation de l'invention, droit limité dans le temps et au territoire de l'Etat désigné. Le pouvoir de l'Office européen des brevets d'accorder une protection avec des effets territoriaux nationaux est le fruit de la délégation du pouvoir souverain

¹⁹ Accord de 1989, préambule, premier alinéa.

²⁰ Convention de Munich, article 2 (2).

d'accorder des brevets ²¹, opérée par chaque Etat contractant au dit Office en vertu de la Convention de Munich. Alors que la procédure de délivrance, régie de façon unitaire par la Convention de Munich, constitue un système juridique indépendant et autonome par rapport aux droits nationaux (et dans ces limites, l'Office européen des brevets agit comme une autorité supranationale), le brevet européen, une fois accordé, est réintégré dans les systèmes nationaux par son assimilation aux brevets nationaux.

Vu sous cet angle, le brevet communautaire de l'Accord de 1989 constitue une intégration, une unification du faisceau des brevets européens délivrés aux Etats contractants de la Convention de Munich qui sont aussi membres de l'Accord de 1989. Ce brevet ne doit plus être analysé en un certain nombre de brevets autonomes, chacun régi par le droit interne des Etats impliqués, mais il se consolide en un titre unitaire, régi par le droit contenu dans l'Accord de 1989. Le pouvoir de l'Office européen des brevets de délivrer un brevet européen avec cette caractéristique unitaire résulte de l'article 142 de la Convention de Munich et son exercice est subordonné à l'existence d'un «*accord particulier*» entre un groupe d'Etats contractants. L'Accord de 1989 constitue cet *accord particulier* pour les «12». Le brevet communautaire de l'Accord de 1989 se présente donc comme un brevet européen de type particulier, ainsi voulu par un groupe d'Etats qui délèguent conjointement à l'Office européen des brevets les pouvoirs nécessaires pour le délivrer. Créé dans l'ordre juridique international, il produit ses effets à l'intérieur des ordres juridiques de chaque Etat appartenant au groupe, grâce aux mécanismes qui règlent, au sein de chacun d'eux, les rapports entre droit international public et droit interne.

Un brevet communautaire créé par un règlement du Conseil a en commun, avec le brevet de l'Accord de 1989, le caractère unitaire et l'autonomie par rapport aux législations applicables aux brevets nationaux. Cependant, il est un titre établi à l'intérieur de l'ordre juridique communautaire qui, comme on le sait, se présente comme un système autonome, soit par rapport aux ordres juridiques nationaux, soit par rapport à l'ordre international. Un tel brevet communautaire est, comme la marque communautaire ou la protection communautaire des obtentions végétales, une manifestation de la souveraineté de la Communauté, cédée par les Etats membres, qui peut s'exprimer de façon originale en créant *ex nihilo* de nouveaux titres de propriété industrielle dans la mesure où cela est nécessaire pour le fonctionnement du marché

²¹ Cette délégation est partielle, étant donné que chaque Etat contractant continue à délivrer directement des brevets nationaux en application des procédures prévues par sa loi interne.

intérieur. Dans ce nouveau brevet, à la différence du brevet communautaire selon l'Accord de 1989, on perd la liaison directe avec la souveraineté de chaque Etat membre, liaison qui est réalisée par l'intermédiaire de l'intervention de la Communauté. Au niveau de l'Union Européenne, le brevet communautaire se présente comme un seizième instrument de protection à couverture géographique complète, à côté des quinze²² instruments de protection nationale existants, offrant des couvertures géographiques des zones territoriales de l'Union Européenne correspondant chacune au territoire de chaque Etat membre. Au niveau de chaque Etat membre, il se présente comme un instrument reconductible à la souveraineté de la Communauté, alternatif par rapport aux deux instruments (national et européen) reconductibles à la souveraineté de l'Etat et offrant une protection de même nature valable aussi sur le territoire de l'Etat en question.

Une différence entre les deux types de brevets existe aussi du point de vue de la couverture de la zone géographique.

Le brevet communautaire de l'Accord de 1989 est un brevet unitaire uniquement pour les «12» Etats membres signataires de l'Accord. Les trois récents Etats et les futurs Etats membres²³ sont seulement obligés, par le principe de «l'*acquis communautaire*», d'en étendre, par la suite, la portée à leur territoire par des conventions d'adhésion²⁴ qui exigeraient, chaque fois, la ratification de tous les Etats membres, avec les complications et les retards que chacun peut imaginer²⁵.

Le brevet communautaire, établi par un règlement, exerce au contraire directement ses effets sur le territoire de chaque Etat qui est membre de l'Union Européenne au moment de l'adoption (actuellement les «15») et, sauf dispositions transitoires en dérogation à prévoir dans les Actes d'adhésion à l'Union Européenne, il étendra ses effets *ipso jure* à chaque nouveau membre au moment même de la prise d'effet de l'acte d'adhésion.

²² Ou trente si on considère, dans chaque Etat, les brevets européens comme titres distincts des brevets nationaux.

²³ Il ne faut pas oublier qu'il y a *ante portas* les dix Etats de l'Europe centrale et orientale (Bulgarie, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République Tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie).

²⁴ Accord de 1989, article 7.

²⁵ Même si une révision de l'Accord de 1989 comportait, comme cela serait indispensable, l'introduction des trois nouveaux Etats membres, Autriche, Finlande et Suède, le problème évoqué dans le texte continuerait à se poser pour les futures adhésions.

4. *L'organisation du rapport entre la Communauté et l'Office européen des brevets.*

La voie pour la création d'un brevet communautaire, conçu comme un titre qui trouve son origine et sa justification exclusivement à l'intérieur de l'ordre communautaire, est l'adoption d'un règlement du Conseil basé sur l'article 235 CE. Cet article est resté inchangé depuis le texte initial du Traité CEE de 1957. Si la Commission et les Etats membres avaient été conscients de sa portée à l'époque, la proposition d'un règlement aurait pu être faite depuis le début des années 60, lorsqu'un groupe intergouvernemental d'experts des six premiers Etats membres lançait, pour la première fois, l'idée de l'institution d'un brevet unitaire pour toute la Communauté, géré par un «*Office communautaire des brevets*». A la place de l'Office européen des brevets nous aurions aujourd'hui une agence spécialisée de la Communauté et le brevet communautaire serait depuis longtemps un instrument familier qui aurait pris la place du brevet européen.

Mais puisqu'il n'y a pas d'entreprise plus vaine que celle de vouloir refaire l'histoire avec des «si», limitons-nous à examiner quelles sont aujourd'hui les voies ouvertes à la Communauté. Dans chaque Etat, l'introduction d'un mécanisme de brevet suppose l'existence d'une autorité administrative capable de délivrer des brevets et d'en assurer la publicité dans un registre public. Cette exigence est aussi valable dans le cas de la Communauté. Les solutions en théorie disponibles sont au nombre de trois :

- l'exécution des tâches de délivrance et d'administration du brevet communautaire directement par la Commission et ses services,
- l'attribution de ces tâches à une nouvelle agence communautaire autonome qui devrait être établie par le règlement qui créera le brevet communautaire,
- l'attribution de ces tâches à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur d'Alicante, agence communautaire de propriété industrielle existant déjà, dont le domaine de compétence serait étendu des secteurs des marques et des dessins et des modèles à celui des brevets.

Des raisons pratiques font qu'aucune de ces trois solutions ne peut être prise raisonnablement en considération. Chacune d'entre elles exigerait en effet la création *ex novo* de la structure administrative et scientifique d'un office des brevets, avec tout ce que cela comporterait en termes de rassemblement de la documentation technique nécessaire et d'embauche de personnel spécialisé. La Communauté ne peut pas

ignorer, d'un autre côté, le contexte international actuel, caractérisé par l'existence et par le succès indiscutable de l'Office européen des brevets. Dans ses conclusions, la Commission reconnaît que *«l'Office européen des brevets doit poursuivre son activité d'administration du brevet européen en tant que autorité centrale pour la délivrance de brevets, mais il doit aussi administrer un futur brevet communautaire. La coopération entre la Commission et l'Office européen des brevets doit être renforcée»*

²⁶. L'Office européen des brevets, grâce à la qualité de ses services, à la spécialisation de son personnel, à sa réputation internationale et à la position qu'il a assumée en devenant, avec celui de Washington et de Tokyo, un des offices de brevets *leaders* dans le monde, est désormais un *partenaire inévitable* pour n'importe quelle initiative sérieuse qui désire réaliser le brevet communautaire.

Il faut donc que le futur règlement communautaire tienne compte de cette réalité et qu'il organise, d'une façon ou d'une autre, le rapport entre la Communauté, dans l'ordre juridique de laquelle le brevet communautaire naîtra, et l'Office européen des brevets dont la collaboration sera nécessaire pour la délivrance et l'administration des brevets communautaires.

Il existe trois voies possibles pour donner vie à ce rapport entre la Communauté et l'Office européen des brevets :

- a) celle de l'absorption de l'Office européen des brevets dans la Communauté, en le transformant en une agence communautaire,
- b) celle de l'adhésion de la Communauté à la Convention de Munich,
- c) celle de la conclusion d'un accord entre la Communauté et l'Organisation européenne des brevets au sujet du brevet communautaire.

5. *La transformation de l'Office européen des brevets en une agence communautaire.*

La transformation de l'Office européen des brevets en une agence communautaire soulève des difficultés de nature politique et juridique qui me poussent à proposer l'exclusion de cette voie, du moins dans la conjoncture actuelle.

Les «15» auraient certainement la possibilité ²⁷, suite à une décision prise éventuellement par le Conseil sur proposition de la

²⁶ Conclusions de la Commission, point 9.

²⁷ Voir l'article 172 de la Convention de Munich.

Commission selon l'article 235 CE, d'imposer, dans une conférence de révision de la Convention de Munich, l'incorporation de l'Office européen des brevets dans la Communauté²⁸.

Toutefois, cette solution présenterait de sérieux inconvénients d'un point de vue politique. Elle poserait le problème de l'avenir des pays contractants de l'Organisation européenne des brevets qui ne sont pas membres de l'Union européenne, surtout ceux, comme la Suisse, qui ont fourni un apport considérable de personnes, de moyens et d'idées pour la naissance et pour le développement de l'Office européen des brevets. Un Office européen des brevets autonome constitue, de plus, un instrument qui peut être mis à la disposition des pays de l'Europe centrale et orientale, indépendamment du développement des négociations pour leur adhésion à l'Union européenne, et qui peut aussi servir pour établir des liaisons avec des Etats européens avec lesquels il n'y a pas de négociations d'adhésion en cours, comme l'Albanie ou les Etats provenant de l'ex-Yougoslavie ou de l'ex-URSS. La valeur de cet instrument se mesure aussi bien dans les avantages qu'il peut apporter au développement économique de ces pays que dans les avantages qu'il peut offrir à l'industrie européenne en termes de protection du transfert des technologies dans ces pays.

Ensuite d'un point de vue juridique, il faut se demander si l'absorption dans la Communauté serait justifiable en termes de compétence communautaire par rapport aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, aussi longtemps que la tâche essentielle de l'Office européen des brevets restera la délivrance des brevets européens, tâche qui n'a pas de liaison directe avec l'activité de la Communauté. Elle supposerait donc la suppression des brevets européens en faveur du brevet communautaire, perspective qui est exclue, au moins actuellement, aussi bien par la Communauté que par l'unanimité des milieux concernés.

A mon avis, la solution de l'incorporation de l'Office européen des brevets dans les structures communautaires reste l'idéal à long terme. Elle deviendra possible dans un contexte historique dans lequel l'intégration européenne aura accompli des progrès et surtout dans lequel on pourra penser à une simplification de la typologie des différents instruments de protection de l'innovation technologique mis à la disposition du public.

²⁸ En pratique, cela signifierait la succession à titre universel de la Communauté dans les droits et les obligations de l'Organisation européenne des brevets et le passage des fonctionnaires de l'Office européen des brevets au statut de la fonction publique communautaire.

6. *L'adhésion de la Communauté à la Convention de Munich.*

Une seconde voie, politiquement plus satisfaisante, consisterait à faire adhérer la Communauté en tant que telle à la Convention de Munich, de manière à ce que les personnes intéressées par un brevet communautaire puissent la désigner directement comme ils le font actuellement avec les brevets européens pour les différents Etats contractants ²⁹.

On sait que, selon la Convention de Munich, seuls les Etats européens ³⁰ peuvent faire partie de l'Organisation européenne des brevets, organisation internationale dont l'Office européen des brevets et le Conseil d'administration constituent les organes. Pour que la Communauté puisse y adhérer, il faudrait donc une révision de la Convention de Munich qui permette sa participation. L'obtention de ce résultat ne devrait pas être difficile sur le plan politique si l'on considère que les «15» sont tous membres de l'Organisation et qu'il y a, actuellement, seulement quatre autres Etats contractants qui n'appartiennent pas à l'Union Européenne ³¹. De plus, l'article 172 de la Convention de Munich, qui organise la procédure de révision, prévoit que, pour être adopté, le texte révisé de la Convention doit être approuvé par au moins les trois quarts des Etats contractants représentés à la conférence de révision et participant au vote. Si une décision unanime d'agir dans ce sens était prise dans le cadre communautaire, cette condition devrait être automatiquement satisfaite, permettant de dépasser une éventuelle opposition, du reste improbable, des pays n'appartenant pas à la Communauté.

Toutefois, il faut être conscient que cette solution risquerait d'exiger des temps de réalisation incompatibles avec les exigences de l'économie. Une conférence de révision pourrait difficilement se limiter au seul problème de la participation de la Communauté. Il existe de nombreux autres aspects de la Convention de Munich, conclue il y a 25 ans, dont la révision pourrait être demandée par les Etats contractants, mais sur laquelle un accord pourrait se révéler beaucoup plus difficile à obtenir que pour la participation de la Communauté, et cela aussi bien dans le

²⁹ C'est une voie similaire à celle qui a été suivie par le Protocole de Madrid de 1989 qui crée une liaison entre la marque communautaire et la marque internationale grâce à la reconnaissance du droit à la Communauté d'être partie contractante du Protocole.

³⁰ Selon l'article 166 de la Convention de Munich, celle-ci est ouverte à l'adhésion des Etats européens qui ont participé ou ont été invités à la Conférence diplomatique de Munich de 1973 et à tout autre Etat européen sur invitation du Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets.

³¹ La Suisse, le Liechtenstein, la Principauté de Monaco et, plus récemment, Chypre.

domaine du droit matériel des brevets³² que dans d'autres domaines politiquement sensibles³³. La conférence de révision devrait être préparée par le Conseil d'administration de l'Organisation³⁴, tâche qui exigerait des temps techniques non indifférents. Une fois les difficultés dépassées et le nouveau texte signé, il faudrait le temps, mesurable en années, nécessaire pour que la convention révisée puisse être ratifiée et entrer en vigueur. La réalisation concrète du brevet communautaire devrait attendre cette dernière date. Il y a donc le sérieux risque que, face à des perspectives aussi éloignées dans le temps, l'intérêt montré par les entreprises pour les idées contenues dans le Livre vert de la Commission s'atténue et soit remplacé par des pressions pour des solutions moins ambitieuses mais plus immédiates.

7. *La conclusion d'un accord entre la Communauté et l'Organisation européenne des brevets.*

La troisième voie possible est celle d'un accord à conclure entre la Communauté et l'Organisation européenne des brevets dans lequel les droits et les obligations réciproques des deux organisations seraient spécifiés par rapport à la délivrance et à l'administration du brevet communautaire.

La Communauté a, sans aucun doute, la compétence et la capacité juridique pour négocier et conclure un tel accord. L'accord suppose l'existence d'un règlement instituant le brevet communautaire et il en constituerait le *volet* externe indispensable pour sa mise en oeuvre pratique³⁵. La base juridique pour cette compétence externe se trouve dans la doctrine AETR (Accord Européen Relatif au Travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux par route) de la Cour de justice, c'est-à-dire dans les *pouvoirs implicites* de la Communauté provenant de la compétence interne de créer un brevet communautaire en vertu de l'article 235 CE. Les règles de procédure à

³² Que l'on pense aux questions d'actualité que soulèvent l'article 52 sur les inventions brevetables et l'article 53 sur les exceptions de la brevetabilité.

³³ Que l'on pense à la question des langues officielles de l'Office européen des brevets, auxquelles, comme on le sait depuis longtemps, l'Espagne désire voir ajouter la langue espagnole, et à la question de la pondération des votes dans le Conseil d'administration pour les matières financières dans la perspective de la prochaine adhésion à la Convention de Munich des pays d'Europe centrale et orientale.

³⁴ Convention de Munich, article 172 (2).

³⁵ La conclusion de l'accord suppose l'adoption du règlement et son entrée en vigueur. Mais pour la préparation et les négociations de l'accord il suffit que la proposition du règlement ait été présentée par la Commission et que les travaux législatifs soient en cours.

utiliser pour les négociations et la conclusion d'un tel accord seraient, pour la Communauté, celles dictées par l'article 228 CE ³⁶. En vertu du second alinéa de cet article, puisque l'accord couvrirait des matières pour lesquelles «*l'unanimité est exigée pour l'adoption des normes internes*», la conclusion de l'accord serait sujette à une décision unanime du Conseil. La fonction du Parlement européen serait normalement de pure consultation et le Conseil pourrait fixer un délai au Parlement pour que celui-ci émette son avis ³⁷. Dans certains milieux, on considère aussi la possibilité de baser l'accord en objet sur l'article 238 CE qui prévoit la conclusion des accords d'association avec des Etats tiers ou des *organisations internationales*. Personnellement, je crains qu'une proposition dans ce sens ne rouvre, au niveau du Conseil, des discussions académiques sur la compétence communautaire, alors que la base juridique de la doctrine AETR me semble incontestable et, par conséquent, politiquement préférable. Sur le plan de la procédure pour les négociations et la conclusion de l'accord peu de choses changeraient par rapport à ce qui a été exposé ci-dessus, puisque l'article 228 CE trouve aussi une application dans les accords de l'article 238 CE, pour lesquels il prévoit la règle de l'unanimité au sein du Conseil, accompagnée toutefois par l'exigence d'un *avis conforme* du Parlement européen.

Quant à l'Organisation européenne des brevets, l'article 33, paragraphe 4 de la Convention de Munich prévoit la compétence du Conseil d'administration à «*autoriser le président de l'Office européen des brevets à négocier et, avec le consensus du même Conseil, à conclure, au nom de l'Organisation européenne des brevets, des accords avec les Etats ou les organisations intergouvernementales (...)*». Cette faculté, qui a été utilisée, par exemple, pour conclure des accords avec l'OMPI, pourrait sans aucun doute couvrir un accord avec la Communauté destiné à réglementer les modalités de délivrance et d'administration du brevet communautaire de la part de l'Office européen des brevets pour le compte de la Communauté.

Comme les «15» sont représentés aussi bien dans le Conseil de l'Union Européenne que dans le Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets, l'uniformité d'inspiration dans les négociations et leur conclusion heureuse devraient être garanties.

³⁶ En vertu de l'article 228 (1) CE, la Commission mène les négociations sur autorisation du Conseil, en consultation avec un comité spécial où sont représentés les Etats membres et dans le cadre des directives imparties par le Conseil.

³⁷ Voir article 228 (3), premier alinéa CE. Si l'on considère cependant que l'accord en question comporte «*d'importantes implications du budget pour la Communauté*», la conclusion de l'accord pourrait exiger l'*avis conforme* du Parlement (voir article 228 (3), second alinéa CE).

Si on a recours à une solution de ce type, la réglementation du brevet communautaire sera nécessairement contenue dans deux actes distincts, qui constitueront néanmoins un tout : le règlement constitutif et l'accord entre la Communauté et l'Organisation européenne des brevets. La répartition de la matière entre les deux actes soulève d'intéressantes questions de nature formelle, mais il serait prématuré de les traiter à ce stade préliminaire des réflexions. Dans la suite de cet exposé, on considérera par conséquent le contenu de la future réglementation indépendamment de la question de l'acte où elle sera consignée.

La solution de l'accord se base sur l'idée d'une délégation à un organisme externe, l'Office européen des brevets, des pouvoirs administratifs liés au brevet communautaire qui, normalement, devraient être exercés par la même Commission ou par une agence communautaire comme celle de l'Office d'Alicante de l'harmonisation dans le marché intérieur. Pour être licite, une telle délégation doit respecter les deux conditions posées depuis fort longtemps par la Cour de justice, en 1958, dans la jurisprudence *Meroni*³⁸ :

- la délégation doit préciser avec exactitude les actes pour lesquels l'autorité communautaire délègue ses propres pouvoirs et
- les garanties juridictionnelles prévues par le Traité doivent continuer à s'appliquer aux actes pris par l'organisme délégué, assimilés aux actes de l'autorité qui a délégué ses pouvoirs.

Cette solution peut être réalisée plus rapidement que la précédente et elle est donc, à mon avis, préférable. On remarque cependant que le choix de cette voie n'exclut pas qu'à moyen terme on cherche à réaliser la solution de l'adhésion de la Communauté à la Convention de Munich. La participation de la Communauté devrait aussi trouver sa place dans le cadre d'une prochaine révision générale de cette Convention. Mais il ne serait pas nécessaire d'attendre ce résultat pour réaliser et expérimenter le brevet communautaire.

8. *Le contenu de la future réglementation communautaire.*

Je voudrais passer maintenant à l'examen du contenu du futur règlement, en y incluant aussi les matières qui devront constituer l'objet d'un accord séparé avec l'Organisation européenne des brevets. S'agissant de la création d'un nouveau titre de propriété industrielle et

³⁸ Décision du 03.06.1958 dans le cas 10/58 *Meroni/Haute Autorité* - Recueil 1958 p. 157 (dans le texte anglais).

d'un titre différent du brevet européen, la structure du règlement devra sommairement correspondre à celle qui caractérise les règlements relatifs à la marque communautaire et à la protection des obtentions végétales. Par conséquent, il contiendra une réglementation complète des règles de fond, y compris les dispositions concernant la brevetabilité, l'identification de l'autorité administrative chargée de la délivrance et de l'administration du brevet communautaire et les règles de procédure applicables aux relations avec cette autorité, la réglementation des garanties juridictionnelles offertes aux particuliers et enfin la réglementation du contentieux de la validité et de la contrefaçon des brevets communautaires.

L'analyse portera dans l'ordre sur :

- a) le droit matériel applicable au brevet communautaire,
- b) la délivrance du brevet communautaire,
- c) l'administration du brevet communautaire,
- d) le contrôle de la validité du brevet communautaire, y compris l'application de la procédure d'opposition,
- e) la compatibilité avec le droit communautaire du régime des langues de procédure de l'Office,
- f) les taxes relatives au brevet communautaire,
- g) les garanties juridictionnelles pour les particuliers à l'égard des décisions de l'Office.

9. *Le droit matériel applicable au brevet communautaire, y compris le droit de la brevetabilité.*

Le règlement devra contenir une réglementation complète du droit matériel applicable au brevet communautaire. Il s'agira de l'équivalent d'une loi de brevet national. Le contenu de cette réglementation pourra être transcrit en grande partie à partir du texte de l'Accord de 1989. Les dispositions de cet Accord ont servi de modèle pour la mise à jour de presque toutes les législations nationales des Etats européens et, sauf points de détail, il n'y a aucune raison d'estimer que leur transcription en termes de règlement soulève des difficultés particulières. Il y a cependant deux secteurs où des adaptations et des efforts supplémentaires d'unification seront nécessaires : on doit prévoir les effets unitaires d'un droit fondé sur l'utilisation ou sur la possession antérieure d'une invention

objet d'un brevet communautaire et perfectionner la définition des règles relatives à la concession de licences obligatoires ³⁹.

Un problème spécifique se manifesterait au contraire pour ce qui concerne la réglementation de la brevetabilité. L'Accord de 1989 n'avait pas eu besoin d'énoncer des normes spécifiques pour la brevetabilité puisque le brevet communautaire établi par l'Accord restait un brevet européen et il était, sous cet aspect, soumis en tant que tel aux normes contenues dans la Convention de Munich ⁴⁰.

En créant le brevet communautaire comme un titre nouveau, différent du brevet européen, la Communauté devra insérer dans le règlement la matière de la brevetabilité. Cela peut se faire soit en rédigeant des normes spécifiques soit en effectuant un renvoi aux normes de la Convention de Munich. Quelle que soit la technique législative suivie, on établira ainsi un droit communautaire de la brevetabilité, que la Cour de justice aura ensuite la tâche d'interpréter de façon unitaire. L'application concrète à chaque demande des normes communautaires sur la brevetabilité restera toutefois la tâche déléguée en première instance à l'Office européen des brevets.

La liberté de la Communauté dans la formulation de ces normes sera limitée pour au moins deux raisons. En premier lieu, il existe dans ce domaine une large unification au niveau européen et international ⁴¹ avec comme résultat que des problèmes ne se posent que dans des domaines de frontière de ce droit ⁴². D'un autre côté, il serait difficilement imaginable que l'Office européen des brevets puisse, dans l'avenir, opérer avec deux *standards* d'examen différents selon qu'il s'agit de demandes de brevets européens ou de demandes de brevets communautaires. La Communauté devra donc probablement accepter un renvoi aux dispositions relatives à la brevetabilité contenues dans la Convention de Munich.

Il n'est pas exclu que la solution du renvoi puisse faire surgir, dans l'avenir, des problèmes de compatibilité entre l'action communautaire et

³⁹ Dans ce domaine, on devra prendre en considération les normes ADPIC (Aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce).

⁴⁰ L'article 2 (3) de la Convention sur le brevet communautaire déclare le brevet communautaire sujet aux dispositions de la même Convention mais aussi aux dispositions de la Convention de Munich qui «s'appliquent obligatoirement à n'importe quel brevet européen et qui sont par conséquent considérées comme les dispositions de la présente Convention». Ce renvoi couvre les normes relatives à la brevetabilité seulement indirectement, pour autant qu'elles soient invoquées dans le cadre d'une action en nullité d'un brevet communautaire, mais non leur application de la part de l'Office au cours de la procédure d'examen.

⁴¹ Voir la Convention du Conseil de l'Europe du 27 novembre 1963 sur l'unification de plusieurs éléments du droit des brevets d'invention ainsi que, plus récemment, l'Accord ADPIC formant partie de l'Accord relatif à l'Organisation Mondiale du Commerce.

⁴² Voir le problème, à peine résolu, de la brevetabilité des inventions biotechnologiques ou celui de la brevetabilité du logiciel en tant que tel.

la Convention de Munich⁴³. On pense à l'intention manifestée par la Commission de présenter une proposition afin de faire admettre la brevetabilité des logiciels en tant que tels, au-delà des limites tracés par la jurisprudence actuelle de l'Office européen des brevets dans l'interprétation qu'il donne de l'article 52 (2) c) de la Convention de Munich.

Cependant, il ne faudrait pas que les difficultés qui peuvent surgir suite à l'acceptation de la part de la Communauté d'un renvoi aux normes sur la brevetabilité de la Convention de Munich soient surévaluées. La position occupée par les Etats membres de l'Union Européenne dans le Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets et celle, éventuellement, occupée dans les conférences diplomatiques de révision de la Convention de Munich garantissent à la Communauté la possibilité d'influencer indirectement, mais de façon déterminante, l'évolution de ce droit. Selon la doctrine AETR, les Etats membres seraient en fait obligés d'adopter une position commune dans ces instances pour tous les aspects réglementés par le droit communautaire sur le plan interne à la Communauté, qu'il s'agisse de normes applicables aux brevets européens ou au brevet communautaire.

10. *La délivrance du brevet communautaire.*

Il ressort clairement des conclusions de la Commission que cette dernière ne compte pas revenir sur l'idée de base de l'Accord de 1989 selon lequel la procédure centralisée de délivrance des brevets organisée par la Convention de Munich doit trouver application au brevet communautaire. Cependant, la Convention de Munich ne comporte, ni même en tant que *res inter alios acta* ne pourrait comporter, aucune autorisation à l'Office européen des brevets de délivrer un brevet communautaire, conçu comme un titre original de la Communauté.

⁴³ Des problèmes de compatibilité entre la Convention de Munich et le droit communautaire ont surgi par le passé dans un domaine différent de celui de la brevetabilité, celui de la durée maximale du brevet européen, fixée à 20 ans par l'article 63 de la Convention de Munich. Lorsque la Communauté a décidé de créer les certificats complémentaires, de nouveaux titres nationaux qui, en substance, prolongeaient dans des circonstances déterminées la durée de la protection du brevet au-delà de 20 ans, il a été nécessaire de procéder parallèlement à une révision de l'article 63 de la Convention de Munich par une conférence appropriée de révision (voir le Règlement (CEE) n° 1768/92 du Conseil, du 8 juin 1992, relatif à la création d'un certificat complémentaire de protection des médicaments - J.O. CE L 182 du 02.07.1992 et le Règlement (CE) n° 1610/96 du Parlement européen et du Conseil, du 23 juillet 1996, relatif à la création d'un certificat complémentaire de protection pour les produits phytopharmaceutiques - J.O. CE L 198 du 08.08.1996).

Ce pouvoir devrait être donc attribué à l'Office européen des brevets avec un effet constitutif, en reconnaissant à la Communauté le droit d'être désignée en tant que telle à l'acte de dépôt de la demande de brevet. Pour l'Office, le fondement juridique de la concession du brevet communautaire ne serait plus l'autorisation de l'article 142 de la Convention de Munich, puisque nous ne serions plus en présence du brevet unitaire d'un groupe d'Etats, mais la délégation de la part d'une autorité communautaire du pouvoir correspondant que le futur règlement devrait lui attribuer. L'accord devra aussi préciser que les décisions de l'Office sont assimilées aux décisions d'un organe communautaire aux fins des garanties juridictionnelles offertes par le Traité.

L'Organisation européenne des brevets devrait accepter cette nouvelle charge et reconnaître que, dans son exercice, l'Office européen des brevets agira au nom et pour le compte de l'autorité qui lui a délégué ses pouvoirs. L'Office acquerrait ainsi le nouveau pouvoir de délivrer des brevets communautaires qui viendrait s'ajouter à son pouvoir de délivrer des brevets européens provenant de la Convention de Munich.

L'attribution à l'Office européen des brevets du pouvoir de délivrance du brevet communautaire comporte une série de conséquences de la plus haute importance pour les deux parties à l'accord.

La Communauté, en acceptant d'autoriser l'Office européen des brevets à délivrer pour son compte les brevets communautaires, devra, en principe, accepter la procédure d'examen et le mécanisme administratif de l'Office qui sont prévus par la Convention de Munich et qui sont actuellement appliqués. Sur le plan fonctionnel, il s'agit d'un aspect qui ne devrait pas poser de difficultés étant donnée l'identité des exigences posées par l'examen de chaque demande en vue de la concession d'un brevet et la qualité reconnue des services rendus par l'Office.

Toutefois, la question mérite un approfondissement. Dans les procédures exécutées par l'Office européen des brevets aux termes de la Convention de Munich se manifeste l'activité d'une autorité administrative internationale qui opère selon les règles contenues dans la Convention de Munich et dans son règlement d'exécution⁴⁴ et, en cas de lacune, selon les règles déduites des principes généralement admis en la matière par les Etats contractants⁴⁵. Cette même autorité, si elle est appelée à agir pour le compte d'une autorité administrative communautaire, devra

⁴⁴ Voir les articles 113 à 126 de la Convention de Munich et les règles 78 à 91 de son règlement d'exécution.

⁴⁵ Article 125 de la Convention de Munich.

respecter l'ensemble des principes et des règles de procédure que l'expérience de la Commission et la jurisprudence de la Cour de justice ont dégagés ⁴⁶. Les exigences des deux cadres juridiques, celui de la Convention de Munich et celui communautaire, sont substantiellement les mêmes, étant donnée l'unité de culture juridique et administrative des Etats qui y participent. Du reste, pour les procédures administratives créées par les règlements relatifs à la marque communautaire et à la protection communautaire des obtentions végétales, la Communauté s'est largement inspirée du modèle des procédures prévues par la Convention de Munich. Cela permet de supposer que des difficultés particulières ne devraient pas surgir, sans préjudice de tout ce qui sera exposé pour les garanties juridictionnelles.

Toutefois, il y a deux secteurs où de sérieux doutes existent sur la possibilité d'un simple renvoi à la Convention de Munich : le régime des langues de procédure de l'Office et le mécanisme financier sur lequel se basera l'activité de délivrance des brevets communautaires par l'Office. Etant donnée la portée horizontale de ces problèmes, qui s'étendent aussi sur la phase de l'administration et du contrôle de la validité du brevet communautaire, ceux-ci seront traités séparément.

11. *L'administration du brevet communautaire.*

S'agissant de l'administration du brevet communautaire, la liberté de la Communauté dans le choix des solutions est beaucoup plus grande que pour la phase de la délivrance. Il ne serait ni inimaginable ni irréalisable que le règlement charge la même Commission ou une agence d'organiser la tenue du registre des brevets communautaires et de percevoir les taxes pour le maintien en vigueur. Il est cependant évident que la solution consistant à confier aussi ces tâches à l'Office européen des brevets semble la plus rationnelle du point de vue de la commodité du public, sans négliger les économies d'échelle qu'elle permet. Sur le plan juridique, l'attribution de cette compétence à l'Office pourrait facilement se justifier puisqu'il s'agit d'une tâche subsidiaire par rapport à celle principale de la délivrance du brevet pour laquelle, comme nous l'avons vu, le recours à l'Office s'impose.

⁴⁶ Ces principes ont été surtout dégagés dans les secteurs des règles de concurrence, des mesures *anti-dumping* et du contentieux de la fonction publique communautaire. Que l'on pense, entre autres, au respect des droits de la défense, à la protection du secret professionnel et du secret des affaires, à la protection contre l'arbitraire administratif, aux garanties de sécurité juridique qui se traduisent dans les principes de non-rétroactivité et de confiance légitime.

Il est donc probable que la réglementation communautaire délègue à l'Office la tâche de tenir le registre des brevets communautaires et de les administrer pendant leur existence, y compris le recouvrement des taxes pour le maintien en vigueur. L'accord entre la Communauté et l'Organisation européenne des brevets pourrait confier cette activité de gestion à un organe de l'Office créé sur le modèle et avec les compétences de la *division de l'administration des brevets*, prévue par l'Accord de 1989⁴⁷. A la différence des autres organes de l'Office établis par la Convention de Munich dont la Communauté se servirait pour les tâches relatives à la délivrance du brevet communautaire, la division de l'administration serait un organe de nouvelle création exclusivement destiné à s'occuper des brevets communautaires et dont le coût serait donc entièrement supporté par la Communauté. Toutefois, cet organe constituerait une partie intégrante de l'Office sur le plan administratif, il serait composé de fonctionnaires du même Office et il opérerait grâce à l'analogie des tâches en stricte collaboration fonctionnelle avec la division juridique prévue par la Convention de Munich⁴⁸. Comme les autres instances de l'Office quand elles agissent dans le cadre de la procédure de délivrance du brevet communautaire, la division de l'administration des brevets agirait pour le compte de la Communauté.

Un aspect particulier de l'administration du brevet communautaire mérite d'être souligné. Quelle que soit la solution qui sera adoptée pour le régime des traductions du fascicule du brevet communautaire, il sera essentiel de grouper le dépôt et la publication à l'Office. Selon des suggestions qui sont parfois évoquées, on pourrait confier à l'Office la tâche d'effectuer ces traductions sous sa responsabilité, soit par son propre service linguistique interne à établir, soit en adjugeant les traductions à l'extérieur. Il est de toute façon évident qu'avec la centralisation du dépôt et de la diffusion des traductions, les utilisateurs pourront réaliser d'importantes économies par rapport au mécanisme actuellement en vigueur pour le brevet européen qui oblige le titulaire du brevet à déposer, dans chaque Etat contractant désigné, la traduction dans la langue officielle de cet Etat, en faisant appel normalement aux services d'un mandataire agréé et après paiement d'une taxe nationale appropriée. La réduction ultérieure de ces coûts dépend évidemment du volume des traductions qui seront en définitive exigées.

⁴⁷ Convention sur le Brevet européen, articles 6 et 7.

⁴⁸ Convention de Munich, article 20.

12. Le contrôle de la validité du brevet communautaire.

Le problème du contrôle de la validité constitue un des aspects les plus délicats de l'ensemble du projet et la même Commission a évoqué, dans le Livre vert, plusieurs solutions possibles. Toutes ont en commun la prévision de la création d'une instance spéciale de l'Office, *la division d'annulation*, capable de connaître en première instance les actions directes qui visent à obtenir l'annulation d'un brevet communautaire. La Commission a réservé sa propre position sur la solution actuellement prévue par l'Accord de 1989 qui confie aux tribunaux nationaux la compétence concurrente de connaître la validité du brevet communautaire quand celle-ci est contestée à titre reconventionnel dans le cadre d'une action en contrefaçon.

Une solution qui reproduirait sur ce point le modèle de l'Accord de 1989 soulèverait au moins deux problèmes : un problème d'opportunité et un problème de légitimité.

Sur le plan de l'opportunité, il est difficile de formuler un avis définitif sans se prononcer en même temps sur la solution la plus souhaitable sur le plan du contrôle juridictionnel de la validité, vaste thème qui sort du cadre du présent exposé. En effet, si l'on considère que la validité du brevet communautaire doit être appréciée exclusivement par les instances juridictionnelles (par exemple tribunaux nationaux spécialisés sans préjudice d'interventions appropriées de la juridiction communautaire), on pourrait renoncer à charger un ou plusieurs organes de l'Office de ce contrôle, avec l'avantage d'éviter les problèmes liés à cette charge. Si on retient au contraire qu'une action directe devant une instance techniquement qualifiée comme l'est l'Office constitue un avantage irremplaçable en termes d'efficacité et d'unité d'application, on devra affronter et résoudre les difficultés d'ordre institutionnel afin que le brevet communautaire puisse bénéficier de cet instrument.

Sur le plan de la légitimité, le problème se pose par rapport à la nature de l'organe qui, à l'intérieur de l'Office, recevrait la délégation de la Communauté pour se prononcer sur la validité du brevet communautaire. Si cet organe devait être considéré comme une instance juridictionnelle, la délégation des compétences de la part de la Communauté serait impossible. Si cet organe est conçu au contraire comme une instance administrative - et ses décisions resteraient donc sujettes aux recours juridictionnels - on pourrait admettre qu'il soit établi et que les intéressés puissent intenter une action devant lui tendant à lui faire constater l'invalidité d'un brevet communautaire. Cet organe présenterait l'avantage

supplémentaire que pourrait lui attribuer la compétence de connaître des actions en limitation du brevet communautaire intentées par le titulaire, actuellement prévues par l'Accord de 1989⁴⁹, actions caractérisées par une procédure *ex parte*.

La composition et le niveau d'expérience des membres de cet organe de l'Office dépendraient largement du nombre et de la nature des recours auxquels seraient soumises ses décisions. On pourrait suivre le modèle de la marque communautaire, en prévoyant une procédure administrative articulée sur deux niveaux, un premier devant des *divisions d'annulation* qui devraient être instituées et un second concernant le recours devant une autre instance de l'Office telle qu'une *chambre de recours* ou bien une nouvelle instance analogue à établir sous un nom différent. Cette solution réduirait certainement les préoccupations légitimes du Tribunal de première instance et de la Cour de justice au sujet du poids du contentieux juridictionnel qui pèserait sur eux, mais par contre prolongerait les procédures, à mon avis, au-delà du raisonnable en autorisant jusqu'à quatre instances successives, deux au niveau administratif et deux au niveau juridictionnel. Sur le plan de la légalité, la solution est cependant admissible, vues les solutions analogues contenues dans les règlements sur la marque communautaire et sur la protection communautaire des obtentions végétales.

Une solution préférable pourrait consister à créer une seule instance administrative, *la division d'annulation*, et à prévoir un recours juridictionnel direct contre ses décisions. On économiserait ainsi une instance dans la procédure. Le risque d'une absence de contrôle précédant le recours juridictionnel pourrait être atténué en nommant dans les divisions d'annulation des examinateurs particulièrement qualifiés et dotés d'une grande expérience.

Un problème particulier concerne l'application au brevet communautaire de la procédure d'opposition telle qu'elle est prévue par la Convention de Munich. Dans le système européen, cette procédure peut être intentée dans le délai de neuf mois à partir de la délivrance du brevet européen et se déroule de façon centralisée devant les organes de l'Office européen des brevets⁵⁰. Puisqu'elle est intentée contre un brevet déjà délivré, elle a une nature analogue à celle d'une action en annulation ou, plus précisément, elle correspond à une concentration devant une unique instance centralisée de toutes les actions en annulation qui seraient intentées pendant l'intervalle des neuf mois comme réaction immédiate des tiers à la communication de la délivrance du brevet.

⁴⁹ Articles 51 à 54 de la Convention sur le brevet communautaire.

⁵⁰ Articles 99 à 105 de la Convention de Munich.

La Communauté est théoriquement libre de décider de prévoir ou pas une procédure d'opposition ainsi conçue pour le brevet communautaire. L'opportunité de création d'un titre de propriété industrielle aussi «*fort*» que le brevet européen fait pourtant pencher la balance en faveur de cette solution qui, du reste, s'appliquait déjà au brevet communautaire de l'Accord de 1989⁵¹.

La principale difficulté, du point de vue de la délégation des pouvoirs à l'Office européen des brevets, résiderait, ici aussi, dans l'éventuelle nature juridictionnelle de l'activité déléguée à l'Office. Si l'opposition était conçue comme une action juridictionnelle d'annulation sous un nom différent⁵², il serait impossible d'imaginer dans le système communautaire une délégation des pouvoirs à un organisme externe. Cependant, même dans ce cas, comme dans le cas des actions d'annulation véritables, il devrait être possible d'attribuer à la procédure d'opposition devant les instances de l'Office une nature purement administrative en reconnaissant à la partie dont les instances n'ont pas été acceptés un droit de recours devant la juridiction communautaire.

Par conséquent, la Communauté devrait accepter l'application au brevet communautaire des dispositions de procédure d'opposition prévues dans la Convention de Munich, avec les mêmes réserves que celles évoquées à propos de la procédure de délivrance. Cependant se poserait le problème de l'admissibilité du recours contre les décisions des divisions d'opposition devant les chambres de recours de l'Office, problème pour lequel je renvoie aux observations générales sur les garanties juridictionnelles.

13. La compatibilité avec la légalité communautaire du régime des langues de procédure de l'Office européen.

L'acceptation de la part de la Communauté des règles de procédure contenues dans la Convention de Munich en vue de leur application à l'activité déléguée pour les brevets communautaires pourrait rencontrer une grave difficulté d'ordre juridique et surtout politique s'agissant du régime des langues de procédure.

⁵¹ Dans l'Accord de 1989, la procédure d'opposition s'appliquait automatiquement aux brevets communautaires, étant donné qu'ils étaient conçus comme des brevets européens et, en tant que tels, soumis à toutes les règles de la Convention de Munich.

⁵² Je n'évoque pas dans cette argumentation les procédures d'opposition pour la marque communautaire et la protection communautaire des obtentions végétales, étant donné qu'elles précèdent la concession du titre et ne peuvent donc pas être assimilées à des actions d'annulation.

Selon la Convention de Munich, les langues utilisées dans les procédures devant l'Office sont au nombre de trois, l'allemand, l'anglais et le français. Le système communautaire se base, au contraire, sur le principe constitutionnel de la parité des langues officielles des Etats membres. Les langues officielles sont au nombre de onze dans l'état actuel de la composition de l'Union Européenne, mais ce nombre est destiné à presque doubler dans la perspective d'un prochain élargissement⁵³. Dans les procédures intentées par des particuliers devant les autorités communautaires, ceux-ci peuvent choisir librement la langue de la procédure parmi les langues officielles. L'article 217 CE confie au Conseil, appelé à agir selon la règle de l'unanimité, le régime linguistique des institutions communautaires. Cela a été fait dans le Règlement n° 1/58, mis à jour par les différents Traités d'adhésion. Evidemment, le Conseil peut modifier ce règlement toujours à l'unanimité, et c'est cela qui semble avoir été fait implicitement en acceptant, dans le règlement sur la marque communautaire⁵⁴, d'attribuer un statut privilégié à cinq langues parmi les onze⁵⁵.

L'existence de ce précédent permet d'affirmer, sur le plan théorique et en faisant abstraction de considérations de nature politique, qu'il ne devrait pas y avoir de difficulté de nature juridique à en imaginer une application par analogie dans le cas du brevet communautaire. Tout demandeur se verrait reconnaître le droit d'utiliser une langue parmi n'importe laquelle des langues officielles de la Communauté pour la présentation de la demande de brevet communautaire, en indiquant, en même temps, une seconde langue, choisie parmi les trois langues de l'Office, dans laquelle ce dernier communique avec le demandeur et dans laquelle les éventuelles procédures *inter partes* se dérouleront

⁵³ Aux quatre langues officielles initiales, l'allemand, le français, l'italien et le néerlandais, se sont ajoutées avec les adhésions suivantes, en 1973, l'anglais et le danois, en 1981, le grec, en 1986, l'espagnol et le portugais, en 1994, le finnois et le suédois, portant ainsi à 11 le nombre de langues. Le prochain élargissement de l'Union européenne à Chypre et aux 10 pays de l'Europe centrale et orientale portera ce chiffre à 21 en y ajoutant le bulgare, l'estonien, le hongrois, le letton, le lituanien, le polonais, le roumain, le slovaque, le slovène et le tchèque.

⁵⁴ Le principe d'une parité complète des onze langues a été au contraire maintenu dans le règlement relatif à la protection communautaire des obtentions végétales.

⁵⁵ L'allemand, l'anglais, l'espagnol, le français et l'italien (article 115 du règlement 40/94 sur la marque communautaire). Cette limitation a été dictée surtout par les exigences des procédures *inter partes*, où l'on doit concilier les intérêts légitimes des tiers et du demandeur de la marque, en évitant de placer systématiquement les tiers dans une position défavorable en leur imposant de se servir de la langue du demandeur. C'est pourquoi, au moment du dépôt, le demandeur doit indiquer une seconde langue, choisie parmi les cinq de l'Office, où il accepte implicitement qu'une procédure *inter partes* puisse se dérouler devant l'Office dans le cas où l'adversaire préfère cette langue à celle où le dépôt a été effectué. Dans les procédures *ex parte*, la règle est celle selon laquelle la langue de la procédure est au contraire celle du dépôt, choisie librement par le demandeur parmi les langues officielles de la Communauté, mais l'Office d'Alicante peut communiquer par écrit avec le demandeur dans la seconde langue, obligatoirement choisie par le demandeur parmi les cinq langues privilégiées.

ultérieurement au choix de l'acteur. Sur le plan juridique, il me semble aussi possible, toujours sans préjudice de l'aspect politique, une fois accepté le principe de l'inéluctabilité de plusieurs restrictions dans l'usage de toutes les langues, d'exiger du demandeur qu'il fournisse, comme cela arrive aujourd'hui pour les brevets européens, une traduction de sa demande dans la langue de l'Office choisie par lui ⁵⁶. Si une solution de ce type pouvait être acceptée, la procédure pour la délivrance du brevet communautaire pourrait se dérouler selon des règles substantiellement semblables à celles appliquées aujourd'hui pour les brevets européens.

Il resterait à vérifier deux points fondamentaux. Tout d'abord, il faudrait vérifier la bonne volonté de tous les Etats membres de l'Union Européenne d'accepter pour le brevet communautaire une solution où le choix de la seconde langue est limitée à une des trois langues de l'Office européen des brevets. Connaissant l'importance que, depuis toujours, l'Espagne attribue à la reconnaissance d'un statut particulier de sa langue dans le cadre du système européen des brevets, et compte tenu de la contrainte de l'unanimité, je crains que ce problème ne risque de s'ajouter aux autres pour bloquer n'importe quel progrès. Il me semble, d'autre part, que le mécanisme actuel, bien rodé, avec les trois langues de l'Office, constitue un tel avantage pour les utilisateurs qu'il serait injustifié de le mettre en danger. Il y a ensuite un second aspect : la légitimité des solutions, comme celle exposée ou comme celle adoptée pour l'Office d'Alicante, risque d'être niée par la Cour de justice, si celle-ci accepte l'argumentation, à mon avis très forte, selon laquelle des mécanismes linguistiques de ce type constituent un phénomène de discrimination entre citoyens européens, interdit par l'article 6 CE ⁵⁷.

Compte tenu de ces doutes, il serait intéressant de considérer la possibilité d'éviter que le système communautaire ne doive accepter les règles de la Convention de Munich pour leur application aux brevets communautaires. Personnellement, j'éprouverais de fortes hésitations à admettre que la Communauté puisse simplement prendre le *relais* de l'Office à compter du moment de la délivrance du brevet - ou même du

⁵⁶ Une solution alternative consisterait naturellement à charger l'Office d'effectuer cette traduction, mais il s'agit ici de problèmes liés à celui de la traduction du texte du brevet communautaire qui sortent du cadre du présent exposé.

⁵⁷ Une action intentée par une citoyenne hollandaise, basée sur l'article 173 et tendant à l'annulation des dispositions privilégiant l'usage des cinq langues dans le règlement sur la marque communautaire pourrait parvenir prochainement devant le Tribunal de première instance. Il faut remarquer que le Tribunal de première instance, confronté au problème du régime linguistique à adopter en cas de recours contre les décisions de l'Office d'Alicante dans les procédures *inter partes*, a introduit dans son Règlement de procédure des règles qui, tout en garantissant l'unicité de la langue de procédure dans chaque action, excluent toute discrimination formelle entre les langues officielles de la Communauté (voir J.O. CE L 172 du 22 juillet 1995, l'article 131 du nouveau Titre IV du Règlement de procédure, intitulé «Du contentieux relatif aux droits de propriété industrielle»).

moment où le délai pour l'opposition est échu ou bien la procédure d'opposition s'est conclue - en confiant la réglementation de la phase précédente à la Convention de Munich, sans se l'approprier, sans lui donner une nature communautaire et sans la soumettre au contrôle de la juridiction communautaire. Il se peut qu'il s'agisse de scrupules excessifs, dictés essentiellement par des exigences de garanties juridictionnelles, de telle sorte que l'on pourrait peut-être imaginer une formulation du règlement et de l'accord qui, tout en garantissant cet aspect, évite d'exiger une analyse détaillée de la compatibilité de chaque norme de la Convention de Munich avec la légalité communautaire. Cependant, il ne me paraît pas évident qu'une telle formule puisse rester compatible avec les exigences communautaires pour la délégation des pouvoirs administratifs.

14. Le régime des taxes par rapport au brevet communautaire.

Des problèmes délicats ne manqueront de surgir également en ce qui concerne l'impact de l'activité de délivrance et d'administration des brevets communautaires sur le mécanisme financier sur lequel se base le fonctionnement de l'Office, c'est-à-dire l'équilibre du budget à réaliser couvrant intégralement les frais par les recettes provenant des taxes de procédure et du pourcentage des taxes pour le maintien en vigueur du brevet européen versé par les Etats contractants⁵⁸. Actuellement, c'est le Conseil d'administration qui, au moyen d'instruments comme l'adoption du budget et du règlement relatif aux taxes et la fixation du pourcentage cité ci-dessus, oriente et contrôle le fonctionnement de l'Office. Dans le Conseil d'administration, la Commission européenne occupe, aujourd'hui, une simple place d'observateur.

L'introduction du brevet communautaire n'aura pas un effet dramatique sur le volume total des activités de l'Office. Les demandes de brevet communautaire ne constitueront pas un fond inexploité d'innovation technologique révélé par le règlement, mais elles remplaceront autant de demandes de brevet européen portant désignation des Etats membres de l'Union Européenne. En termes financiers, cela signifiera que, pour une part qui sera fonction du succès du brevet communautaire, les recettes provenant des taxes de procédure pour le traitement des demandes de brevet européen seront remplacées par celles pour le traitement des

⁵⁸ Convention de Munich, article 40 (1).

demandes de brevet communautaire. Quant aux taxes pour le maintien en vigueur des brevets, la part reçue par l'Office provenant des offices nationaux des Etats membres pour les brevets européens devra être remplacée par le produit des taxes pour le maintien en vigueur des brevets communautaires. Même sans affiner l'analyse financière, on comprend combien le niveau des taxes pour le traitement de la demande de brevet communautaire et le barème des taxes pour le maintien en vigueur du brevet communautaire revêtent une importance vitale pour l'équilibre du budget de l'Office.

Le pouvoir formel de fixer les taxes relatives au brevet communautaire revient à la Communauté. Le pouvoir de taxation est une des formes où s'exprime le pouvoir souverain de créer un titre de propriété industrielle⁵⁹. La Communauté a intérêt à les fixer à un niveau qui ne compromet pas l'attrait du brevet communautaire mais elle ne peut, d'un autre côté, ignorer les exigences financières de l'Office. Une importance particulière possède dans ce contexte la détermination de la taxe de désignation de la Communauté qui devra être évidemment inférieure à la somme des montants des taxes de désignation des 15 Etats membres pour le brevet européen. Mais la tâche fondamentale sera la fixation du barème des taxes pour le maintien en vigueur du brevet communautaire.

Le règlement devra donc être accompagné, probablement dans l'accord entre la Communauté et l'Organisation européenne des brevets, d'un mécanisme de négociation et de décision qui permette de tenir compte des intérêts légitimes des deux parties.

Pour que l'obligation du particulier à les payer puisse naître avec effet direct dans l'ordre juridique communautaire, devra figurer dans le règlement non seulement l'indication de toutes les taxes de procédure pour la délivrance du brevet communautaire, des taxes d'opposition, des éventuelles taxes pour les procédures administratives d'annulation ou de limitation mais aussi la mention des taxes annuelles pour le maintien en vigueur, qualifiée éventuellement par le principe de progressivité.

Pour la détermination des montants, deux voies sont accessibles.

La solution orthodoxe du point de vue communautaire consisterait à faire fixer les montants par la Commission dans un règlement sur les

⁵⁹ Depuis le précédent de la marque communautaire (voir en particulier l'article 139 et l'article 140 (2) du règlement 40/94), il résulte que l'indication des taxes dues pour les services rendus par l'Office doit obligatoirement figurer dans le règlement institutif pour que l'obligation du particulier à les payer puisse naître avec effet direct dans l'ordre juridique communautaire. Pour imposer une taxe il faut agir au niveau législatif et cela ne peut pas être laissé à la discrétion de l'autorité administrative. Le montant de la taxe peut au contraire être fixé par la Commission dans un règlement d'exécution adopté par un mécanisme de «comitologie» qui réserve une possibilité d'intervention du Conseil.

taxes pris en exécution du règlement instituant le brevet communautaire, probablement assorti d'un mécanisme de *comitologie* qui permet, dans certains cas et avec certaines limites, l'intervention du Conseil. Cette formule laisserait le pouvoir formel à la Commission, mais elle serait évidemment complétée par l'engagement de la Commission à négocier préalablement les niveaux des taxes avec l'Office.

La solution alternative consisterait à prévoir dans l'accord entre la Communauté et l'Organisation européenne des brevets une mesure spécifique, négociée, adoptée et, le cas échéant, modifiée de commun accord entre la Commission européenne et le Conseil d'administration. L'article 228 (4) CE pourrait être utilisé pour autoriser une telle délégation de la part du Conseil de l'Union Européenne.

Dans les deux cas, le contrôle de la part des Etats membres serait assuré, dans le premier cas par le mécanisme de *comitologie*, dans le second par la délibération du Conseil d'administration où les 15 détiennent la majorité absolue.

Le produit des taxes appartiendra à la Communauté et sera donc comptabilisé parmi les recettes du budget communautaire. Il est cependant normal que, si l'Office est l'autorité chargée de la délivrance et de l'administration du brevet communautaire, les revenus des taxes de procédure restent acquis à l'Office en couverture partielle des coûts supportés. Quant aux taxes de maintien en vigueur, elles doivent être fixées à un niveau tel qu'elles puissent assurer l'équilibre financier de son budget. Ce principe doit être probablement consacré dans l'accord entre la Communauté et l'Office. Il s'agit d'un mécanisme normal dans les offices de brevets du monde entier qui permet de maintenir les taxes de procédure à un niveau raisonnable en finançant une partie du coût des procédures d'examen par les revenus des taxes de maintien en vigueur.

Abstraction faite du versement de ces montants à l'Office à titre de compensation des coûts supportés par son activité en relation avec les brevets communautaires, il faut souligner qu'il n'y a aucune raison de prévoir la fixation des taxes à un niveau supérieur de manière à fournir un profit au budget communautaire. Cela permettrait d'offrir aux utilisateurs des taxes nettement inférieures à celles payées aujourd'hui pour un brevet européen avec une couverture territoriale équivalente, sans mettre en danger l'équilibre financier de l'Office. Cette approche provoquera inévitablement la réticence, pour ne pas dire l'opposition, des offices de brevets nationaux de beaucoup d'Etats membres de l'Union Européenne, spécialement de ceux qui, en bénéficiant d'une autonomie financière par rapport au budget de l'Etat, trouvent dans les taxes sur les brevets européens la source principale de leurs recettes. Dans la mesure où le

brevet communautaire remplacera les brevets européens qui auraient été délivrés en son absence, les offices nationaux de brevets se trouveront confrontés avec une réduction de leurs recettes. Les offices des brevets des Etats membres de l'Union Européenne peuvent s'attendre à une participation aux bénéfices des taxes sur les brevets communautaires seulement dans la mesure où le règlement leur confierait des tâches particulières qui devraient être alors dûment compensées ⁶⁰.

Cela ne signifie pas que les offices nationaux des brevets n'auront plus qu'un rôle minimal à jouer dans la protection de l'innovation technologique. Leur présence sur le territoire national, souvent au niveau régional, leur connaissance des besoins des entreprises et l'expérience précieuse de leur personnel sont autant d'atouts en faveur d'une orientation vers des activités de type moins traditionnel que la délivrance des brevets, comme la mise à disposition du public, la gestion et la diffusion de la documentation technologique « brevet » de manière capillaire, en répondant également aux besoins des petites et moyennes entreprises. L'INPI en France opère déjà depuis des années un redéploiement dans ce sens et les efforts en cours en Italie ces dernières années en vue d'améliorer la situation de l'Office italien des brevets et marques feraient bien de s'inspirer de cette expérience.

Il n'est pas difficile de prévoir cependant que les résistances des offices nationaux seront fortes si l'on ne parvient pas à mettre au point dans le règlement même une définition des tâches qu'ils devraient accomplir en liaison avec le brevet communautaire dans ce domaine de la gestion et diffusion de l'information technologique. Ce n'est que dans une telle perspective que l'on pourrait en effet justifier le maintien d'un financement de ces offices à partir des recettes collectées au titre des taxes de maintien en vigueur du brevet communautaire.

15. *Les garanties juridictionnelles.*

En créant un brevet communautaire par un règlement, la Communauté doit offrir aux bénéficiaires des normes les garanties juridictionnelles prévues par son ordre juridique. Cela s'applique, pour le demandeur du brevet communautaire, aux décisions qui n'ont pas accueilli ses demandes au cours de la procédure de délivrance ainsi que,

⁶⁰ Voir, dans le cas correspondant du règlement sur la marque communautaire, la décision de rémunérer les activités de recherche des offices de marques nationales dans le cadre de l'application de l'article 39 (4) du règlement.

pour la partie dans une procédure *inter partes*, aux décisions qui n'ont pas donné suite à son instance.

Puisque ces décisions seront prises en toute hypothèse par les organes de l'Office européen des brevets, le problème très délicat de l'aptitude des garanties juridictionnelles offertes par la Convention de Munich à répondre aux exigences de l'ordre juridique communautaire en la matière se pose.

Selon la Convention de Munich, contre les décisions des organes de l'Office, un recours peut être présenté devant les chambres de recours de l'Office qui agissent en seconde et dernière instance⁶¹. Les chambres de recours sont des organes ayant une nature quasi juridictionnelle. Les garanties d'indépendance de la direction de l'Office comme les modalités de nomination et l'inamovibilité de leurs fonctions confèrent aux membres des chambres de recours des caractéristiques comparables à celles du corps judiciaire⁶². Même si la Convention de Munich n'utilise pas cette terminologie, les chambres de recours se présentent donc comme une juridiction commune aux Etats contractants. On ne pourrait pas expliquer autrement la compatibilité des dispositions de la Convention de Munich avec les exigences, résultant des constitutions des Etats contractants et des conventions internationales sur les droits fondamentaux⁶³, en matière de garantie du contrôle juridictionnel des actes de l'autorité administrative dirigés à l'égard des particuliers. Aussi depuis 1977, quand la Convention de Munich est entrée en vigueur, jusqu'à aujourd'hui, les tribunaux des Etats contractants n'ont jamais admis, à ma connaissance, que le caractère définitif du rejet de l'instance d'une partie à une procédure devant l'Office européen des brevets sous l'effet d'une décision des chambres de recours comporte une violation des garanties juridictionnelles constitutionnellement protégées.

Le problème qui se pose est celui de savoir si la Communauté peut, comme ses Etats membres, se contenter des garanties juridictionnelles du mécanisme des chambres de recours pour les décisions des instances de l'Office en matière de brevets communautaires.

Le droit communautaire réserve notoirement à la Cour de justice la tâche d'assurer l'application et l'interprétation du droit communautaire⁶⁴. Cette norme a une valeur constitutionnelle à l'intérieur du système communautaire. En créant un brevet communautaire et un mécanisme administratif pour en assurer la délivrance, la Communauté doit offrir aux

⁶¹ Convention de Munich, articles 106 à 111.

⁶² Voir Convention de Munich, articles 11 (3), 21, 23 et 24.

⁶³ Voir en particulier l'article 13 de la Convention européenne sur les droits de l'homme.

⁶⁴ Article 164 CE.

particuliers en dernière instance la garantie du contrôle juridictionnel de la part de la Cour de justice. Si le mécanisme de la demande préjudicielle, conformément à l'article 177 CE, assure l'unité d'interprétation quand l'application des normes communautaires est confiée aux tribunaux nationaux, l'article 173 CE assure le contrôle de la légalité des actes des institutions communautaires dont le particulier est le destinataire direct ⁶⁵. Certes, l'article 173 CE cite seulement les actes du Conseil, de la Commission, du Parlement européen et de la Banque centrale européenne, mais la jurisprudence de la Cour en a implicitement étendu la portée à n'importe quel acte d'un organisme communautaire de nature administrative dont les décisions produisent des effets juridiques à l'égard des tiers ⁶⁶. Le législateur communautaire a reconnu cette exigence dans les cas de la marque communautaire et de la protection communautaire des obtentions végétales, en introduisant un mécanisme juridictionnel complexe et, sous certains aspects, entaché de défauts fonctionnels ⁶⁷, qui comporte cependant, en dernière analyse, le contrôle de la part de la Cour de justice de la légalité des actes des offices communautaires d'Alicante et d'Angers.

Peut-on éliminer ou limiter ces garanties pour les parties à une procédure devant un organe de l'Office en matière de brevet communautaire ? Bien qu'à mon avis la réponse ne puisse qu'être négative, cela vaut la peine d'approfondir l'analyse pour la simplification de fonctionnement du système qui en résulterait. On pourrait argumenter que les garanties juridictionnelles comme celles contenues dans la Convention de Munich, manifestement suffisantes pour l'ensemble des Etats membres de l'Union Européenne sur le plan constitutionnel et sur le plan de leurs obligations internationales en matière de droits fondamentaux, devraient être considérées comme suffisantes également par la Communauté. C'est pourquoi cette dernière devrait pouvoir admettre que l'accord avec l'Organisation européenne des brevets reconnaît aux décisions des chambres de recours la valeur des décisions définitives, en privant la partie insatisfaite de la possibilité de présenter un recours ultérieur. Cette solution impliquerait la reconnaissance automatique de la part de la Communauté des décisions des chambres de recours. Elle ne comporterait, à l'égard des citoyens, aucune aggravation par rapport à la situation actuelle où le demandeur d'un

⁶⁵ Article 173, quatrième alinéa CE.

⁶⁶ Voir Décision de la Cour du 23 avril 1986 dans l'affaire 294/83 «Les Verts / Parlement européen» - recueil 1986, p. 1339.

⁶⁷ Voir à ce sujet Scordamaglia : La protection juridictionnelle des particuliers à l'égard des décisions des offices communautaires de propriété industrielle - Rivista di Diritto Industriale - Année XLV, Fascicule 2 - 1996.

brevet européen à qui la délivrance a été refusée par l'Office ou la partie à une procédure d'opposition, dont les demandes ont été refusées, n'a aucune possibilité de recours ultérieur si le refus est confirmé par les chambres de recours.

Cette solution rencontre néanmoins une objection, à mon avis, insurmontable. Comme nous l'avons vu, l'article 173 CE reconnaît au particulier, bénéficiaire d'une décision d'un organisme administratif communautaire, le droit d'en faire contrôler la légalité par la juridiction communautaire. Alors que la délégation de pouvoirs administratifs est possible dans les limites prévues par la jurisprudence *Meroni*, une délégation de pouvoirs judiciaires de la Cour à une autre juridiction par un acte de droit secondaire, c'est-à-dire un acte des institutions qui exercent le pouvoir législatif, est exclue à l'intérieur du système communautaire. L'unique organisme judiciaire à qui il est permis, pour en alléger la charge du travail, d'exercer des compétences attribuées initialement à la Cour est actuellement le Tribunal de première instance dont l'existence est toutefois prévue par l'article 168 A du traité CE, c'est-à-dire par une norme de droit primaire. Dans de nombreuses occasions, la Cour a répété l'incompatibilité avec les principes constitutionnels du système communautaire d'une attribution à d'autres tribunaux de compétences judiciaires lui étant réservées par le traité⁶⁸. Les chambres de recours de l'Office européen des brevets ne peuvent donc pas constituer une exception.

Par conséquent la seule voie possible consisterait, de mon point de vue, à soumettre les décisions des chambres de recours à un contrôle de légalité de la part de la juridiction communautaire dans les conditions prévues par l'article 173 CE. L'Office européen des brevets, en traitant une demande de brevet communautaire ou un brevet communautaire pendant une opposition, agirait pour le compte et au nom de la Communauté et les actes de ses organes seraient donc assimilés aux actes d'organes administratifs communautaires. L'Organisation européenne des brevets devrait accepter la possibilité qu'une décision des chambres de recours soit annulée à la suite d'une action devant la juridiction communautaire par les décisions de laquelle l'Office serait tenu, si le cas lui était renvoyé. L'Office pourrait enfin voir sa propre

⁶⁸ Voir l'Avis 1/76 du 26.04.1997 sur la création d'un fonds de stabilisation pour les péniches destinées aux transports internes sur voie navigable - Recueil 1977, p. 741. Voir aussi l'Avis 1/93 sur l'Espace économique européen.

responsabilité extra-contractuelle impliquée en cas de décision illégitime⁶⁹

Je me rends compte que cette solution, malgré sa probable inéluctabilité, n'est pas exempte de critiques. Elle implique que l'on attribue implicitement aux chambres de recours la nature d'un organe administratif, comme pour les chambres de recours établies dans les offices communautaires d'Alicante et d'Angers, et non celle d'un organe juridictionnel, en contradiction avec la nature que les Etats contractants ont voulu leur attribuer quand elles opèrent dans le cadre de la Convention de Munich. De plus, la solution complique et prolonge les procédures de délivrance et d'opposition, avec des inconvénients évidents pour la sécurité juridique des tiers, puisqu'on pourrait ajouter aux deux instances administratives de l'Office, deux instances judiciaires du Tribunal de première instance et de la Cour de justice. Enfin, elle peut présenter des difficultés pratiques d'exécution quand la décision contestée de la chambre de recours se prononce dans les mêmes termes à propos de la brevetabilité de la même invention dans le contexte de l'examen d'une demande parallèle de brevet européen présentée par le même demandeur pour un pays tiers (par exemple la Suisse). Dans ce cas, la décision de l'Office pourrait être annulée par la juridiction communautaire par rapport à la demande de brevet communautaire, mais elle maintiendrait sa validité pour la demande d'un brevet européen, avec un résultat insatisfaisant pour le bon sens.

Cet aspect de la coopération entre Communauté et Organisation européenne des brevets mérite donc un examen ultérieur. Une aide pour identifier les modalités les plus avantageuses - ou moins néfastes - viendra aussi du choix de la solution que l'on adoptera pour le contentieux sur la validité du brevet communautaire, pour lequel des exigences analogues de garanties juridictionnelles existent.

Athènes, 5 mai 1998

⁶⁹ Le règlement et l'accord ad hoc devraient prévoir une norme en matière de responsabilité contractuelle et extra-contractuelle basée sur l'article 215 CE et donc différente de celle de l'article 9 de la Convention de Munich.

François VIALLA

*Docteur en Droit - DJCE
Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier*

**L'INTRODUCTION DU FONDS LIBERAL
EN DROIT POSITIF FRANÇAIS**

PREFACE DE

Jean-Jacques DAIGRE
Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

*** Dans la collection "ACTUALITES DE DROIT DE L'ENTREPRISE" :**

- L'exercice en groupe des professions libérales (1975)
- Le know-how (1976)
- L'avenir de la publicité et le droit (1977)
- Garanties de résultat et transfert de techniques (1978)
- Droit social et modifications des structures de l'entreprise (1979)
- Les inventions d'employés (1980)
- La clause de réserve de propriété (1981)
- Le nouveau droit du crédit immobilier (1981)
- Concurrence et distribution (1982)
- Producteurs, Distributeurs : quelle concurrence ? par JM.Mousseron (1986)
- Les techniques de privatisation des entreprises publiques, par L.Rapp (1986)
- Le Droit français nouveau de la concurrence par JM.Mousseron et V.Sélinsky, 2è édition (1988)
- Le Droit français nouveau de la transparence tarifaire par M.Mousseron et JM.Mousseron et D.Mainguy (2ème éd. 1998)
- Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis (1995)

*** Dans la collection "BIBLIOTHEQUE DE DROIT DE L'ENTREPRISE"**

- Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, par R.Contin (1976)
- Les réserves latentes, par R.Abeldard (1977)
- Dix ans de droit de l'entreprise (44 études - 1076 pages), publié avec le concours du C.N.R.S. (1976)
- Les contrats de sous-traitance, par G.Valentin (1978).
- L'entente prohibée (1963-1967-1977) à travers les avis de la Commission des Ententes, par V.Sélinsky (1979)
- L'entreprise et le contrat, par D.Ledouble (1981)
- Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté, par J.P.Haehl (1981)
- Transferts indirects de bénéfices à l'étranger, par J.L.Bilon (1981)
- Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, par D.Ohl (1982)
- La profession libérale en droit fiscal, par F.Alcade (1984).
- Les pratiques discriminatoires, par A. Bénard-Seyfert (1985)
- Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève, par J.E.Ray (1985)
- Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux, par M.Dubisson (2è édition) (1985)
- Les obligations du mandataire, par Ph.Pétel (1988)
- La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, par F.Perochon (1988)
- Le capital social, par S.Dana-Demaret (1989)
- Les contrats de la grande distribution, par M.-E.André (1991)
- Droits d'auteur et conflits de lois, par J.Raynard (1991)
- Le crédit documentaire : évolution et perspectives, par E.Caprioli (1992)
- La force du travail (Etude juridique), par T.Revet (1992)
- Les titres négociables, par H.Causse (1992)
- L'opération de courtage, par Ph.Devesa (1993)
- Le régime juridique de l'oeuvre audiovisuelle, par Ch.Hugon (1993)
- Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales, par P.Lignières (1994)
- Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, par M.H.Monsérié (1994)
- Le délit de banqueroute - contribution à un droit pénal des procédures collectives, par M.Ch.Sordino (1996)
- La revente, par D.Mainguy (1996)
- Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, par G.A. Likillimba (1998)
- L'agence commerciale; par F.Fournier, (1998)
- La réglementation de droit privé, par P.Neau-Leduc (1998)
- L'introduction du fonds libéral en droit positif français par F.Vialla (1999)
- L'indivisibilité et les actes juridiques, par J.B.Seube (1999)

SERIE DROIT DE L'INFORMATIQUE

- CELIM : 1 - Les transactions internationales assistées par ordinateur (1987)
- CELIM : 2 - Droit communautaire et liberté des flux transfrontières (1989)
- CELIM : 3 - La protection du logiciel en Europe (1989)

*** Hors série**

- Mélanges H.Cabrillac (1968)
- Mélanges J.J.Burst (1997)
- Mélanges Ch.Mouly (1998)

*** Dans la collection "BIBLIOTHEQUE DE PROPRIETE INDUSTRIELLE"**

- L'épuisement du droit du breveté (1971)
- L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968, par J.Schmidt (1970)
- La copropriété des brevets d'invention (1973)
- Le know-how : sa réservation en droit commun, par R.Fabre (1976)
- L'acte de contrefaçon, par Ch.Le Stanc (1977)
- Juge et loi du brevet, par M.Vivant (1977)
- Le Droit français nouveau des brevets d'invention, par JM.Mousseron et A.Sonnier (1978)
- Traité des brevets : régimes national, européen, communautaire, international (tome 1 : l'obtention du brevet), par JM.Mousseron avec le concours de J.Schmidt et P.Vigand (1984)

*** DOSSIERS BREVETS**

- 5 livraisons par an, regroupant études, documents et dossiers de jurisprudence (Décisions, Brevets, Guides de lecture)

*** LA LETTRE DE LA DISTRIBUTION**

- Chaque mois les informations les plus récentes en droit de la distribution et de la concurrence (adhésion)

*** CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE**

- Supplément bimestriel à la Semaine Juridique (Editions E.)