

Conférence CEIPI
VERS UNE JURIDICTION EUROPEENNE DES BREVETS

16-17 avril 2010 - Strasbourg

ENTRÉE EN VIGUEUR, OPTING OUT ET PERIODE TRANSITOIRE

M. Vincenzo Scordamaglia
Directeur Général Hon. du Conseil de l'Union européenne

1. **OBSERVATIONS PRELIMINAIRES**

Les remarques concernant le projet d'Accord contenu dans le document du Conseil 7928/09 sont formulées sans préjudice de l'Avis de la Cour de Justice de l'UE concernant la compatibilité de la solution proposée avec le droit de l'UE.

Ces remarques traduisent l'opinion personnelle de l'intervenant et ne peuvent en aucun cas être interprétées comme exprimant la position du Conseil ou de la Commission de l'UE.

2. **LA CONDITION POUR POUVOIR DEVENIR PARTIE A L'ACCORD**

La condition fondamentale pour pouvoir devenir partie à l'Accord est d'être Partie Contractante de la CBE. Cette condition est remplie aujourd'hui par 36 Etats européens, dont les 27 Etats membres de l'UE, mais elle sera bientôt remplie également par l'UE elle-même qui, à la suite d'une révision de la CBE, pourra y adhérer comme conséquence de l'adoption du futur Règlement instituant le brevet de l'UE qui sera délivré par l'OEB. Il faut également considérer que d'autres Etats européens adhéreront probablement à la CBE dans un proche avenir et rempliront ainsi, eux-aussi, la condition de base pour pouvoir devenir parties à l'Accord.

Le projet d'Accord dans le texte du document 7928/09 (Art. 58a et 58b) est conçu comme un « *Accord mixte* » régional (Européen) ouvert à la participation de toutes les parties contractantes à la CBE. La participation de l'UE et de ses 27 Etats membres y est présentée comme obligatoire, alors que figure comme facultative la participation des autres 9 pays tiers membres de la CBE¹ et des autres pays tiers européens candidats potentiels à l'adhésion à la CBE. Et cependant l'approche « *Accord mixte* » comporte nécessairement la conséquence logique que la participation d'**au moins** un pays tiers partie à la CBE est indispensable pour entamer et mener des négociations, pour signer et conclure un Accord de ce type et pour le mettre en vigueur. Cette conséquence logique est apparemment en contradiction avec l'art. 59 (1) du projet d'Accord qui fait dépendre l'entrée en vigueur de l'Accord uniquement de la ratification des 27 Etats membres de l'UE.

¹ Ancienne République Yougoslave de Macédoine, Croatie, Islande, Liechtenstein, Principauté de Monaco, Norvège, San Marino, Suisse et Turquie

Les conclusions du Conseil du 4 décembre 2009 ont introduit un changement important sur ce point. L'Accord reste un « *Accord mixte* » ouvert exclusivement au club des parties à la CBE, mais au départ il serait accessible seulement à l'UE, à ses 27 Etats membres et aux 4 Etats tiers parties à la CBE qui sont membres de l'AELE (Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse). D'autres pays tiers parties à la CBE pourraient à leur demande être invités à adhérer après une période de 5 années suivant l'entrée en vigueur de l'Accord. La décision de les admettre serait prise à l'unanimité des Parties contractantes à l'Accord, sous réserve que les pays adhérant remplissent deux conditions substantielles : “*that they have fully implemented all relevant provisions of EU law*”² and have put into place effective structures for patent protection”.

La rédaction des conclusions du Conseil du 4 décembre 2009 (Point 35) est plutôt ambiguë concernant la nature du droit de participation des 4 pays de l'AELE. Le texte dit : “*Initially, accession by Contracting States of the European Patent Convention who are not Member States of the EU should be open for Contracting Parties to the European Free Trade Agreement*”. Si l'expression “*accession*” signifie que ces pays n'auront le droit de participer qu'après que l'Accord a été mis en vigueur par l'UE et ses 27 Etats membres, l'idée même d'un “*Accord mixte*” serait mise en cause. On ne peut pas appliquer des procédures de négociation qui sont conçues pour établir une relation internationale entre l'UE et ses Etats membres, d'une part, et des pays tiers, d'autre part, dans la perspective de conclure un Accord qui entre en vigueur en vertu de la décision d'une seule des parties (l'UE et ses Etats membres) et, au début, exclusivement dans leurs relations internes. Il me semble que, en dépit de la formulation des conclusions du Conseil, il faut interpréter le texte de ces conclusions dans le sens qu'il continue d'exprimer l'intention de négocier et conclure un « *Accord mixte* » avec **au moins** un des 4 pays AELE et que la ratification par **au moins** un des ces 4 pays devrait être une condition préalable pour l'entrée en vigueur de l'Accord, au même titre que la ratification par l'UE et ses Etats membres.

Ce changement de perspective nous amène dans un environnement familier, celui des Accords EU-AELE. Je me limiterai à citer l'Accord sur l'Espace Economique Européen (EEE) et la Convention de Lugano sur la compétence et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale.

Pour ce qui concerne le droit de participer, l'Accord EEE, un Accord d'association, bien qu'il ne couvre pas la Suisse, ressemble beaucoup dans sa structure au projet d'Accord envisagé par le Conseil. Il s'agit d'un « *Accord mixte* » comprenant l'UE, tous ses Etats membres et les 3 pays de l'AELE autres que la Suisse. Lorsque de nouveaux pays ont adhéré à l'UE, on a exigé d'eux qu'ils participent également à l'EEE par un Accord d'Adhésion spécifique négocié avec eux. La Suisse ou tout autre pays qui deviendrait membre de l'AELE pourrait demander à tout moment d'adhérer à l'EEE et l'on négocierait un Accord d'Adhésion (Art. 128 EEE). Toutefois, à la différence du projet d'Accord dont nous nous occupons, l'EEE n'est pas ouvert à des pays autres que des pays de l'UE ou de l'AELE.

² On peut toutefois s'interroger sur le sens de cette condition s'agissant d'un pays tiers qui ne serait même pas membre de l'Espace Economique Européen (EEE).

Des différences et des ressemblances existent également avec la Convention de Lugano dans sa version révisée de 2007 qui est entrée en vigueur en 2009. Il ne s'agit pas d'un « *Accord mixte* » puisqu'il n'y participe que l'UE en non pas ses Etats membres³. Les autres parties contractantes sont les 4 pays AELE (Art. 71 a) Lugano). D'éventuels futur pays AELE auraient plein droit d'y adhérer s'ils le souhaitent. Un pays AELE qui deviendrait membre de l'UE resterait couvert par la Convention en vertu de la participation de l'UE, comme cela a été le cas dans le passé pour l'Autriche, la Finlande et la Suède et comme cela pourrait se produire à l'avenir pour l'Islande. Mais il y a une troisième catégorie de Parties contractantes possibles (Art. 71 c) Lugano), une catégorie qui n'est pas géographiquement limitée à l'Europe et qui devrait permettre d'étendre notre système de coopération judiciaire en matière civile à tout autre pays du monde dont les magistrats bénéficieraient à nos yeux d'un niveau de confiance analogue à celui que chacun de nous prouve à l'égard des magistrats des autres pays de l'UE ou de l'AELE. Les pays qui rentrent dans cette catégorie seraient admis à adhérer par décision unanime des Parties contractantes de la Convention de Lugano après avoir reçu une information détaillée concernant le système judiciaire du pays candidat. En ce moment il y a de clairs signes d'intérêt pour cette possibilité de la part de plusieurs pays tiers, parmi lesquels le Japon et Israël. Cette possibilité présente une grande ressemblance dans sa structure avec la possibilité offerte aux pays tiers parties à la CBE qui ne sont pas des pays AELE d'adhérer à l'Accord après une période de 5 ans à compter de son entrée en vigueur et sous réserve qu'ils remplissent quelques conditions substantielles concernant leurs législation en matière de brevets et leur système judiciaire.

Compte tenu de ces précédents, placer les négociations de l'Accord dans le cadre UE-AELE faciliterait sans doute le travail sur le plan technique, diplomatique et politique. Je voudrais rappeler que des négociations vont débiter prochainement dans un cadre Lugano pour élargir à l'espace UE-AELE les règles de l'UE concernant l'obtention des preuves à l'étranger (Règlement (CE) 1348/2000) et la signification et notification des actes judiciaires (Règlement (CE) 1206/2001). La création d'une nouvelle cour, bien qu'avec une spécialisation très particulière en matière de brevets, rentre aussi au sens large du terme sous la notion de coopération judiciaire en matière civile, un secteur qui est particulièrement développé au niveau EU-AELE.

Le fait de placer les négociations dans ce cadre ne signifie pas que les autres 5 pays tiers, actuellement parties à la CBE et qui ne seraient pas impliqués dans cette première phase dans la conclusion de l'Accord, ne devraient pas être invités à participer comme observateurs aux réunions, selon la tradition d'ouverture qui s'étend aux organisations internationales et aux ONGs et qui est une des caractéristiques des négociations internationales dans le domaine de la propriété intellectuelle.

³ Cela n'est pas tout à fait correct puisque le Danemark est partie en tant que telle à la Convention de Lugano. Cela est du cependant à la règle de *opting-out* contenue dans le Traité d'Amsterdam et valable pour le Danemark, concernant tout ce qui présente un lien avec le secteur de la Justice, Liberté et Sécurité dans les Traités de l'UE. Cette exception n'affecte cependant pas le raisonnement suivi ci-dessus.

En résumé l'Accord, ouvert dans cette première phase seulement aux parties à la CBE identifiées par le Conseil (l'UE, ses 27 Etats membres, les 4 pays AELE), devrait, en tant qu'« Accord mixte » comporter nécessairement la participation de l'UE, de certains ou tous ses Etats membres (ce point sera considéré ci-après) et au moins d'un Etat AELE.

3. ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'ACCORD POUR LES BREVETS EUROPEENS

Jusqu'à présent on a considéré la question de la participation à l'Accord exclusivement du point de vue formel qu'il s'agirait d'un « Accord mixte ». Pour parvenir à une conclusion plus précise sur l'exigence de participation de chacune des entités identifiées par le Conseil pour l'entrée en vigueur de l'Accord lors de la phase initiale il convient d'analyser le contenu du projet pour établir à qui appartient la compétence pour négocier l'Accord pour chacun des éléments qu'il contient.

L'Accord est une œuvre d'une grande complexité. Sa finalité est la création d'un régime unitaire européen pour le contentieux dans le domaine des brevets qui couvre à la fois les brevets européens et les brevets de l'UE. Cela comporte que chaque pays participant aux négociations accepte de transférer à une Cour Européenne commune des brevets, instituée dans l'ordre juridique international, les pouvoirs judiciaires souverains qu'il exerce à l'égard des brevets européens qui le désignent. Pareillement, en ce qui concerne l'UE, cela comporte qu'elle accepte de confier à cette Cour les pouvoirs judiciaires souverains que l'UE pourrait exercer en puissance à l'égard des brevets de l'UE en vertu des Traités de l'UE (en particulier les art. 257 et 262 TFUE).

Si cette analyse est correcte, la compétence pour négocier et conclure l'Accord appartient, pour chaque brevet européen désignant un pays donné, à ce pays, qu'il s'agisse d'un Etat de l'UE, de l'AELE ou, ultérieurement, d'un autre pays tiers partie à la CBE. Sans le consentement du pays concerné, donné sous la forme de la ratification de l'Accord, ce transfert de pouvoirs souverains ne pourrait pas prendre effet.

Si l'on prend en premier lieu les pays AELE, cette analyse conduit à deux conclusions :

- la ratification individuelle par chacun d'eux est nécessaire pour que les brevets européens correspondants tombent sous le régime commun,
- chacun d'eux doit être également libre de décider de ne pas participer au régime commun.

Cela est compatible avec la conclusion précédente que la participation d'au moins un Etat AELE serait nécessaire pour que l'« Accord mixte » entre en vigueur. Si cette condition n'était pas remplie cela signifierait nécessairement que les négociations ont échoué et qu'il faudrait, pour réaliser la finalité de l'Accord dans un autre cadre, rechercher d'autres formes de coopération internes à l'UE et à ses Etats membres.

La situation est substantiellement semblable s'agissant des Etats membres de l'UE pour les brevets européens qui les désignent. L'exigence exprimée dans le projet d'Accord et confirmée par le Conseil que tous les 27 Etats membres de l'UE

doivent participer peut être comprise comme un vœu politique, peut-être comme une condition politique pour le succès, mais non comme une obligation juridique basée sur une disposition des Traités de l'UE obligeant à transférer les pouvoirs souverains nationaux de leurs tribunaux à la nouvelle Cour internationale. Les deux conclusions mentionnées ci-dessus pour les pays AELE devraient donc valoir également pour les pays de l'UE, pour les brevets européens les désignant, indépendamment de tout éventuel engagement politique accepté par eux dans le cadre de l'UE. Pour autant qu'il s'agisse de la compétence de la Cour Européenne des brevets à connaître de brevets européens, la ratification de l'Accord par un nombre d'Etats membres de l'UE inférieur à 27 devrait suffire du point de vue légal pour mettre en vigueur l'Accord. Il serait entendu que les brevets européens de ces pays de l'UE qui n'ont pas (ou n'ont pas encore) ratifié continueraient à être régis par les systèmes nationaux actuels. La seule question pratique qui surgirait serait la suivante : les négociateurs devraient probablement fixer des critères quantitatifs concernant les pays parties à la CBE qui doivent ratifier l'Accord pour qu'il puisse entrer en vigueur pour les brevets européens (et compte tenu de leur nombre et de leur poids en termes de brevets cela concernerait tout particulièrement les pays de l'UE), de manière à s'assurer que la Cour Européenne des brevets recevrait dès son ouverture un nombre suffisant d'affaires justifiant l'investissement financier et humain requis par sa création. Mais celle-ci serait une condition économique et fonctionnelle parfaitement compréhensible, qui ne soulève pas de questions de principe.

La compétence de chaque Etat membre de l'UE pour ses brevets européens ne serait cependant pas exclusive. L'Accord va « affecter » des règles de l'UE : pour ne mentionner que les plus évidentes, pour le droit matériel des brevets la Directive 99/44/CE sur la protection juridique des inventions biotechnologiques, pour le droit de procédure la Directive 2004/48/CE sur le respect des droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'un certain nombre de mesures adoptées dans le cadre de la coopération judiciaire civile, en premier lieu le Règlement 44/2001 sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la Convention de Lugano révisée en 2007 et ayant un objet similaire, le Règlement 864/2007 (Rome II) sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Ainsi que cela résulte clairement de la doctrine sur la « compétence implicite » établie par la Cour de Justice ⁴, les Etats membres de l'UE ont perdu, dans ces limites, la compétence à négocier, individuellement ou collectivement, avec des pays tiers et l'UE est appelée à prendre les engagements internationaux correspondants ⁵. Cela garantit que les mesures adoptées soient

⁴ Cf. Aff. 22/70 AETR (Commission / Conseil)– Décision du 31 octobre 1971 points 17 and 18: “17 *Qu'en particulier, chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes, les Etats membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les Etats tiers des obligations affectant ces règles ;*

18 Qu' en effet, au fur et à mesure de l'instauration de ces règles communes, la Communauté seule est en mesure d'assumer et d'exécuter, avec effet pour l'ensemble du domaine d'application de l'ordre juridique communautaire, les engagements contractés à l'égard d' Etats tiers ; »

⁵ On pourrait se demander si un problème analogue ne surgit pas pour les pays AELE dans la mesure où ils sont liés par la Convention de Lugano qui est affectée par l'Accord de la même manière que le Règlement 44/2001. Chaque pays de l'AELE a gardé, cependant, sa pleine capacité de négocier et la possibilité de conclure des conventions « qui régissent la compétence, la reconnaissance et l'exécution dans des matières particulières. » (Art. 67 (1) Lugano). Cela est naturellement vrai également pour

compatibles avec l'acquis communautaire ou, si l'on devait accepter des dérogations dans l'intérêt d'un accord dans un cadre plus large que l'UE, que ces dérogations affectent de manière unitaire tout le domaine d'application de l'ordre juridique de l'UE.

L'exigence de la ratification de l'Accord par l'UE pour qu'il puisse entrer en vigueur à l'égard des brevets européens désignant des pays de l'UE est indépendante du nombre de pays de l'UE dont la ratification serait requise. Il convient de souligner l'importance de cette exigence surtout par rapport aux Etats membres de l'UE qui décideraient de ne pas participer à l'Accord pour leurs brevets européens ou dont la participation serait retardée à cause de longues procédures de ratification. Seulement la participation de l'UE à l'Accord pourrait garantir une coordination satisfaisante des deux régimes de contentieux qui coexisteraient pour les mêmes types de brevets à l'intérieur de l'UE.

En résumé, l'attribution de la compétence à la nouvelle Cour à connaître des litiges relatifs aux brevets européens exigerait, de la part de chaque pays de la CBE désigné, qu'il s'agisse d'un pays de l'UE ou de l'AELE, sa ratification de l'Accord. Le nombre de ratifications requises pour que l'Accord entre en vigueur dépendrait de considérations de nature fonctionnelle (assurer à la nouvelle Cour une charge de travail suffisante dès le début de son fonctionnement). Compte tenu de la nature « mixte » de l'Accord un Etat de l'AELE au moins devrait avoir ratifié et le nombre d'autres Etats de l'UE ou de l'AELE qui devraient ratifier dépendrait de ces considérations fonctionnelles. Il n'y aurait aucune obligation juridique de ratification pour tous les 27 Etats membres de l'UE basée sur les Traités de l'UE, mais il pourrait bien y avoir un engagement politique dans ce sens. La ratification par l'UE serait indispensable pour combler le déficit partiel de compétence des Etats membres de l'UE conformément à la doctrine sur la « compétence implicite ».

4. ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'ACCORD POUR LES BREVETS DE L'UE

La compétence pour négocier et conclure l'Accord en ce qui concerne les brevets de l'UE appartient clairement à l'UE en tant que « *compétence implicite* » résultant de la future adoption du Règlement instituant le brevet de l'UE⁶. Il s'agit d'une situation analogue à celle qui a justifié la participation de l'UE au Protocole de Madrid de 1989 relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, ou la participation de l'UE à l'Acte de Genève de 1999 relatif à l'Arrangement de la Haye concernant l'enregistrement international de

l'UE, mais non pour les Etats membres de l'UE individuellement pris (à l'exception du Danemark), qui ne sont pas parties contractantes à la Convention de Lugano.

⁶ Il résulte de la jurisprudence sur le « Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure » (Avis N. 1/76 du 26 avril 1977 de la Cour de Justice, point 4) que la compétence implicite ne naît pas seulement « *dans tous les cas où la compétence interne a déjà été utilisée en vue d'adopter des mesures s'inscrivant dans la réalisation des politiques communes* » mais aussi lorsque « *les mesures communautaires internes ne sont adoptées qu'à l'occasion de la conclusion et de la mise en vigueur de l'accord international, La compétence pour engager la Communauté vis-à-vis des Etats tiers découle néanmoins de manière implicite des dispositions du traité établissant la compétence interne, pour autant que la participation de la Communauté à l'accord international,, est nécessaire à la réalisation d'un des objectifs de la Communauté.* »

dessins et modèles industriels, manifestations d'un pouvoir résultant de l'adoption des deux Règlements instituant la marque et le dessin ou modèle de l'UE.

La participation et la ratification de l'Accord par l'UE serait requise pour l'entrée en vigueur des aspects de l'Accord relatifs aux brevets de l'UE.

On doit toutefois se demander si l'inclusion du brevet de l'UE dans le contenu de l'Accord exige également la participation et la ratification de l'Accord par les 27 Etats membres de l'UE. Dans les deux cas susmentionnés on peut remarquer que la participation de l'UE est entièrement opérationnelle bien que, dans le cas de l'Union de Madrid, un Etat membre de l'UE (Malte) et, dans celui de l'Acte de Genève relatif à l'Arrangement de la Haye, 10 Etats membres de l'UE n'ont pas encore ratifié ces instruments. On pourrait en tirer la conclusion que la participation des Etats membres de l'UE n'est pas une condition juridique pour l'attribution à la nouvelle Cour de la compétence pour les brevets de l'UE.

C'est une conclusion qui doit être soigneusement pesée car elle pourrait soulever des difficultés de principe, y compris au niveau politique. Une autre manière de présenter la question pourrait être la suivante : le transfert du pouvoir judiciaire par l'UE à la nouvelle Cour relève-t-il de la compétence exclusive de l'UE ou s'agit-il d'un cas de compétence « mixte », où une partie des pouvoirs souverains transférés appartient encore aux Etats membres ? J'espère que l'avis de la Cour de Justice sur le projet d'Accord clarifiera ce point. En attendant l'opinion de la Cour je vais développer deux interprétations possibles.

Une première manière d'affronter le problème consiste à prendre en considération la procédure formelle prévue par les Traités de l'UE pour la conclusion de l'Accord, telle que contenue dans l'art. 218 TFUE (ex art. 300 TCE). Considérant que le Règlement instituant le brevet de l'UE sera basé sur le nouvel art. 118 (1) TFUE, qui comporte « *la procédure législative ordinaire* » (en d'autres termes la codécision du Parlement européen et du Conseil, ce dernier prenant ses décisions à la majorité qualifiée), la même règle de la majorité qualifiée sera utilisée par le Conseil dans toutes les phases de la procédure, depuis l'ouverture de la négociation jusqu'à la décision de signer et ensuite de conclure l'Accord (Art. 218 (8) 1^{er} sous-alinéa TFUE). Il y a cependant un aspect où cette règle de vote doit être abandonnée en faveur d'une règle plus stricte, lorsqu'il s'agit du régime linguistique du brevet de l'UE. Pour cet aspect un Règlement à part sera adopté par le seul Conseil par un vote unanime (Art. 118 (2) TFUE) et, pour la partie correspondante de l'Accord, la procédure de négociation exigera des décisions prises à l'unanimité par le Conseil (Art. 218 (8) 2^{ème} sous-alinéa TFUE). Si ces conditions sont respectées et les votes correspondants à la majorité qualifiée ou à l'unanimité sont réunis au sein du Conseil, l'art. 218 TFUE ne contient pas d'autres exigences de confirmation individuelle des résultats de la négociation internationale par chaque Etat membre de l'UE pour que l'UE puisse assumer les engagements internationaux correspondants. Cela signifierait en clair que si les gouvernements des Etats membres de l'UE approuvent par les règles de vote prévues le résultat des négociations, la ratification par l'UE devrait suffire pour donner effet au transfert de pouvoirs judiciaires à la nouvelle Cour pour les brevets de l'UE. La participation à l'Accord des Etats membres de l'UE ne serait

nécessaire que dans la mesure où ils désirent soumettre à la nouvelle Cour les brevets européens les désignant (cf. point 3 ci-dessus).

Mais une autre analyse est possible, qui dépasse l'aspect formel de la procédure de négociation conformément aux Traités de l'UE. On pourrait raisonner comme suit. Si le régime du contentieux des brevets de l'UE avait été institué dans le cadre du Règlement, comme il était prévu à l'origine, les dispositions appropriées auraient été basées, entre autres, sur l'art. 262 TFUE (ex art. 229 A TCE)⁷. Bien que ces dispositions doivent être adoptées à l'unanimité par le Conseil, pour entrer en vigueur elles doivent en outre être approuvées par les Etats membres de l'UE « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ». Cette exigence, qui va au-delà d'une règle de vote au sein du Conseil, peut être expliquée par la considération que la disposition en cause transfère à la Cour de Justice de l'UE des pouvoirs judiciaires qui appartiennent actuellement aux tribunaux nationaux civils. Il s'agit en fait de litiges entre particuliers, comme c'est le cas dans l'action en contrefaçon, et la nature nationale ou de l'UE du droit en cause n'a pas d'impact sur la nature civile du litige. Cela expliquerait également pourquoi dans les cas des titres unitaires de l'UE sur les marques, les dessins et modèles et les variétés végétales la compétence pour les actions en contrefaçon est réservée aux tribunaux nationaux, alors que la Cour de Justice de l'UE a une compétence directe seulement pour des actions en annulation de ces titres, lorsque le litige peut être présenté comme un contentieux entre un particulier et l'agence publique de l'UE qui a procédé à l'enregistrement du titre dans le registre public (une approche de droit civil opposée à une approche de droit administratif).

Le chemin suivi par le projet d'Accord est différent : la compétence est transférée par un instrument international et non pas par un acte de législation secondaire de l'UE. L'art. 262 TFUE n'aurait probablement pas besoin d'être cité dans les textes. Mais la raison profonde qui exige une intervention des Etats membres de l'UE à confirmation du transfert du pouvoir reste la même et cela pourrait être développé comme un argument pour fonder la nécessité de la participation des 27 Etats membres de l'UE pour la prise d'effet des aspects de l'Accord qui donnent une compétence à la nouvelle Cour pour les brevets de l'UE.

Il m'est difficile de choisir entre ces deux interprétations. Mon cœur va dans le sens de la première puisque j'aimerais voir l'Accord entrer en vigueur avec le minimum de difficultés politiques et de risques de retard. Mon esprit juridique va dans le sens de la seconde, qui me semble plus convaincante du point de vue méthodologique. Devant ce conflit interne, je suis heureux de laisser la décision à la sagesse de la Cour de Justice de l'UE qui, j'espère, clarifiera ce point dans son avis.

⁷ Cet article se lit comme suit : « Sans préjudice des autres dispositions des traités, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen, peut arrêter des dispositions en vue d'attribuer à la Cour de justice de l'Union européenne, dans la mesure qu'il détermine, la compétence pour statuer sur des litiges liés à l'application des actes adoptés sur la base des traités qui créent des titres européens de propriété intellectuelle. Ces dispositions entrent en vigueur après leur approbation par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

En résumé, l'entrée en vigueur de l'Accord pour les brevets de l'UE dépend de la ratification par l'UE. Si sa compétence sur ce point est considérée comme concurrente à celle de ses Etats membres, cette entrée en vigueur dépendra également de la ratification par le dernier des 27 Etats membres de l'UE qui procédera à cette démarche. Cela pourrait retarder la mise en vigueur du régime pour les brevets de l'UE, mais d'autre côté il est évident qu'une longue période devra passer avant que des actions concernant des brevets de l'UE puissent naître. Ce qui est important est d'assurer que l'Accord devient immédiatement applicable aux brevets européens pour ces Etats de la CBE qui procèdent à la ratification. Cela peut être réalisé en subordonnant l'entrée en vigueur de l'Accord pour les brevets européens à un nombre de ratifications par des Etats de la CBE compatible avec les exigences fonctionnelles mentionnées ci-dessus, ainsi qu'à la ratification par l'UE pour l'exigence liée à la « compétence implicite ». L'entrée en vigueur pour les brevets de l'UE n'interviendrait que lorsque le dernier des 27 Etats membres de l'UE aura ratifié. Si, au contraire, on considère comme exclusive la compétence de l'UE, de telles complications formelles seraient évitées. La ratification de l'Accord par l'UE le rendrait applicable immédiatement aux brevets de l'UE, quel que soit le nombre d'Etats membres de l'UE qui ratifie l'Accord.

5. LA PERIODE TRANSITOIRE ET L'OPTING OUT

Je serai bref sur ce point. Une période transitoire de 7 ans était prévue dans le projet d'Accord dans le texte du document 7928/09 (Art. 58). Les conclusions du Conseil du 4 décembre 2009 ont réduit cette période à 5 ans. Il y a un clair vœu politique de réduire cette période et les complications correspondantes naissant d'un double régime. La période de 5 ans est calculée à partir de l'entrée en vigueur de l'Accord. Elle ne concerne que les brevets européens (elle serait inapplicable aux brevets de l'UE car il n'y aurait aucun régime alternatif disponible). La période est fixée une fois pour toutes de telle sorte que des Etats de la CBE qui adhèreraient après l'entrée en vigueur devraient accepter une période transitoire de durée réduite, voire même renoncer à la période transitoire si leur adhésion a lieu après les 5 ans. La période transitoire pendant laquelle le régime national reste disponible comme une alternative au nouveau régime couvre la validité et la contrefaçon. Le choix entre les deux régimes sera donc possible non seulement pour les titulaires des droits agissant en contrefaçon, mais également pour les concurrents mettant en question la validité du brevet européen ou demandant une déclaration de non-contrefaçon de ce brevet.

L'opportunité d'une telle période transitoire est une question de choix politique. En général c'est une bonne chose que de permettre aux futurs utilisateurs du système d'acquiescer de l'expérience avant d'être obligés de quitter la route à laquelle ils étaient habitués. Cela peut être vrai également pour des stratégies complexes de litiges, en dépit des plaintes concernant la fragmentation des actions et le défaut d'interprétation uniforme des règles sous le régime actuel. J'aimerais laisser une appréciation de ces aspects aux autres intervenants qui ont une bien plus grande expérience que moi en ce qui concerne les contacts directs avec les utilisateurs des brevets.

Les conclusions du Conseil du 4 décembre prévoient également un système d'opting-out qui opère comme une deuxième période transitoire d'autre type. Il

s'agit d'un droit qui serait reconnu exclusivement aux titulaires de brevets européens délivrés avant l'expiration de la 5^{ème} année à compter de l'entrée en vigueur de l'Accord, ainsi qu'aux demandeurs de brevets européens pour les demandes déposées avant cette date. Les brevets européens déjà en vigueur et ceux obtenus sur la base de telles demandes pourraient faire l'objet de litiges uniquement dans le cadre des régimes nationaux actuellement en vigueur pendant toute leur durée de vie, avec le résultat que cette période transitoire spécifique pourrait atteindre un maximum de 25 ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord. Il s'agit là d'une mesure qui, en opérant directement sur la compétence de la nouvelle Cour, enlèverait aux concurrents le droit de choisir le nouveau système de litiges pour obtenir, par exemple, une déclaration d'invalidité ou une déclaration de non-contrefaçon concernant de tels brevets européens.

Le besoin d'une telle mesure, qui donnerait aux particuliers un droit inhabituel d'échapper aux règles de droit public concernant la compétence, ne m'est pas très clair. Il me semble qu'elle dépasse la compréhension que le législateur peut montrer à l'égard des parties concernant le besoin d'expérience avant de se voir interdit l'accès à l'ancien régime. Je laisse aux autres intervenants la tâche de développer les raisons et peut-être les critiques concernant cette mesure inhabituelle, dont je ne pourrais que suggérer la suppression à moins d'être convaincu qu'il existe des raisons sérieuses pour la prévoir.

Indépendamment de ces considérations je voudrais rappeler que l'existence de la période transitoire ainsi que, le cas échéant de la mesure d'opting-out, et, en tout cas, l'existence de brevets européens qui ne seront pas tous soumis à la compétence de la nouvelle Cour (par ex. les brevets européens désignant des pays de la CBE autres que de l'UE ou de l'AELE), demandent l'introduction dans l'Accord de dispositions destinées à assurer la coordination des deux régimes. Au minimum il serait indispensable de prévoir des règles concernant la litispendance et la connexité pour donner la sécurité juridique nécessaires aux utilisateurs du système.
