

Vers une juridiction européenne des brevets

Le lien entre la juridiction européenne des brevets et la Cour de justice

Intervention d'Hubert Legal,
Directeur au Service juridique du Conseil de l'Union européenne,
ancien juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes,
Conseiller d'Etat

Je dois à titre préalable être très clair sur le fait que je ne m'exprime ici ni au nom du Conseil, ni -et encore moins- au nom de la Cour de justice, mais à titre purement personnel; je me dois d'ajouter que mes propos sont sans aucun lien avec la demande d'avis que le Conseil a adressée à la Cour sur la compatibilité du projet de système juridictionnel des brevets avec les traités de l'Union -procédure dans laquelle je n'interviens d'ailleurs pas, conformément au code de conduite de la Cour qui interdit à ses anciens membres d'être agents devant elle pendant les trois ans suivant la fin de leur mandat.

Bien sûr, la très proche audience de la Cour sur la demande d'avis du Conseil concernant le projet d'accord créant une juridiction unifiée des brevets, et la compatibilité de ce système juridictionnel avec les traités de l'Union, est une toile de fond que nul ne peut raisonnablement ignorer. Mais, sur les questions que le Conseil pose à la Cour, il n'a pas de position toute faite. Aucun choix n'a été arrêté au niveau politique entre les différentes analyses des problèmes constatés. Comme le dit expressément la demande d'avis, le Conseil ne prend pas position et attend une réponse en droit avant de se décider sur la possibilité de conclure l'accord envisagé. Cette façon de procéder traduit d'une part l'intention du Conseil d'aller de l'avant, d'autre part sa volonté de ne pas avancer sans garantir la solidité juridique du montage. Les difficultés rencontrées sont sans doute surmontables, mais certainement sérieuses. Les Etats membres ont chacun leur position, mais sur ce point ils concordent. L'intervention de la Cour, si elle admet être recevablement saisie, sera déterminante pour la suite des opérations.

Mais je m'en tiendrai là sur la procédure et on cherchera en vain dans mes propos une forme quelconque de préface à la plaidoirie dont se chargera mon excellent collègue Fernando Florindo Gijon du Service juridique du Conseil.

Je me sens donc personnellement libre de parole malgré le caractère brûlant du sujet abordé, puisque ce que je pourrai dire ne devra ni ne pourra servir aucune thèse. Et j'userai de cette liberté pour me faire l'interprète, dans ce colloque consacré au droit de la propriété intellectuelle, et qui réunit d'éminents spécialistes de cette discipline, d'une préoccupation qui n'est peut-être pas la plus centrale dans nos travaux orientés, légitimement, vers le développement des moyens de protection de la propriété intellectuelle au service de la recherche en Europe. Je pense à la préservation des

intérêts généraux du système institutionnel de l'Union. Quitte à être légèrement décalé par rapport à la tonalité générale -et après tout il faut bien que quelqu'un se dévoue pour être l'avocat des thèses impopulaires- je rappellerai qu'il ne faut jamais perdre de vue, dans toute discussion relevant d'un domaine particulier de la pratique juridique, quelle qu'en soient la dignité intellectuelle et l'utilité sociale, l'équilibre général des institutions et de l'ordonnancement juridique. L'Union n'est pas une juxtaposition de corporations installées dans un marché mais un système d'intégration normative.

Ce système est fondé en premier lieu sur des règles de droit économique. Mais, si ces règles, dont le droit des brevets fait partie au sens large, sont l'aliment numéro un du projet européen, la finalité de ce projet les dépasse très largement et très explicitement, depuis 1951 et malgré les avatars du traité constitutionnel, qui sont pour l'essentiel derrière nous et qui ne remettent pas en cause le projet fédérateur, sinon fédéraliste, de l'intégration européenne par le droit.

Ce serait se méprendre sur la Cour de justice de ne pas voir que toute son entreprise est de ne traiter que du particulier et de ne penser qu'au général, de n'apporter que des solutions spécifiques à des litiges concrets, ce qui est le propre d'une juridiction, mais en n'ayant d'autre impératif fondamental que d'être le juge constitutionnel de l'Union, le cœur du réseau informel des juges suprêmes et des autres juges nationaux, le réceptacle et le creuset des valeurs juridiques communes. Discretion et persévérance, tels sont ses maîtres mots. La Cour a déjà, par ces vertus, sauvé du recul la construction du droit communautaire en des temps anciens d'impopularité de l'Europe et de chaises vides. Elle se tient toujours prête à consolider patiemment des acquis qui seraient menacés ou maltraités par les aléas de la politique.

Voilà l'état d'esprit dont on doit avoir conscience quand on envisage les rapports de la Cour avec d'autres entités. Son programme est rien moins que de couler entre les Européens un ciment juridique d'autant plus durable qu'il est introduit sans à-coups et par petites touches. Ceci suppose, non pas que la Cour soit directement impliquée dans toute élaboration jurisprudentielle significative pour l'Union, ce qui serait impossible et probablement indésirable, mais qu'elle dispose, sans nécessairement devoir les utiliser, des outils du pilotage - ou du "monitoring" comme on dit dans une langue qui n'est pas celle de la Cour (je veux dire l'américain), quelque part entre conscience et maîtrise.

C'est ainsi que se sont progressivement forgés les rapports exemplaires qui unissent aujourd'hui la Cour aux juges nationaux des divers ordres faisant usage du droit de l'Union. De son dialogue singulier avec les juges nationaux, la Cour est assez légitimement jalouse, non pas par goût du pouvoir hégémonique, qu'elle n'a pas -et je renvoie ceux qui en douteraient à l'arrêt du 30 juin 2009 de la Cour de Karlsruhe, qui ne donne pas l'impression d'émaner d'un organe subalterne- mais parce qu'il s'agit d'une construction précieuse qu'il a fallu beaucoup de temps et beaucoup de doigté pour consolider et qu'il ne faudrait que peu de maladresses pour détériorer. Elle sait

faire dans le dialogue des juges; il est donc légitime qu'elle demande qu'on ne l'en empêche pas.

C'est dans le même esprit de conserver ensemble les fonctions les plus essentielles de la Cour de justice qu'ont été conçues les juridictions qui lui ont été rattachées. C'est le cas du Tribunal de première instance, qui lui a été adjoint depuis 1989 pour traiter d'abord des litiges posant des questions de fait afin d'alléger sa charge de travail et de lui permettre de se concentrer sur les questions à la fois plus juridiques et plus centrales pour l'Union. Avec l'augmentation persistante du flot des recours, les transferts successifs de compétence vers le Tribunal ont répondu à cette logique d'allègement en périphérie par le détachement de morceaux du gâteau contentieux situés sur le pourtour, le plus loin possible de la cerise centrale.

La phase suivante, celle de la création des chambres juridictionnelles, a consisté à créer un nouvel étage, subordonné au Tribunal, pour faire tomber un cran plus bas l'examen initial de certains contentieux spécialisés, de contenu homogène et jugés non essentiels pour la sauvegarde des principes de l'ordre juridique communautaire. Le Tribunal se charge des pourvois comme le fait la Cour pour les affaires relevant en première instance du Tribunal.

Et, même dans ce cas de contentieux spécialisés, la Cour a estimé nécessaire de ne pas laisser totalement la bride sur le cou au Tribunal et de se réserver la possibilité de réexaminer les analyses contenues dans ses arrêts rendus sur pourvoi, en présence d'un risque pour l'unité du droit communautaire. Il est toujours mieux de se montrer avec un gros bâton si l'on veut éviter des tentations aux pugilistes amateurs -surtout s'ils sont juristes, plus encore s'ils sont juges. La dissuasion garantit la sérénité et coupe les ailes aux folies irrédentistes qui sont, lorsque les circonstances s'y prêtent, une tendance de l'esprit humain.

Trois matières avaient été envisagées pour de telles chambres juridictionnelles lorsque la Cour préparait ses contributions aux conférences intergouvernementales au sein d'un comité mixte avec le Tribunal dont j'ai un temps assuré le secrétariat: la fonction publique, la propriété intellectuelle, la concurrence.

S'agissant de la fonction publique, le tribunal spécialisé jugeant en première instance les litiges opposant les institutions de l'Union à leur personnel a maintenant plusieurs années d'expérience à son actif, sous le contrôle du Tribunal, qui est devenu de l'Union, et non plus de première instance -contrôle limité aux questions de droit.

S'agissant de la concurrence, de fortes pressions ont été exercées par certains milieux professionnels désireux d'ajouter, à l'américaine, entre la Commission et la Cour, un niveau supplémentaire de décision, supposé techniquement mieux informé et propre à entourer de meilleures garanties l'imposition d'amendes. Mais l'idée d'une juridiction spécialisée n'a pas été retenue car elle aurait probablement eu pour effet de fausser la nature du système de contrôle à l'européenne et de risquer d'affaiblir la Commission

en la privant de pouvoirs de sanction effectifs susceptibles d'être progressivement attraités par le juge spécialisé de la concurrence. Le renforcement du contrôle du Tribunal sur les appréciations d'ordre économique contenues dans les décisions de la Commission, que la Cour a entériné, a aussi contribué à faire retomber l'intérêt pour une juridiction européenne spécialisée dans la concurrence.

Reste la propriété intellectuelle. La Cour a déjà une ancienne expérience des marques, par les questions préjudicielles relatives à la directive, puis par les pourvois relatifs aux décisions de l'office d'Alicante. Quand la mise en œuvre du règlement 40/94 a conduit la Cour et le Tribunal à devoir envisager les conséquences à tirer, pour leur organisation interne, de l'arrivée imminente des premiers recours contre des décisions des chambres de recours de l'OHMI, à la fin des années 90, les notions classiques du droit des marques, telles que le risque de confusion, dans les litiges *inter partes*, et les caractères des signes propres à constituer des marques, dans les litiges *ex parte*, étaient déjà un peu connues à Luxembourg. Pourtant la technicité prétendue des notions en cause, la nécessité affichée d'un traitement rapide en vue du succès de la marque communautaire et le nombre de recours attendu, très exagéré au départ, ont conduit à envisager des formules de spécialisation au sein du Tribunal. En pratique, elles ont été réduites au minimum et l'on s'est contenté de concentrer les affaires de marques sur deux chambres, sans en faire d'ailleurs l'exclusive spécialité de celles-ci. L'une des deux chambres s'est passionnée, l'autre a détesté et cette dernière a obtenu gain de cause dans sa demande que l'on arrête l'expérience. L'amorce de spécialisation a fait long feu et tous les recours ont été ventilés à partir de 2002 sur l'ensemble des chambres du Tribunal.

L'approche généraliste a donc prévalu au sein d'un Tribunal désireux d'affirmer en son sein une capacité à réaliser la synthèse des problèmes de droit de l'Union sans dépendre des mises en concordance que la Cour pourrait imposer par ses réponses aux pourvois. Le terme "General Court", qui désigne aujourd'hui le Tribunal en anglais, témoigne de cette ambition d'assurer de façon autonome l'unité du droit, ce qui suppose de n'être pas un rassemblement de formations spécialisées enfermées dans les bornes de leur pratique et tenues sous tutelle par une Cour dotée seule des pleins attributs de la souveraineté judiciaire.

La capacité a été accordée en principe au Tribunal de répondre à des questions préjudicielles dans des matières spécifiques, pour autant que le statut soit aménagé en ce sens et sous réserve d'une faculté de réexamen ouverte à la Cour, par l'article 225-3 CE, devenu l'article 256-3 du TFUE. Elle témoigne du même mouvement recherché par le Tribunal vers une position centrale dans le dispositif juridictionnel de l'Union. Le mouvement, toutefois, n'est en l'espèce que virtuel puisqu'aucune compétence préjudicielle n'a pour l'heure été concrètement transférée et que cela ne pourrait être envisagé que dans des matières où la Cour aurait perdu, pour les recours directs, sa qualité de juge du pourvoi au profit du Tribunal.

En outre, la charge de travail du Tribunal lui a sans doute imposé récemment de limiter ses revendications fédératrices ou expansionnistes pour se consacrer, par priorité, à la réduction de ses délais de jugement; mais, en même temps, il s'accoutume, par les affaires de fonction publique, à son rôle de juge du pourvoi, qui conforte sa disposition, et sans doute son aptitude, à envisager de façon horizontale les questions de droit qui lui sont soumises.

Mais nul n'ignore, même sur le Kirchberg, que la marque et le brevet, s'ils ont un air de famille, ne sont pas au contentieux le même genre de potage et qu'avoir pu digérer l'un en conservant plus ou moins son âme et ses viscères ne signifie pas que l'on n'éclatera pas avant la deuxième cuillerée de l'autre; la quantité n'est d'ailleurs pas seule en cause, la consistance du breuvage est un facteur certainement encore plus décisif.

Il faudrait donc, de l'avis général, une juridiction spécialisée pour traiter d'un éventuel contentieux des brevets relevant du droit de l'Union. Spécialisée, parce que la spécificité du domaine est semble-t-il peu compatible avec le traitement concomitant d'autres types de litiges; une juridiction, c'est-à-dire un organe statuant en la forme juridictionnelle, parce que, à défaut, un recours devant un autre organe vraiment juridictionnel, qui serait, par hypothèse, la Cour de justice ou plus précisément en son sein le Tribunal de l'Union, devrait être prévu et ne pourrait être limité aux questions de droit. Il devrait normalement prendre la forme du contrôle de légalité prévu à l'article 263 du TFUE.

C'est ainsi que le recours devant le Tribunal contre les décisions des chambres de recours de l'OHMI, qui ne sont pas formellement distinctes de l'Office, est ouvert, en vertu de l'article 63-2 du règlement 40/94, "pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du traité, du présent règlement ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir", c'est-à-dire dans les mêmes cas que le recours en annulation des actes des institutions de l'Union, tels qu'ils sont énoncés à l'article 263, paragraphe 2, du TFUE. En outre, aux termes de l'article 63-3, "la Cour de justice a compétence aussi bien pour annuler que pour réformer la décision attaquée". De tels pouvoirs de pleine juridiction ont été considérés comme nécessaires pour assurer l'effectivité des voies de recours contre des décisions qui, bien que prises dans un cadre autonome, sont d'essence administrative. Cette nécessité vient tant de la systémique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union, qu'a théorisée la Cour, que de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, que, enfin, de la doctrine de la "judicial review".

Les larges pouvoirs impartis au juge saisi d'un tel recours, ainsi que la définition étendue des causes juridiques qui peuvent justifier sa saisine lui imposent par conséquent un degré de familiarisation assez élevé avec les règles propres à la matière, donc un investissement important peu compatible avec le désir de conserver un regard de généraliste nourri d'une pratique transversale de toutes les branches du droit de l'Union.

C'est de ce souci, joint à celui de conserver une unité aux dispositifs juridictionnels de l'Union en maintenant un droit de regard de la Cour sur leurs productions, qu'est issu l'article 257 du TFUE, qui transforme en "tribunaux spécialisés adjoints au Tribunal" les "chambres juridictionnelles chargées de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques" prévues par l'article 225A du traité CE issu du traité de Nice.

Autonomie et contrôle. C'est incontestablement de cette catégorie des tribunaux spécialisés, largement faite pour elle, que relèverait la matière de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement celle des brevets, dans la situation hypothétique où existerait un contentieux en cette matière qui relèverait du droit de l'Union, tant sur le plan matériel que sur le plan procédural. L'autre formule, celle d'Alicante, applicable aujourd'hui à la marque communautaire, qui consiste à prévoir les voies de recours seulement dans le règlement créant le titre de propriété, et sur la même base juridique que ce règlement, ne permettrait pas à la Cour ou au Tribunal de restreindre l'étendue de leur contrôle en deçà du contrôle normal.

Si donc il y avait tout simplement un brevet de l'Union et une juridiction du brevet de l'Union, celle-ci pourrait être créée sur le fondement de l'article 257 du TFUE qui prévoit la possibilité soit d'un pourvoi devant le Tribunal limité aux questions de droit, soit d'un appel portant également sur les questions de fait, ce point devant être tranché dans le règlement créant la juridiction. L'article 257 prévoit également que la juridiction spécialisée établit son règlement en accord avec la Cour de justice.

Tel n'est malheureusement pas, ou pas entièrement, le cas de figure dans lequel nous nous situons aujourd'hui. En dépit de la présence dans le TFUE d'une nouvelle base juridique, l'article 118, qui permet d'établir des "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", une approche purement interne à l'Union n'est pas à l'ordre du jour.

Je ne détaillerai pas cette question, puisque c'est l'un des sujets sur lesquels la Cour semble vouloir se pencher. Mais, en amateur, je ne peux pas m'empêcher de relever qu'elle est intéressante. La nouvelle base juridique "propriété intellectuelle" permet de faire sortir la réglementation pertinente de l'Union du ghetto de l'article 352 du TFUE (ex-article 308 TCE), de l'unanimité qu'il impose ainsi que des exigences internes qui l'accompagnent selon la doctrine de certaines cours constitutionnelles. Mais l'unanimité demeure exigée, en vertu du second paragraphe de l'article 118, pour l'adoption des règlements établissant les régimes linguistiques des titres européens. Et cette question est bien évidemment l'une des difficultés centrales de la négociation. Par conséquent, le passage apparent à la majorité qualifiée ne bouleverse pas réellement les données politiques de la procédure législative au Conseil. En outre, il est tout sauf certain que la proposition d'un système entièrement sous l'égide de l'Union européenne, absorbant le régime de la CBE, ou

d'un système juridictionnel réservé au futur brevet de l'Union, pourrait recueillir à l'heure actuelle une majorité qualifiée au Conseil.

En revanche, on peut s'interroger sur le point de savoir si l'objectif d'"assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union", qui semble devenir un objectif de l'Union avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et de l'article 118 qui en est issu, est servi de manière optimale par un système juridictionnel, créé par un accord international et qui s'applique tant à des titres relevant du droit de l'Union qu'à des titres qui n'en relèvent pas. Mais l'interrogation est sans doute mal fondée, puisque l'accord envisagé permettrait certainement le passage à un degré d'uniformité accru par rapport à l'état actuel du droit...

Je signale en outre, à ce propos, qu'il pourrait être soutenu que l'article 118 interdit aux Etats membres, en vertu du principe de coopération loyale avec les institutions de l'Union, de laisser celle-ci en dehors de tout mécanisme nouveau affectant les titres de propriété intellectuelle.

Mais venons en, si vous le voulez bien, des problèmes virtuels à la situation réelle.

Je laisse de côté l'historique, amplement détaillé par ailleurs dans ce colloque, et notamment l'échec des propositions présentées par la Commission en 2003, qu'il n'est pas réaliste de croire réversible, pour constater l'état actuel de la question: Un accord international entre l'Union, ses Etats membres et les autres Etats parties à la CBE instituerait une juridiction internationale ayant compétence exclusive pour statuer sur diverses actions intéressant tant le brevet européen que le futur brevet communautaire, ou plus exactement de l'Union. Le lien envisagé entre cette juridiction et la Cour consisterait, pour le dire simplement, à lui donner accès à la procédure des questions préjudicielles à la Cour dans des conditions analogues à celles qui s'appliquent aux juridictions nationales des Etats membres de l'Union.

La problématique des rapports avec la Cour d'une telle juridiction internationale présente inévitablement deux faces: Ce qu'il serait demandé à la Cour de faire est-il, en premier lieu, suffisant pour éviter le risque de perturbations dans l'unité et la cohérence du droit de l'Union? En second lieu, les fonctions qui seraient attribuées à la Cour dans ce cadre international sont-elles compatibles avec le rôle que lui confèrent les traités, sans risquer de dénaturer celui-ci? Est-ce assez? Est-ce trop?

Il est tout d'abord bien évident qu'un accès à la Cour par des questions préjudicielles est un absolu minimum pour que la juridiction des brevets s'inscrive dans l'ordre juridique de l'Union. Il serait hors de question que des difficultés d'interprétation du droit de l'Union ne puissent être soumises à la Cour, au moins à titre préjudiciel, lorsqu'une juridiction statue sur des litiges relatifs à des titres de propriété délivrés en application du droit de l'Union. Il y aurait alors une atteinte potentielle flagrante à l'unité de ce droit. Si, par exemple, la notion même de "brevet" est une notion de droit de l'Union, c'est à la Cour -et à elle seule- qu'il doit revenir d'en assurer en dernière instance l'interprétation, en vertu de l'article 19 du TUE.

Donc une absence de tout lien avec la Cour est exclue par définition. On sait que les liens requis peuvent être, dans l'ordre d'intensité décroissant, l'appel portant sur les appréciations en droit et en fait, le pourvoi limité aux questions de droit, disons par analogie la cassation, et la procédure de renvoi préjudiciel, avec sa variante obligatoire et sa variante facultative.

Excluons d'emblée l'appel qui n'a jamais été sérieusement envisagé, ni par les juristes des brevets, ni par la Cour. La matière est trop technique et trop particulière pour que la Cour ou le Tribunal aient le temps, l'intérêt ou les moyens de se pencher sur les questions de fait qu'elle soulève. Ceci supposerait d'ailleurs qu'ils disposent en leur sein d'experts spécialisés, ce qui n'est pas la vocation ni, à ma connaissance, l'intention de l'institution.

Le pourvoi, ou la cassation, a été envisagé. Il serait la voie royale, parfaitement balisée par les traités, pour une juridiction des brevets de l'Union. Ce qui ne veut pas dire qu'elle serait populaire du côté des spécialistes car la Cour ne se sentirait aucunement liée par leurs habitudes, leurs présupposés et leur doctrine. Je n'en veux pour exemple que le premier arrêt de la Cour sur pourvoi dans l'affaire Procter & Gamble portant sur le refus d'enregistrement de la marque communautaire Baby Dry. Le microcosme, comme aurait dit Raymond Barre, n'a pas manqué d'y voir l'intrusion d'un éléphant dans le magasin de porcelaines... Mais tant pis; c'est le prix de l'unité du droit.

Ce n'est pas ce risque d'irrespect des usages d'une discipline, je dirais presque d'une corporation, déjà ancienne qui pose problème ici, au moins du point de vue du droit, c'est le fait de charger la Cour du pouvoir de casser des arrêts rendus par des instances juridictionnelles non entièrement régies par le droit de l'Union. D'une part cela obligerait la Cour à sortir de son pré carré, mais ce n'est pas impossible; elle le fait déjà lorsqu'elle règle des litiges par l'application de clauses compromissoires contenues dans des conventions. D'autre part, difficulté plus sérieuse, des Etats tiers pourraient trouver peu acceptable que la Cour puisse anéantir des décisions de justice intervenant dans des litiges ne relevant pas du droit de l'Union. En outre, quel serait le contrôle sur l'exécution du pourvoi par une juridiction qui est organiquement exempte des procédures communautaires? Donc un pourvoi devant la Cour pour des litiges nés de l'application de la CBE n'irait pas de soi -sans être pour autant absolument inconcevable.

La voie préjudicielle, à présent. Celle qui est à l'ordre du jour et qui reviendrait à porter les demandes préjudicielles de la juridiction des brevets devant la Cour (et non, à la différence du pourvoi, devant le Tribunal, sauf s'il était décidé de confier au Tribunal la charge de tels renvois préjudiciels, comme les traités le permettent). Cette approche ne va pas de soi non plus, même sans entrer dans ses modalités, ni dans la liste des sources du droit susceptibles de faire l'objet de renvois en interprétation ou en appréciation de validité. La question peut-être la moins complexe est celle de savoir si la juridiction européenne des brevets peut-être assimilée à une juridiction nationale au sens de l'article 267 TFUE alors qu'elle est créée par un accord international. La deuxième question est de savoir si le renvoi

doit être conçu, face à une difficulté sérieuse, comme une faculté ou une obligation. La troisième question, enfin, est celle des conséquences à tirer d'un éventuel refus d'usage de la procédure ou d'une méconnaissance, totale ou partielle, des décisions de la cour consécutives aux renvois.

La réponse à toutes ces questions doit être guidée par le principe selon lequel la procédure préjudicielle n'est pas une procédure consultative; la Cour statue en la matière avec une autorité équivalente à celle de la chose jugée, dans les limites bien entendu du renvoi dont elle est saisie -ce que consacre en son état actuel le projet d'accord.

Donc toute difficulté de droit jugée sérieuse, selon des critères objectifs consacrés par la jurisprudence, devrait être renvoyée à la Cour. Si l'article 267 du TFUE n'en fait une obligation littérale que pour les juridictions statuant en dernier ressort, c'est pour que le choix du moment du renvoi soit laissé à l'appréciation des juges nationaux. Mais avant que les procédures internes soient irrémédiablement closes, la Cour doit avoir été saisie de toute difficulté réelle d'interprétation ou de tout problème de validité. Il devrait en aller de même, *mutatis mutandis*, des procédures devant la juridiction des brevets -le projet d'accord va encore une fois dans ce sens.

Que le système juridictionnel des brevets réponde aux critères constitutifs d'une juridiction n'est pas douteux. Mais comment pourra-t-on garantir l'autorité de la Cour au cas où ses décisions seraient mal reçues, incomprises ou tenues pour inapplicables, par exemple? Ceci n'est pas à exclure; les quelques contacts que la Cour a eu l'occasion d'avoir, par exemple, avec des membres de la profession de *Patentanwalt* ou de *Patent Attorney* ont été à ma connaissance tout sauf idylliques. Les potentialités d'incompréhension entre des mondes aussi différents et, chacun de leur côté, aussi riches, ne sont pas nulles. Les Etats membres peuvent, pour leur part, être jugés en violation de leurs obligations de droit de l'Union à raison de la jurisprudence de leurs cours. Quelle formule garantira une observation aussi exacte de l'autorité de chose interprétée en dehors du champ d'application des procédures internes à l'Union?

Il me semble qu'à tout le moins une décision définitive de la juridiction des brevets devrait être précédée du renvoi obligatoire des difficultés réelles rencontrées face au droit de l'Union, même quand celui-ci est identique au droit de la CBE. En outre, les conséquences à tirer de toute méconnaissance de cette obligation ou de toute méconnaissance de l'autorité des décisions rendues en la forme préjudicielle devraient être explicitement prévues. Une telle mention de sanctions, au sens non répressif du terme, évidemment, serait le moyen le moins coûteux pour prévenir des hypothèses de conflit qui sont dans la nature des choses quand, entre différents juges, l'ordre des préséances n'est pas impeccablement établi. Il ne faut y voir ni mépris ni défiance, mais une précaution élémentaire... A rien ne sert de tenter le diable!

Mais j'aurais personnellement quelques doutes sur le caractère réellement dissuasif d'un dispositif trop lourd dans ses conséquences ou qui demanderait la décision

d'une autorité politique pour être mis en œuvre. Il y a peu de chances qu'un retrait de l'Union de l'accord international puisse, pour prendre cet exemple, être réellement envisagé pour éviter le développement d'un risque de désaccord entre la juridiction des brevets et la Cour sur un point de procédure ou de jurisprudence. Le risque de perturbations économiques serait sans doute perçu, et peut-être avec juste raison, comme hors de proportion avec l'enjeu de la querelle de juges. La Cour doit disposer elle-même des armes de son autorité, avec éventuellement le soutien de la Commission, dans son rôle de gardienne des traités.

Je m'en tiendrai à ces considérations générales. J'ai le sentiment qu'en l'espèce le diable se tient moins dans les détails que dans les principes. Je me montre peut-être trop frileux en ce printemps qui a tardé à apparaître et j'espère sincèrement voir ces hésitations balayées par la Cour elle-même dans son avis.

La construction qui nous est proposée est un peu baroque et inhabituelle; elle n'est pas sans points communs avec le projet d'accord EEE sur lequel la Cour a rendu son avis bien connu. Mais heureusement elle en est aussi très différente en ce qu'elle ne se situe pas dans le même registre que le droit de l'Union et ne menace pas, en raison de sa spécificité même, l'intégrité de la mécanique qui fut "communautaire". Mais elle ne contribue pas non plus à la clarté et à la lisibilité de celle-ci en un temps où l'excès de complexité est un obstacle majeur à l'achèvement de l'état de droit. Les effets positifs attendus de la création d'une juridiction européenne des brevets sont, j'en suis conscient, considérables, pour l'harmonisation conceptuelle du droit de la propriété intellectuelle et pour la recherche européenne. Mais le pas à faire demande un effort pour les institutions et, en premier lieu, pour la Cour.

Celle-ci sera sûrement sensible, dans ses délibérations, à l'importance que l'Europe avance dans la matière de manière unitaire. Et au fait qu'il n'y a pas, et qu'il n'y aura pas dans un proche avenir, d'autre option que celle qui est actuellement envisagée et sur laquelle les travaux sont, comme nous le savons tous, déjà très avancés. Une relance des propositions de 2003 n'est pas une option sérieusement envisagée. Dans ces conditions, un feu vert pur et simple de la Cour présenterait quelques risques, sans doute maîtrisables. Un coup d'arrêt radical serait probablement bien plus dramatique du point de vue de l'intérêt général. Entre les deux, la Cour dispose de certaines options intermédiaires et elle est maîtresse de ses avis.

Mais sur ce point, je m'en tiendrai à ma promesse de ne rien dire.