

Le paquet européen des brevets

Un exemple symptomatique des limites de la construction européenne

Mémoire réalisé par
Arnaud Van Grambezen

Promoteur(s)
Stéphanie Francq

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Table des matières

Introduction	6
Chapitre I : Du brevet communautaire au brevet européen à effet unitaire : historique du développement d'un nouveau brevet pour l'Union Européenne.	9
Section 1 : Une modernisation réclamée de longue date	10
Section 2 : La création d'un brevet européen	12
Section 3 : Tentatives manquées de création d'un titre communautaire	13
Section 4 : L'Avis 1/09 de la Cour de Justice et le recours à la coopération renforcée	16
Chapitre 2 : Le paquet européen des brevets : une architecture innovante et controversée	22
Section 1 : Combinaison de droit européen et de droit international	22
Section 2 : Absence d'un titre basé sur un instrument de l'Union.....	24
Section 3 : Le transfert du droit matériel du Règlement 1257/2012 à l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet	29
Section 4 : Arrêt de la CJUE sur l'autorisation de recourir à la coopération renforcée.....	33
Section 5 : Arrêts de la CJUE sur les Règlements pris en application de la coopération renforcée .	37
Section 6 : Coexistence de plusieurs couches de droit plutôt qu'une uniformisation	38
Section 7 : Le régime linguistique	40
Chapitre 3 : La Juridiction unifiée du brevet.....	45
Section 1 : Composition	45
Section 2 : Nature hybride	47
Section 3 : Compétence de la Juridiction unifiée du brevet	48
Section 4 : Sources du droit et droit applicable.....	50
Section 5 : Régime linguistique	51
Chapitre 4 : Fragmentations du marché intérieur introduites par le paquet européen des brevets...	52
Section 1 : Fragmentation territoriale	52
Section 2 : Fragmentation dans le droit matériel applicable.....	58
Section 3 : Fragmentation jurisprudentielle	59
Section 3.1 : Des Cours à différents niveaux.....	59
Section 3.2 : Régime transitoire.....	62
Chapitre 5 : Quel avenir pour le brevet européen à effet unitaire ?.....	67
Section 1 : Levée des derniers obstacles à l'entrée en vigueur du paquet européen des brevets ..	67
Section 2 : Quel impact économique pour l'Union ?	69
Conclusion.....	71
Annexes.....	73
Annexe 1 : Carte européenne des brevets	73
Annexe 2 : Composition de la Juridiction unifiée du brevet.....	73

Annexe 3 : Tableau comparatif des coûts de renouvellements entre un brevet européen à effet unitaire et un brevet européen classique couvrant les 25 États membres participant à la coopération renforcée	74
Bibliographie	75
Législation	75
Droit européen.....	75
Droit international	78
Droit belge.....	78
Jurisprudence.....	78
En matière de brevet	78
En matière de marque	79
Autre	79
Doctrine	79
Monographies.....	79
Articles	80
Contributions à un recueil, actes de colloques et autres	84
Autres documents.....	85
Remerciements.....	87

Introduction

Le brevet européen à effet unitaire bousculera prochainement l'économie européenne. Avancée majeure dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle, il permettra enfin aux entreprises de se munir d'un titre unique offrant une protection uniforme sur la quasi-totalité du marché intérieur. Ce progrès constitue une réponse au désavantage comparatif important dont souffre actuellement l'Europe en matière de brevets face aux autres marchés économiques majeurs, les États-Unis ou le Japon en tête. En effet, on estime qu'il coûte aujourd'hui quinze fois plus cher de se munir d'une protection couvrant l'ensemble du marché intérieur que d'obtenir un brevet couvrant le territoire des États-Unis¹. Le nouveau brevet européen à effet unitaire diminue substantiellement ce coût et permettra de stimuler l'innovation en Europe, aspect primordial de l'économie de la connaissance que nous connaissons. Les PME, particulièrement, ont été l'objet de l'attention du législateur et devraient bénéficier de cette réforme à laquelle il aura été difficile d'aboutir.

Car la mise sur pied d'un titre de protection européen uniforme a été poursuivie depuis la création de la Communauté elle-même. Les décennies se sont succédées sans toutefois qu'il ne soit possible d'aboutir à un compromis. En effet, la matière touche à des domaines particulièrement sensibles du droit européen, en particulier la question linguistique, la souveraineté des États et la création d'une nouvelle instance juridictionnelle. C'est pourquoi le résultat auquel parvient aujourd'hui le paquet européen des brevets, puisque c'est ainsi que l'on désigne l'ensemble des instruments qui créent le brevet européen à effet unitaire et la Juridiction unifiée du brevet qui l'accompagne, n'est pas en réalité le brevet unitaire qui était l'objectif commun depuis le départ des négociations, mais une solution hybride, mêlant droits nationaux, droit européen et convention internationale dans une architecture complexe et inédite. Le premier chapitre revient donc sur l'historique des négociations sur le brevet unitaire afin de comprendre les difficultés qui ont entouré la création d'un titre européen de protection de la propriété intellectuelle et ont mené à l'impossibilité d'inclure dans le droit européen l'intégralité du nouveau titre et de sa juridiction.

¹ C. PEHLIVAN, "The creation of a single European Patent System: from dream to (almost) reality", *E.I.P.R.*, 2012, vol. 7, p. 459.

Dans le second chapitre, c'est le brevet européen à effet unitaire qui est examiné plus en détails. Nous verrons ainsi qu'il ne s'agit pas d'un titre européen mais bien d'un brevet européen classique auquel un effet unitaire est accolé, nuance capitale. Nous nous attarderons sur le recours à la procédure de la coopération renforcée, qui n'est pas sans soulever de questions sur sa légitimité dans la matière de la création de ce qui devait être un titre européen unitaire, mais également sur le clivage profond qui existe au sein de l'Union entre inter-gouvernementalisme et communautarisme, et dont le brevet européen à effet unitaire est un exemple symptomatique. Dans la même thématique, nous soulevons le transfert du droit matériel relatif au brevet européen à effet unitaire hors de droit européen, ce qui limite la possibilité d'un contrôle de l'action de la nouvelle Juridiction unifiée du brevet par les institutions européennes. L'Union repose sur des relations délicates impliquant les institutions et les États membres, et il semble aujourd'hui que la complétion du marché intérieur, dont l'instauration d'un véritable brevet unitaire reposant sur le droit de l'Union représente un élément clé, soit victime de la tendance des États membres à limiter l'influence de l'Union, et notamment de sa Cour de Justice, en matière de propriété intellectuelle.

Le troisième chapitre est quant à lui consacré à une analyse de la nouvelle Juridiction unifiée du brevet qui sera compétente, lorsqu'elle entrera en activité, pour le contentieux relatif aux brevets européens, qu'ils aient effet unitaire ou non. Cette nouvelle institution, créée par une convention internationale et ne faisant donc pas partie du droit de l'Union, dispose elle aussi d'une architecture innovante qui en fait une Cour à la fois nationale et internationale.

Le quatrième chapitre est relatif à la fragmentation du marché intérieur dont le paquet européen ne manquera pas d'être la cause. En effet, suite au recours à une coopération renforcée, le brevet européen à effet unitaire ne couvre pas l'ensemble du marché intérieur et risque d'isoler les États membres ayant fait le choix de ne pas y participer. De plus, l'architecture complexe du paquet européen des brevets fait s'entremêler plusieurs couches de droit, ce qui causera un enchevêtrement de droits applicables à plusieurs niveaux qui risque bien de nuire à la sécurité juridique. Enfin, l'introduction de la Juridiction unifiée du brevet va fragmenter le système juridictionnel en charge du contentieux des brevets et risque, là encore, de poser des difficultés par rapport au principe de sécurité juridique.

Le dernier chapitre se penche sur l'avenir qui attend le paquet européen des brevets. Nous faisons le point sur l'état d'avancement de son processus d'entrée en vigueur, ainsi que sur la levée des derniers obstacles qui auraient pu en empêcher l'aboutissement. De plus, nous essayons d'estimer l'impact économique que pourrait avoir la réforme du système européen des brevets.

Nous terminons finalement sur quelques remarques conclusives en synthétisant l'ensemble des reproches juridiques qu'il nous semble falloir apporter à l'égard du paquet européen des brevets : il s'agit d'un groupe d'instruments fortement influencés par l'intergouvernementalisme et il pourrait constituer un précédent d'utilisation de la coopération renforcée nuisible à la construction européenne, en plus de fracturer le marché intérieur. Toutefois, nous nous félicitons que, malgré nos réserves sur la légistique du paquet européen des brevets, les besoins économiques des entreprises devraient être largement rencontrés par le nouveau brevet et sa Juridiction, ce qui est bien sûr l'objectif principal du législateur et devrait faire du brevet européen à effet unitaire une réussite du point de vue économique.

Chapitre I : Du brevet communautaire au brevet européen à effet unitaire : historique du développement d'un nouveau brevet pour l'Union Européenne.

La volonté de créer un titre de protection de la propriété intellectuelle reposant sur le droit européen est presque aussi ancienne que l'Union, qui s'appelait alors Communauté, elle-même. Dès 1959, la Commission européenne s'exprimait sur le sujet :

« L'établissement du marché commun impose la refonte des conditions juridiques de la concurrence dans le marché commun et exige que soit réalisée dans toute la mesure du possible une égalisation des conditions entre tous les États membres. C'est l'une des tâches de la Commission de la Communauté économique européenne de tenir compte de ces nécessités [...]. Deux conditions me paraissent nécessaires pour aboutir. D'une part et en premier lieu, la création d'un nouveau régime juridique uniforme, également obligatoire dans les six États membres ; d'autre part, un certain rapprochement des dispositions nationales qui doivent subsister parallèlement au droit commun »².

L'aboutissement auquel les États européens sont arrivés aujourd'hui avec le brevet européen à effet unitaire est toutefois loin du titre que le Commissaire européen appelait de ses vœux dans son discours. Plutôt qu'un titre développé par l'Union Européenne et ses institutions, s'inscrivant pleinement dans le droit européen et dans une logique communautaire, c'est un titre développé par les États membres et suivant une logique inter-gouvernementaliste qui a été conçu. Il convient donc de revenir sur les longues et erratiques négociations qui prirent place entre les États membres et les institutions européennes pour comprendre comment a eu lieu ce retournement de logique et comment le projet initial a pu aboutir à un résultat finalement très éloigné des ambitions initiales, alors même que l'Europe dispose pourtant d'une certaine expérience en matière de titres de propriété intellectuelle. Les précédents ne manquent en effet pas : on peut citer la

² H. VON DER GROEBEN, « Die Rechtsangleichung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes (Le rapprochement des législations dans le domaine de la propriété industrielle) », Allocution à l'occasion de la réunion du 19 novembre 1959 sur le rapprochement des législations dans le domaine de la propriété industrielle (Communauté économique européenne, Commission, (Doc. IV/5293/1/59-F), p. 9. Commission des Communautés européennes, Archives Générales, Inventaire des archives historiques, vol. 1, Dossiers de la Haute Autorité de la CECA 1952, Discours 1952-1967, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1985, p. 297. Cité par M. DESANTES REAL, *Le « paquet européen des brevets », paradigme du chemin à rebours : de la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale*, », C.D.E., 2013, p. 579.

marque communautaire³, le dessin ou modèle communautaire⁴, les indications géographiques et les appellations d'origine⁵, les obtentions végétales⁶ ou encore les certificats complémentaires de protection⁷.

Section 1 : Une modernisation réclamée de longue date

Le système européen de protection des inventions par brevet est fréquemment jugé obsolète par les praticiens⁸. Ce système repose à l'heure actuelle sur deux couches de protection : les brevets nationaux et les brevets européens. Le brevet européen permet, par le biais d'une procédure unique, d'obtenir protection de son invention par brevet dans l'ensemble des États membres de l'Union Européenne, ainsi que dans une dizaine de pays voisins. Le coût de cette procédure est cependant extrêmement supérieur à ce que proposent les États leaders en matière de brevets tels que les États-Unis et le Japon, en raison principalement de coûts administratifs et de traduction importants⁹. Ce désavantage compétitif revêt une importance capitale dans le contexte de l'économie mondialisée dans laquelle évoluent les industries modernes.

En effet, le brevet repose sur une logique de « donnant-donnant » : un inventeur dévoile son invention au public et obtient en échange l'exclusivité de l'exploitation commerciale de celle-ci, ce qui lui permet de rentabiliser la recherche et le développement de son idée et de réinvestir dans de nouvelles découvertes. En contrepartie, la divulgation au public permet à d'autres inventeurs d'approfondir les inventions préexistantes afin de les améliorer, ouvrant la voie à un perfectionnement incrémental de la technologie¹⁰. Un

³ Règlement 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, *J.O.U.E.*, L 78, du 24 mars 2009, p. 1, et Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques, *J.O.U.E.*, L 299, du 8 novembre 2008, p. 25.

⁴ Règlement 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, *J.O.C.E.* L 3, du 5 janvier 2002, p. 1.

⁵ Règlement 510/2006 du Conseil du 20 mars 2006 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires, *J.O.U.E.*, L 93, du 31 mars 2006, p. 12.

⁶ Règlement 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, *J.O.C.E.*, L 277, du 1 septembre 1994, p.1.

⁷ Règlement 469/2009 du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments, *J.O.U.E.*, L 152, du 16 juin 2009, p.1.

⁸ P. CALLENS, « Het unitair octrooi en octrooigerecht : op een zucht van de finish... - Overzicht van belangrijkste elementen en hun gevolgen voor de Belgische octrooipraktijk », *I.R. D.I.*, 2012, p. 6.

⁹ P. CALLENS, « Doorbraak tijdens Belgisch voorzitterschap in dossier EU octrooi : nauwere samenwerking met 25 lidstaten en het negatief advies van het Hof van Justitie », *I.R. D.I.*, 2011, p. 8. Un montant de 24 000€ est avancé pour obtenir une protection couvrant l'ensemble des 27 États membres de l'Union par B. VAN POTTELSBERGHE, "Europe should stop taxing innovation", *Bruegel Policy Brief*, 2010/02, p. 1.

¹⁰ A.-S. GOURDIN-LAMBLIN, « Le brevet communautaire : entre fonctionnement efficace du marché intérieur et diversité linguistique », *SUBB Jurisprudentia*, 2005, vol. 2, p. 73.

système de protection de la propriété intellectuelle efficace et abordable permet donc de favoriser l'innovation et a des effets économiques et scientifiques bénéfiques.

Le droit accordé par un brevet n'est toutefois pas absolu. Il est limité aussi bien territorialement que temporellement. D'une part, un brevet ne sort ses effets que sur le territoire sur lequel l'institution accordant le brevet a autorité ; d'autre part, le brevet a une durée maximale : 20 ans dans une majorité de cas¹¹ mais cette durée peut être adaptée selon le secteur d'activités concerné¹². À l'issue de cette période, n'importe qui peut exploiter l'invention précédemment protégée.

Le brevet repose, à l'heure actuelle, sur des limites étatiques. Chaque État est souverain dans son administration du brevet et décide seul du régime qu'il adopte en la matière. Quelles sont les conditions pour obtenir un brevet et suivant quelle procédure ? Quelle institution délivre les brevets nationaux ? Quelles sont les caractéristiques spécifiques du titre octroyé ? Qui en assure la gestion ? Quel en est le droit matériel applicable ? Comment sont réglés les litiges concernant les brevets ? Autant de questions auxquelles il appartient à chaque État d'apporter souverainement la réponse qui lui semble la plus adéquate¹³. Il est possible d'obtenir plusieurs de ces brevets nationaux *via* une unique procédure, celle pour l'obtention d'un brevet européen. Toutefois, les limites restent les mêmes : il ne s'agit pas d'un titre uniforme, sortant les mêmes effets sur l'ensemble des territoires des États où le brevet européen est demandé, mais d'un faisceau de brevets nationaux. Les coûts entraînés par la validation de ces multiples brevets sont donc particulièrement élevés, et il revient extrêmement cher de se munir d'une protection pan-européenne pour ses inventions.

Ainsi, l'absence d'un titre commun à l'ensemble des États membres de l'Union Européenne nuit au développement du marché unique¹⁴ et perturbe la libre concurrence, parce que seules les entreprises de taille appréciable peuvent se permettre de s'offrir une large protection pour leurs inventions, là où les PME aux moyens plus limités doivent se contenter de viser quelques États seulement afin de ne pas devoir s'affranchir de coûts trop importants. Il n'est dès lors pas surprenant que des discussions autour de la création

¹¹ Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973 signée à Munich le 5 octobre 1973 et entrée en vigueur le 7 octobre 1977, art. 63.

¹² Voyez notamment l'exemple du secteur pharmaceutique.

¹³ M. DESANTES REAL, « Le "paquet européen des brevets", paradigme du chemin à rebours : De la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale, *C.D.E.*, 2013, p. 584.

¹⁴ P. CALLENS, « Het unitair octrooi... », *op. cit.*, p. 6.

d'un titre communautaire soient apparues très tôt dans la vie de l'Union. Le but à atteindre pour intégrer totalement le brevet dans le marché intérieur est celui où une institution, pleinement intégrée au sein de l'Union, pourrait, suite à une unique demande, délivrer un titre unitaire ayant un effet uniforme sur l'ensemble du marché intérieur. Ce titre devrait être régi par un droit matériel issu du droit européen, avec un régime linguistique accepté de tous. La CJUE devrait pouvoir assurer l'interprétation du titre en raison de ses liens avec différentes matières touchant au droit européen (on songe au domaine de la concurrence, notamment). La limitation, le transfert, l'annulation ou la disparition du titre devrait avoir un même effet à l'égard de l'ensemble des États membres, et la juridiction en charge du règlement des conflits relatif à ce titre devrait être incluse dans le système institutionnel européen¹⁵.

La concurrence d'États tels que les États-Unis impose à l'Europe de moderniser son système de protection de la propriété intellectuelle. Il est en effet plus avantageux de mener une activité innovante sur un territoire où la protection de ses inventions n'est pas trop onéreuse, ce qui pousse les sociétés actives en matière de recherche à s'exiler. Chaque État est libre d'adopter une politique attractive en la matière, c'est d'ailleurs le cas de la Belgique dont le régime fiscal est particulièrement intéressant pour les possesseurs de brevets¹⁶, mais c'est au niveau de l'Union que doit être instaurée une politique plus ambitieuse, s'étendant sur l'ensemble du marché intérieur.

Section 2 : La création d'un brevet européen

Le brevet européen tel qu'il existe aujourd'hui n'est pas un instrument appartenant au droit de l'Union. Créé en 1973 par la Convention sur la délivrance de brevets européens¹⁷, couramment appelée Convention de Munich ou CBE, l'ensemble des États membres de l'Union en sont toutefois également parties. Ce brevet n'est donc pas un titre unitaire, mais un faisceau de brevets nationaux qu'il est possible d'obtenir *via* une procédure unique. Si la Convention unifie les conditions de brevetabilité¹⁸, les brevets nationaux doivent néanmoins être validés individuellement dans chaque État où l'on souhaite obtenir protection pour son invention, ce qui implique donc d'importants coûts

¹⁵ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 584-585.

¹⁶ L'attractivité en matière de brevets n'est pas limitée au droit matériel de ceux-ci. Le législateur belge a ainsi instauré une déduction fiscale de 80% des revenus générés par brevet aux articles 205/1 à 205/4 du Code d'Impôt sur les Revenus (CIR 1992).

¹⁷ Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973 signée à Munich le 5 octobre 1973 et entrée en vigueur le 7 octobre 1977.

¹⁸ CBE, art. 52 à 62.

administratifs et de traduction si le breveté souhaite être protégé sur l'ensemble du marché intérieur.

Dès sa création, il était clair que le brevet européen classique devait constituer une solution temporaire, un premier pas dans la direction d'un titre unitaire et d'une intégration plus poussée qui étaient à l'époque, et qui s'avèrent aujourd'hui encore, nous le verrons, inatteignables dans l'immédiat¹⁹.

Dès 1975, une Convention sur le brevet communautaire²⁰ fut d'ailleurs signée à Luxembourg, qui devait permettre d'avancer dans cette voie de l'intégration du domaine des brevets dans le droit de l'Union. Cette convention n'est cependant jamais entrée en vigueur, suite au refus de ratifier de l'Irlande et du Danemark²¹. Notons que comme le souligne P. Véron²², nous en étions déjà au même point en 1975 qu'aujourd'hui après la signature de l'Accord relatif à la Juridiction unifiée du brevet : un texte organisant un nouveau régime pour les brevets en Europe est en attente de ratification, sans certitude sur son avenir. Reconnaissons tout de même que le paquet européen des brevets semble mieux parti que son prédécesseur et que la volonté politique des États membres est bien de progresser vers l'entrée en vigueur d'un système auquel il a été fort difficile d'aboutir.

Section 3 : Tentatives manquées de création d'un titre communautaire

Car en effet, de nombreuses tentatives ont été menées pour tenter de créer un brevet reposant sur le droit européen. Toutes, en ce inclus l'actuel paquet européen des brevets, ont échoué à atteindre leur objectif. La première tentative eut lieu en 1962 avec un avant-projet de convention²³ élaboré par un groupe de travail « brevet ». Ce projet était déjà très ambitieux : il contenait un droit matériel unifié, incluant une définition des inventions brevetables, de la nouveauté, de l'activité inventive, de l'applicabilité

¹⁹ P. Véron, *Le brevet européen à effet unitaire et la juridiction unifiée du brevet (aspects de droit international privé)*, 2014, accessible à l'adresse http://www.veron.com/publications/Colloques/Brevet_Unitaire_Jur_unif_brevet_Veron_CFDIP_2014-01-24.pdf, p. 5 (consulté le 9 août 2015).

²⁰ Convention relative au brevet européen pour le marché commun, signée à Luxembourg le 15 décembre 1975.

²¹ V. RUZEK, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle : approche institutionnelle*, Rennes, Apogée, 2007, p. 28.

²² P. VÉRON, *op. cit.*, p. 5.

²³ Avant-projet de Convention relatif à un droit européen des brevets élaboré par le Groupe de Travail « Brevets » sous la responsabilité du Comité de coordination en matière de propriété industrielle institué par les États membres et la Commission de la Communauté économique européenne, Publications des communautés européennes, 1962, accessible à l'adresse <http://aei.pitt.edu/14064/> (consulté le 9 août 2015).

industrielle et de l'étendue de la protection, mais aussi une réglementation de la délivrance de brevets unitaires et autonomes ayant effet sur l'ensemble du territoire des États contractants, sans oublier de régler les questions de maintien en vigueur, d'extinction et de nullité. Le système devait se superposer aux régimes nationaux et les laisser subsister, comme le résultat auquel parvient aujourd'hui le paquet européen des brevets²⁴. Le projet n'aboutit cependant pas, d'abord parce qu'il faisait échapper totalement la matière aux juridictions nationales, et ensuite pour des questions relatives à l'ouverture de l'adhésion aux États non-membres de l'Union²⁵. Mais ce texte déjà très abouti contenait l'essence de ce qui allait devenir la deuxième tentative, à savoir la Convention sur le brevet communautaire de 1975 examinée plus haut.

Par la suite, diverses tentatives continuèrent à voir le jour. Il ne nous semble pas nécessaire de nous attarder en détails sur chacune d'elles puisque les raisons de leurs échecs furent à chaque fois un désaccord soit au sujet de la question linguistique, soit concernant le règlement du contentieux du titre communautaire à créer. Nous les citons toutefois parce qu'il est intéressant de noter que l'effort pour instaurer le brevet communautaire n'a malgré tout jamais vraiment été suspendu. Il y eut ainsi une Convention qui fut tenue à Luxembourg en 1985²⁶, puis en 1989 un Accord en matière de brevets communautaires qui fut signé à Luxembourg également²⁷. Suivit ensuite en 1997 un Livre vert²⁸ consacré au brevet communautaire, duquel découla une proposition de Règlement²⁹. Il fut également tenté de créer en 2003 un Tribunal du brevet communautaire³⁰, sans succès, et la même année une approche politique commune³¹ ne porta pas non plus ses fruits.

²⁴ A. SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive en droit européen des brevets*, Université de Lausanne – Département de droit comparé, 1981, pp. 37-38.

²⁵ *Ibid.*, pp. 38-39.

²⁶ Textes arrêtés par la Conférence de Luxembourg de 1985 sur le brevet communautaire, Conseil des Communautés européennes, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1986.

²⁷ Accord en matière de brevets communautaires, fait à Luxembourg le 15 décembre 1989, *J.O.C.E.*, L 401, du 30 décembre 1989, p. 1.

²⁸ Livre Vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe présenté par la Commission, 1997, accessible à l'adresse http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com97_314_fr.pdf (consulté le 9 août 2015).

²⁹ Proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire, COM (2000) 412 final, du 1 août 2000, *J.O.C.E.* C 337 du 28 novembre, p. 278, accessible à l'adresse <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0412:FIN:FR:PDF> (consulté le 9 août 2015).

³⁰ Proposition de décision du Conseil instituant le Tribunal du brevet communautaire et concernant les pourvois formés devant le Tribunal de première instance, COM (2003) 828 final du 23 décembre 2003, accessible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0828:FIN:fr:PDF> (consulté le 9 août 2015).

³¹ « Le Conseil a marqué son accord sur une approche politique commune concernant le brevet communautaire », Conseil de compétitivité, 3 mars 2003, accessible à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-03-59_fr.htm?locale=fr (consulté le 9 août 2015).

C'est en 2007 que le projet est relancé par une communication de la Commission intitulée « Améliorer le système de brevet en Europe »³², faisant suite à une consultation publique. 3 éléments constituaient le cœur de ce nouvel essai : un brevet dit « communautaire », censé être basé sur le droit matériel européen et ayant effet sur l'ensemble du territoire du marché intérieur ; l'établissement d'un régime linguistique rencontrant le consensus de l'ensemble des États membres ; et enfin l'attribution d'une compétence juridictionnelle exclusive à la CJUE en la matière, prévue par l'article 229 TCE, devenu 262, TFUE. Une nouvelle proposition, révisée sur la base de ces éléments, fut donc introduite en 2008³³ et marqua le coup d'envoi d'une série d'efforts successifs qui finirent par aboutir au paquet européen des brevets, mais qui abandonnèrent en chemin les trois caractéristiques qui devaient constituer le cœur de l'innovation.

Dans le même temps, un *working party on intellectual property (patents)* travailla également sur l'élaboration d'un "*Draft Agreement on the European Union Patent Court and Draft Statute*"³⁴. Ce document devait instaurer la nouvelle juridiction réclamée par l'introduction du nouveau régime de brevets. Il aurait dû être signé à la fois par l'Union, ses États membres et des États tiers, membres de la Convention sur le brevet européen. La proposition de 2008 comme le *Draft Agreement* prévoyaient que l'Union crée un titre communautaire, dont le régime matériel aurait été inclus dans un Règlement, et dont l'administration, c'est-à-dire l'examen des demandes et la délivrance, aurait été déléguée à l'Office Européen des Brevets. L'Union serait devenue membre de la Convention sur le Brevet Européen, afin que son territoire puisse être l'objet d'une unique demande. Le régime linguistique aurait été basé sur la CBE, c'est-à-dire qu'il aurait compris l'anglais, l'allemand et le français³⁵, avec traduction automatique du brevet, à valeur informative, dans toutes les langues de l'Union tandis qu'une traduction manuelle aurait été requise en cas de litige. Enfin, une convention de droit international aurait dû être conclue par l'Union, ses États membres et les autres membres de la CBE pour instituer une juridiction du brevet européen et du brevet communautaire. Celle-ci aurait disposé d'une compétence exclusive pour statuer dans le contentieux de la validité et des contrefaçons, et aurait, grâce à la participation de l'Union, eu la capacité de poser des questions préjudicielles à la CJUE³⁶.

³² Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 3 avril 2007, intitulée « Améliorer le système de brevet en Europe », COM(2007) 165 final - Non publié au Journal officiel, accessible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l24120b> (consulté le 9 août 2015).

³³ Proposition révisée de règlement du Conseil sur le brevet communautaire, Document du Conseil 9465/08 du 23 mai 2008, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/08/st09/st09465.fr08.pdf> (consulté le 9 août 2015).

³⁴ Pour la dernière version, voir le document du Conseil 7928/09 du 23 mars 2009, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/09/st07/st07928.fr09.pdf> (consulté le 9 août 2015).

³⁵ CBE, art. 14.

³⁶ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, pp. 592-593.

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009 eut une influence à plusieurs niveaux sur ces textes. D'une part, le Traité apporta une nouvelle terminologie pour le projet, transformant le brevet « communautaire » en un brevet « de l'Union ». D'autre part, il introduisit une nouvelle base juridique, l'article 118, TFUE. Cette disposition prévoit que les « *mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union* » doivent être adoptées suivant la procédure législative ordinaire, qui implique une majorité qualifiée au sein du Conseil et une majorité simple au Parlement, tandis le régime linguistique y afférant doit être adopté suivant la procédure législative spéciale, c'est-à-dire avec l'unanimité au Conseil³⁷. Pour respecter ces nouveautés, de nouveaux documents durent être adoptés. Le Conseil soumit une Proposition révisée de règlement du Conseil sur le brevet de l'UE³⁸, et la Commission une Proposition de règlement concernant les modalités de traduction du brevet de l'UE et la proposition de règlement sur le brevet de l'UE³⁹. Un accord politique fut atteint sur la Proposition révisée de règlement sur le brevet de l'UE, mais le régime linguistique rencontra le refus de l'Espagne et de l'Italie, opposées au trilinguisme.

Section 4 : L'Avis 1/09 de la Cour de Justice et le recours à la coopération renforcée

La convention devant instaurer une juridiction du brevet européen et du brevet communautaire⁴⁰ faisant l'objet de critiques⁴¹, elle fut soumise à l'avis de la CJUE afin de s'assurer de sa compatibilité avec le droit européen. Celle-ci déclara le projet non compatible avec les Traités⁴². La Cour précise dans son Avis qu'une juridiction qui « *se substitue, dans le domaine de ses compétences exclusives [...], aux juridictions nationales, prive alors ces dernières de la faculté de saisir la Cour de renvois préjudiciels dans ledit*

³⁷ TFUE, art. 289.

³⁸ Proposition de règlement du Conseil sur le brevet de l'Union européenne, Document du Conseil 16113/09 ADD 1, du 27 novembre 2009, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/09/st16/st16113-ad01.fr09.pdf> (consulté le 9 août 2015).

³⁹ Proposition de règlement du Conseil sur les dispositions relatives à la traduction pour le brevet de l'Union européenne, COM (2010) 350 final du 30 juin 2010, accessible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0350:FIN:FR:PDF> (consulté le 9 août 2015).

⁴⁰ Document du Conseil 7928/09, 23 mars 2009, *Draft Agreement on the European Union Patent Court and Draft Statute*, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/09/st07/st07928.fr09.pdf> (consulté le 9 août 2015).

⁴¹ « Des interrogations juridiques légitimes qui justifient la saisine pour avis de la Cour de justice et impliquent la mise en place d'un nouveau calendrier de négociation », 2009, accessible à l'adresse <http://www.senat.fr/rap/108-537/108-5373.html> (consulté le 9 août 2015).

⁴² CJUE, plén., 8 mars 2011, Avis 1/09, accord créant un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets (« Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire », *D.*, 2011, p. 2434, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *RTDE*, 2012 p. 805, note L. COUTRON, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80233&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=303879> (consulté le 9 août 2015).

domaine, devient, dans le domaine de ses compétences exclusives, l'interlocuteur juridictionnel unique de la Cour, dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel, concernant l'interprétation et l'application du droit de l'Union et est chargée, dans le cadre desdites compétences [...], d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union » (point 79) et ne peut dès lors pas être placée « en dehors du cadre institutionnel et juridictionnel de l'Union » (point 89), ce qui était le cas de la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire. La Cour estime donc que, pour préserver le droit européen, il convient de ne pas confier à une juridiction qui ne fait pas partie de l'architecture institutionnelle de l'Union des compétences habituellement exercées par les juridictions nationales, ce qui aurait effet de priver ces dernières de leur faculté à poser des questions préjudicielles à la CJUE⁴³.

Il fallut trouver une alternative très rapidement après ce désaveu de la juridiction qui devait accompagner le brevet de l'Union puisque deux jours plus tard fut adoptée la décision d'autorisation du recours à la coopération renforcée⁴⁴. Ainsi fut publié en mai 2011 un document informel de la Commission⁴⁵ définissant les bases de ce qui allait devenir la Juridiction unifiée du brevet, institution censée corriger les défauts de la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, et un premier « *Draft on a Unified Patent Court and Draft Statute* » était présenté en juin⁴⁶. Héritage de l'Avis négatif de la Cour, la version finale de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet insiste particulièrement sur sa compatibilité avec le droit de l'Union au moyen de dispositions rappelant cet aspect telles que « *la Juridiction applique le droit de l'Union dans son intégralité et respecte sa primauté* »⁴⁷.

Concernant le nouveau titre en lui-même, suite à la constatation en fin d'année 2010 qu'il était impossible de parvenir à un accord global sur la proposition de Règlement concernant le régime linguistique du brevet unitaire qui nécessitait pourtant un accord à l'unanimité des États membres au sein du Conseil⁴⁸, un groupe de 12 États introduisit

⁴³ S. ADAM, « Le mécanisme préjudiciel, limite fonctionnelle à la compétence externe de l'Union – Note sur l'Avis 1/09 de la Cour de justice », *C.D.E.*, 2011, pp. 277-278.

⁴⁴ Décision 2011/167/UE du Conseil du 10 mars 2011 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, *J.O.U.E.*, L 76, 22 mars 2011, p. 53

⁴⁵ Document du Conseil 10630/11, 26 mai 2011, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st10/st10630.fr11.pdf> (consulté le 9 août 2015). Le document informel de la Commission, « Solutions pour un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets. La voie à suivre après l'avis 1/09 de la Cour de justice de l'Union européenne », est annexée au Document 10630/11 en p. 3.

⁴⁶ Document du Conseil 11533/11, 14 juin 2011, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st11/st11533.en11.pdf> (consulté le 9 août 2015).

⁴⁷ Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, 11 janvier 2013, *J.O.U.E.*, 20 juin 2013, C 175, p. 1, art. 20.

⁴⁸ TFUE, art. 118, al. 2.

devant la Commission une demande d'autorisation de recourir au mécanisme de la coopération renforcée. Ces États furent rapidement rejoints par 13 autres États membres, portant le nombre des participants à 25, sur les 27 membres que comptait alors l'Union puisque la Croatie n'en faisait pas encore partie.

La coopération renforcée permet à un groupe d'États membres d'utiliser les institutions de l'Union pour exercer entre eux des compétences non exclusives de celle-ci. Le Traité sur l'Union Européenne établit un certain nombre de conditions accompagnant le recours à cette technique⁴⁹. Il faut que la coopération renforcée poursuive la réalisation des buts de l'Union, la préservation de ses intérêts et favorise l'intégration. Elle doit rester ouverte à ce que d'autres États membres puissent la rejoindre à tout moment. De plus, il faut que les objectifs poursuivis par la coopération ne puissent être atteints par l'ensemble de l'Union endéans un délai raisonnable et qu'au moins neuf États membres participent. D'autres conditions sont contenues dans le TFUE⁵⁰. Si notre but ici n'est pas d'en faire un inventaire exhaustif, on notera toutefois que la coopération renforcée ne peut porter préjudice au marché intérieur, constituer une barrière ou une discrimination par rapport au commerce entre États membres, ni fausser la concurrence ; et qu'elle doit respecter les compétences, les droits et les obligations des non-participants, qui ne peuvent en retour pas empêcher les participants de prendre les mesures adaptées à la mise en œuvre de la coopération renforcée.

Le recours au mécanisme de la coopération renforcée permet de débloquer la situation malgré l'impossibilité de trouver un consensus sur le régime linguistique à retenir pour le brevet unitaire, suite au refus de l'Espagne et de l'Italie d'accepter le régime à trois langues de l'Office Européen des Brevets retenu par les 25 autres États membres. Ce refus était principalement lié à des questions de discrimination⁵¹, l'Espagne et l'Italie considérant être désavantagées par rapport aux États anglophones, germanophones et francophones malgré leur importance économique dans l'Union⁵². Une alternative fut proposée par l'Espagne de ne retenir que l'anglais comme langue officielle du brevet

⁴⁹ TUE, art. 20.

⁵⁰ TFUE, art. 326 à 334.

⁵¹ CJUE, 16 avril 2013, Espagne et Italie c. Conseil, C-274/11 et C-295/11, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136302&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77936>, point 72.

⁵² L'Italie et l'Espagne représentent respectivement les quatrième et cinquième PIB européens, voyez Eurostat pour des statistiques complètes : http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:GDP_at_current_market_prices,_2002-03_and_2011-13_YB14-fr.png, 26 septembre 2014 (consulté le 9 août 2015).

unitaire⁵³. En raison de considérations politiques, il était toutefois difficilement concevable de ne pas inclure les langues de l'Allemagne et de la France dans le régime juridique du brevet unitaire. L'inclusion de l'allemand est légitime dans la mesure où il s'agit de l'État européen d'où émane la part la plus importante des demandes de brevets européens. À l'inverse, le maintien du français n'est pas justifié économiquement mais par des critères exclusivement politiques, liés à l'importance historique de la France⁵⁴.

Si elle a permis de débloquer la situation, la coopération renforcée n'est toutefois pas sans poser certains désavantages et diverses interrogations juridiques quant à sa validité. Ces derniers sont examinés plus bas, dans le chapitre consacré à l'architecture originale qui a permis d'adopter le brevet européen à effet unitaire. Il convient toutefois à ce stade de relever que c'est le recours à la coopération renforcée qui a définitivement fait basculer le titre de protection de la propriété intellectuelle que l'on souhaitait créer d'un brevet unitaire à un brevet européen à effet unitaire. Ce changement de terminologie est loin d'être anodin. Au lieu d'un brevet dont l'effet serait étendu à l'ensemble du territoire de l'Union, c'est un brevet qui ne peut avoir d'effet que sur le territoire des États membres participant à la coopération renforcée qui a été créé. Or, un brevet ne peut être « unitaire » que si son effet s'étend à l'entièreté du marché intérieur⁵⁵. De plus, le recours à la coopération renforcée a empêché le brevet européen à effet unitaire de rentrer dans « l'acquis communautaire », avec pour conséquence que les nouveaux États membres rejoignant l'Europe après l'adoption de la coopération renforcée n'y sont pas joints d'office. Ainsi la Croatie ne fait-elle pas partie des participants au paquet européen des brevets, puisqu'elle n'a rejoint l'Europe qu'en juillet 2013. Sa position sur le sujet n'a, à notre connaissance, pas encore fait l'objet d'un communiqué officiel. La porte lui est toutefois ouverte si elle souhaite rejoindre la coopération renforcée.

Espagne et Italie ont introduit un recours devant la Cour de Justice de l'Union Européenne pour contester l'autorisation de recourir à la coopération renforcée dans le cadre de l'établissement du brevet européen à effet unitaire. Ce recours, capital puisqu'il est le premier à être consacré à un cas de coopération renforcée, mécanisme rarement utilisé dans l'Union et dont le brevet européen à effet unitaire est la deuxième occurrence,

⁵³ Conseil UE, Document 13031/10, Brussels, 31 August 2010, Limité, « Reflections from the Spanish delegation on a possible model for the Regulation on translations », accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st13/st13031.en10.pdf> (consulté le 9 août 2015).

⁵⁴ H. ULLRICH, « Harmonizing patent law: the untamable Union patent », *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-03*, 2012, p. 14, note de bas de page n° 44.

⁵⁵ *Ibid*, p. 32.

a été rejeté par la CJUE⁵⁶. Nous reviendrons sur cet arrêt que nous jugeons largement contestable plus loin⁵⁷.

Deux autres recours ont ensuite été introduits, par l'Espagne uniquement cette fois-ci, contre l'application qui a été faite de l'autorisation de recourir à la coopération renforcée, c'est-à-dire contre chacun des Règlements du paquet européen des brevets. La Cour a récemment rendu son verdict dans ces affaires dans deux arrêts du 5 mai 2015⁵⁸, sur lequel nous reviendrons également plus tard⁵⁹. Elle y suit les conclusions de l'Avocat Général⁶⁰ et rejette le recours. Une pétition, menée par les professeurs Alain Strowel, Fernand de Visscher, Vincent Cassiers et Bernard Remiche du Centre de recherche interdisciplinaire Jean Renauld « Droit, Entreprise ET Société » (CRIDES) de l'Université Catholique de Louvain et signée par une quarantaine d'académiciens, avait été publiée quelques mois avant que la Cour ne s'exprime⁶¹. Elle visait à encourager la Cour à ne pas valider l'application qui avait été faite de l'autorisation d'user d'une coopération renforcée. La crainte des signataires était notamment que la Cour ne valide une pratique qui revient à rendre l'exercice d'une compétence de l'Union aux États membres, là où une logique communautaire repose sur le phénomène inverse, un transfert des compétences des États membres vers l'Union, créant ainsi un précédent jugé dangereux par les auteurs. De plus, la pétition soulève un manque de contrôle démocratique du contenu substantiel de l'Accord sur une juridiction unifiée du brevet, contraire aux principes d'État de droit⁶² et démocratique⁶³. Nous verrons en effet que le brevet européen à effet unitaire est un exemple particulièrement parlant de la prédominance de l'inter-gouvernementalisme au sein de l'Union, et qu'il pousse à s'interroger sur l'orientation qui est aujourd'hui donnée à la construction européenne. Cette pétition n'a toutefois pas convaincu la Cour qui a

⁵⁶ CJUE, 16 avril 2013, Espagne et Italie c. Conseil, C-274/11 et C-295/11, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136302&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77936> (consulté le 9 août 2015).

⁵⁷ Voyez le chapitre 2, section 4.

⁵⁸ CJUE, C-146/13, 5 mai 2015, *Espagne c. Parlement et Conseil*, C-146/13, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164092&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77936>; et CJUE, 5 mai 2015, *Espagne c. Conseil*, C-147/13, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164093&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77936>.

⁵⁹ Voyez le chapitre 2, section 5.

⁶⁰ Conclusions de l'Avocat Général M. Yves Bot présentées le 18 novembre 2014, accessibles à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159764&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=305507> (consulté le 9 août 2015) concernant l'affaire C-146/13 ; et à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159763&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=305568> (consulté le 9 août 2015) concernant l'affaire C-147/13.

⁶¹ A. STROWEL et al., « *L'Union ne peut pas être dépouillée de ses compétences par les États membres : le dangereux précédent du brevet !* », 20 avril 2015, disponible à l'adresse : <https://www.uclouvain.be/509584.html> (consulté le 9 août 2015).

⁶² TUE, art. 2.

⁶³ TUE, art. 10.

statué en sens inverse et validé le processus de création du brevet européen à effet unitaire par coopération renforcée.

Chapitre 2 : Le paquet européen des brevets : une architecture innovante et controversée

Section 1 : Combinaison de droit européen et de droit international

La création du brevet européen à effet unitaire repose sur le paquet européen des brevets. Trois instruments composent celui-ci. Il s'agit de deux règlements européens adoptés sous la formule de la coopération renforcée et d'un accord de droit international, adopté en marge du droit européen par les États membres de l'Union Européenne participant à la coopération renforcée et auquel les institutions européennes ne sont pas parties :

- Le Règlement 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet⁶⁴.
- Le Règlement 1260/2012 du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction⁶⁵.
- L'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet⁶⁶.

En plus de créer un nouveau titre de propriété intellectuelle, le paquet européen des brevets institue également une nouvelle Cour, la Juridiction unifiée du brevet. Si brevet européen à effet unitaire et Juridiction unifiée du brevet sont deux créatures juridiques distinctes, les deux sont pourtant liées : il est nécessaire, pour participer au brevet européen à effet unitaire, d'adhérer à la nouvelle juridiction. Néanmoins l'inverse n'est pas vrai : l'Italie avait ainsi décidé de signer l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet tout en ne participant pas à la coopération renforcée instituant le brevet européen à effet unitaire⁶⁷. Si une division locale de la Juridiction unifiée du brevet (nous revenons dans le chapitre consacré à la Juridiction sur la composition singulière de celle-ci, qui est partagée

⁶⁴ Règlement 1257/2012 du 17 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, *J.O.U.E.*, L. 361, 31 décembre 2012, p. 1

⁶⁵ Règlement 1260/2012 du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, *J.O.U.E.*, L. 361, 31 décembre 2012, p. 89.

⁶⁶ Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, 11 janvier 2013, *J.O.U.E.*, C 175, 20 juin 2013, p. 1.

⁶⁷ L'Italie devrait cependant rejoindre la coopération renforcée d'ici peu. "Italy considers joining the unitary patent", 22 mai 2015, accessible à l'adresse : <http://blog.epo.org/unitary-patent-2/italy-considers-joining-the-unitary-patent/> (consulté le 9 août 2015).

entre divisions centrales, régionales et locales) venait à être créée en Italie, elle serait donc chargée de statuer sur des titres de propriété n'ayant pas d'effet sur le territoire italien⁶⁸ (du moins tant que celle-ci n'aura pas rejoint la coopération renforcée), en plus de s'exprimer sur les brevets européens classiques.

L'entrée en vigueur⁶⁹ du paquet européen des brevets a été fixée au 1^{er} janvier 2014 ou le premier jour du quatrième mois suivant la date, si elle est ultérieure, où un certain nombre de conditions seraient remplies. Une première condition est l'entrée en vigueur d'une modification du Règlement Bruxelles I bis qui règle les questions de droit international privé. Cette modification a déjà été adoptée⁷⁰. Une seconde condition est la ratification de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet par au moins 13 États membres participant à la coopération renforcée, c'est-à-dire la majorité des 25 participants. Une troisième condition est que les trois acteurs européens principaux de l'industrie du brevet aient ratifié l'Accord. Ces trois acteurs sont actuellement l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni. En cas de sortie d'un de ces États de l'Union, ce sont les Pays-Bas qui remplaceraient le sortant, en tant que 4^{ème} acteur européen dans le domaine des brevets⁷¹.

25 États membres de l'Union participent à la procédure de coopération renforcée. Les absents sont l'Espagne et l'Italie, ainsi que la Croatie qui n'est devenu un État membre qu'après l'adoption du paquet brevet. Quant à l'Accord sur une juridiction unifiée du brevet, il compte également 25 membres. Concernant cet instrument, les absents sont l'Espagne et la Croatie, ainsi que la Pologne. L'Italie a en effet signé l'Accord international parce que la nouvelle juridiction qu'il institue sera compétente également pour les brevets européens classiques. Quant à la Pologne, sa décision de ne pas adopter l'Accord fait suite à une étude d'impact économique commandée par les autorités polonaises à la société d'audit Deloitte. Les résultats de cette étude ont convaincu la Pologne que l'adoption de la nouvelle juridiction unifiée du brevet serait nuisible à son économie⁷². Il est intéressant de relever que la Pologne est le seul État à avoir commandé une telle étude. Les autres États membres de l'Union se sont basés sur une étude d'impact de la Commission effectuée en

⁶⁸ P. VÉRON, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁹ Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, art. 89.

⁷⁰ Règlement 542/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant modification du Règlement 1215/2012 en ce qui concerne les règles à appliquer relatives à la juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux, *J.O.U.E.*, L 163, 29 mai 2014, p. 1.

⁷¹ H. ULLRICH, *op. cit.*, p. 14.

⁷² D. XENOS, "The European Unified Patent Court : Assessment and implications of the federalisation of the patent system in Europe", *Scripted*, 2013, vol. 10/2, pp. 266-269.

2009⁷³. Il est intéressant de relever que le refus de la Pologne de signer l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet la met hors-jeu du brevet européen à effet unitaire : impossible, pour rappel, de participer à celui-ci sans adopter la Juridiction qui l'accompagne⁷⁴.

Section 2 : Absence d'un titre basé sur un instrument de l'Union

Le nouvel instrument créé par le paquet brevet n'est pas le brevet communautaire, devenu brevet unitaire, longtemps souhaité mais bien un brevet européen à effet unitaire. Celui-ci ne remplace pas les systèmes préexistants mais s'ajoute à eux. Il en résulte que trois couches de protection des inventions se superposent en Europe. Le premier niveau est le brevet national. Historiquement, le brevet a toujours été lié à la souveraineté étatique. Chaque État peut accorder une protection par brevet à une invention novatrice sur son territoire, et sur son territoire seulement. Le deuxième niveau est le brevet européen « classique ». Celui-ci est délivré par l'Office Européen des Brevets (OEB), une organisation internationale composée de 38 États membres, dont la totalité des États membres de l'UE. Cette organisation a été fondée en 1973 par la Convention sur la délivrance des brevets européens⁷⁵. Le brevet européen délivré jusqu'ici par l'OEB n'est pas un titre accordant protection sur l'ensemble du territoire de ses membres. Il s'agit d'un faisceau de brevets nationaux pouvant être obtenus par une seule et même procédure et devant être validés dans chacun des États où l'on souhaite jouir d'une protection par brevet, le contenu de celle-ci étant défini par chaque droit national. Le troisième niveau est introduit par le nouveau brevet européen à effet unitaire. Celui-ci permet de jouir d'un titre accordant protection sur le territoire de l'ensemble des États participants à la coopération renforcée, sans qu'il ne soit requis de valider le titre dans chaque État individuellement et avec un régime linguistique largement moins coûteux. Les brevets nationaux et européens classiques ne sont toutefois pas rendus totalement obsolètes par le nouveau brevet européen à effet unitaire. Une protection sur un territoire plus restreint que celui de l'ensemble des participants à la coopération renforcée reste dans un certain nombre de cas plus intéressante, notamment pour certaines PME et *starts-up*⁷⁶.

⁷³ D. HARHOFF, "Economic cost-benefit analysis of a unified and integrated European patent litigation system", 2009, accessible à l'adresse : http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/studies/litigation_system_en.pdf (consulté le 9 août 2015).

⁷⁴ L'annexe 1 représente la carte d'Europe des brevets, afin d'en synthétiser les différentes divisions.

⁷⁵ Convention sur la délivrance des brevets européens, du 5 octobre 1973, telle que révisée par l'acte portant révision de l'article 63 de la CBE du 17 décembre 1991 et l'acte portant révision de la CBE du 29 novembre 2000.

⁷⁶ D. XENOS, *op. cit.*, pp. 276-277.

De plus, le brevet européen à effet unitaire n'est pas délivré par une instance de l'Union. Il s'agit d'un brevet européen classique, délivré par l'OEB, auquel est adjoint, après délivrance un effet unitaire si l'acquéreur du brevet en fait la demande dans le mois suivant l'octroi du brevet. En effet, le Règlement 1257/2012 est pris en application de l'article 142 de la Convention sur le brevet européen qui permet aux États qui le souhaitent de donner un effet unitaire sur leurs territoires à un brevet européen délivré par l'OEB. Nous verrons toutefois que la validité de cette base juridique ne nous semble pas tout à fait convaincante.

Concrètement, la demande pour obtenir un brevet européen à effet unitaire ne se fait pas lors du dépôt de la demande d'obtention d'un brevet auprès de l'OEB. La solution retenue est qu'au moment de la délivrance d'un brevet européen s'ouvre une période d'un mois durant laquelle le breveté peut demander que son brevet soit revêtu de l'effet unitaire. L'effet unitaire est par ailleurs rétroactif puisqu'il est considéré prendre effet au moment de la délivrance du brevet. Pour pouvoir obtenir l'effet unitaire, il convient que la demande ait désigné l'ensemble des États participants au brevet européen à effet unitaire⁷⁷. P. Véron relève donc que les brevets européens déposés avant le 1^{er} mars 2007 ne pourront pas être dotés de l'effet unitaire : Malte, qui participe au brevet européen à effet unitaire, n'est devenue membre du système européen des brevets qu'à cette date. Il n'est dès lors pas possible que les brevets obtenus suite à une demande antérieure aient inclus l'ensemble des participants à la coopération renforcée⁷⁸. En outre, il est requis pour pouvoir obtenir l'effet unitaire que le brevet ait été délivré avec le même jeu de revendication dans tous les États participants⁷⁹. Il arrive parfois que ce ne soit pas le cas, de manière à tenir compte de certaines circonstances particulières à certains États, comme la nécessité de respecter un droit antérieur par exemple⁸⁰.

En l'état actuel, la coopération renforcée ne permet pas d'obtenir une protection s'étendant à l'ensemble du territoire de l'Union Européenne. Pour jouir d'une telle protection, un brevet européen à effet unitaire devrait être accompagné de brevets nationaux italien, espagnol et croate. Le brevet européen à effet unitaire n'atteint donc pas le but recherché depuis des décennies par ce qui aurait dû être le brevet communautaire. Ces quatre brevets peuvent toutefois être demandés par une seule et

⁷⁷ Règlement 1257/2012, art. 3, §2.

⁷⁸ P. VÉRON, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁹ Règlement 1257/2012, art. 3, §1.

⁸⁰ P. VÉRON, *op. cit.*, p. 10.

unique procédure devant l'Office Européen des Brevets, ce qui limite toutefois les conséquences de cet échec.

L'Office Européen des Brevets a un important rôle à jouer vis-à-vis de ce nouveau titre. C'est en effet lui qui est en charge de délivrer les nouveaux brevets européens à effet unitaire, mais également de s'assurer que les brevets européens préexistants pour lesquels un effet unitaire a été demandé respectent les conditions requises pour pouvoir être dotés de ce nouvel effet. Pour rappel, ces conditions sont que le brevet européen couvre l'ensemble des territoires des États membres participants à la coopération renforcée et que le jeu de revendications de ce brevet soit identique dans tous ces États⁸¹.

Notons que, si le brevet européen à effet communautaire n'est pas un titre de l'Union Européenne, l'article 142 de la CBE ne nous semble pas non plus vraiment fournir une base juridique convaincante pour ce titre. Le titre unitaire que cet article offre la possibilité de créer doit remplir quatre conditions, reprises dans la disposition :

- l'existence d'un groupe d'États membres de l'Organisation sur le brevet européen,
- qui concluent entre eux une convention spéciale,
- disposant que les brevets européens délivrés pour ces États ont un caractère unitaire inaliénable et automatique sur l'ensemble de leurs territoires,
- et que les brevets européens ne peuvent être délivrés que conjointement pour l'ensemble de ces États sans possibilité de validation État par État.

Le brevet européen à effet unitaire ne remplit pas ces conditions.

- Le brevet européen à effet unitaire est créé par deux institutions européennes, le Conseil dans sa composition des États membres participant à la coopération renforcée et le Parlement, pas par un groupe d'États membres de l'OEB,
- Par un accord de droit international classique en ce qui concerne la Juridiction qui l'accompagne, mais aussi par deux Règlements, instruments de droit européen dérivé.
- Le nouveau titre n'est pas un brevet unitaire mais un brevet européen à effet unitaire, autrement dit un brevet européen classique auquel un effet unitaire peut facultativement être ajouté et ce uniquement suite à une demande expresse de la part du breveté,

⁸¹ Règlement 1257/2012, art. 3.

- Et sans supprimer la possibilité de demander que la validité du brevet européen de base ne s'étende qu'à certains des États où le brevet européen à effet unitaire est d'application.

L'effet de cette incompatibilité avec l'article 142, CBE en tant que base légale n'est pas anodin. Il signifie que l'ensemble des dispositions de la partie IX de la CBE, relative aux accords particuliers, ne sont pas applicables⁸², et donc que l'article 143.1 permettant de confier des tâches supplémentaires à l'OEB ne peut être utilisé pour confier à cette organisation toutes les tâches dont les Règlements confient pourtant la gestion à l'OEB : l'accord à la majorité des trois quarts de l'OEB devrait être requis pour que celle-ci se conforme à la volonté des règlements et une base juridique devrait être adoptée pour que l'OEB obtienne le pouvoir de se charger des dites tâches⁸³. Or, rien ne permet d'affirmer que cette majorité serait obtenue à coup sûr : l'OEB comporte 38 membres, dont 10 n'appartiennent pas à l'Union. On voit donc que les votes des États membres de l'Union ne suffisent pas à eux seuls à imposer à l'OEB de se charger des tâches que lui confient les Règlements. En outre, faute d'application de cette partie IX de la CBE, il n'existe dès lors aucune base juridique pour la création d'organes restreints tel que le « comité restreint du conseil d'administration » prévu par le règlement 1257/2012⁸⁴. Notons enfin que les Règlements pourraient être interprétés comme « *accords particuliers sur des questions relatives aux demandes de brevet européen ou aux brevets européens qui, en vertu de la présente convention, relèvent du droit national et sont régis par lui* » au sens de l'article 149bis.1, CBE, si l'on accepte que le terme « accord » englobe les Règlements européens⁸⁵.

Les tâches confiées à l'OEB sont censées être financées au moyen des taxes perçues sur les brevets européens à effet unitaire⁸⁶. Le montant de ces taxes a été fixé par le Comité restreint formé au sein de l'OEB par les États participant à la coopération renforcée⁸⁷. Il s'agit principalement de taxes d'obtention et de renouvellement : le récent accord sur leur montant les fixe à un prix équivalent à ce que coûte actuellement en moyenne un brevet européen couvrant quatre États. Cet élément n'est pas seulement important pour s'assurer du bon financement de l'OEB, il est également vital pour que le brevet européen à effet unitaire ait un intérêt économique réel pour les entreprises,

⁸² CBE, art. 142 à 149bis.

⁸³ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 633.

⁸⁴ Règlement 1257/2012, art. 9.

⁸⁵ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 634.

⁸⁶ Règlement 1257/2012, art. 9, 10 et 13.

⁸⁷ L'Annexe 3 reprend le tableau des coûts de renouvellement des brevets européens à effet unitaire.

premières intéressées par la réforme. Ce second aspect est abordé plus bas dans la section consacrée à l'impact économique de ce nouveau type de brevet. Il convient toutefois de relever ici que par son article 10, le règlement 1257/2012 fait reposer sur le budget de l'OEB le poids financier des tâches qu'il confie à cette organisation, et pas sur les États membres. Il n'est pas évident qu'un Règlement possède effectivement le pouvoir d'imposer des obligations de la sorte à une organisation indépendante. Et surtout, cela viole non seulement l'article 332 du TFUE, qui fixe des règles en matière de coopération renforcée, prévoyant en effet que : « *Les dépenses résultant de la mise en œuvre d'une coopération renforcée, autres que les coûts administratifs occasionnés pour les institutions, sont à la charge des États membres qui y participent, à moins que le Conseil, statuant à l'unanimité de tous ses membres, après consultation du Parlement européen, n'en décide autrement* » ; mais cela viole également la disposition prévue par la CBE pour ce cas de figure qui énonce : « *Pour autant qu'un groupe d'États contractants ait attribué des tâches supplémentaires à l'Office européen des brevets au sens de l'article 143, il prend à sa charge les frais qu'entraîne pour l'Organisation l'exécution de ces tâches. Si des instances spéciales ont été instituées au sein de l'Office européen des brevets pour l'exécution de ces tâches supplémentaires, le groupe d'États contractants prend à sa charge les dépenses de personnel, de locaux et de matériel imputables auxdites instances* »⁸⁸. On voit donc qu'aussi bien le TFUE que la CBE prévoyaient qu'il appartenait aux participants à la coopération renforcée de prendre sur eux le financement du brevet européen à effet unitaire. Que ces États aient fixé le coût des taxes à un montant qui, ils l'espèrent, devrait permettre de couvrir les frais supplémentaires engendrés par le nouveau titre peut-il être interprété comme suffisant à satisfaire les dispositions du Traité et de la Convention ? Cela nous semble discutable.

Le fait que l'entrée en vigueur des règlements 1257/2012 et 1260/2012 dépende de la ratification d'un accord international par les participants à la coopération renforcée pose des problèmes de compatibilité avec l'article 3.2, TFUE. Celui-ci prévoit que : « *L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée* ». L'entrée en vigueur d'actes de l'Union repose ainsi sur un élément de droit international sur lequel l'Union n'a aucune prise⁸⁹. Le système d'entrée en vigueur du paquet européen des brevets devrait entraîner une entrée en application progressive du brevet européen et de la

⁸⁸ CBE, art. 146.

⁸⁹ M. DESANTES REAL, op. cit., pp. 640-641.

Juridiction unifiée du brevet dans les différents États participants, puisqu'il ne faudra pas attendre que l'ensemble des parties ait procédé à la ratification. Une différenciation existera donc au sein même de la coopération renforcée, en plus de celle que ce mécanisme implique par essence entre les participants et les autres États membres. La situation qui en résultera risque donc d'être particulièrement confuse.

Section 3 : Le transfert du droit matériel du Règlement 1257/2012 à l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet

La base légale sur laquelle repose la coopération renforcée en matière de brevet européen à effet unitaire est l'article 118, al. 1^{er}, TFUE. Insérée dans le Traité de Lisbonne pour permettre la mise en place de nouveaux titres européens de propriété intellectuelle, cette disposition est rédigée comme suit : « *Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union* ». Le deuxième alinéa de l'article 118 établit quant à lui que le Conseil établira, en suivant la procédure législative spéciale, le régime linguistique accompagnant les titres européens ainsi créés.

Le projet initial de règlement de la Commission comportait, en ses articles 6 à 8, le régime matériel devant régir les brevets européens à effet unitaire. Ces dispositions créaient un système cohérent de droits procurés par le brevet à son propriétaire, ainsi que les limites qui les accompagnaient. L'inclusion de ce droit matériel dans un instrument européen avait par ailleurs pour effet de le faire entrer dans la compétence de la CJUE. Cette conséquence n'était pas souhaitée par un certain nombre d'États, au rang desquels figurait le Royaume-Uni⁹⁰. Ceux-ci partageaient en effet la crainte de divers acteurs de l'industrie du brevet qui craignaient que la CJUE ne soit pas apte à statuer en matière de droit de la propriété intellectuelle par manque de connaissances des aspects techniques de la matière, lui préférant une juridiction spécialisée, mais aussi que les interventions de la CJUE ne ralentissent les procédures⁹¹. Suite à un bras de fer entre le Parlement européen

⁹⁰ P. VÉRON, *op. cit.*, p. 12.

⁹¹ E. DE GRIJSE EN V. VANOVERMEIRE, « Toekomstperspectieven voor de rechtshandhaving in het octrooirecht. De EU-verordeningen betreffende het octrooi met eenheidswerking en de creatie van het "gemeenschappelijk octrooigerecht" », *T.B.H.*, 2013, p. 220.

et le Conseil de l'Union, le droit matériel fut retiré du projet de Règlement, et par voie de conséquence du droit européen et de la portée de la CJUE⁹², pour être versé dans l'Accord relatif à la juridiction unifiée du brevet. Le droit matériel du brevet européen à effet unitaire figure donc en définitive aux articles 25 à 30 de l'Accord. Il s'agit d'une copie exacte des dispositions prévues à la base pour figurer dans le règlement européen, conférant les mêmes protections, assorties des mêmes limites. L'issue de cette négociation est emblématique de la tension interne que subit l'Union Européenne entre le courant communautariste, représenté ici par le Parlement, et la tendance inter-gouvernementaliste incarnée par le Conseil. En l'espèce, la voie retenue a été clairement celle de l'inter-gouvernementalisme. Le président de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen n'a d'ailleurs pas hésité à utiliser un langage particulièrement dur pour caractériser ce qu'il considère comme une intrusion dans les compétences du Parlement : « *Si le Conseil européen commence à faire du travail législatif après minuit, forcément il produit des inepties !* »⁹³. Une déclaration loin d'être isolée, d'autres parlementaires réagissant également à l'image de B. Rapkay qui déclarait : « *On peut se demander si on est dans un bazar oriental ou pas... Je crois que, simplement, le Conseil européen a décidé de s'immiscer dans les compétences du Parlement et de biffer en fait trois articles centraux de l'accord* »⁹⁴.

En substance, le résultat est donc que l'article 5 du Règlement 1257/2012 dans sa version finale dispose que la protection conférée par le brevet et les limites y afférant sont définies par le droit de l'État membre qui s'applique au brevet européen à effet unitaire en tant qu'objet de propriété conformément à l'article 7. Cet article 7 prévoit quant à lui que le droit national applicable au brevet européen à effet unitaire en tant qu'objet de propriété est celui de l'État membre participant à la coopération renforcée où le déposant avait son domicile ou son établissement principal à la date du dépôt de la demande d'obtention d'un brevet européen. Dans le cas où le déposant ne dispose ni d'un domicile, ni d'un établissement situé sur le territoire d'un État membre participant, c'est le droit national de l'État membre où est situé l'OEB qui s'applique. À l'heure actuelle, il s'agit donc du droit allemand, l'OEB étant situé à Munich.

⁹² H. ULLRICH, "Select from within the system: The European patent with unitary effect", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-11*, 2012, p. 42.

⁹³ Klaus-Heiner Lehne, Parti populaire européen, président de la commission des affaires juridiques, Séance plénière, 2 juillet 2012, accessible à l'adresse <https://www.unitary-patent.eu/fr/content/report-du-vote-en-pleniere> (consulté le 9 août 2015).

⁹⁴ Bernhard Rapkay, Socialistes & Démocrates, rapporteur, Séance plénière, 2 juillet 2012, accessible à l'adresse <https://www.unitary-patent.eu/fr/content/report-du-vote-en-pleniere> (consulté le 9 août 2015).

Le résultat de cette architecture a poussé certains à qualifier le brevet européen à effet unitaire de « *brevet national à effet extraterritorial* »⁹⁵. En effet, le droit national du déposant, ou le droit allemand si ce dernier n'est pas européen, s'applique non seulement lorsque le brevet est considéré en tant qu'objet de propriété comme c'est le cas pour les actions en revendication lorsqu'une invention est soustraite à son inventeur ou lors des cessions de brevet, mais également pour définir la protection octroyée par le brevet et les limites qui la caractérisent, et ce peu importe où est exercée cette protection. Pour prendre un exemple, si un Belge dépose un brevet européen à effet unitaire, la protection que celui-ci lui confère sera déterminée par le droit belge, qu'elle soit exercée en Allemagne, en Lituanie, en Autriche, ou n'importe où sur le territoire des États membres participants à la coopération renforcée.

Cependant, puisque la ratification de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet est une condition *sine qua non* pour pouvoir bénéficier du brevet européen à effet unitaire, les dispositions de droit substantiel qui figurent dans l'Accord sont nécessairement incluses dans le droit national de chaque État où un brevet européen peut sortir ses effets. Ainsi la boucle est-elle bouclée : la protection accordée par le brevet européen à effet unitaire et ses limites sont les mêmes dans tous les États participants, à savoir celles définies par l'Accord relatif à la juridiction unifiée du brevet⁹⁶. Cette construction juridique, pour le moins alambiquée, assure au final une protection uniforme par le brevet européen à effet unitaire. Ce compromis donne satisfaction aux parties qui souhaitent que le droit substantiel du brevet européen à effet unitaire échappe au contrôle de la CJUE, puisque ce droit n'est pas défini par le droit européen mais par les droits nationaux des États participants ; et une certaine satisfaction est également donnée aux défenseurs de la « *suprématie du droit européen* »⁹⁷ puisque le mécanisme définissant le droit applicable repose sur les articles 5 et 7 du règlement 1257/2012, un instrument de droit européen⁹⁸.

Le transfert du droit matériel du brevet européen à effet unitaire du règlement 1257/2012 renforce fortement l'inter-gouvernementalisme dans une matière touchant fortement le développement du marché intérieur. Cet acte a une portée symbolique forte, puisque le marché intérieur est sans doute l'avatar le plus important du communautarisme, le premier attribut d'une Communauté née sur des bases économiques

⁹⁵ P. VÉRON, *op. cit.*, p. 14.

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ *Ibid*

⁹⁸ *Ibid*.

auxquelles s'est greffée par la suite une ambition politique forte. Le règlement 1257/2012 est donc particulièrement vide, au point que le service juridique du Parlement s'interroge sur la validité d'un tel instrument qui, s'il répond aux conditions de forme du règlement, n'en rencontre pas les conditions de fond, de contenu que devrait remplir ce type d'acte, le plus complet et le plus efficace de la gamme européenne: « *The deletion of Articles 6 to 8 from the proposed regulation would removes essential elements of substantive patent protection from the proposed regulation ; as a result of this deletion, therefore, the act would not permit the uniform protection of these intellectual property rights throughout the Union and, consequently, would not comply with the requirements laid down in Article 118(1) TFEU, the proposed legal basis* »⁹⁹.

Les exemples de la marque communautaire et des dessins et modèles communautaires offrent pourtant des contrepoints à la situation retenue pour les brevets européens à effet unitaire. C'est l'Organisation pour l'Harmonisation du Marché Intérieur (OHMI) qui est chargée de délivrer et administrer ces titres. Cette institution est soumise au droit européen et contrôlée par la Commission, la Cour des comptes, la Cour de Justice et le Parlement¹⁰⁰. Un tel contrôle n'existe pas dans le cadre du brevet européen à effet unitaire, puisque son droit matériel ne figure pas dans les Règlements pris dans le cadre de la coopération renforcée. Or, l'article 118 du TFUE, base légale sur laquelle repose celle-ci, précise bien que « *le Parlement et le Conseil [...] établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union* ». Non seulement les Règlements ne contiennent-ils pas eux-mêmes les mesures assurant la protection uniforme, renvoyant aux législations nationales, mais en plus ils n'instaurent pas le régime de contrôle centralisé au niveau de l'Europe prévu par la disposition du Traité. Le Règlement 1257/2012 se contente de contraindre les États à confier à l'OEB, bras exécutif d'une organisation internationale à laquelle l'Union n'est pas partie, certaines tâches contrôlées par un comité restreint composé des participants à la coopération renforcée et au sein duquel un représentant de la Commission peut être envoyé à titre d'observateur¹⁰¹. Cela ne nous semble pas remplir la condition d'un contrôle centralisé au niveau de l'Union, celle-ci n'étant pas membre de l'OEB. La Cour de Luxembourg a eu l'occasion de s'exprimer

⁹⁹ Opinion du Service juridique du Parlement européen, qui, saisi par la Commission JURI, 9 juillet 2012, Doc. SJ-0462/12, accessible à l'adresse <http://www.ipinitialia.com/Legal%20Services%20of%20the%20EU%20-%20Opinion%209%20July%202012.pdf> (consulté le 9 août 2015), p. 5.

¹⁰⁰ Règlement 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, *op. cit.*, art. 138 à 144.

¹⁰¹ Règlement 1257/2012, art. 9. Il s'agit là encore d'un exemple de la prédominance de la tendance inter-gouvernementaliste.

sur cette problématique dans deux arrêts examinés dans les sections suivantes, mais n'a pas saisi l'occasion de soulever ce point pourtant contestable.

Section 4 : Arrêt de la CJUE sur l'autorisation de recourir à la coopération renforcée

L'Espagne et l'Italie avaient introduit un recours devant la CJUE contestant l'autorisation qui avait été octroyée à certains États de recourir à une coopération renforcée pour créer le brevet européen à effet unitaire. Ces deux États soutenaient, en substance, que l'ensemble des voies de négociation n'avaient pas été explorées avant que l'autorisation ne soit octroyée, alors qu'il s'agit là d'une condition *sine qua non* au recours à la coopération renforcée. Il nous semble intéressant de revenir sur plusieurs points de l'arrêt rendu par la Cour.

Premièrement, la Cour conclut dans son arrêt que les droits de l'Espagne et de l'Italie ne sont pas violés par l'existence de la coopération renforcée parce que la possibilité de la rejoindre reste en permanence ouverte pour les non-participants. Il n'en reste pas moins que dans la mesure où la coopération renforcée est utilisée pour mettre en place ce qui est inacceptable pour un État membre, l'invitation à rejoindre les participants « *n'est plus qu'un affront permanent* »¹⁰². Il est regrettable que la Cour n'ait pas pris avantage de l'occasion qui lui était offerte pour la première fois de s'exprimer au sujet des coopérations renforcées, instruments qui pourraient revêtir une importance capitale dans le processus de construction européenne s'ils venaient à être utilisés plus. La Cour s'est contentée de coller à la lettre des conditions établies par les Traités pour recourir à la coopération renforcée mais ne nous semble pas avoir tenu suffisamment compte de la *ratio legis* des dispositions sur la coopération renforcée. Celle-ci est supposée être un instrument d'intégration, certes progressive, mais devant aboutir en fin de compte à une intégration totale. Et pourtant, la Cour valide ici une utilisation de ce mécanisme comme voie de contournement de l'unanimité, nous reviendrons sur ce point plus tard.

Un deuxième point contestable, plus technique, figure dans l'intégration par la Cour de la matière de la création de titres de propriété européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, visée par l'article 118, TFUE, dans le domaine du marché intérieur plutôt que dans celui de l'établissement des règles

¹⁰² M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 607.

de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. La question n'est pas dénuée d'intérêt : si le premier de ces domaines est une compétence partagée¹⁰³, le second est une compétence exclusive de l'Union¹⁰⁴, et échappe donc au champ d'application des coopérations renforcées.

C'est la première solution qui est retenue par la Cour. Deux arguments appuient sa thèse : d'abord, la lettre de l'article 118 est que la compétence de la création de titres de propriété intellectuelle européenne est attribuée « *dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur* »¹⁰⁵ ; ensuite, elle estime que si la protection de la propriété intellectuelle a pour but d'empêcher que la libre concurrence soit faussée, elle n'en appartient pas pour autant aux « règles de concurrence » au sens de l'article 3, §1, b) du TFUE¹⁰⁶, parce que « *l'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union dans le domaine des "règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur" sont déterminées à la troisième partie, titre VII, chapitre 1, du traité FUE, et notamment aux articles 101 TFUE à 109 TFUE. Considérer l'article 118 TFUE comme faisant partie dudit domaine serait donc contraire à l'article 2, paragraphe 6, TFUE et aurait pour effet d'étendre indûment la portée de l'article 3, paragraphe 1, sous b), TFUE* »¹⁰⁷.

Cette justification ne nous semble pas convaincante dans la mesure où l'emplacement d'une disposition dans un texte n'en définit pas la nature, le concept ou la portée. D'autant plus que dans le cas qui nous occupe, l'article 118, TFUE aurait très bien pu trouver sa place sous le Chapitre sur les règles de concurrence, dans la mesure où le but d'un instrument de protection de la propriété intellectuelle est de limiter les effets de la concurrence pour promouvoir d'autres intérêts comme l'innovation, plutôt que sous le Chapitre du rapprochement des législations puisque la solution retenue pour le brevet européen n'est pas celle d'une harmonisation au moyen d'une directive mais la création d'un titre de protection uniforme¹⁰⁸.

Une troisième remarque est que la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de déterminer si le fait que l'objectif d'une coopération renforcée soit impossible sans la participation de la totalité des États membres n'était pas une cause de refus du recours à ce mécanisme. En l'occurrence, le mandat procuré par l'article 118, TFUE était bien de créer un titre unitaire. L'aboutissement, un titre à effet unitaire sur le territoire des

¹⁰³ TFUE, art. 4.2.

¹⁰⁴ TFUE, art. 3.1.

¹⁰⁵ CJUE, 16 avril 2013, Espagne et Italie c. Conseil, C-274/11 et C-295/11, point 17.

¹⁰⁶ *Ibid.*, point 22.

¹⁰⁷ *Ibid.*, point 24.

¹⁰⁸ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, pp. 612-613.

participants à la coopération renforcée, n'est pas conforme à ce mandat pour la simple et bonne raison qu'un tel titre est impossible à atteindre sans la participation de l'ensemble de l'Union. Le recours à une coopération renforcée en la matière est donc par essence même viciée, et la Cour aurait dû se prononcer d'office sur la question¹⁰⁹. Le problème ici n'est donc pas les Règlements, mais est plus profond : il touche à la décision même d'autorisation de recourir à une coopération renforcée elle-même¹¹⁰. Le mandat que cette autorisation accordait était impossible à remplir. Elle a donc forcé les Règlements à ne pas être conformes avec la décision qui en autorisait le recours afin de remplir un objectif incompatible avec le système de la coopération renforcée, l'article 118 ne pouvant être une base valide pour la création d'un titre unitaire que si l'ensemble des États membres participent au processus.

Enfin, un dernier point que nous souhaitons relever réside dans l'appréciation du concept de « dernier recours », une des conditions du recours au mécanisme de la coopération renforcée. La position de la Cour est que « *un acte n'est entaché de détournement de pouvoir que s'il apparaît, sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants, qu'il a été pris exclusivement, ou à tout le moins de manière déterminante, à des fins autres que celles pour lesquelles le pouvoir en cause a été conféré ou dans le but d'éviter une procédure spécialement prévue par les traités pour parer aux circonstances de l'espèce* »¹¹¹ et que le Conseil ayant constaté que l'ensemble de l'Union ne pouvait s'accorder sur un régime linguistique dans un délai raisonnable, le recours à la coopération renforcée était acceptable. Cette motivation est particulièrement peu élaborée et signifie qu'il suffit que le Conseil estime que la décision d'un groupe d'États rencontrant les conditions minimales de nombre de participations de se livrer à une coopération renforcée suffit à satisfaire la condition de dernier recours. Autrement dit, la Cour s'abstient de se prononcer sur l'aspect politique du recours à la coopération renforcée, laissant au Conseil le soin d'en apprécier l'opportunité¹¹².

Cependant, en l'espèce, Manuel Desantes Real rappelle qu'un retour sur les tentatives passées de créer un brevet communautaire permet de constater que toutes n'ont pas échoué à cause de la question linguistique¹¹³. Si la Convention de 1975 n'avait pas été ratifiée par l'Irlande et le Danemark, ce n'était pas en raison du régime linguistique retenu¹¹⁴. De même, l'approche politique commune de 2003 comprenait un accord sur la

¹⁰⁹ *Ibid*, p. 629.

¹¹⁰ Décision 2011/167/UE du Conseil du 10 mars 2011 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, *J.O.U.E.*, L 76, 22 mars 2011, p. 53.

¹¹¹ CJUE, 16 avril 2013, Espagne et Italie c. Conseil, C-274/11 et C-295/11, point 33.

¹¹² M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 616.

¹¹³ *Ibid*, pp. 616-617.

¹¹⁴ *Ibid*.

traduction des revendications. L'échec qui suivit n'était ainsi pas dû au régime linguistique en lui-même mais à la valeur juridique qu'il convenait de leur reconnaître, une nuance importante.

Le régime finalement retenu se base sur la proposition retenue en 2000, qui avait ensuite été rejetée : l'application des règles de la CBE. La remise en cause de cette solution par l'Espagne en 2010 n'a pas été véritablement discutée et n'a d'ailleurs été publiée que deux ans plus tard, une fois la coopération renforcée en marche. Selon Manuel Desantes Real, la raison en est que le document espagnol¹¹⁵, qui proposait de ne retenir que l'anglais comme langage du brevet unitaire, aurait pu signifier le risque de voir apparaître une autre coopération renforcée, à laquelle la France n'aurait pas été partie, une solution impossible politiquement.

Difficile de définir exactement où se situe le dernier recours, mais il est regrettable que la Cour n'ait pas joué un rôle plus proactif dans une affaire aussi capitale que celle de l'autorisation de recourir à une coopération renforcée en matière de brevet européen à effet unitaire, puisque celle-ci risque de jouer un important rôle de précédent en matière de coopération renforcée, s'agissant du premier litige concernant une application renforcée de cet outil dont les effets pourraient être substantiels sur l'unité du marché intérieur. Elle laisse une très large marge de discrétion politique au Conseil pour définir si un recours à une coopération renforcée est justifié et ne se livre qu'à un contrôle marginal. Les critères juridiques cèdent le pas aux critères politiques.

Ajoutons enfin que l'actualité récente renforce notre doute quant au fait que la coopération renforcée en cause remplissait effectivement la condition de dernier recours. En effet, suite aux rejets des recours espagnol et italien contre l'autorisation de recourir à la coopération renforcée et espagnol contre les règlements nés de cette coopération, l'Italie a annoncé publiquement son intention de rejoindre les participants au sein de celle-ci¹¹⁶. On peut donc s'interroger quant au fait de déterminer si le recours à un tel mécanisme exceptionnel était réellement nécessaire et si des négociations plus poussées n'auraient pas suffi à atteindre un consensus...

¹¹⁵ Conseil UE, Document 13031/10, Brussels, 31 August 2010, Limité, « Reflections from the Spanish delegation on a possible model for the Regulation on translations », accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st13/st13031.en10.pdf> (consulté le 9 août 2015).

¹¹⁶ "Italy considers joining the unitary patent", 22 mai 2015, accessible à l'adresse : <http://blog.epo.org/unitary-patent-2/italy-considers-joining-the-unitary-patent/> (consulté le 9 août 2015).

Section 5 : Arrêts de la CJUE sur les Règlements pris en application de la coopération renforcée

Suite à l'échec de son recours commun avec l'Italie sur l'autorisation de recourir à une coopération renforcée en matière de brevet européen à effet unitaire, l'Espagne a introduit deux nouveaux recours, dirigés cette fois contre les règlements pris suite à l'autorisation de recourir à une coopération renforcée eux-mêmes. Ces deux recours ont toutefois également été rejetés par Luxembourg¹¹⁷, les juges suivant les conclusions de l'Avocat Général¹¹⁸.

Un problème qui ne nous semble pas avoir été adéquatement abordé par la Cour est celui de la conformité du brevet européen à effet unitaire à la base légale invoquée, l'article 118, TFUE. Celui-ci donne mandat pour la « *création d'un titre européen qui confère une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle* ». La Cour considère que dès lors que le montage réalisé par les articles 5 et 7 du Règlement 1257/2012 assure que le même droit sera appliqué dans l'ensemble du territoire de la coopération renforcée, le Règlement rencontre adéquatement l'exigence de la création d'une protection uniforme. Selon la Cour, il n'est pas requis par la base juridique qu'est l'article 118 du TFUE un droit matériel européen soit créé, mais il suffit que les législations nationales soient rapprochées, parce que l'article 118 fait partie du titre relatif au rapprochement des législations, et ne demande donc pas d'uniformisation complète du droit matériel des brevets (point 48). Or, il nous semble cependant, malgré l'avis de la Cour, que, pour qu'un « *titre européen qui confère une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle* » puisse naître, la participation de l'ensemble des États membres est requise de manière indispensable, nous l'évoquons plus haut. La Commission en était bien consciente et a ainsi transformé le « brevet unitaire » en un « brevet à effet unitaire ». Le changement de terminologie est loin d'être anodin : le brevet qui devait être européen, dépendant du droit de l'Union, ne l'est plus. Dès lors, il n'était pas nécessaire de recourir à une coopération renforcée, une simple convention de droit international aurait pu produire les mêmes effets dans la mesure où il ne s'agit pas d'une compétence exclusive,

¹¹⁷ CJUE, C-146/13, *op. cit.*, pour l'arrêt relatif au Règlement 1257/2012 ; CJUE, C-147/13, *op. cit.* pour l'arrêt relatif au Règlement 1260/2012.

¹¹⁸ Conclusions de l'Avocat Général M. Yves Bot présentées le 18 novembre 2014, accessibles à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159764&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=305507> concernant l'affaire C-146/13 ; et à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159763&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=305568> concernant l'affaire C-147/13.

tout en ayant l'avantage de ne pas dénaturer le mécanisme de la coopération renforcée¹¹⁹. L'article 142 de la Convention sur le brevet européen offre d'ailleurs une base légale permettant aux États qui le souhaitent de s'associer pour offrir aux brevets européens un effet unitaire sur leurs territoires.

En matière de traduction, la Cour rejette l'argument de l'Espagne selon lequel le Règlement 1260/2012 constitue une discrimination à l'égard des personnes dont la langue n'est pas une de celles de l'Office européen des brevets. En effet, la Cour estime que l'objectif du Règlement est légitime : il s'agit de garantir un régime linguistique simplifié et uniforme qui, en permettant de réduire le coût de la protection par brevet en Europe, favorise l'accès à cet outil par les PME en particulier. Si un régime linguistique ne peut être adopté pour des raisons purement économiques, la Cour estime qu'en l'espèce le Règlement prend des mesures proportionnées entre les intérêts des demandeurs de brevet et les autres acteurs économiques (point 47).

On peut donc regretter, à la lecture des arrêts rendus par la CJUE quant à la coopération renforcée que celle-ci ne se soit pas livrée à une interprétation plus téléologique de ce mécanisme. Certes, le brevet européen à effet unitaire sera le bienvenu dans l'économie européenne, mais il n'empêche que la construction juridique sur laquelle il repose est contestable et que la Cour nous semble avoir manqué de zèle afin de ne pas retarder encore l'apparition du nouveau type de brevet qui n'en finit pas de présenter des difficultés politiques. Répétons-le, en l'espèce, les critères politiques semblent avoir pris le pas sur les critères juridiques.

Section 6 : Coexistence de plusieurs couches de droit plutôt qu'une uniformisation

Les sources du droit applicable au brevet européen à effet unitaire sont multiples. Nous ne reviendrons pas ici sur le mécanisme, examiné *supra*¹²⁰, impliquant droit national, droit international et droit européen imaginé pour définir le droit substantiel, c'est-à-dire la protection assurée par le brevet européen à effet unitaire et ses limites, ainsi que le brevet en tant qu'objet de propriété. Mais la question n'est pas épuisée par cet aspect.

¹¹⁹ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 614.

¹²⁰ Voyez le chapitre 2, section 3.

L'obtention du droit est soumise au droit national. C'est en effet le droit national qui définit l'inventeur et le bénéficiaire du droit de déposer le brevet. Cela a une importance capitale, notamment dans le cas des inventions de salarié. Ainsi, en Belgique, la titularité du droit de demander un brevet sur l'invention d'un salarié est-elle laissée à la liberté contractuelle. La loi sur les brevets¹²¹ ne définit en effet pas de règles en la matière. À défaut d'accord, on considère qu'une invention de service (effectuée dans le cadre d'un contrat de travail et liée à l'exécution de celui-ci) est la propriété de l'employeur ; qu'une invention libre (en dehors du contrat de travail du salarié et sans utilisation des moyens fournis par l'employeur) appartient à l'employé. Dans le cas des inventions mixtes (effectuées en dehors de l'exécution des missions du contrat de travail mais avec les moyens de l'employeur), il y a incertitude quant à l'identité du propriétaire mais, s'il s'agit de l'employeur, une rémunération complémentaire peut être due à l'employé.

Pour la validité du brevet européen à effet unitaire, c'est en revanche, comme pour les brevets européens classiques, le droit de la Convention de Munich qui trouve à s'appliquer¹²². Cela est logique puisque le brevet européen à effet unitaire est un brevet européen classique auquel a été accolé un effet unitaire supplémentaire.

Pour l'exploitation et la protection du droit, si le règlement 1257/2012 prévoit un effet uniforme¹²³, c'est néanmoins l'Accord, par le mécanisme de ses articles 5 et 7, qui définit les actes interdits et leurs exceptions. Ces dernières comportent, parmi les principales, l'usage expérimental ou l'utilisation privée.

Enfin le droit national s'applique également pour définir certains points particuliers tels que les conditions du contrat de licence, de la cession ou du transfert¹²⁴.

On voit donc que la construction sur laquelle repose le brevet européen à effet unitaire est d'une rare complexité, fruit d'une gestation politique particulièrement laborieuse¹²⁵. Les effets obtenus par le paquet européen des brevets auraient pu être atteints au moyen d'une architecture juridique plus simple. La marque européenne en fournit un bon exemple. Objet de difficultés similaires, l'harmonisation de cette matière

¹²¹ Loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, *M.B.*, 9 mars 1985, p. 2774.

¹²² CBE, art. 52 à 62.

¹²³ Règlement 1257/2012, art. 5.

¹²⁴ P. VÉRON, *op. cit.*, p. 16

¹²⁵ *Ibid.*

avait finalement été atteinte au moyen d'une Directive et d'un Règlement, sans recours à une coopération renforcée. La marque communautaire sort donc ses effets sur l'ensemble du marché intérieur. Elle ne contribue pas, à l'inverse du brevet européen à effet unitaire à la fragmentation du marché intérieur, malgré le fait que les instances nationales habilitées à administrer les marques nationales continuent d'exister et n'ont pas été évincées par l'adoption d'instruments européens. L'Office pour l'Harmonisation du Marché Intérieur, chargé de la délivrance des marques communautaires, est intégré dans le cadre institutionnel de l'Union et est soumis au contrôle de la CJUE. On voit donc que la marque communautaire a réussi là où le brevet unitaire a échoué. Les raisons de ce succès peuvent sans doute être attribuées à un régime linguistique plus ouvert (cinq langues au lieu des trois du brevet européen à effet unitaire) et à une importance économique sans doute moindre.

Section 7 : Le régime linguistique

Le régime linguistique qui accompagne le brevet européen à effet unitaire, pierre d'achoppement fréquente dans l'histoire des négociations sur la création d'un titre de propriété européen, fait l'objet d'un Règlement séparé, le Règlement 1260/2012, pris lui aussi par coopération renforcée et auquel participent les mêmes États que ceux du règlement 1257/2012. Il s'agit d'un des domaines les plus délicats concernant le brevet européen à effet unitaire : une bonne partie des précédentes tentatives de réforme du système des brevets en Europe ont échoué à parvenir à un compromis efficace sur la question. Le résultat auquel parvient le brevet européen à effet unitaire est mitigé. D'une part, il constitue une incontestable avancée d'un point de vue économique : il permettra de limiter substantiellement les frais de traduction, qui représentent une part très importante du coût total d'un brevet européen classique, et est donc une avancée très appréciable pour les entreprises européennes, et surtout pour les PME dont les ressources financières sont limitées. D'autre part, la construction juridique retenue peine à convaincre, parce que les participants à la coopération n'ont pas pu mettre sur pied un véritable régime linguistique mais ont dû s'accommoder des limitations qu'implique la coopération renforcée en la matière.

Plusieurs éléments expliquent pourquoi le régime linguistique relatif au brevet européen à effet unitaire représente un point crucial de la réforme du système européen des brevets.

Une première raison qui peut être invoquée est celui de la diffusion des connaissances scientifiques. On l'a dit, le but premier du système de brevet est de permettre l'avancée scientifique en s'assurant que les nouvelles inventions soient divulguées au public et puissent éventuellement être mises à profit par d'autres acteurs en échange d'une contrepartie assurant une juste rémunération de l'activité de recherche. La publication assure un enrichissement scientifique important puisqu'on estime à 70% des connaissances actuelles la part des informations scientifiques soumises à brevet¹²⁶. Mais pour que l'information puisse être transmise, encore faut-il qu'elle soit compréhensible, d'où la question de la langue. Une très large partie du monde scientifique a aujourd'hui recours à l'anglais, langue devenue quasi universelle, et ce particulièrement en Occident. Et pourtant, il est difficile, pour des raisons politiques (l'Allemagne et la France ne pourraient accepter un titre européen ne reconnaissant pas leurs langues nationales) aussi bien qu'économiques (l'Allemagne représente près de la moitié des brevets européens délivrés à des inventeurs européens¹²⁷, il est dès lors essentiel au succès d'un nouveau titre de propriété intellectuelle de reconnaître l'allemand comme langue officielle), de se cantonner à un régime linguistique limité à l'anglais dans un système politique tel que l'Union Européenne¹²⁸.

Deuxièmement, la langue joue un rôle important au niveau de la liberté d'entreprise et de la sécurité juridique. L'étendue de la protection conférée par un brevet est définie *via* le système des revendications : seul ce qui est inclus dans les revendications est protégé. Les revendications limitent donc la liberté d'entreprendre : il est interdit aux tiers d'utiliser le contenu des revendications sans autorisation du breveté. Mais il est dès lors important que le contenu des revendications soit compréhensible pour les tiers, autrement dit traduit dans une langue nationale de l'État où l'invention est protégée. À défaut, la sécurité juridique n'est pas assurée, puisque les inventeurs menant leurs activités sur le territoire de l'État en question risquent de violer sans même le savoir un brevet, et de se retrouver ainsi attiré devant une juridiction par le breveté. Il revient donc à l'État de s'assurer que les brevets ayant effet sur son territoire soient compréhensibles pour ses résidents, c'est-à-dire traduits dans une langue adéquate¹²⁹.

Enfin, l'aspect culturel joué par les diverses langues européennes n'est évidemment pas à négliger. Le respect des différentes cultures qui habitent l'Union a toujours été un

¹²⁶ B. MARX, *La propriété industrielle*, Paris, Nathan, 2000, p. 24.

¹²⁷ H. ULLRICH, *op. cit.*, p. 14, note de bas de page n° 44.

¹²⁸ A.-S. GOURDIN-LAMBLIN, « Le brevet communautaire: entre fonctionnement efficace du marché intérieur et diversité linguistique », *Jurisprudencia*, 2005, vol. 65, p. 73.

¹²⁹ *Ibid*, p. 74.

enjeu majeur de la construction européenne. Ainsi, même s'il est possible de créer des régimes linguistiques particuliers limités à une ou quelques langues seulement, le principe n'en est-il pas moins que l'ensemble des langues nationales des 28 États membres sont toutes reconnues comme langues officielles de l'Union. Retenir l'unilinguisme dans une matière, même aussi particulière que le brevet, est donc difficile politiquement pour l'Europe¹³⁰. En effet, le risque est que l'anglais s'impose comme unique langue scientifique, d'autant plus qu'une part extrêmement importante des dépôts de brevets européens est effectuée par des ressortissants d'États non européens, les États-Unis et le Japon en tête¹³¹.

Malgré l'importance donc de la langue dans le domaine des brevets, ce n'est pas réellement un régime linguistique toutefois qui est créé par le règlement 1260/2012. Celui-ci se contente dans les faits de contenir quelques règles en matière de traduction. Un accord avait déjà été conclu sur la question, dit Accord de Londres¹³², par lequel les États consentent à juger suffisante la traduction des revendications dans leur langue nationale, à l'exclusion du reste du fascicule qui compose le brevet. Cet accord est entré en vigueur le 1^{er} mai 2008. Il est aujourd'hui en application dans 18 États membres de l'Organisation européenne des brevets.

Notons toutefois que pour qu'un véritable régime linguistique soit requis, il aurait fallu que ce soit un nouveau type de brevet qui ait été créé. Or, le paquet européen des brevets se limite à créer un nouvel effet unitaire pouvant être adjoint au brevet européen de l'OEB. Dès lors, c'est bien le régime linguistique de l'OEB qui s'applique au brevet européen à effet unitaire. Seules sont requises quelques règles relatives à la traduction, et non pas un nouveau régime autonome¹³³.

Il est possible lors de la création d'un titre de ne pas suivre le régime linguistique général de l'Union¹³⁴. Néanmoins, les membres de la coopération renforcée et la Commission ont signé en la matière une déclaration, qu'ils ont adjointe au procès-verbal du Conseil, confirmant « *que, pour ce qui est des dispositions relatives à la traduction, il*

¹³⁰ *Ibid*, pp. 74-75.

¹³¹ D. XENOS, "The European Unified Patent Court: Assessment and implications of the federalisation of the patent system in Europe", *Scripted*, 2013, vol. 10/2, p. 250.

¹³² Accord du 17 octobre 2000 sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens, *Journal Officiel OEB*, 12/2001, p. 550.

¹³³ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 645.

¹³⁴ TFUE, art. 342. Il découle de l'inclusion de cet article que le régime linguistique d'une institution ne doit pas forcément suivre le régime général de l'Union.

*conviendrait que la coopération renforcée repose sur le cadre existant de l'Office européen des brevets (OEB) et qu'elle ne soit pas considérée, à cet égard, comme créant un régime linguistique particulier de l'UE, ou comme créant un précédent pour l'utilisation d'un régime linguistique limité dans tout acte juridique futur de l'UE »*¹³⁵. Cette déclaration semble superflue dans la mesure où une coopération renforcée ne peut créer de précédent puisqu'elle ne fait pas partie de l'acquis communautaire, et que de toute façon il ne s'agit pas d'un « régime linguistique particulier de l'UE » car un tel régime ne peut être fondé sans la participation de l'ensemble des États membres¹³⁶.

Le contrôle sur les règles linguistiques du brevet européen à effet unitaire n'appartient pas à l'Union mais à la CBE. En renvoyant au régime linguistique du brevet européen, l'Union prend donc le risque de se référer à des règles sur lesquelles elle ne dispose d'aucun contrôle et dont le contenu pourrait changer à tout moment. Rien n'empêche une modification de l'article 14 du CBE par les membres de la CBE pour augmenter ou diminuer le nombre de langues pouvant être utilisées devant l'OEB. L'Union ne pourrait pas intervenir si cela venait à se produire, d'autant plus qu'elle n'est pas membre elle-même de la Convention sur le brevet européen¹³⁷.

Une partie importante des règles linguistiques relatives au brevet européen à effet unitaire se situe non pas dans le Règlement 1260/2012 mais dans l'Accord relatif à la Juridiction unifiée du brevet¹³⁸. Dès lors, en vertu de l'article 3.2 du TFUE, l'Union aurait dû être dotée de la compétence exclusive pour le conclure et non pas ses États membres : il s'agit en effet d'un accord dont la conclusion est prévue dans un acte de l'Union à savoir le Règlement 1260/2012, qui affecte des règles communes ou altère leurs portées, et fait partie du « régime linguistique ». Par ailleurs, l'exigence d'unanimité en matière linguistique ne semble pas compatible avec la coopération renforcée : pour pouvoir la rejoindre, les non-participants doivent accepter en totalité et sans possibilité de négocier le contenu de la coopération, ce qui inclut, dans le cas qui nous occupe, le régime linguistique. Dans le cas, où toutes les conditions d'accès ne sont pas réunies chez le candidat souhaitant rejoindre la coopération renforcée, le Conseil statue à l'unanimité sur son inclusion. Mais dès lors qu'un nouveau membre rejoint la coopération, sans avoir pu

¹³⁵ Première Déclaration de la Commission et des États membres participant à la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire par brevet, Document du Conseil 6524/11 ADD 1, Bruxelles, 2 mars 2011, p. 1, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%206524%202011%20ADD%201> (consulté le 9 août 2015).

¹³⁶ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 646.

¹³⁷ *Ibid.*, pp. 649-650.

¹³⁸ Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, art. 49-51.

exprimer son avis sur le régime linguistique, l'exigence d'unanimité est-elle toujours respectée ? On sait le caractère sensible que revêt la question linguistique au sein de l'Europe, qui a mené justement à imposer l'unanimité comme règle de vote pour l'ensemble des questions relatives aux langues. N'est-il pas dès lors contraire à l'esprit des Traités de permettre l'instauration d'un régime linguistique au sujet duquel l'ensemble des États membres n'ont pas exprimé leur assentiment ? En d'autres termes, est-il compatible avec les Traités de permettre à une coopération renforcée, n'impliquant par essence pas l'ensemble des États membres, de créer un régime linguistique¹³⁹ ?

Le règlement 1260/2012 instaure une période transitoire¹⁴⁰. Pendant un maximum de 12 ans qui suivra l'entrée en vigueur du brevet européen à effet unitaire, celui-ci devra encore être traduit. Deux cas de figure sont prévus : si le brevet a été délivré en allemand ou en français, il devra être traduit en anglais ; s'il a été délivré en anglais, il devra être traduit dans une des 23 autres langues officielles de l'Union Européenne.

Au bout de cette période, qui pourra éventuellement être abrégée¹⁴¹, aucune traduction ne sera plus requise. Le pari du législateur européen est en effet que les outils automatisés de traduction deviendront rapidement suffisamment performants pour qu'il ne soit plus nécessaire de recourir à une traduction manuelle systématique. Un partenariat a d'ailleurs été conclu avec Google en vue du perfectionnement rapide des outils de traductions développés par ce groupe¹⁴². Reste toutefois à voir si ce pari aboutira et si la qualité des traductions automatiques sera effectivement suffisante pour qu'on lui confie des instruments dont dépendent autant d'enjeux financiers et économiques que les brevets.

¹³⁹ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, pp. 648-649.

¹⁴⁰ Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, art. 6.

¹⁴¹ Règlement 1260/2012, art. 6, §3.

¹⁴² Voyez https://www.epo.org/searching/free/patent-translate_fr.html.

Chapitre 3 : La Juridiction unifiée du brevet

En plus du nouveau brevet européen à effet unitaire, le paquet européen des brevets institue également une nouvelle juridiction possédant une compétence exclusive par rapport au contentieux les concernant. En outre, cette nouvelle Juridiction unifiée du brevet est également compétente en matière de brevets européens classiques. Pour cette raison, il était nécessaire que cette Cour soit créée par une convention internationale, et non pas par un instrument européen. En effet, si le Traité de Lisbonne a doté l'Union de la capacité de créer de nouveaux titres de propriété intellectuelle¹⁴³, celle-ci n'a pas de compétence sur le pouvoir des États à rendre la justice en matière de brevets européens classiques, qui sont assimilés du point de vue juridictionnel à des brevets nationaux. Un accord interétatique était donc requis pour transférer la souveraineté des États en la matière à une nouvelle juridiction¹⁴⁴.

Section 1 : Composition¹⁴⁵

La Juridiction est composée d'un tribunal de première instance, d'une Cour d'appel et d'un greffe¹⁴⁶. Le tribunal de première instance a fait l'objet d'âpres négociations quant à sa situation géographique. Un compromis a finalement pu être atteint en la scindant en plusieurs divisions¹⁴⁷. La division centrale est située à Paris tandis que des sections existent à Londres pour les litiges en matière de chimie (en ce inclus donc l'important secteur pharmaceutique) et à Munich pour l'ingénierie mécanique. Paris se voit donc accorder le reste du contentieux, avec comme point d'orgue de sa compétence les secteurs des télécommunications et de l'informatique. Peuvent également être créées des divisions locales et régionales. Les divisions locales sont dépendantes d'un État tandis que les divisions régionales sont communes à plusieurs États. La Cour d'appel et le greffe sont situés à Luxembourg¹⁴⁸. Un centre de formation des juges a été créé à Budapest¹⁴⁹ et des Centres d'arbitrages et de médiation en matière de brevet à Lisbonne et Ljubljana¹⁵⁰. La reconnaissance des méthodes alternatives de règlements des conflits en matière de

¹⁴³ TFUE, art. 118.

¹⁴⁴ P. Véron, *op. cit.*, pp. 6-7.

¹⁴⁵ L'annexe 2 offre un schéma représentant la composition de la Juridiction unifiée du brevet, afin de faciliter la compréhension de cette architecture complexe.

¹⁴⁶ Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, art. 6.

¹⁴⁷ *Ibid*, art. 7.

¹⁴⁸ *Ibid*, art. 9 et 10.

¹⁴⁹ *Ibid*, art. 19.

¹⁵⁰ *Ibid*, art. 35.

propriété intellectuelle est particulièrement bienvenue, celles-ci permettant dans bien des cas de régler les litiges de façon plus rapide et moins coûteuse, des besoins essentiels pour les entreprises. La matière des brevets n'est d'ailleurs pas la seule à voir les méthodes alternatives des conflits mises à disposition des justiciables en matière de droit intellectuel européen puisque l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur en charge des marques, dessins et modèles a également mis en place un service de médiation auquel les parties peuvent recourir à la suite d'un jugement de première instance et en parallèle de la procédure d'appel¹⁵¹.

Les États sont compétents pour mettre en place une ou, si les conditions relatives à la charge d'affaires sont respectées, plusieurs divisions locales du tribunal de première instance sur leur territoire¹⁵². Les conditions en question sont qu'une division ne peut être créée que pour chaque centaine d'affaires supplémentaires et que le plafond du nombre de divisions dans un seul État est de quatre¹⁵³. Plusieurs États ont déjà créé une division locale : la Belgique, le Danemark et la France. L'Allemagne devrait quant à elle en instituer pas moins de quatre, en tant qu'acteur européen principal en matière de brevet¹⁵⁴. Quant à la faculté de s'associer pour créer une division régionale, elle a d'ores et déjà été utilisée par la Suède, l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie.

Pour les États ne souhaitant pas créer de division locale ou participer à une division régionale, la compétence juridictionnelle reviendra à la division centrale.

Malgré sa dénomination, la Juridiction unifiée du brevet présente donc la caractéristique d'être éparse au niveau géographique. Cela permet de se rapprocher des justiciables, ce qui était le vœu des milieux intéressés qui avaient d'ailleurs critiqué les tentatives de création de juridictions centralisées, que ce soit à Munich, à Bruxelles ou à Luxembourg¹⁵⁵. La division centrale, située donc à Paris, à Munich et à Londres, est toutefois munie de compétences exclusives. Ainsi est-elle la seule à pouvoir être saisie à titre principal d'une demande en nullité d'un brevet, là où les divisions locales et régionales ne peuvent traiter en la matière que des demandes à titre reconventionnel¹⁵⁶.

¹⁵¹ Décision 2013-3- du présidium des chambres de recours du 5 juillet 2013 sur le règlement amiable des litiges de l'OHMI, accessible à l'adresse https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/quest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/presidium_boards_appeal/presidium_decision_2013-3_fr.pdf (consulté le 9 août 2015).

¹⁵² Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, art. 7.

¹⁵³ *Ibid*, art. 7.4.

¹⁵⁴ H. ULLRICH, *op. cit.*, p. 14, note de bas de page n° 44.

¹⁵⁵ P. VÉRON, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁶ Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, art. 33.

Les juges siégeant au sein de cette nouvelle Juridiction seront de deux types : des juges « juristes » et des juges « techniciens »¹⁵⁷. La composition du banc variera selon les affaires. Si certaines pourront être traitées seulement par des juges « juristes », la présence d'un technicien sera nécessaire à chaque fois qu'il sera traité de la validité d'un brevet. C'est là une innovation qu'introduit la nouvelle Juridiction qui est, nous le constaterons, particulièrement orientée vers le respect des aspects technologiques. De plus, des règles sont prévues quant à la nationalité des magistrats : la règle générale est que chaque affaire traitée par une division locale est soumise à un juge ressortissant et à deux juges non ressortissants, mais cette règle est inversée dans le cas où l'État où l'action a lieu connaît plus de 50 procédures par an¹⁵⁸.

On notera que l'intérêt des juges européens semble attisé par la nouvelle juridiction puisque plus d'un millier d'entre eux auraient déjà envoyé leur pré-candidature au début de cette année, alors même que la juridiction ne devrait en employer que quelques dizaines, au moins pour ses premières années¹⁵⁹.

Section 2 : Nature hybride

À l'instar du brevet européen à effet unitaire, la Juridiction unifiée du brevet qui l'accompagne dispose d'une architecture particulièrement innovante. Suite à l'Opinion 1/09 de la CJUE¹⁶⁰ qui a déclaré la précédente tentative de création d'une juridiction centralisée en Europe non conforme au droit européen, le projet a été revu pour aboutir à une Cour à la fois internationale et nationale. En effet, la Juridiction unifiée du brevet est considérée comme faisant partie du système judiciaire de chacun des États ayant ratifié l'Accord¹⁶¹. En tant que Cour nationale des États membres, elle s'inscrit donc dans le droit européen.

¹⁵⁷ *Ibid*, art. 15 et 18.

¹⁵⁸ *Ibid*, art. 8.2 et 8.3.

¹⁵⁹ P. VÉRON, *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁰ CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09, *op. cit.*

¹⁶¹ A. KUR et T. DREIER, *European property law*, Cheltenham, Elgar, 2013, p. 155.

Après une période transitoire devant durer sept ans et éventuellement renouvelable pour une autre période de sept ans, la nouvelle Juridiction remplacera les tribunaux nationaux pour le contentieux des brevets d'invention¹⁶².

Section 3 : Compétence de la Juridiction unifiée du brevet

La compétence de la juridiction est fixée par l'article 32, §1. Contrairement à ce qu'on peut trouver dans certains droits nationaux, il ne s'agit pas là d'une disposition générale mais bien d'une liste énumérative de cas pour lesquels la JUB dispose d'une compétence exclusive. La Cour est donc compétente uniquement pour

- « a) les actions en contrefaçon ou en menace de contrefaçon de brevets et de certificats complémentaires de protection et les défenses y afférentes, y compris les demandes reconventionnelles concernant les licences ;*
- b) les actions en constatation de non-contrefaçon de brevets et de certificats complémentaires de protection ;*
- c) les actions visant à obtenir des mesures provisoires et conservatoires et des injonctions ;*
- d) les actions en nullité de brevets et de certificats complémentaires de protection ;*
- e) les demandes reconventionnelles en nullité de brevets et de certificats complémentaires de protection ;*
- f) les actions en dommages-intérêts ou en réparation découlant de la protection provisoire conférée par une demande de brevet européen publiée ;*
- g) les actions relatives à l'utilisation de l'invention avant la délivrance du brevet ou au droit fondé sur une utilisation antérieure de l'invention ;*
- h) les actions en réparation concernant les licences formées sur la base de l'article 8 du règlement (UE) n° 1257/2012 ; et*
- i) les actions concernant les décisions prises par l'Office européen des brevets dans l'exercice des tâches visées à l'article 9 du règlement (UE) n° 1257/2012. »¹⁶³*

Ce choix de recourir à une liste fermée de compétences n'est pas sans désavantages. D'une part, certains litiges n'entrent pas dans le champ de compétence de la Cour, comme les actions relatives à l'exécution d'un contrat de licence, les actions

¹⁶² Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, art. 83.

¹⁶³ *Ibid*, art. 32, §1.

concernant les inventions de salariés ou les actions en revendication de propriété. D'autre part, certains litiges peuvent à la fois soulever des questions soumises à la compétence de la Juridiction unifiée du brevet et d'autres qui ne le sont pas. Pierre Véron prend l'exemple d'un contrat de licence où le licencié contesterait la validité du brevet : la partie du contentieux concernant l'exécution du contrat de licence serait soumise à la juridiction des autorités nationales tandis que la partie relative à la validité du brevet serait du ressort de la JUB¹⁶⁴...

L'article 33 définit les règles de compétence des différentes divisions composant le tribunal de première instance, prévoyant les critères permettant de définir quelles divisions peuvent être saisies. Ces règles encadrent le phénomène de *forum shopping* et doivent contenir la concurrence à laquelle les différentes composantes du tribunal de première instance risquent de se livrer pour assurer leur financement.

Les règles en la matière sont largement inspirées de celles contenues dans le Règlement Bruxelles I *bis*¹⁶⁵. D'une part, il est permis aux parties de s'accorder pour porter une action devant la division de leur choix¹⁶⁶. D'autre part, à défaut d'un tel accord, la compétence est accordée à la division du lieu de contrefaçon, avec renvoi, à la demande du défendeur, à la division centrale dans le cas où une action en contrefaçon est pendante devant une division régionale et où la contrefaçon a eu lieu sur le territoire d'au moins trois divisions régionales. De plus, la compétence est accordée à la division du lieu du domicile du défendeur¹⁶⁷. Pour les défendeurs n'ayant ni domicile ni établissement en Europe, la compétence est accordée à la division centrale. Pour les actions en contrefaçon contre un contrefacteur n'ayant ni domicile ni établissement en Europe, le demandeur peut donc librement élire soit une division du lieu de contrefaçon, soit la division centrale.

Concernant la portée des décisions de la JUB, elles couvrent l'ensemble des territoires des États où le brevet sort ses effets¹⁶⁸.

Les décisions rendues par la Cour d'appel de la nouvelle Juridiction sont définitives : aucun contrôle ne peut être exercé dessus par une autre entité et aucun recours en cassation ou en révision n'est prévu¹⁶⁹. L'opportunité d'instaurer de tels contrôles a été

¹⁶⁴ P. VÉRON, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁵ Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, art. 31.

¹⁶⁶ *Ibid*, art. 33.

¹⁶⁷ *Ibid*, art. 33.

¹⁶⁸ *Ibid*, art. 34.

¹⁶⁹ *Ibid*, art. 75.

évoquée durant les négociations de l'Accord instituant la JUB mais n'ont finalement pas abouti à leurs créations. La raison en est que différents États jugeaient préférables de se passer d'un contrôle par la CJUE afin que l'ensemble du contentieux des brevets d'invention soit soumis à la seule appréciation de juges spécialisés¹⁷⁰. Toutefois, l'Accord reconnaît explicitement la primauté du droit européen, une leçon apprise suite à l'Opinion 1/09 de la CJUE qui avait rejeté la précédente tentative d'accord pour non-respect de la primauté du droit de l'Union.

Section 4 : Sources du droit et droit applicable

L'article 24 prévoit quelles sont les sources du droit applicables par la Juridiction unifiée du brevet. Il s'agit du droit de l'Union, de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, de la CBE, des autres accords internationaux applicables aux brevets et contraignants à l'égard de tous les États membres contractants, et des droits nationaux.

Le second alinéa précise que dans le cas où c'est le droit national qui est appliqué, le droit applicable est en premier lieu les règles de droit de l'Union en la matière, ou, à défaut, d'une convention internationale réglant la problématique en jeu. Si cela ne règle pas la question, seront appliquées les « *dispositions nationales de droit international privé déterminées par la Juridiction* ». Cela signifie que la Cour choisira elle-même le droit national qu'elle estime le plus adapté, et cela exclut la possibilité de la création d'un système autonome de droit international privé par la Juridiction elle-même.

Le droit matériel appliqué par la Juridiction du brevet unifiée est défini aux articles 25 à 30 de l'Accord. Il est largement nouveau et remplacera à terme les droits nationaux des États participant à la nouvelle Juridiction, à la fois pour le brevet européen à effet unitaire mais aussi pour le brevet européen classique.

Le droit relatif au brevet en tant qu'objet de propriété est laissé à la compétence du droit national. Cela signifie qu'un brevet européen à effet unitaire est soumis à une loi nationale sur l'entièreté du territoire des États participant à la coopération renforcée. Mais

¹⁷⁰ *Ibid*, p. 19.

aussi que la même loi ne sera pas applicable à l'ensemble des brevets européens à effet unitaire. Cela est contraire à l'objectif d'uniformité recherché¹⁷¹.

Section 5 : Régime linguistique

Un régime linguistique a été prévu pour accompagner la nouvelle Juridiction¹⁷². Les divisions locales et régionales sont soumises à la langue ou aux langues désignées par l'acte instituant ces divisions, ou l'une des langues de l'OEB si l'acte constitutif le permet. Cela permet non seulement aux justiciables d'avoir accès à une juridiction dans leur langue, une caractéristique indispensable pour un outil qui entend profiter notamment aux PME, mais également de permettre l'usage de langues plus universelles partout. Il n'est pas étonnant dès lors que l'ensemble des divisions locales ou régionales créées à ce jour comprennent l'anglais dans les langues de procédure admises devant elles.

Concernant la division centrale, ce sera la langue du brevet qui sera retenue, tandis que la Cour d'appel conservera la langue du jugement de première instance.

¹⁷¹ R. HILTY, T. JAEGER, M. LAMPING ET H. ULLRICH, "The unitary patent package: twelve reasons for concern", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-12*, oct. 2012, p. 2.

¹⁷² Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, art. 49 à 51.

Chapitre 4 : Fragmentations du marché intérieur introduites par le paquet européen des brevets

Section 1 : Fragmentation territoriale

Le nouveau brevet européen à effet unitaire renforce la fragmentation préexistante dans le système de protection de la propriété intellectuelle en Europe. Il implique une fragmentation territoriale puisqu'il repose sur le mécanisme de la coopération renforcée et ne couvre dès lors pas l'ensemble du marché intérieur. Ce nouveau titre n'a pas d'effet dans les États non participants. Mais son effet est en plus limité au territoire des États ayant ratifié l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet. Le brevet européen à effet unitaire ne remplit donc pas l'objectif de cohésion dans le marché intérieur qui était recherché par le brevet unitaire¹⁷³.

Le brevet européen à effet unitaire, de par son recours à la coopération renforcée comme un outil permettant de surmonter l'exigence d'unanimité, ravive la crainte d'une Europe à plusieurs vitesses, déjà renforcée par la crise financière que traverse l'Europe¹⁷⁴. On le sait, une opposition forte existe aujourd'hui entre une Europe économiquement plus riche du nord et une Europe plus en proie aux difficultés financières du sud. Le meilleur exemple de cette tension intra-européenne est bien sûr la crise grecque qui n'en finit pas d'animer l'actualité. Des coopérations renforcées, dans leurs formes validées par les arrêts de la Cour dans la situation particulière du brevet européen à effet unitaire pourraient être amenées à devenir un outil permettant de creuser le sillon séparant ces deux parties de l'Europe. Si l'unanimité peut être contournée dans tous les domaines où la compétence de l'Union n'est pas exclusive, le dialogue entre ces groupes risque d'être compromis et les divergences de s'accroître suite à la prédominance actuelle d'une logique inter-gouvernementaliste en Europe, menant à une Union véritablement divisée. La montée des nationalismes dans des États tels que la France ou la Hongrie risque de porter un sévère coup à la construction européenne. Dans le même sens, le Brexit sera un élément majeur dans l'histoire du développement de l'Union. Le retrait d'un État membre serait une première aux lourdes conséquences.

¹⁷³ R. HILTY, T. JAEGER, M. LAMPING ET H. ULLRICH, *op. cit.*, 2012, p. 1.

¹⁷⁴ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, pp. 610-611.

Le mécanisme de la coopération renforcée est caractérisé par une forte symbolique. Deux philosophies dominent quant à son utilisation. La première est de voir le recours à cette méthode comme un outil permettant d'approfondir l'intégration européenne, en autorisant les États qui le souhaitent à avancer plus vite que ceux qui sont dans l'impossibilité de suivre un rythme plus élevé. Cette philosophie est celle défendue par les Traités, ainsi qu'en attestent les dispositions imposant aux participants à la coopération renforcée de laisser en permanence la porte ouverte à de nouveaux États pour les rejoindre¹⁷⁵ ou de n'utiliser la coopération renforcée que pour poursuivre l'intégration¹⁷⁶. S'il est ainsi appliqué, le mécanisme de la coopération renforcée ne fragmente le marché intérieur que de façon temporaire, puisque le but est bien qu'à terme l'ensemble des États membres se joignent à la coopération renforcée. Lorsque cela se produit, le domaine soumis à ce régime particulier perd son statut spécifique pour rejoindre l'acquis communautaire. Dès lors, d'éventuels nouveaux États membres de l'Union auront pour obligation de respecter la législation européenne en la matière. L'intégration partielle n'est donc qu'une étape vers une intégration totale.

Une autre vision de la coopération renforcée consiste à la détourner de son but en se servant de cet outil afin d'isoler certains États et d'imposer au final un régime donné malgré les réticences de certains. C'est cette vision qui semble avoir prévalu dans le cas qui nous occupe ici, celui du paquet européen des brevets. Le recours à la coopération renforcée a fait suite à l'impossibilité pour les États membres de parvenir à un consensus concernant le régime linguistique devant accompagner le brevet européen à effet unitaire. Rappelons que, en vertu de l'article 118, al. 2 du TFUE, c'est la procédure législative spéciale, qui implique l'unanimité au sein du Conseil, qui est imposée pour l'adoption du régime linguistique des titres de propriété intellectuelle de l'Union. Or, en l'espèce, vu l'impossibilité d'atteindre l'unanimité là où elle était requise, la coopération renforcée a permis de contourner l'obstacle. Les réticences de l'Espagne et de l'Italie ont été balayées d'un revers de la main, et la majorité des États membres a imposé sa vue aux contestataires¹⁷⁷.

Cette façon de faire pose question par rapport au processus de construction de l'Union Européenne et du rapport qu'ont les États membres avec elle. La construction européenne a toujours été caractérisée par une tension entre la volonté de procéder à l'intégration européenne, nécessaire à l'heure d'une mondialisation toujours plus poussée pour garder

¹⁷⁵ TFUE, art. 328.

¹⁷⁶ TUE, art. 20.

¹⁷⁷ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 648-649.

un poids politique et économique face aux mastodontes que sont la Chine, la Russie, les États-Unis, etc., et la tendance qu'ont toujours les États à protéger leur souveraineté et à faire prévaloir les intérêts nationaux sur les intérêts européens. Cette tension joue un rôle bénéfique dans la mesure où l'intérêt européen, s'il est primordial, n'est toutefois pas absolu et qu'il convient de respecter les particularismes qui font la diversité et la richesse de l'Europe.

M. Desantes Real résume bien cette problématique fondamentale du droit européen :

« Un des grands défis de l'intégration européenne est la gestion de la diversité, c'est-à-dire la capacité de combiner d'un côté le principe d'unité avec l'augmentation régulière des nouveaux États membres, et de l'autre l'intégration selon les différentes vitesses de progression. Il n'est donc pas surprenant de constater que, autour des années 90 et après plus de deux décennies de processus de formation, deux visions radicalement différentes sur l'avenir de l'Europe et la portée de la construction européenne ont cristallisé : d'abord, l'intergouvernemental, dominé par l'imposition des principes libéraux, c'est-à-dire avec des budgets très limités, une large marge d'autonomie nationale et régi par la subsidiarité et par un fonctionnement des institutions de l'UE ralenti et subordonné ; et d'autre part, l'institutionnel, caractérisé par le renforcement des institutions ayant autorité morale, bien dotées en ressources financières et garantissant la mise en œuvre de politiques communes. Les deux visions ont toujours partagé la même compréhension de la réalité : l'efficacité d'une organisation de presque trente membres implique d'apprendre à gérer les risques de ce que les plus lents et moins bien préparés bloquent sur les questions majeures le progrès des autres. Bref, la seule façon de maîtriser le cercle vicieux entre l'élargissement et l'approfondissement est de développer la différenciation comme une méthode pour assurer l'intégration. »¹⁷⁸

Afin d'assurer l'équilibre dans ce rapport de force, la solution privilégiée est celle du dialogue. Ce dialogue existe à plusieurs niveaux. Dialogue entre les États membres d'une part, qui doivent définir quels sont les sujets qu'il est bénéfique de confier à l'Union. Dialogue entre les institutions également, puisque celles-ci sont par essence plus ou moins tournées vers une logique ou une autre. Ainsi le Conseil est-il plus proche d'une logique inter-gouvernementaliste tandis que le Parlement assure le contrepoids en penchant davantage du côté du communautarisme. Dialogue, enfin, entre les institutions et les États membres, pour définir l'étendue respective des compétences européennes et des compétences nationales, notamment dans le cas des compétences partagées.

¹⁷⁸ *Ibid*, pp. 603-604.

Le cas du brevet européen est remarquable parce qu'il illustre l'échec de ces dialogues. Le dialogue entre États a échoué puisque l'Espagne et l'Italie se sont vues mettre de côté par les autres États membres. C'est également l'échec du dialogue entre institutions puisque, nous l'avons vu, le Conseil s'est permis de s'immiscer dans les compétences du Parlement afin de sortir le droit matériel du brevet européen à effet unitaire du règlement 1257/2012 pour le reverser dans l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet ; c'est-à-dire de sortir ce droit matériel du droit européen pour l'inscrire dans un instrument de droit international, avec les conséquences que l'on a vues. Cette immixtion n'avait d'ailleurs pas été du goût d'un certain nombre de membres du Parlement, qui n'avaient pas hésité à manifester leur mécontentement¹⁷⁹. C'est enfin l'échec du dialogue entre les institutions et les États membres puisque le mandat qui avait été donné aux membres de la coopération renforcée de créer un titre européen de propriété intellectuelle n'a pas été respecté : c'est un brevet européen à effet unitaire qui a été institué en lieu et place du brevet communautaire qui était attendu depuis la naissance de la Communauté, et que le droit matériel de ce brevet ne fait pas partie du droit européen.

Le brevet européen à effet unitaire apparaît donc comme symptomatique de tensions plus profondes qui marquent l'Union Européenne. Là où l'exemple de la marque européenne avait montré qu'il était possible d'obtenir un consensus en matière de propriété intellectuelle, le brevet met en évidence la réticence actuelle des États à se livrer au communautarisme. Le recours à la coopération renforcée a perverti les mécanismes censés protéger l'Union contre un excès d'inter-gouvernementalisme, tels que l'exigence d'unanimité au Conseil.

La marque fait principalement l'objet de deux textes européens visant à harmoniser la matière. Le premier est la directive sur la marque communautaire de 2008¹⁸⁰. Cette directive harmonise les droits nationaux des différents États membres en matière de marque et a fait l'objet d'une série d'arrêts de la part de la Cour de Justice. Celle-ci a statué que les articles 5 à 7 effectue une harmonisation complète des règles en matière de droits conférés par la marque¹⁸¹ et que l'article 5(2), qui est optionnel mais qui a été intégré par les États membres, a pour effet de compléter l'harmonisation s'il est

¹⁷⁹ Voyez les citations de K.-H. Lehne et B. Rapkay au chapitre 2, section 3.

¹⁸⁰ Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques, *J.O.U.E.*, L 299, du 8 novembre 2008, p. 25.

¹⁸¹ CJUE, 16 juillet 1998, Silhouette International Schmiedt GmbH & Co KG v Hartlauer Handelgesellschaft mbH, C-355/96, accessible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0355&from=EN> (consulté le 9 août 2015).

implémenté¹⁸². Même lorsque la directive laisse une certaine marge de manœuvre aux législateurs nationaux, la marque communautaire qui existe en parallèle tend à pousser les droits nationaux vers une certaine harmonisation¹⁸³. L'interprétation de la Directive par Luxembourg a fait l'objet de critiques de la doctrine, mais ceux-ci ne sont pas tant dues à l'harmonisation qu'elle assure qu'à d'autres causes, telles que le manque de spécialisation des juges et des Avocats Généraux de la CJUE dans le domaine de la propriété intellectuelle, certaines carences des jugements comme l'absence d'opinions dissidentes, ou la surcharge d'affaires pendantes devant la Cour, selon A. Ohly et J. Pila¹⁸⁴.

Le second texte européen clé en matière de marque est le Règlement sur la marque communautaire de 2009¹⁸⁵. Ce Règlement instaure l'Office pour l'Harmonisation du Marché Intérieur (OHMI) comme institution chargée de la délivrance des marques communautaires. Bien que présentant des similitudes avec l'Office Européen des Brevets, l'OHMI fait quant à lui bien partie du cadre institutionnel de l'Union. Les appels des décisions des chambres de recours peuvent donc, en dernière instance être adressés à la CJUE. Les correspondances entre les dispositions de droit substantiel de la Directive et du Règlement font en sorte que la jurisprudence concernant la Directive affecte ainsi le Règlement, et vice-versa, ce qui joue en faveur d'une harmonisation plus poussée. On voit donc que le brevet européen à effet unitaire reste bien loin du résultat atteint par la marque en termes de degré d'harmonisation.

On notera également le rôle de Luxembourg dans cette affaire. Pour la première fois, la Cour avait la responsabilité de s'exprimer sur une utilisation contestée de la coopération renforcée, puisque le seul précédent en la matière, le règlement Rome II¹⁸⁶, n'avait pas suscité de débat particulier. Les décisions rendues nous semblent contestables, en ce qu'elles entérinent ou, à tout le moins, ne condamnent pas l'utilisation de la coopération renforcée non pas comme outil permettant aux plus rapides d'avancer plus vite, mais comme instrument permettant à la majorité de contourner le besoin d'unanimité. De plus, le recul temporel dont nous disposons nous pousse à nous interroger sur le fait que les conditions nécessaires au recours à la coopération renforcée étaient bien rencontrées lorsque celui-ci a été autorisé : l'atteinte d'un résultat équivalent dans un délai raisonnable

¹⁸² CJCE, 23 octobre 2003, Adidas-Salomon AG v Fitnessworld Trading Ltd, C-408/01, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48366&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=200462> (consulté le 9 août 2015).

¹⁸³ A. OHLY et J. PILA, *The Europeanization of intellectual property law: Towards a European Legal Methodology*, Oxford, Oxford university press, 2013, p. 30.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Règlement 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, *J.O.U.E.*, L 78, du 24 mars 2009, p. 1.

¹⁸⁶ Règlement 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), *J.O.U.E.*, L 199, du 31 juillet 2007, p. 40.

était-elle vraiment impossible par la discussion, alors que l'Italie a aujourd'hui annoncé son intérêt pour rejoindre la coopération renforcée suite au rejet des actions contestant la coopération renforcée ?

Relevons également que le mécanisme même de coopération renforcée contient des tares dans son architecture : le choix offert aujourd'hui à ceux qui ne participent pas à la coopération renforcée est soit d'accepter le régime instauré par le paquet européen des brevets tel quel, sans possibilité réelle d'en négocier une modification, soit d'être condamnés à rester en marge du système, avec des conséquences potentiellement substantielles sur la compétitivité des entreprises locales¹⁸⁷. La coopération renforcée a ainsi sonné le glas de la discussion, base supposée de la construction européenne, et marque un précédent possiblement néfaste dans l'histoire de l'intégration, avec un triomphe de l'inter-gouvernementalisme sur le communautarisme.

La question se pose de savoir si une intégration partielle ne vaut pas mieux qu'une absence totale d'intégration. Dans le cas du brevet européen à effet unitaire, toutefois, il est à craindre que cette avancée, car ce nouveau titre en représente définitivement bien une dans la mesure où il semble répondre aux besoins des industries actives sur le marché de la propriété intellectuelle malgré les réserves juridiques et politiques que nous exprimons, ne bloque complètement la voie à l'achèvement du processus d'harmonisation du marché intérieur. En effet, un refus perpétuel de l'Espagne risquerait de condamner définitivement ou en tout cas durablement la création d'un véritable titre européen de protection de la propriété intellectuelle : quel intérêt y a-t-il pour les membres de la coopération renforcée, à négocier la création d'un brevet véritablement basé sur du droit européen si les besoins économiques des utilisateurs de brevet sont rencontrés ? Et cela est d'autant plus vrai que la Cour de Justice a validé le processus de création du brevet européen à effet unitaire malgré les réserves qui peuvent être soulevées sur le plan juridique. On peut donc se demander si cette coopération renforcée, n'était pas viciée dès sa création puisqu'elle ne respecte pas la raison d'être d'un tel mécanisme mais, au contraire, a pour effet de nuire à la cohésion européenne en ce qu'elle risque de fragmenter le marché intérieur de façon durable.

Rajoutons enfin que si la coopération renforcée est acceptée comme outil permettant de contourner l'exigence d'unanimité plutôt que comme facteur d'intégration progressive,

¹⁸⁷ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 648.

les conditions qui en règlementent l'usage peuvent causer des situations inextricables. Le fait que le nombre de participants minimal requis pour pouvoir utiliser ce mécanisme n'a pas changé depuis sa création dans le Traité d'Amsterdam dans une Europe qui comptait alors 15 membres jusqu'à la législation actuelle permet l'apparition de trois coopérations renforcées différentes sur un même sujet. Il n'est en effet pas impossible d'imaginer trois groupes comprenant chacun neuf États se constituer et prendre des directions différentes. Une telle situation causerait une fragmentation inédite du marché intérieur¹⁸⁸. Bien sûr, il est largement improbable que le Conseil donne son autorisation à l'institution de plusieurs coopérations renforcées dans un même domaine, mais le point nous semble devoir être soulevé.

Section 2 : Fragmentation dans le droit matériel applicable

Le nouveau brevet européen à effet unitaire ne remplaçant pas les brevets nationaux et européens classiques, quatre niveaux de brevets coexistent dans l'Union :

- les brevets nationaux ;
- les brevets nationaux accordés par l'OEB et soumis au régime de l'Accord relatif à la JUB ;
- les brevets nationaux accordés par l'OEB et non soumis au régime de l'Accord relatif à la JUB, soit par *opt out* durant la phase transitoire, soit pour les États n'ayant pas ratifié l'Accord, soit pour les États non membres de l'UE ;
- et les brevets européens à effet unitaire¹⁸⁹.

Lorsqu'un effet unitaire est demandé pour un brevet européen, cet effet est accordé avec effet rétroactif : on considère que le brevet européen a été doté de l'effet unitaire dès le jour de sa délivrance. Or, entre le moment de la publication du brevet au *Bulletin européen des brevets* et le moment où est accordé l'effet unitaire, la protection classique du brevet européen est effective, c'est-à-dire que le brevet jouit des mêmes effets qu'un brevet national¹⁹⁰. Ainsi, en vertu de la rétroactivité de l'effet unitaire, deux protections coexistent durant une brève période. Les États participants sont invités par le règlement 1257/2012 à prendre les mesures nécessaires pour que, lorsqu'un effet unitaire a été enregistré et s'étend à leur territoire, le brevet européen auquel est accolé cet effet ne

¹⁸⁸ *Ibid*, pp. 614-615.

¹⁸⁹ R.HILTY, T. JAEGER, M. LAMPING et H. ULLRICH, *op. cit.*, pp. 1-2.

¹⁹⁰ CBE, art. 64.1.

soit pas considéré comme un brevet national à la date de la publication au *Bulletin européen des brevets*¹⁹¹. Cette rétroactivité modifie ainsi les droits accordés aux brevetés dont le titre est antérieur au règlement, nuisant au principe de sécurité juridique¹⁹². Lors de l'entrée en vigueur de la marque et des dessins et modèles communautaires, ces nouveaux titres n'avaient commencé à sortir leurs effets qu'au jour de leur inscription au registre, donc sans effet rétroactif, protégeant ainsi ce principe de sécurité juridique. Le problème ne se serait pas posé dans le cas où un brevet unitaire avait bien été créé comme prévu par l'autorisation de coopération renforcée, puisque nous aurions eu affaire à un titre entièrement nouveau. En l'espèce, la réforme se contentant de laisser la possibilité d'adjoindre un effet unitaire à des titres préexistants, la rétroactivité est nécessaire afin de permettre une plus grande pénétration du marché par le brevet unitaire et de ne pas défavoriser les possesseurs de brevets européens face à des concurrents ayant la possibilité d'obtenir un brevet similaire couvrant un territoire plus étendu pour un coût moindre après entrée en vigueur de la réforme. Malheureusement, cela se fait au prix d'une insécurité préoccupante.

Section 3 : Fragmentation jurisprudentielle

Section 3.1 : Des Cours à différents niveaux

De même que plusieurs couches de droit coexistent en matière de brevets, il subsiste plusieurs juridictions en la matière en Europe. La JUB s'ajoute comme une nouvelle alternative mais ne fournit pas de consolidation et différentes juridictions coexistent donc :

- La Juridiction unifiée du brevet pour les questions de violation et de validité des brevets pour les États ayant ratifié l'Accord l'instituant,
- La CJUE pour les questions qui lui seront posées par la Juridiction unifiée du brevet,
- Les juridictions nationales des États ne participant pas à la coopération renforcée ou n'ayant pas ratifié l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet (ainsi que celles des États membres de la CBE mais ne faisant pas partie de l'Union) pour les brevets européens et pour les brevets nationaux,

¹⁹¹ Règlement 1257/2012, art. 4.2.

¹⁹² M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 642.

- Les chambres des recours pour les appels administratifs concernant les brevets européens¹⁹³.

Or, les règles de compétence qui accompagnent la Juridiction permettront dans une large mesure de recourir au *forum shopping*, puisque certaines situations existent où le demandeur dispose de la faculté de porter son action devant le tribunal de son choix et ce sans contrôle. On pense en particulier à l'hypothèse où le défendeur ne dispose ni d'une résidence ni d'un établissement en Europe.

Cette multitude de juridictions implique que des relations devront se tisser entre les différents acteurs de ce système juridictionnel à plusieurs étages. Le rôle de la Juridiction unifiée du brevet devrait être central, éclipsant dans une large mesure celui de l'Office Européen des brevets qui est aujourd'hui l'instance principale à l'échelle européenne¹⁹⁴. En effet, les juridictions nationales ont peu de contrôle sur le droit substantiel de l'OEB puisque leur action est limitée à leur territoire. L'influence de la CJUE est quant à elle bornée à des questions touchant à la concurrence et à la libre circulation des biens. L'OEB disposait donc *de facto* d'un important pouvoir centralisateur. Cette autonomie dévolue à l'OEB sera toutefois limitée par l'entrée en vigueur de la Juridiction unifiée du brevet. Celle-ci est dotée de la capacité de casser les décisions de l'OEB en matière de validité des brevets. Cette capacité est d'ailleurs favorisée par la formation de ses juges, spécialisés dans la matière des brevets, ainsi que par la difficulté pour les législateurs étatiques de modifier l'Accord relatif à la JUB, puisqu'il s'agit d'un instrument de droit international, et donc d'imposer leur contrôle sur l'activité de cette juridiction qui dispose dès lors d'une large marge de manœuvre. Enfin, l'autonomie de la Juridiction unifiée du brevet est encore renforcée par le fait qu'elle échappe largement au contrôle de la CJUE en matière de droit matériel¹⁹⁵.

Le danger est toutefois que la spécialisation de la nouvelle juridiction ne soit excessive et ne porte, au final, préjudice au système européen des brevets. J. Schovsbo, T. Riis et C. Salung Petersen expriment la crainte que la composition du banc de la JUB, partagée entre juges spécialisés en droit des brevets d'une part et juges spécialisés dans les différents secteurs techniques sur lesquels peuvent porter les titres de propriété

¹⁹³ R. HILTY, T. JAEGER, M. LAMPING ET H. ULLRICH, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹⁴ J. SCHOVSBO, T. RIIS ET C. SALUNG PETERSEN, "The Unified Patent Court: Pros and Cons of Specialization – Is there light at the end of the tunnel (vision)?" , *IIC*, 2015, vol. 46, p. 272.

¹⁹⁵ *Ibid*, pp. 272-273.

intellectuelle d'autre part, ne mène cette juridiction à ne se focaliser que sur les aspects techniques du contentieux en négligeant les questions plus larges qui peuvent l'entourer. Ces auteurs prennent comme exemple le droit de la concurrence et les questions éthiques, qui sont intimement liés aux brevets. Ainsi, si une Cour spécialisée est certainement utile pour statuer sur une matière aussi technique que celle du brevet, il est regrettable que la Juridiction unifiée du brevet ne soit pas soumise à des garde-fous plus solides permettant de s'assurer qu'elle respecte bien les différentes règles périphériques à la question des brevets.

La spécialisation possède toutefois bien sûr des avantages. Elle devrait permettre des décisions plus rapides et qualitatives, en phase avec les besoins de l'industrie. Elle assurera sans doute un certain degré d'uniformisation des décisions, favorisant la cohérence du régime des brevets en Europe ainsi que sa prédictibilité. Toutefois il convient sans doute d'éviter une surspécialisation et de favoriser un équilibre entre considérations techniques et les autres, à l'image de l'éthique ou du respect des normes de concurrence que nous citons plus haut¹⁹⁶. Impossible évidemment de prévoir à l'avance quelle sera l'attitude de la Juridiction unifiée du brevet avant que celle-ci ne prenne ses fonctions. Si son architecture favorise les aspects techniques, il n'en reste pas moins que des solutions peuvent être envisagées afin de s'assurer que ce ne soit pas là les seules considérations prises en compte. Ainsi serait-il intéressant par exemple de nommer des juges n'ayant pas exclusivement une expérience centrée sur la propriété intellectuelle mais aussi, dans une certaine mesure, sur le droit civil de façon plus large. Également, la Cour ferait bien de ne pas négliger les travaux fournis par les juridictions nationales avant son instauration, afin de s'inspirer des nombreux précédents à sa disposition¹⁹⁷.

Le recours à un système juridictionnel aussi fragmenté s'explique par l'opposition entre droit national et droit européen. Laisser la CJUE obtenir une compétence exclusive, c'est sacrifier les instances nationales. Le recours à une juridiction dont la base juridique réside dans le droit international plutôt que le droit européen permet aux États de conserver un minimum de contrôle sur l'action de la Juridiction¹⁹⁸, même si ce contrôle est limité puisqu'il implique une modification de l'Accord relatif à la Juridiction unifiée du brevet. Une autre voie aurait pu être de suivre la porte ouverte par les articles 257 et 262 du TFUE et de créer une instance spécialisée, adjointe au Tribunal de l'Union, et qui aurait

¹⁹⁶ *Ibid*, pp. 274.

¹⁹⁷ *Ibid*.

¹⁹⁸ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 591.

donc fait partie du droit de l'Union¹⁹⁹. Cette solution aurait eu le mérite de simplifier le système juridictionnel du brevet, au lieu de le fragmenter plus avant. Comme pour le brevet, la Juridiction est donc un avatar de la logique inter-gouvernementaliste plutôt que du communautarisme alors même que des solutions existaient pour légiférer vers une intégration plus poussée.

L'entrée en vigueur échelonnée du paquet européen des brevets rajoutera également de la fragmentation en matière de contentieux du brevet. Pour rappel, le paquet entrera en application une fois qu'un minimum de 13 États membres comprenant la France, l'Allemagne et l'Angleterre auront ratifié l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet. Une fois ces conditions remplies, les dernières de celles prévues par l'Accord à ne pas encore être entrées en vigueur, le brevet européen à effet unitaire ainsi que la Juridiction unifiée du brevet sortiront leurs effets, mais uniquement dans les États ayant ratifié l'Accord. Des disparités en matière juridictionnelle existeront donc entre les États membres, et il est impossible de prévoir combien de temps elles perdureront. Ajoutons qu'il serait même possible, dans une certaine hypothèse, que malgré l'exigence de 13 ratifications, le paquet européen des brevets ne sorte ses effets en réalité que dans 12 États lors de son entrée en vigueur étant donné que l'Italie, qui ne participe pas à l'heure actuelle à la coopération renforcée est bien partie à l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet. Si elle venait à faire partie des 13 premiers signataires, le paquet européen des brevets ne prendrait donc effet que dans les 12 autres États.

Section 3.2 : Régime transitoire

L'Accord relatif à la Juridiction unifiée du brevet contient en son article 83 un régime transitoire qui trouvera à s'appliquer pendant la période de sept ans qui suivra l'entrée en vigueur de l'Accord. Ce régime pourra être prolongé pour une plage supplémentaire de sept ans par le conseil d'administration de la JUB. Ce régime transitoire permet de faire en sorte que le passage des juridictions nationales à la JUB ne se fasse pas brusquement du jour au lendemain.

Durant cette période transitoire, une action en contrefaçon ou en nullité de brevet européen, classique comme unitaire, pourra être engagée devant les juridictions

¹⁹⁹ *Ibid*, p. 653.

nationales plutôt que d'être soumise à la Juridiction unifiée du brevet. Les actions entamées au moment de l'expiration du régime transitoire suivront normalement leur cours devant la juridiction nationale saisie. De plus, il est permis aux titulaires ou demandeurs de brevet européen de déroger préventivement à la compétence exclusive de la Juridiction unifiée du brevet par notification au greffe au plus tard un mois avant l'expiration de la période transitoire. Cette dérogation ne peut être accordée si le brevet en question fait déjà l'objet d'une action devant la Juridiction unifiée du brevet. Elle peut toutefois être retirée à tout moment tant qu'aucune juridiction nationale n'est saisie d'une action concernant le brevet associé.

Une compétence concurrente existera donc pendant la période transitoire, avec libre choix pour le demandeur de porter son action devant la Juridiction unifiée du brevet ou devant des juridictions nationales, et ce sans besoin de motiver son choix. Cela implique des questions relatives à la litispendance et à la connexité pour le cas où un même brevet ferait l'objet d'actions à la fois devant la Juridiction unifiée du brevet et des juridictions nationales en même temps. Ces interrogations ont été adressées par la récente modification du Règlement Bruxelles I bis, qui était une condition à l'entrée en vigueur de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet.

En outre, il existera une possibilité de dérogation, à laquelle les praticiens font déjà référence sous le terme anglais d'"*opt out*". La logique est de ne pas changer les règles du jeu pour les titulaires de brevets européens préexistants à la réforme du régime européen des brevets : en effet, lorsqu'ils ont déposé leurs brevets, ce sont les juridictions nationales qui étaient compétentes pour gérer le contentieux de ces instruments²⁰⁰. Dès lors, il est laissé la possibilité à ceux qui le souhaitent de conserver les juridictions nationales en tant qu'autorités judiciaires compétentes pour leur brevet si cela leur convient mieux que la nouvelle juridiction, et ce indéfiniment, ou plus exactement pour toute la durée de vie de leur brevet. Il convient néanmoins pour le titulaire désireux d'échapper à la compétence de la nouvelle Juridiction de procéder à une formalité auprès du greffe : de base, les brevets seront bien soumis au contrôle de la Juridiction unifiée du brevet même si leur obtention est antérieure à l'entrée en vigueur de celle-ci. L'inconnue de ce système réside dans le nombre d'"*opt out*" qui seront effectivement réclamés. Il est probable que certains secteurs y recourent massivement pour échapper à l'incertitude qui entoure la jurisprudence de la nouvelle cour, préférant recourir à des entités dont les décisions sont plus prévisibles²⁰¹. Cette prévision semble d'autant plus plausible que l'"*opt in*" reste toujours accessible, pour autant qu'aucune demande n'ait été introduite au sujet du brevet

²⁰⁰ P. Véron, *op. cit.*, p. 27.

²⁰¹ P. Véron, *op. cit.*, p. 28.

soumis à *l'opt out*. Il reste donc toujours possible de revenir dans le système de la Juridiction unifiée du brevet si sa jurisprudence convient au détenteur d'un brevet donné.

L'opt out pourrait voir ses effets perdurer jusqu'à 20 vingt ans après la fin de la période transitoire, puisqu'il s'agit là de la durée maximale pendant laquelle la protection conférée par un brevet européen peut être maintenue²⁰². Les juridictions nationales chargées du contentieux des brevets ne disparaîtront donc pas dans l'immédiat. La question se pose toutefois de déterminer le droit que celles-ci devront appliquer. L'Accord précise que « [le breveté] a la possibilité de déroger à la compétence exclusive de la juridiction ». En principe, l'Accord lui-même devrait donc bien être appliqué malgré *l'opt out*, en ce compris son droit matériel. Cependant, il semble que le langage de l'Accord ne corresponde pas à la volonté des États signataires qui souhaitent en réalité que les droits nationaux puissent toujours s'appliquer. Une note interprétative²⁰³ a donc été publiée par le Comité préparatoire de la Juridiction unifiée du brevet pour réparer cette erreur, précisant que l'Accord ne s'applique pas en cas *d'opt out* et que c'est bien le droit national qui doit être appliqué si une affaire est soumise à une juridiction nationale. La note interprétative justifie sa position en se basant sur les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités²⁰⁴. L'article 31 dispose qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. L'article 32 précise que les travaux préparatoires ou les circonstances entourant sa conclusion peuvent être utilisés en tant que moyens complémentaires d'interprétations, soit pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit pour déterminer le sens lorsque l'application de l'article 31 laisse celui-ci ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. S'appuyant sur l'article 1 de l'Accord et ses considérants, le Comité préparatoire estime que le but de l'Accord est une unification de la jurisprudence en matière de brevets européens, *via* la centralisation qu'apporte une Juridiction unique. En effet, même si la Juridiction unifiée du brevet est composée d'une multitude de divisions, elle n'en reste pas moins une unique entité, et sa Cour d'appel est chargée d'assurer l'harmonisation de sa jurisprudence, assurant ainsi la sécurité juridique. Avant réforme, le droit européen n'assurait d'harmonisation que dans quelques domaines précis (les certificats complémentaires de protection pour les produits pharmaceutiques par

²⁰² CBE, art. 63.

²⁰³ Interpretative note - Consequences of the application of Article 83 UPCA, 29 janvier 2014, accessible à l'adresse <http://www.unified-patent-court.org/news/71-interpretative-note-consequences-of-the-application-of-article-83-upca> (consulté le 9 août 2015).

²⁰⁴ Convention de Vienne sur le Droit des Traités, signée à Vienne le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

exemple²⁰⁵, mais il s'agit d'un domaine délicat : rappelons l'échec de la Directive sur le brevet logiciel en 2005²⁰⁶) au sujet desquels il est possible de poser des questions préjudicielles à la CJUE. Le Comité remarque que le choix du législateur européen n'a pas été, contrairement à ce qui fut le cas pour la marque européenne, d'harmoniser les droits nationaux des États membres au moyen d'une directive permettant par ailleurs le recours aux questions préjudicielles à la CJUE. Il craint que, à défaut de possibilité de poser des questions préjudicielles à la Juridiction unifiée du brevet, l'application de l'Accord par les juridictions nationales ne cause préjudice à l'objectif d'harmonisation de l'Accord. Selon lui, il serait donc contraire à la volonté des États signataires de faire appliquer l'Accord par leurs juridictions nationales²⁰⁷.

Cette note interprétative n'a toutefois pas force obligatoire. Il appartiendra donc aux juridictions nationales elles-mêmes de décider si elles appliquent la lettre du texte, et donc le droit contenu dans l'Accord, ou si elles continuent à appliquer le droit national comme auparavant, ainsi que le suggère la note interprétative. Difficile de prévoir quel sera le choix qui sera retenu par les juridictions, ce qui est source d'une incertitude juridique puisque le droit matériel peut différer entre la législation de certains États et l'Accord. Pierre Véron l'illustre au moyen de l'exemple de certains essais cliniques qui sont actuellement autorisés en France mais deviendront illicites sous le régime de l'Accord²⁰⁸. Ainsi, selon qu'une affaire en la matière soit portée devant les juridictions françaises ou devant la Juridiction unifiée du brevet, un même défendeur pourrait-il être dans le premier cas exonéré et dans le second condamné. Cette situation est extrêmement malvenue, d'autant plus que les brevets ont une importance financière capitale pour des secteurs tels que l'industrie pharmaceutique.

Un risque prévisible est celui d'un afflux important d'*opt out* durant la période transitoire. En effet, celui-ci ne coûte rien puisqu'il peut être annulé à tout moment par un *opt in* et qu'il permet aux plus prudents de laisser les *early adopters* de la Juridiction unifiée du brevet porter leurs affaires devant cette nouvelle juridiction afin d'évaluer la qualité de ses décisions avant de se soumettre à son contrôle, en restant dans l'intervalle

²⁰⁵ Règlement 469/2009 du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments, *J.O.U.E.*, L 152, du 16 juin 2009, p.1

²⁰⁶ « Le Parlement européen a enterré la directive sur le brevet des logiciels », 6 juillet 2005, accessible à l'adresse http://www.lemonde.fr/europe/article/2005/07/06/le-parlement-europeen-a-enterre-la-directive-sur-le-brevet-des-logiciels_669825_3214.html (consulté le 9 août 2015).

²⁰⁷ Interpretative note - Consequences of the application of Article 83 UPCA, *op. cit.*

²⁰⁸ P. VÉRON, *op. cit.*, pp. 28-29.

sous le régime des instances nationales dont les tendances jurisprudentielles sont bien connues.

Une *sunrise period* a été introduite dans le règlement de procédure de la JUB²⁰⁹ qui permet d'introduire une demande d'*opt out* avant même l'entrée en vigueur de l'Accord lui-même. Le but est d'éviter que des actions ne soient introduites puis retirées dans le seul but d'empêcher le recours à l'*opt out*. De plus, ce règlement de procédure a également prévu une taxe pour l'*opt out* ainsi qu'une autre pour l'*opt in*, afin de limiter une utilisation abusive de l'*opt out* qui risquerait de boucher le système²¹⁰.

²⁰⁹ Règlement de procédure de la JUB, art. 5(8).

²¹⁰ M. DESANTES REAL, *op. cit.*, p. 670.

Chapitre 5 : Quel avenir pour le brevet européen à effet unitaire ?

Section 1 : Levée des derniers obstacles à l'entrée en vigueur du paquet européen des brevets

Il est à l'heure actuelle encore difficile de déterminer quand le brevet européen à effet unitaire rentrera en vigueur. Cependant, et malgré les nombreuses réserves que nous avons exprimées, tous les obstacles sur la voie de l'entrée en vigueur du nouveau brevet semblent avoir été levés.

Les recours devant la CJUE ont été rejetés, validant ainsi la légitimité de ce projet controversé. Suite à ces décisions de la Cour de Luxembourg, l'Italie, qui avait déjà signé l'Accord sur une Juridiction unifiée du brevet malgré son absence dans la coopération renforcée, a annoncé son souhait de se joindre à cette dernière²¹¹. La position de la Croatie reste encore inconnue à ce jour, tout au moins à notre connaissance. Quant à l'Espagne, si l'option de rejoindre la coopération renforcée lui reste ouverte en permanence ainsi que le veut le droit de l'Union, il reste à voir si elle la saisira à l'avenir. La Pologne quant à elle pourrait toujours signer l'Accord relatif à la Juridiction unifiée du brevet si elle décide finalement de se joindre au système instauré par le paquet européen des brevets.

Le processus de ratification suit par ailleurs son cours, malgré une certaine lenteur. Plus de deux ans après la signature de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, seuls sept États ont procédé à la ratification. Il s'agit de l'Autriche, de la Belgique, du Danemark, de la France, du Luxembourg, de Malte et de la Suède²¹². Même si le rythme des ratifications s'est accéléré ces derniers temps et si la ratification de l'Accord par la France n'est pas sans porter une importante charge symbolique, le processus n'en reste donc pas moins particulièrement lent²¹³. Pour rappel, treize ratifications sont nécessaires,

²¹¹ « Italy considers joining the unitary patent », 22 mai 2015, accessible à l'adresse : <http://blog.epo.org/unitary-patent-2/italy-considers-joining-the-unitary-patent/> (consulté le 9 août 2015).

²¹² Statut des ratifications de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, <http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2013001> (consulté le 9 août 2015).

²¹³ A. ZANARDO., « Quelques observations sur l'élaboration du brevet européen à effet unitaire », ICIP – Intellectual property, vol. 1, 2015, pp. 100-101.

dont celles de l'Allemagne, de la France et du Royaume-Uni, les trois principaux acteurs européens en matière de brevets²¹⁴.

Une autre interrogation a également été récemment levée, à savoir le cas particulier du Royaume-Uni. En effet, un référendum concernant la participation à l'Union Européenne a été annoncé pour 2017. Or, le Royaume-Uni fait partie, avec la France et l'Allemagne, des trois États dont la ratification de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet est indispensable à l'entrée en application du brevet européen à effet unitaire et de la Juridiction unifiée du brevet. La question était jusqu'à récemment toujours en suspens de savoir si le Royaume-Uni ratifierait l'Accord avant de procéder au référendum. Une récente déclaration de l'Intellectual Property Office a toutefois apporté un début de réponse. Les préparatifs requis dans la loi nationale sont en cours pour pouvoir adopter l'Accord et devraient aboutir au printemps 2016. Il semblerait donc, sans toutefois qu'aucune confirmation officielle ne soit disponible, que la ratification de l'Accord aura bien lieu avant le référendum sur le « Brexit »²¹⁵.

La nouvelle Juridiction unifiée du brevet suscite également quelques interrogations. D'une part, on peut qu'un phénomène de *forum shopping* ne se développe suite à la concurrence qui risque d'exister entre les différentes sections régionales et locales de la Cour. En effet, les Cours ont besoin d'attirer à elles des affaires pour assurer leur financement. Le risque est donc que certaines sections se démarquent en adoptant une tendance à favoriser certains types d'acteurs de l'industrie du brevet de façon à ce que ceux-ci portent leurs litiges devant la division qui leur offre les meilleures chances de victoire. Une telle pratique serait nuisible à la cohérence jurisprudentielle qui est pourtant censée figurer au rang des avantages de la nouvelle juridiction par rapport à l'ancien système reposant sur les instances nationales. Il reste donc à évaluer, lorsque la Cour entrera en service si elle parvient à dépasser les traditions nationales qui peuvent exister aujourd'hui.

Une seconde crainte est liée aux juges qui officieront dans la nouvelle juridiction. Un centre spécialisé a été créé à Budapest pour former les juges qui travailleront à la

²¹⁴ L'Allemagne représente à elle-seule 20% des brevets européens, et près de la moitié des brevets européens délivrés à des ressortissants de l'Union. D. XENOS, "The European Unified Patent Court : Assessment and implications of the federalisation of the patent system in Europe", *Scripted*, 2013, vol. 10/2, p. 250.

²¹⁵ "UK ratification of UPC Agreement won't happen in 2015, IPO confirms", 29 juin 2015, http://www.out-law.com/en/articles/2015/june/uk-ratification-of-upc-agreement-wont-happen-in-2015-ipo-confirms/?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter (consulté le 9 août 2015).

juridiction unifiée du brevet. Ce centre est déjà en activité depuis mars 2014, de façon à ce que les juges soient prêts à se mettre au travail dès l'entrée en application de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet. Ce centre de formation permettra à la Cour d'être dotée de magistrats hautement spécialisés en matière de brevet. La crainte est toutefois que cette spécialisation technique ne soit au final néfaste à la qualité des décisions rendues. En effet, la matière de la protection de la propriété intellectuelle s'inscrit au sein d'un ensemble de règles européennes avec lesquelles elle interagit. On songe notamment aux rapports étroits que peuvent entretenir propriété intellectuelle et droit de la concurrence, ou aux questions de droit international privé qui se poseront. Des questions plus générales de droit européen ne manqueront par ailleurs pas de se présenter devant les juges de la nouvelle juridiction. Si, en tant que juridiction nationale de chaque État membre, la Juridiction unifiée du brevet dispose de la capacité de poser des questions préjudicielles à la CJUE, il reste à voir si elle en fera bon usage.

Section 2 : Quel impact économique pour l'Union ?

Un *staff working paper* de la Commission²¹⁶ publié en 2011 et accompagnant les propositions de règlements concrétisant la coopération renforcée précisait que la moitié des brevets délivrés en Europe est validé dans seulement 3 États membres. 40% des brevets sont validés dans les cinq plus grands marchés européens, tandis que 8% le sont dans 13 États membres. Si on considère les brevets validés dans les 27 États qui composaient l'Union en 2011, ils ne représentent que 2% des 50 000 brevets délivrés en Europe par an. Il reste dès lors à voir quel impact aura l'entrée en vigueur du brevet européen à effet unitaire sur ces chiffres. En effet, s'il semble probable que les coûts de traduction importants nécessaires pour s'offrir une protection dans l'ensemble du marché intérieur joue un rôle dans ces chiffres, il ne s'agit pas là de l'unique critère qui permet de les expliquer. On pense notamment au fait que les PME ne cherchent souvent à protéger leurs droits intellectuels que là où un marché existe pour leurs produits²¹⁷. Le nouveau brevet ne remplaçant pas ses prédécesseurs mais se contentant d'en offrir une alternative, il sera soumis à concurrence et il n'est pas impensable qu'au final, et malgré la volonté affichée de créer avec ce nouvel instrument un outil s'adressant aux PME, le

²¹⁶ Résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire et la proposition de règlement du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, SEC 483 final, C7-0099/11, 13 avril 2011.

²¹⁷ A. ZANARDO., *o. cit.*, p. 103.

brevet européen à effet unitaire ne soit principalement utilisé que par des entreprises de taille importante²¹⁸.

La question des frais de renouvellement sera également cruciale dans le succès ou l'échec du brevet européen à effet unitaire. Une réponse y a récemment été apportée. Le brevet européen classique peut être renouvelé de façon séparée dans chaque État où il a été validé, permettant de laisser tomber la protection sur certains territoires tout en la conservant dans d'autres. Cela n'est logiquement pas possible avec le brevet européen à effet unitaire : celui-ci est renouvelé sur l'ensemble du territoire des participants à la coopération renforcée ou s'éteint sur l'ensemble de leurs territoires. Dès lors, le coût de renouvellement devait se situer en équilibre entre deux impératifs : ne pas être trop élevé pour ne pas perdre son intérêt face au brevet européen classique, tout en restant à un niveau suffisant pour pouvoir couvrir les frais administratifs subis par l'OEB qui chargée de la délivrance des brevets. La solution retenue²¹⁹, dite du « *True Top 4* », est de s'aligner sur ce que coûte le renouvellement d'un brevet européen dans les quatre principaux marchés européens, en prenant en compte la durée de vie moyenne d'un brevet en Europe qui est de 10 ans. Un brevet européen à effet unitaire permet de réaliser 47€ d'économie en frais de renouvellement par rapport à un brevet européen classique en se basant sur ces conditions, mais bien plus si on compare avec une protection dans un nombre plus élevé de pays. Cette option est la plus favorable aux utilisateurs de brevets puisque les négociations portaient sur deux possibilités : s'aligner sur les coûts que représente une protection dans les quatre premiers marchés européens et ceux encourus pour une protection dans les cinq plus grands marchés²²⁰. Si cela risque de diminuer les recettes perçues sur chaque brevet, il est toutefois espéré qu'un plus grand taux de pénétration du marché soit atteint, avec une augmentation du nombre d'acquéreurs de brevets européens à effet unitaire, notamment du côté des PME.

²¹⁸ H. ULLRICH, *op. cit.*, p. 13.

²¹⁹ Voir l'Annexe 3 pour un tableau comparatif des coûts de renouvellements entre un brevet européen à effet unitaire et un brevet européen classique couvrant les 25 États membres participant à la coopération renforcée.

²²⁰ L'option de s'aligner sur le coût d'une protection sur trois États seulement n'a jamais vraiment été envisagée dans la mesure où elle n'était manifestement pas viable économiquement.

Conclusion

Le paquet européen des brevets nous apparaît au final comme *the next best thing* : s'il n'était peut-être pas possible de mettre sur pied un brevet unitaire, il permet enfin à l'Europe de se munir d'un brevet sortant ses effets sur la quasi-totalité du marché intérieur, et de créer une juridiction spécialement compétente en matière de propriété intellectuelle. Certes, il ne s'agit pas du dénouement espéré depuis plusieurs décennies, mais cela n'empêche pas que la réforme devrait être bénéfique à l'économie européenne malgré tout.

Ce mémoire nous aura permis de revenir sur les négociations difficiles qui ont finalement mené à l'adoption d'une coopération renforcée pour créer un brevet européen à effet unitaire à la place d'un brevet unitaire. Nous avons pu analyser la construction juridique innovante sur laquelle repose ce nouveau type de brevet, dont la légitimité juridique ne nous convainc toutefois pas totalement. Les arrêts de la Cour de Justice en la matière, dont l'importance est capitale puisqu'il s'agissait de la première fois que Luxembourg s'exprimait sur une coopération renforcée, ont également pu être abordés, nous offrant l'occasion de soulever ce qui nous apparaît comme une occasion manquée de faire des coopérations renforcées d'authentiques instruments d'intégration et d'approfondissement du marché intérieur. La prédominance de la tendance inter-gouvernementalisme qui caractérise le paquet européen des brevets a aussi été soulevée dans le transfert du droit matériel du brevet européen à effet unitaire en dehors du droit de l'Union, ainsi que dans le choix de ne pas confier la compétence judiciaire relative aux brevets européens à la Cour de Justice, mais de plutôt la confier à une nouvelle Juridiction unifiée du brevet, instaurée par une convention internationale à laquelle l'Union elle-même n'est pas partie. La Juridiction unifiée du brevet a pareillement retenu notre attention. Nous avons mis en évidence son architecture tout aussi innovante que celle du brevet européen à effet unitaire et les risques que pourraient représenter une surspécialisation si les juges qui y siègeront n'y prennent pas garde.

Un chapitre a été consacré à l'évocation de la fragmentation du marché intérieur à laquelle mènera l'entrée en vigueur du paquet européen des brevets, aussi bien au niveau territorial qu'au niveau des droits applicables aux différents brevets qui coexisteront en Europe, mais aussi des diverses juridictions qui devront cohabiter. Là encore, nous avons pointé du doigt le rôle joué par la coopération renforcée dont l'utilisation en l'espèce ne nous semble pas avoir respecté l'esprit des Traités, en servant

à contourner l'exigence d'unanimité en matière de régime linguistique, sujet particulièrement délicat dans l'Histoire européenne.

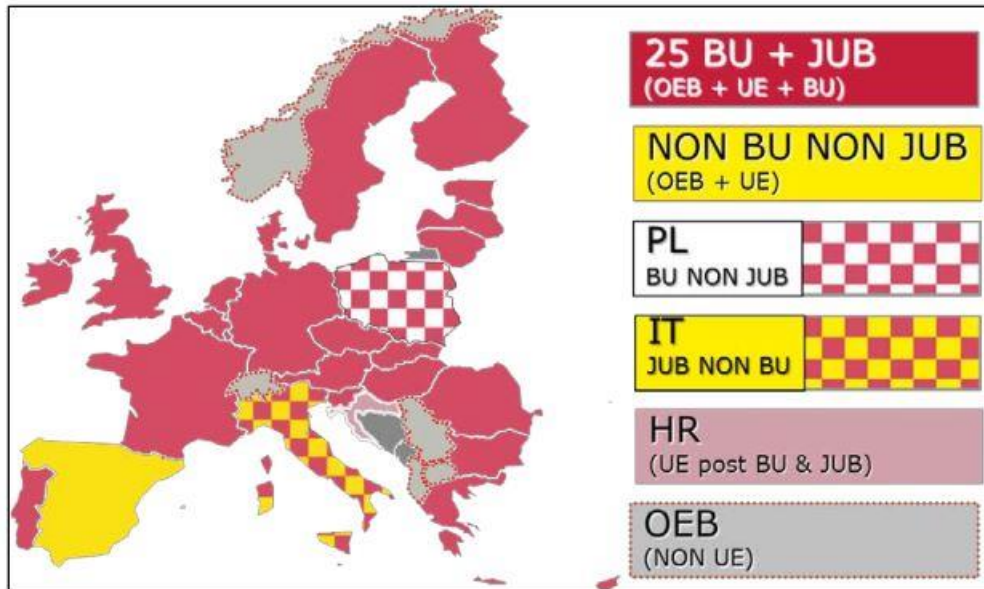
Enfin, nous avons terminé notre tour d'horizon du paquet européen des brevets en évoquant le futur qui attend le paquet européen des brevets, dont l'entrée en vigueur ne nous semble plus être qu'une question de mois, suite à la levée des derniers obstacles sur son chemin, et l'impact économique qu'il promet d'avoir dans les années à venir, lequel devrait être bénéfique à l'Union.

En définitive, la réforme du système de protection de la propriété intellectuelle offre un résultat contrasté. L'aspect juridique n'est définitivement pas exempt de reproches et les différents acteurs, États comme institutions européennes, ont détourné de leur but les outils au potentiel très important pour la poursuite de l'intégration européenne que sont les coopérations renforcées, marquant au fer rouge le paquet européen des brevets du sceau de l'inter-gouvernementalisme là où le souhait constant depuis les années soixante était la création d'un brevet communautaire, inclus dans le droit de l'Union. Et pourtant, le résultat est porteur de grandes promesses économiques et ne devraient pas manquer de stimuler l'économie européenne, ce qui a toujours constitué la finalité à laquelle devait aboutir le brevet communautaire.

Espérons que le sacrifice de la qualité juridique permette au paquet européen des brevets de devenir une réussite économique. Car à défaut, le paquet européen des brevets ne constituera qu'un précédent potentiellement dangereux pour l'intégration européenne sans même offrir de contrepartie intéressante, même si *the next best thing* était peut-être le seul résultat possible en la matière.

Annexes

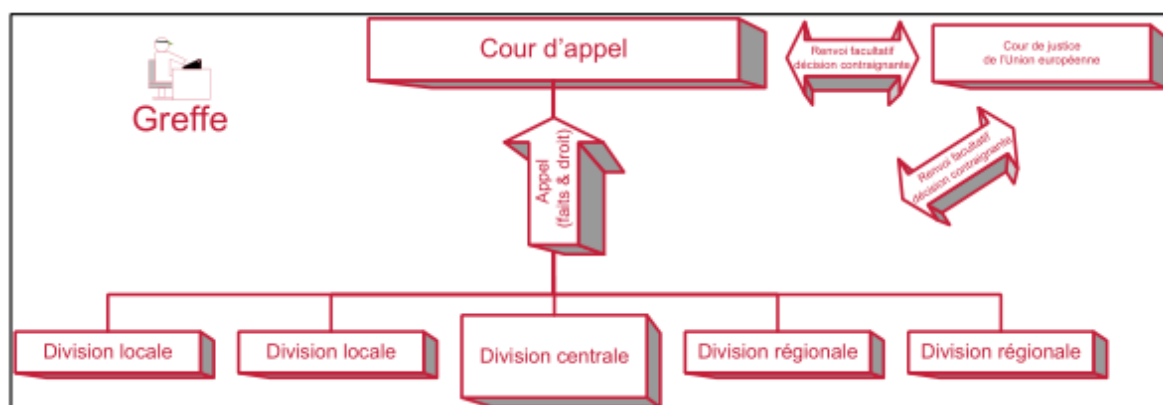
Annexe 1 : Carte européenne des brevets



Source : VERON P., *Le brevet européen à effet unitaire et la Juridiction unifiée du brevet*, p. 11.

Notez que le statut particulier de l'Italie devrait disparaître sous peu, le gouvernement ayant récemment exprimé son souhait de se joindre à la coopération renforcée suite à l'échec des recours espagnols contre le règlement 1257/2012.

Annexe 2 : Composition de la Juridiction unifiée du brevet



Source : VERON P., *Le brevet européen à effet unitaire et la Juridiction unifiée du brevet*, p. 18.

Annexe 3 : Tableau comparatif des coûts de renouvellements entre un brevet européen à effet unitaire et un brevet européen classique couvrant les 25 États membres participant à la coopération renforcée.

Comparison of renewal fees

Year	True TOP 4	25 MS
	€	€
2	35	0
3	105	1 298
4	145	1 874
5	315	2 545
6	475	3 271
7	630	3 886
8	815	4 625
9	990	5 513
10	1 175	6 416
11	1 460	7 424
12	1 775	8 473
13	2 105	9 594
14	2 455	10 741
15	2 830	11 917
16	3 240	13 369
17	3 640	14 753
18	4 055	16 065
19	4 455	17 660
20	4 855	19 197
Total	35 555	158 621

Source : Business-friendly fee pattern adopted for the unitary patent, <http://www.epo.org/news-issues/news/2015/20150624.html>

Bibliographie

Législation

Droit européen

Droit primaire

- Traité sur l'Union européenne.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Droit dérivé

- Règlement 542/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant modification du Règlement 1215/2012 en ce qui concerne les règles à appliquer relatives à la juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux, *J.O.U.E.*, L 163, 29 mai 2014, p. 1.
- Décision 2013-3- du présidium des chambres de recours du 5 juillet 2013 sur le règlement amiable des litiges de l'OHMI, accessible à l'adresse https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/presidium_boards_appeal/presidium_decision_2013-3_fr.pdf.
- Règlement 1260/2012 du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, *J.O.U.E.*, 31 décembre 2012, L. 361, p. 89.
- Règlement 1257/2012 du 17 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, *J.O.U.E.*, L. 361, 31 décembre 2012, p. 1.
- Règlement 1215/2012 (dit Bruxelles I bis) du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L 351, 20 décembre 2012, p. 1.
- Décision 2011/167/UE du Conseil du 10 mars 2011 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, *J.O.U.E.*, L 76, 22 mars 2011, p. 53.
- Règlement 469/2009 du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments, *J.O.U.E.*, L 152, du 16 juin 2009, p.1.
- Règlement 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, *J.O.U.E.*, L 78, du 24 mars 2009, p. 1.
- Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques, *J.O.U.E.*, L 299, du 8 novembre 2008, p. 25.

- Règlement 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), *J.O.U.E.*, L 199, du 31 juillet 2007, p. 40.
- Règlement 510/2006 du Conseil du 20 mars 2006 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires, *J.O.U.E.*, L 93, du 31 mars 2006, p. 12.
- Règlement 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, *J.O.C.E.*, L 3, du 5 janvier 2002, p. 1.
- Règlement 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, *J.O.C.E.*, L 277, du 1 septembre 1994, p.1.

Travaux préparatoires

- Draft on a Unified Patent Court and Draft Statute, Document du Conseil 11533/11, 14 juin 2011, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st11/st11533.en11.pdf>.
- Débat d'orientation sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets, Document du Conseil 10630/11, 26 mai 2011, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st10/st10630.fr11.pdf>.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions du 24 mai 2011, "A Single Market for Intellectual Property Rights. Boosting creativity and innovation to provide economics growth, high quality jobs and first class products and services in Europe", COM (2011) 287 final, accessible à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_en.pdf.
- Résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire et la proposition de règlement du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, SEC 483 final, C7-0099/11, 13 avril 2011.
- Première Déclaration de la Commission et des États membres participant à la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire par brevet, Document du Conseil 6524/11 ADD 1, Bruxelles, 2 mars 2011, p. 1, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?!=FR&f=ST%206524%202011%20ADD%201>.
- Council document 13031/10, 31 août 2010, Limité « Reflections from the Spanish delegation on a possible model for the Regulation on translations », accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?!=EN&f=ST%2013031%202010%20I%20NIT>.

- Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions du 26 août 2010, « Une stratégie numérique pour l'Europe », COM (2010) 245 final/2, accessible à l'adresse [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0245R\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0245R(01)&from=EN).
- Proposition de règlement du Conseil sur les dispositions relatives à la traduction pour le brevet de l'Union européenne, COM (2010) 350 final du 30 juin 2010, accessible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0350:FIN:FR:PDF>.
- Proposition de règlement du Conseil sur le brevet de l'Union européenne, Document du Conseil 16113/09 ADD 1, du 27 novembre 2009, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/09/st16/st16113-ad01.fr09.pdf>.
- Opinion du Service juridique du Parlement européen, qui, saisi par la Commission JURI, 9 juillet 2012, Doc. SJ-0462/12, accessible à l'adresse <http://www.ipinitalia.com/Legal%20Services%20of%20the%20EU%20-%20Opinion%209%20July%202012.pdf>.
- Draft Agreement on the European Union Patent Court and Draft Statute, Document du Conseil 7928/09, 23 mars 2009, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/09/st07/st07928.fr09.pdf>.
- Proposition révisée de règlement du Conseil sur le brevet communautaire, Document du Conseil 9465/08 du 23 mai 2008, accessible à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/08/st09/st09465.fr08.pdf>.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 3 avril 2007, «Améliorer le système de brevet en Europe», COM(2007) 165 final - Non publié au Journal officiel, accessible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:I24120b>.
- Proposition de décision du Conseil instituant le Tribunal du brevet communautaire et concernant les pourvois formés devant le Tribunal de première instance, COM (2003) 828 final du 23 décembre 2003, accessible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0828:FIN:fr:PDF>.
- Proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire, COM (2000) 412 final du 1 août 2000, *J.O.C.E.* C 337 du 28 novembre, accessible à l'adresse <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0412:FIN:FR:PDF>.
- Livre Vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe présenté par la Commission, 1997, accessible à l'adresse http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com97_314_fr.pdf.
- Accord en matière de brevets communautaires, fait à Luxembourg le 15 décembre 1989, *J.O.C.E.*, L 401, du 30 décembre 1989, p. 1.
- Avant-projet de Convention relatif à un droit européen des brevets élaboré par le Groupe de Travail « Brevets » sous la responsabilité du Comité de coordination en matière de propriété industrielle institué par les États membres et la Commission de la Communauté économique européenne, Publications des communautés européennes, 1962, accessible à l'adresse <http://aei.pitt.edu/14064/>.

Droit international

- Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, 11 janvier 2013, *J.O.U.E.*, 20 juin 2013, C 175, p. 1.
- Accord du 17 octobre 2000 sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens, *Journal Officiel OEB*, 12/2001, p. 550
- Textes arrêtés par la Conférence de Luxembourg de 1985 sur le brevet communautaire, Conseil des Communautés européennes, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1986.
- Convention relative au brevet européen pour le marché commun, signée à Luxembourg le 15 décembre 1975.
- Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973 signée à Munich le 5 octobre 1973 et entrée en vigueur le 7 octobre 1977.
- Traité de coopération en matière de brevets (PCT), fait à Washington le 19 juin 1970.
- Convention de Vienne sur le Droit des Traités, signée à Vienne le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980.
- Interpretative note from the EPO - Consequences of the application of Article 83 UPCA, 29 janvier 2014, accessible à l'adresse <http://www.unified-patent-court.org/news/71-interpretative-note-consequences-of-the-application-of-article-83-upca>.

Droit belge

- Code d'Impôt sur les Revenus (CIR 1192)
- Loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, *M.B.*, 9 mars 1985, p. 2774.

Jurisprudence

En matière de brevet

- CJUE, 5 mai 2015, Espagne c. Conseil, C-147/13, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164093&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77936>.
- CJUE, 5 mai 2015, Espagne c. Parlement et Conseil, C-146/13, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164092&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77936>.

- CJUE, 16 avril 2013, Espagne et Italie c. Conseil, C-274/11 et C-295/11, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136302&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77936>.
- CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09, accord créant un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets (« Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire »), *D.*, 2011, p. 2434, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *RTDE*, 2012 p. 805, note L. COUTRON accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80233&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=303879>.
- Conclusions de l'Avocat Général M. Yves Bot présentées le 18 novembre 2014, accessibles à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159764&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=305507> concernant l'affaire C-146/13 ;
- et à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159763&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=305568> concernant l'affaire C-14713.

En matière de marque

- CJCE, 23 octobre 2003, Adidas-Salomon AG v Fitnessworld Trading Ltd, C-408/01, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48366&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=200462>.
- CJUE, 16 juillet 1998, Silhouette International Schmiedt GmbH & Co KG v Hartlauer Handelgesellschaft mbH, C-355/96, accessible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0355&from=EN>.

Autre

- CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, C-10/56, accessible à l'adresse <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=86867&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=200462>.

Doctrine

Monographies

- CAGGIANO G., MUSCOLO G. et TAVASSI M. (éd.), *Competition Law and*

Intellectual Property: A European Perspective, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2012.

- GUELLEC D. et VAN POTTELSBERGHE DE LA POTTERIE B., *The Economics of the European Patent System*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- KUR A. et DREIER T., *European property law*, Cheltenham, Elgar, 2013.
- MANIN P. et LOUIS J.-V., *Vers une Europe différenciée ? Possibilités et limites*, Paris, Pedone, 1996.
- MARX B., *La propriété industrielle*, Paris, Nathan, 2000
- MICHEL V. (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur – Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- OHLY A. et PILA J., *The Europeanization of intellectual property law: Towards a European Legal Methodology*, Oxford, Oxford university press, 2013.
- RUZEK V., *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle : approche institutionnelle*, Rennes, Apogée, 2007.
- SCHEUCHZER A., *Nouveauté et activité inventive en droit européen des brevets*, Université de Lausanne – Département de droit comparé, 1981.

Articles

- ADAM S., « Le mécanisme préjudiciel, limite fonctionnelle à la compétence externe de l'Union – Note sur l'Avis 1/09 de la Cour de justice », *C.D.E.*, 2011, p. 277.
- BICTIN N., « Le projet de brevet européen à effet unitaire : en attendant un brevet de l'Union ? », *Propri. Intell.*, 2011, p. 270.
- BORGES R.-M., « Le brevet unitaire européen et la juridiction du brevet européen : enfin l'aboutissement ? », *Revue de l'Union européenne*, 2013, p. 148.
- BRANDI-DOHRN M., "Some critical observations on competence and procedure of the unified patent court", *IIC*, 2012, p. 372.
- CALLENS P., « Het unitair octrooi en octrooigerecht : op een zucht van de finish... - Overzicht van belangrijkste elementen en hun gevolgen voor de Belgische octrooipraktijk », *I.R. D.I.*, 2012, p. 6.
- CALLENS P., « Doorbraak tijdens Belgisch voorzitterschap in dossier EU octrooi : nauwere samenwerking met 25 lidstaten en het negatief advies van het Hof van Justitie », *I.R. D.I.*, 2011, p. 8.
- CASTELLANET A., « Brevet communautaire et système juridictionnel en Europe : proche de l'épilogue? », *European Journal of Consumer Law*, 2007-2008, p. 536.
- CASTET-RENARD, C., « La création historique d'une juridiction de l'UE en matière de brevet », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2012, p. 17.
- CHARLES P.-Y., « Vers un système unifié de règlement des litiges pour les brevets européens : l'EPLA », *ICIP-Ing. Cons.*, 2007, p. 485.

- COYLE P., "Uniform patent litigation in the European Union: An analysis of the viability of recent proposals aimed at unifying the European patent litigation system", *Washington University Global Studies Law Review*, 2012, vol. 11, p. 171.
- DE BURCA G., KEOHANE R. et SABEL C., *Global Experimentalist Governance, Columbia Public Law Research Paper No. 14-393*, 2014, accessible à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2423810.
- DE GRIJSE E. et VANOVERMEIRE V., « Toekomstperspectieven voor de rechtshandhaving in het octrooirecht. De EU-verordeningen betreffende het octrooi met eenheidswerking en de creatie van het "gemenschappelijk octrooigerecht" », *T.B.H.*, 2013, p. 215.
- DELILE J.-F., « La Jurisdiction unifiée du brevet, juge de l'Union européenne », *Journal d'actualité des droits européens*, 2013, <http://jade.u-bordeaux4.fr/?q=node/517>.
- DE MIGUEL ASENSIO P., "Regulation (EU) No. 542/2014 and the International Jurisdiction of the Unified Patent Court", *IIC*, 2014, vol. 45, p. 868.
- DESANTES REAL M., « Le « paquet européen des brevets », paradigme du chemin à rebours : de la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale », *C.D.E.*, 2013, p. 577.
- DESLANDES M.-A., « Le brevet européen à effet unitaire : un chemin périlleux », *Revue de droit international privé*, 2012/3, p. 57.
- DE VISSCHER F., « La propriété industrielle et les brevets d'invention en particulier dans le Code de droit économique », *L'ingénieur-conseil – Intellectual property*, 2014, vol. 3, p. 309.
- DE VISSCHER F., « Jurisdiction européenne des brevets (Unified Patent Court) : il est urgent d'examiner une autre approche, plus réaliste et plus équitable », *Propr. Indust.*, 2012, p. 13.
- DIMOPOULOS A. et VANTSIOURI P., "Of TRIPS and traps : the interpretative jurisdiction of the Court of Justice of the European Union over Patent Law", *E.L. Rev.*, 2014, p. 210.
- DREXL J., "The European Patent System: On the "unconstitutional" misuse of conflict-of-law rules", *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 15-01*, 2015.
- DUSSOLIER S. et DE FRANQUEN A., « Les droits intellectuels », *J.D.E.*, 2014, p. 58.
- FICSOR M., "Coexistence of national patents, European patents and patents with unitary effect", *ERA Forum*, p. 95.
- GALLOUX J.-C. et WARUSFEL B., « Aspects juridictionnels et procéduraux des brevets européens et communautaires », *Prop. Intell.*, 2009, p. 9
- GAZZOLA M., "Identifying and mitigating linguistic inequalities in the management of patent information in Europe", *World Patent Information*, 2015,

vol. 40, p. 43.

- GEIGER Ch., "Intellectual property after the Treaty of Lisbon, towards a different approach in the new European legal order ?", *European Intellectual Property Review*, 2010, p. 255.
- GEUENS M., « Europees eengemaakt octrooi is een feit », *De Juristenkrant*, 2013, p. 4.
- GLAS G., « Opt-out en dan ? », *I.R. D.I.*, 2013, p. 259.
- GOURDIN-LAMBLIN A.-S., « Le brevet communautaire : entre fonctionnement efficace du marché intérieur et diversité linguistique », *SUBB Jurisprudentia*, 2005, vol. 2, p. 65.
- GUILLARD C., « Le rejet des recours contre la décision autorisant une coopération renforcée dans le domaine du brevet unitaire : une clarification de la signification des coopérations renforcées », *R.A.E.*, 2013, p. 355.
- HARTMANN-VAREILLES F., "Intellectual property law and the Single Market: the way ahead", *ERA forum*, 2014, vol. 15, issue 2, p. 159.
- HILTY R., JAEGER T., LAMPING M., ROMANDINI R. et ULRICH H., "Comments on the preliminary set of provisions for the rules of procedure of the Unified Patent Court", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 13-16*, 2013.
- HILTY R., JAEGER T., LAMPING M. et ULLRICH H., "The unitary patent package: twelve reasons for concern", *Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 12-12*, 2012.
- JAEGER T., "All back to square one? - An assessment on the latest proposals for a patent and court for the internal market and possible alternatives", *IIC*, 2012, p. 286.
- KAISI A., "Finally a single European right for the EU? An analysis of the substantive provisions of the European Patent with unitary effect", *E.I.P.R.*, 2014, p. 170.
- KROLL D. et LEUFFEN D., "Enhanced cooperation in practice. An analysis of differentiated integration in EU secondary law", *Journal of European Public Policy*, 2015, vol. 22, No. 3, p. 353.
- LAMPING M., "Enhanced cooperation in the area of unitary patent protection: testing the boundaries of the rule of law", *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2013, p. 589.
- LAMPING M., "Enhanced Cooperation - A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?", *Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 2011.
- LAWSON G., "The ECJ says 'no' to the Community Patents Court", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2011, Vol. 6, No. 8, p. 512.
- LE GOAS S., « La mise en place du tribunal du brevet communautaire, un parcours parsemé d'obstacles juridiques », *R.A.E.*, vol. 3, 2006, p. 513.

- LOUIS J.-V., « La pratique de la coopération renforcée », *C.D.E.*, 2013, p. 277.
- MALAGA M., "The European Patent with Unitary Effect: Incentive to Dominate? A Look from the EU Competition Law Viewpoint", *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, vol. 45, Issue 6, p. 621.
- PAGENBERG J., "Unitary patent and unified court – what lies ahead?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2013, p. 480.
- PEHLIVAN C. , "The creation of a single European Patent System: from dream to (almost) reality",
- *E.I.P.R.*, 2012, vol. 7, p. 459.
- PETERSON C., RIIS T. et SCHOVSBO J., "The Unified Patent Court: Pros and cons of specialization – Is there a light at the end of the tunnel (vision)?", *IIC*, 2015, vol. 46, p. 271.
- PETERSON C., RIIS T. et SCHOVSBO J., "The Unified Patent Court (UPC), compulsory licensing and competition law", *Nordiskt Immaterieelt Rättskydd*, 2014, accessible à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2489006.
- PISTOIA E., "Enhanced cooperation as a tool to... enhance integration? Spain and Italy v. Council", *Common market law review*, 2014, p. 247.
- RORIGUEZ V., "From national to supranational enforcement in the European patent system", *European Intellectual Property Review*, 2012, p. 402.
- SCORDAMAGLIA V., « Les dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le Traité de Lisbonne », *Prop. Ind.*, mars 2010.
- SCORDAMAGLIA V., « Le projet d'Accord pour une Cour des brevets européens et communautaires », *Prop. Ind.*, 2009, p. 11.
- SMITS J. et BULL W., "European harmonisation of intellectual property law : towards a competitive model and a critique of the proposed Unified Patent Court", *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/16*, 2012.
- TAMBOU O., « Le brevet européen à effet unitaire : un brevet tant attendu », *Europe : actualité du droit communautaire*, 2013/4, p. 7.
- TILMANN W., "The transitional period of the agreement on a Unified Patent Court", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, Vol. 9, No. 7, p. 575.
- TILMANN W., "Spain's action against the EU Patent Package : arguments and counter-arguments in case C-146/13", *E.I.P.R.*, 2014, p. 4.
- TILMANN W., "The compromise on the uniform protection for EU patents", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2013, Vol. 8, No. 1, p. 78.
- TOUTSANIS A., « Octrooien, tussen letter en geest », *Berichten Industriële Eigendom*, 2013, p. 64.
- TRIET G. et VIVANT M., « Juridiction européenne : une nouvelle donne pour le brevet ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2012, p. 45.

- ULLRICH H., "The European Patent and its Court: An uncertain prospect and an unfinished agenda", *Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 2015.
- ULLRICH H., "Enhanced cooperation in the area of unitary patent protection and European integration", *ERA Forum*, 2013, vol. 13, Issue 4, p. 589.
- ULLRICH H., "Select from within the system: The European patent with unitary effect", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-11*, 2012.
- ULLRICH H., "Harmonizing patent law: the untamable Union patent", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-03*, 2012, p. 1.
- VAN DUN P., JANSSENS M.-C., DEFERM L. (e.a.), « Nécessité de créer une division nationale », *I.R. D.I.*, 201, p. 12.
- VAN POTTELSBERGHE B., "Europe should stop taxing innovation", *Bruegel Policy Brief*, 2010/02, p. 1.
- WADLOW C., « 'Hamlet without the prince': Can the Unitary Patent Regulation strut its stuff without Articles 6–8? », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2013, Vol. 8, No. 3, p. 207.
- XENOS D., "The European Unified Patent Court: Assessment and implications of the federalisation of the patent system in Europe", *Scripted*, 2013, vol. 10, p. 246.
- ZANARDO A., « Quelques observations sur l'élaboration du brevet européen à effet unitaire », *ICIP – Intellectual property*, vol. 1, 2015, p. 98.
- ZAWADZKA Z., "The Unitary Patent Protection – A voice in the discussion from the Polish perspective", *IIC*, 2014, vol. 45, issue 4, p. 383.
- X., « À propos du futur Tribunal européen des brevets », *J.T.*, 2012, p. 554.

Contributions à un recueil, actes de colloques et autres

- BRINKHOF J., « Enige kanttekeningen bij het voorstel voor een European and European Union Patent Court », in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 53.
- PETERSON C., RIIS T. et SCHOVSBO J., "The Unified Patent Court (UPC) in action – How will the design of the UPC affect patent law", in *"Transitions in European Patent Law – Influences of the Unitary Patent Package" (2015 Forthcoming)*, 2014, accessible à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2450945.
- PORS W., *Law professors petition against the Unitary Patent Package – but are the arguments correct?*, 2015, accessible à l'adresse <http://www.eplawpatentblog.com/2015/March/2015-03-14%20UPP%20law%20professors%20petiton.pdf>.
- REMICHE B. (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général – Le brevet : pourquoi et pour faire quoi ?*, Actes du colloque de Louvain-La-Neuve, Larcier, Bruxelles,

2007.

- SANT D., *Unitary patent fees: the user friendly option*, 2015, accessible à l'adresse <http://www.worldipreview.com/article/unitary-patent-fees-the-user-friendly-option>.
- STROWEL A. et al., Pétition : « L'Union ne peut pas être dépouillée de ses compétences par les États membres : le dangereux précédent du brevet ! », 20 avril 2015, disponible à l'adresse : <https://www.uclouvain.be/509584.html>.
- VÉRON P., *Le brevet européen à effet unitaire et la juridiction unifiée du brevet (aspects de droit international privé)*, 2014, accessible à l'adresse http://www.veron.com/publications/Colloques/Brevet_Unitaire_Jur_unif_brevet_Veron_CFDIP_2014-01-24.pdf.
- WARUSFEL B., « La juridictionnalisation du droit européen de la propriété intellectuelle », in *Droits de propriété intellectuelle, Liber amicorum Georges Bonet*, Paris, Litec, 2010, p. 533.

Autres documents

- "UK ratification of UPC Agreement won't happen in 2015, IPO confirms", 29 juin 2015, http://www.out-law.com/en/articles/2015/june/uk-ratification-of-upc-agreement-wont-happen-in-2015-ipo-confirms/?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter.
- European Commission, Costs comparison: "Classic" European Patent versus new Unitary Patent, accessible à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/faqs/cost-comparison_en.pdf.
- "Business-friendly fee pattern adopted for the unitary patent", 24 juin 2015, accessible à l'adresse <http://www.epo.org/news-issues/news/2015/20150624.html>.
- "Italy considers joining the unitary patent", 22 mai 2015, accessible à l'adresse : <http://blog.epo.org/unitary-patent-2/italy-considers-joining-the-unitary-patent/>.
- Statistiques Eurostat sur les PIB européens, , 26 septembre 2014, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:GDP_at_current_market_prices,_2002-03_and_2011-13_YB14-fr.png.

- Statut des ratifications de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, <http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2013001>.

- Interventions de B. Rapkay et K.-L. LEHNE à la séance du Parlement européen du 2 juillet 2012, accessible à l'adresse <https://www.unitary-patent.eu/fr/content/report-du-vote-en-pleniere>.

- HARHOFF D., "Economic cost-benefit analysis of a unified and integrated European patent litigation system", 26 février 2009, accessible à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/studies/litigation_system_en.pdf.

- « Des interrogations juridiques légitimes qui justifient la saisine pour avis de la Cour de justice et impliquent la mise en place d'un nouveau calendrier de négociation », 2009, accessible à l'adresse <http://www.senat.fr/rap/I08-537/I08-5373.html>.

- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 3 avril 2007, intitulée «Améliorer le système de brevet en Europe», COM(2007) 165 final - Non publié au Journal officiel, accessible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:I24120b>

- « Le Parlement européen a enterré la directive sur le brevet des logiciels », 6 juillet 2005, accessible à l'adresse http://www.lemonde.fr/europe/article/2005/07/06/le-parlement-europeen-a-enterre-la-directive-sur-le-brevet-des-logiciels_669825_3214.html.

- « Le Conseil a marqué son accord sur une approche politique commune concernant le brevet communautaire », Conseil de compétitivité, 3 mars 2003, accessible à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-03-59_fr.htm?locale=fr.

- VON DER GROEBEN H., « Die Rechtsangleichung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes (Le rapprochement des législations dans le domaine de la propriété industrielle) », Allocution à l'occasion de la réunion du 19 novembre 1959 sur le rapprochement des législations dans le domaine de la propriété industrielle (Communauté économique européenne, Commission, (Doc. IV/5293/1/59-F), p. 9. Commission des Communautés européennes, Archives Générales, Inventaire des archives historiques, vol. 1, Dossiers de la Haute Autorité de la CECA 1952, Discours 1952-1967, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1985, p. 297.

Remerciements

L'auteur souhaite adresser ses remerciements à sa promotrice, Mme Stéphanie Francq, pour les indications et précisions qu'elle a pu fournir au long de l'année et demie qui précéda la finalisation de ce travail.

Merci également à ma sœur Bénédicte pour la relecture à laquelle elle a bien voulu se livrer, malgré l'aspect rébarbatif que peut avoir un travail juridique pour le non-initié.

Toutes les erreurs et inexactitudes pouvant subsister dans le texte sont uniquement et exclusivement les miennes.

Merci aussi à Pierre et Éléonore pour leur soutien à l'élaboration de ce mémoire durant la période d'Erasmus, ils ont procuré une motivation constante pour me remettre sur le chemin de la bibliothèque de Lancaster.

Merci spécialement, enfin, à Thibault et Raphaël pour ce mois de rédaction en leur compagnie, l'entraide qu'ils ont pu me procurer a été indispensable à l'aboutissement de ce travail.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

