

INTERNATIONALE GEWERKSCHAFT IM EUROPÄISCHEN PATENTAMT

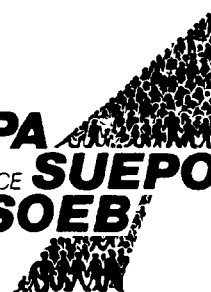
IGEPA

STAFF UNION OF THE EUROPEAN PATENT OFFICE

SUEPO

UNION SYNDICALE DE L'OFFICE EUROPEEN DES BREVETS

USOEB



Zentralbüro • Central Bureau • Bureau central

IGZ12197

LIVRE VERT SUR LE BREVET COMMUNAUTAIRE ET LE SYSTÈME DES BREVETS EN EUROPE

**Position de l'UNION SYNDICALE
de l'Office européen des brevets**

Novembre 1997

"... les européens convaincus qui sont rassemblés ici ce soir ont une image claire de ce qu'ils ne veulent pas voir leur enfant devenir: un être hybride, tiraillé ou éclaté par les intérêts nationaux égoïstes et divergents, le lieu sans âme d'une Europe sans passion réduite à la seule dimension des compromis mercantiles, une construction juridique pure, coquille vide de tout projet. Les développements futurs doivent être conduits en se méfiant des égoïsmes nationaux, des forces centrifuges nées des seuls intérêts individuels et posant le risque permanent d'une décentralisation, voir d'un démantèlement.

Or la centralisation est l'âme même de la Convention. La décentralisation ne peut s'exercer qu'au détriment de la cohérence dans les procédures, dans leur qualité et leur homogénéité, cohérence qui constitue la raison même de la Convention.

L'Organisation européenne des brevets est née de la seule volonté d'une poignée de visionnaires, qui ne disposent, dans les systèmes démocratiques dont nous jouissons fort heureusement, que de leur seul pouvoir de conviction pour imposer leur vision. Cette vision n'est pas uniquement dictée par les seules considérations économiques. Les perspectives géopolitiques d'une grande Europe ont été aussi déterminantes."

*Jean-Claude COMBALDI EU
Ancien président du conseil d'administration de l'OEB
Actuel président de l'OHMI*

*Discours prononcé à l'occasion du 20e anniversaire
de la signature de la Convention sur le brevet européen
(Gazette de l'OEB 33/93 - 06.12.1993)*

RÉSUMÉ

Le brevet est un stimulant puissant de l'innovation, à condition toutefois de ne pas porter d'atteintes excessives à la libre concurrence. Il ne doit pas entraver la libre circulation des marchandises par un cloisonnement géographique des marchés. Il ne doit pas non plus gêner inutilement les concurrents, ce qui suppose que seules les inventions nouvelles et présentant un niveau suffisant d'activité inventive soient brevetées.

Par rapport à ses principaux concurrents, les États-Unis et le Japon, le système européen des brevets souffre d'un certain nombre de déficiences:

- L'Europe ne dispose toujours pas d'un brevet unique produisant des effets unitaires à l'intérieur du marché unique, car la Convention sur le brevet communautaire (CBC) n'est toujours pas entrée en vigueur. La Convention sur le brevet européen (CBE) permet d'obtenir en une procédure unique devant l'Office européen des brevets (OEB) un brevet européen, qui produit cependant des effets purement nationaux dans chaque État désigné par le breveté. Les litiges relatifs aux brevets sont du ressort de chaque juridiction nationale, ce qui entraîne la multiplication des procédures, l'accroissement des coûts, l'absence d'unification du droit à l'échelle européenne et un risque de segmentation des marchés.
- La complexité et les coûts du système européen des brevets sont encore aggravés par la dualité du système (OEB, offices nationaux des brevets) et les redondances qu'il comporte. Les taxes de procédure de l'OEB restent relativement élevées, alors que 50% des taxes annuelles de renouvellement des brevets européens reviennent aux États nationaux désignés. Par ailleurs, l'OEB finance indirectement certaines activités des offices nationaux au frais de ses déposants. L'obligation de traduire les brevets dans chaque langue nationale intervient pour au moins un tiers dans les coûts du brevet, alors que ces traductions ne sont que rarement consultées.
- L'OEB jouit d'une réputation mondiale pour la qualité de son travail (haut niveau d'activité inventive et forte présomption de validité des brevets délivrés), grâce à la centralisation de la recherche documentaire et de l'examen pour les brevets européens. Cette qualité est actuellement en péril, en raison de pressions internes et externes qui poussent l'OEB à privilégier le rendement quantitatif et à négliger certaines tâches essentielles, notamment la mise à jour et l'amélioration de sa documentation.

Les déficiences du système résultent notamment des causes suivantes, qui l'empêchent de se réformer de l'intérieur et entraînent son immobilisme:

- Le système européen des brevets présente un caractère purement intergouvernemental, la CBE et la CBC étant des traités internationaux. Il n'existe pas de coordination globale du système à l'échelle communautaire. Les modifications législatives requièrent l'unanimité des États membres et aboutissent le plus souvent au plus petit dénominateur commun des intérêts nationaux. Par ailleurs, les dispositions en vigueur ne font pas partie de "l'acquis communautaire"

et ne s'appliquent donc pas automatiquement aux nouveaux adhérents à l'Union européenne (UE).

- Un conflit d'intérêts existe au sein du conseil d'administration de l'OEB, composé en majeure partie des chefs des offices nationaux des brevets. Ceux-ci sont davantage préoccupés par les intérêts de leur propre administration, au détriment du fonctionnement de l'OEB et de l'intérêt général du public européen. Certains offices préconisent même une (re)décentralisation de la délivrance des brevets, ce qui ne pourrait que nuire à l'uniformité des critères de brevetabilité et à la qualité des brevets délivrés.

A l'instar des pères fondateurs du système européen des brevets, l'Union syndicale de l'OEB préconise le retour de l'ensemble de ce système dans le giron du droit communautaire par l'adoption d'un règlement selon l'article 235 CE (des dispositions transitoires, auxquelles il pourrait être mis fin par un acte des autorités communautaires, tiendraient compte de l'évolution encore inachevée du marché commun):

- Sans attendre la ratification de la CBC, ce règlement devrait rapidement créer un véritable brevet communautaire, produisant des effets unitaires sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Ce brevet serait destiné à remplacer à terme les brevets nationaux.
- Les litiges relatifs à ces brevets devraient être soumis dès la première instance à une juridiction communautaire, compétente en matière d'annulation et de contrefaçon. L'annulation pourrait également être obtenue directement auprès de divisions d'annulation de l'OEB. L'appel serait dévolu à une chambre spéciale du Tribunal de première instance (TPI) des Communautés européennes, avec laquelle fusionneraient les chambres de recours de l'OEB. Celles-ci constituent actuellement l'unique juridiction en matière de brevets au niveau européen, et peuvent s'appuyer sur un corps de jurisprudence uniforme et cohérent, fruit de vingt ans d'expérience.
- Contrairement à ce que prévoit la CBC, l'exigence de traduction du brevet communautaire devrait être limitée aux revendications, le déposant ayant pour le reste le choix entre l'une des trois langues officielles de l'OEB (allemand, anglais, français).
- Les taxes annuelles de renouvellement devraient être entièrement perçues par l'OEB et bénéficier uniquement au système des brevets et à l'innovation en Europe (notamment dans les pays présentant un retard en ce domaine). Ceci permettrait également de réduire les taxes de procédure, qui constituent une barrière à l'accès au système, puisqu'elles sont dues à un moment où le brevet n'est pas encore économiquement rentable.
- L'OEB doit être intégré aux institutions communautaires, qui seules sont en mesure d'exercer sur celui-ci un contrôle politique prenant en compte l'intérêt général à l'échelle européenne.

En raison de la quasi-identité entre États membres de l'Union européenne et de l'OEB, une opportunité unique s'offre actuellement pour une action communautaire

d'envergure en matière de brevets. La coopération avec les États non (encore) membres de l'UE, notamment les pays d'Europe centrale et orientale (PECO), pourrait être assurée par des accords d'association. La possibilité d'une adhésion prochaine des PECO à la CBE risque de rendre plus difficile une action communautaire si elle n'est pas menée rapidement.

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-5
1ère PARTIE - Les conditions d'un système des brevets économiquement efficace	6-29
I. L'absence d'atteinte excessive à la libre concurrence	9-18
A. Un monopole d'exploitation limité dans le temps	10
B. Un brevet de qualité	11-15
1° <i>Un seuil suffisant d'activité inventive</i>	11-12
2° <i>Des brevets possédant une forte présomption de validité</i>	13
3° <i>Un office des brevets pratiquant un examen de haute qualité</i>	14-15
C. Un coût d'accès au système peu élevé	16
D. Des taxes annuelles de renouvellement fortement progressives	17-18
II. L'absence de cloisonnement des marchés	19-21
III. Le règlement des litiges	22-24
IV. La diffusion rapide et peu coûteuse de l'information brevets	25-27
V. La coordination avec la politique industrielle et économique	28-29
2ème PARTIE - Le système actuel et ses déficiences	30-79
I. L'absence de cadre global pour la politique européenne en matière de brevets	31-37
A. La politique économique et industrielles, en particulier l'innovation	31-33
B. La propriété industrielle et intellectuelle	34-35
C. La diffusion de l'information technique	36-37
II. La dualité du système des brevets en Europe	38-46
A. Un facteur de complexité et de coûts	38-43
1° <i>L'obtention du brevet</i>	38-39
2° <i>L'exploitation du brevet</i>	40-41
3° <i>Les conséquences néfastes pour les PME</i>	42-43
B. La segmentation géographique des marchés par les brevets nationaux	44-46
III. Les coûts "à l'entrée" trop élevés du système européen des brevets	47-56
A. Les traductions	48-52
B. La structure des taxes	53-56
IV. La qualité des brevets délivrés par l'OEB mise en péril	57-69
A. La situation à l'intérieur de l'OEB	60-64
B. Les velléités de (re)décentralisation du système européen des brevets	65-69
V. L'immobilisme du système intergouvernemental actuel	70-79
A. Au plan législatif	70-72
B. Au plan institutionnel	73-78
1° <i>La ratification sans fin de la CBC</i>	73-75
2° <i>Un faux prétexte: la présence d'États non membres de l'UE</i>	

	<i>au sein de l'OEB</i>	76-78
C.	Les causes de l'immobilisme actuel	79

3ème PARTIE - Solutions proposées	80-116
I. Les domaines où une action est requise	81-108
A. La création d'un brevet unique, destiné à devenir l'unique brevet dans la Communauté	81-84
B. Le règlement des litiges	85-95
1° <i>Les impératifs du système de règlement des litiges</i>	85
2° <i>Une juridiction "communautaire" avant le lettre au sein de l'OEB</i>	86-88
3° <i>La future juridiction communautaire en matière de brevets</i>	89-95
C. La structure des taxes	96-99
D. La communautarisation de l'OEB	100-101
E. Le droit matériel des brevets	102-103
F. La diffusion de l'information technique	104
G. Les traductions	105-106
H. Divers	107-108
II. La nécessité d'une réglementation communautaire couvrant l'ensemble du système des brevets	109-116
A. Une réglementation communautaire ...	109
B. ... pour l'ensemble des questions liées aux brevets ...	110-111
C. ... dans un bref délai ...	112
D. ... tout en ménageant des dispositions transitoires ...	113-114
E. ... et en prévoyant des accord d'association avec les États non (encore) membres de l'UE	115
F. Conclusion	116
CONCLUSIONS GÉNÉRALES	117-121

INTRODUCTION

1. Dans toute société, l'innovation est essentielle pour le progrès économique et donc pour l'accroissement du niveau de vie et du bien-être individuel et collectif. Elle l'est encore davantage pour les économies développées, si celles-ci veulent maintenir leur compétitivité et réduire le chômage face à la mondialisation de l'économie. Celle-ci draine les emplois peu qualifiés vers les pays en développement, où la main d'oeuvre est bon marché, et laisse aux pays développés leur "matière grise" comme principale ressource. Dans une économie européenne en voie d'unification, les pouvoirs communautaires sont amenés à jouer un rôle croissant dans la création d'un environnement favorable à l'innovation. Des initiatives en ce sens ont été proposées par la Commission européenne en 1995 dans son "Livre Vert sur l'innovation"¹.
2. Parmi les éléments contribuant à promouvoir l'innovation, la Commission cite, dans son livre vert de 1995, la protection des inventions par un système efficace de brevets. De fait, les experts s'accordent généralement pour considérer que le système des brevets est un stimulant puissant de l'innovation. Bien sûr, il ne peut se substituer aux facteurs qui, en amont, favorisent la créativité et le progrès technologique (système d'éducation et de formation professionnelle, incitation à la recherche fondamentale et appliquée, facilités d'interactions entre chercheurs, capital-risque pour les investissements dans les technologies de pointe, etc.). Par contre, en aval de l'invention, il permet de protéger celle-ci par un titre qui s'apparente à un véritable droit de propriété. Par le brevet, l'inventeur peut s'approprier le fruit de sa création en droit, et non seulement en fait (ce qui exigerait garder l'invention secrète - quand seulement cela est possible), ce qui lui permet notamment de concéder, en tout ou en partie, l'exploitation de l'invention à un tiers moyennant redevance (cession de brevet ou concession de licence). Ceci s'avère particulièrement utile lorsque l'inventeur n'a pas les moyens ou l'envie d'exploiter lui-même son invention, comme cela est fréquemment le cas pour les inventeurs individuels, les petites et moyennes entreprises (PME) ou les laboratoires universitaires, pour ne citer que quelques exemples. Un brevet juridiquement solide constitue donc une valeur patrimoniale, voire même un véritable "titre négociable", susceptible de servir de sûreté. Un tel système est propre à favoriser l'investissement dans les activités de recherche et de développement, tout comme la création des sociétés de capitaux, représentées par des titres négociables et dissociées de la personne de l'entrepreneur, ont favorisé le financement des activités commerciales.
3. Malheureusement, l'Europe souffre, par rapport à ses principaux concurrents, le Japon et les États-Unis, d'un retard notable, qu'il convient de rattraper, tant sur le plan de l'innovation en général, que du système des brevets en particulier. Elle parvient moins bien que ses concurrents à transformer en produits commercialisables ses compétences - pourtant réelles - en matière de recherche

¹ COM(95) 688 final, 20/12/1995.

dans les technologies de pointe. Corrélativement, la protection des innovations par brevets est sous-utilisée. Cet état des choses est dû pour une part non négligeable à la complexité du système des brevets propre à l'Europe par rapport à celui de ses concurrents. Actuellement, l'inventeur qui désire protéger son invention en Europe peut soit obtenir un brevet national dans chaque État européen où une protection est souhaitée, soit obtenir un brevet européen, délivré en une procédure unique par l'Office européen des brevets (OEB)², mais donnant ensuite lieu à une protection purement nationale dans chaque État désigné. Alors que l'Union européenne (UE) s'oriente vers un marché unique qui possédera bientôt sa monnaie unique, elle est encore loin du "brevet unique", c'est à dire d'un titre de protection des inventions produisant des effets unitaires sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. En effet, la Convention sur le brevet communautaire (CBC)³, qui a pour objet de créer un tel titre, n'est toujours pas entrée en vigueur. Bien que la qualité des brevets délivrés par l'OEB soit généralement appréciée, leur coût élevé est critiqué⁴, surtout en ce qui concerne les coûts non directement liés aux prestations fournies, tels les coûts de traduction ou de validation pour chaque État national désigné. En outre, en Europe, contrairement aux États-unis, aucune mesure pour alléger ces coûts n'est prévue au bénéfice des PME. Les coûts et la complexité du système sont encore accrus par l'obligation de mettre en oeuvre les droits du breveté séparément dans chaque État national (taxes annuelles, litiges en matière de contrefaçon et de validité du brevet) et les contrariétés de jurisprudence qui peuvent en résulter. L'entrée en vigueur de la CBC dans sa version actuelle ne compenserait que partiellement ces inconvénients. Par ailleurs, les instruments juridiques en vigueur (CBE) ou proposés (CBC) sont tous des conventions internationales, et ne relèvent aucun du droit communautaire, contrairement à ce qui a été réalisé en droit des marques⁵.

4. Or historiquement, la CBE et la CBC ont été conçues comme des instruments d'intégration communautaire⁶, la seconde devant entrer en vigueur peu de temps après la première. Entre temps, on constate malheureusement que l'intégration européenne dans le domaine des brevets n'a que peu progressé, notamment en raison de la résurgence de certains intérêts nationaux. Plusieurs "pères fondateurs" du système européen des brevets ont dénoncé l'impasse dans laquelle se trouve actuellement le système et ont réclamé, parfois très explicitement, son "retour ... dans le giron de l'Union européenne"⁷. La Cour de

² Convention sur le brevet européen, faite à Munich, le 5 octobre 1973 (ci-après CBE).

³ Dans sa dernière version, telle qu'elle résulte de l'Accord en matière de brevets communautaires, fait à Luxembourg, le 15 décembre 1989 (ci après ABC).

⁴ Voir notamment U. Schatz, *What is wrong with patenting in Europe?*, Patent Worl, September 1993, pp.29-37.

⁵ Règlement (CE) du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, JO CE N° L11 du 14.1.94, p.1.

⁶ K. Haertel, *Die neuere Entwicklung des Patentrechts in Europa unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs über ein europäisches Patentrecht*, GRUR 1965, p.65.

⁷ O. Bossung, *Rückführung des europäischen Patentrechts in die Europäische Union*, GRUR Int. 1995, N°12, pp. 923-935; voir aussi J.B. van Benthem, *The European Patent System and European*

justice des Communautés européennes (CJCE) a explicitement reconnu la compétence de la Communauté dans le domaine des brevets⁸, mais celle-ci n'a exercé jusqu'à présent que des actions ponctuelles (certificat complémentaire de protection pour les brevets pharmaceutiques, projet de directive en matière d'inventions biotechnologiques, livre vert sur les modèles d'utilité, etc). Face aux problèmes esquissés plus haut, on ne peut que se réjouir de ce que la Commission ait finalement adopté son "Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe"⁹, visant à amorcer une large consultation des milieux intéressés sur la nécessité d'une action communautaire en matière de brevets.

5. L'Union syndicale de l'OEB pense pouvoir apporter une contribution utile à ce débat, notamment en raison de la connaissance qu'elle a du système "de l'intérieur", c'est à dire de l'autre côté de la barrière par rapport à ses utilisateurs. En tant qu'instance chargée de juger la brevetabilité des inventions, l'OEB doit assurer aux déposants le service le plus efficace possible. Il doit cependant tenir compte avant tout des intérêts du public auquel le brevet sera opposé, c'est à dire de tous les participants à la vie économique (concurrents, consommateurs, etc.). Les intérêts de ces milieux, dont certains n'auront pas l'occasion de s'exprimer au cours du débat sur le Livre Vert, seront dûment pris en compte dans les considérations qui suivent. Il convient au préalable d'esquisser brièvement les conditions pour un système des brevets économiquement efficace (1ère partie) avant d'analyser les défaillances du système actuel (2ème partie) et d'exposer les solutions préconisées (3ème partie).

Integration, IIC Vol. 24, N°4/1993, pp. 435-445; P. Braendli, *The Future of the European Patent System*, IIC Vol. 26, N°6/1995, pp. 813-828; E. Armitage, *EU Industrial Property Policy: Priority for Patents?*, EIPR Vol.18, N°10/1996, pp. 555-558; C. Lees, *Strategic Reflections on the European Patent Office*, Patent Word, December 1995/ January 1996, pp. 24-29.

⁸ CJCE, 13 juillet 1995, affaire C-350/92 (Royaume d'Espagne contre Conseil), Rec. 1995, I, p. 1185; CJCE, avis 1/94 du 15 novembre 1994, Rec. 1994, I, p. 5267.

⁹ COM(97) 314 final, 24 juin 1997.

1ère PARTIE

LES CONDITIONS D'UN SYSTÈME DES BREVETS ÉCONOMIQUEMENT EFFICACE

6. Le système des brevets vise à promouvoir l'innovation en conférant aux inventeurs un monopole d'exploitation de leur invention, limité dans le temps, en échange de la divulgation de celle-ci. Ceci permet non seulement à l'inventeur de s'approprier son invention, qui sinon serait tombée dans le domaine public (à moins de la conserver secrète). En outre, la perspective d'un profit monopolistique constitue un puissant stimulant de l'activité créatrice, ainsi que des investissements, souvent coûteux et rentables à long terme seulement, que nécessite l'innovation. Par ailleurs, la divulgation de l'invention permet d'accroître les connaissances "publiques" et peut servir de base aux concurrents pour améliorer l'invention et accélérer ainsi davantage le processus d'innovation. En revanche, l'octroi d'un monopole constitue une entrave à la liberté d'entreprendre. Tout système de brevets constitue donc un compromis entre "récompense de l'inventeur" (stimulant l'innovation) et maintien de la libre concurrence (elle aussi nécessaire pour ne pas freiner le progrès économique et technologique).
7. On peut envisager des alternatives au système des brevets, qui récompensent l'innovation sans octroyer de monopoles, notamment le maintien au secret de l'invention (avec éventuellement une protection légale du secret de fabrication), le financement public de la recherche, ou l'octroi d'une récompense aux inventeurs par les pouvoirs publics. Historiquement, même les précurseurs de l'actuel système des brevets n'octroyaient de monopole aux inventeurs que de manière nuancée, sur une base ad hoc: durée du monopole variable selon la nature de l'invention, monopole limité à certains types d'exploitations, droit d'exploitation de l'invention par l'État, systèmes de licences obligatoires, etc. Des analyses économiques confirment toutefois qu'à défaut de solution idéale, le système des brevets dans son principe actuel constitue la solution la plus satisfaisante¹⁰.
8. Tant l'analyse économique que l'expérience empirique montrent cependant que pour remplir efficacement son rôle de promotion de l'innovation, le système des brevets doit remplir un certain nombre de conditions. Si l'octroi d'un monopole est nécessaire pour permettre au breveté de s'approprier son invention, par contre, il ne faut pas que ce monopole donne lieu à des distorsions injustifiées de la concurrence, voire à des positions dominantes abusives qui risqueraient de freiner les investissements et l'activité innovatrice des concurrents. Globalement, le bilan

¹⁰ Pour une synthèse historique et une appréciation économique du système des brevets, voir E. Kaufer, *The Economics of the Patent System* (Fundamentals of Pure and Applied Economics, Vol. 30), Harwood Academic Publishers, Chur, Switzerland, 1989.

économique du système doit être favorable à la société, et en particulier aux consommateurs.

I. L'ABSENCE D'ATTEINTE EXCESSIVE À LA LIBRE CONCURRENCE

9. L'atteinte à la libre concurrence que constitue l'octroi d'un monopole à l'inventeur doit rester proportionnée au but poursuivi (promouvoir l'innovation), ce qui peut être réalisé par un certain nombre de mesures.

A. Un monopole d'exploitation limité dans le temps

10. Dans tous les systèmes de brevets, le monopole accordé à l'inventeur est limité dans le temps. En effet, si l'invention restait trop longtemps exclue du domaine public, l'activité économique serait excessivement gênée. D'autre part, la durée du monopole doit être suffisante pour permettre au breveté de retirer de son invention un profit suffisamment attractif. La durée optimale de la protection dépend de facteurs techniques et économiques (domaine technique, durée de vie des inventions, temps de commercialisation, etc.). Dans certains domaines le législateur prévoit parfois une protection prolongée, notamment pour les produits pharmaceutiques, où l'autorisation administrative de mise sur le marché est souvent longue à obtenir¹¹. En général, la durée de la protection est uniforme et d'une durée de l'ordre de 20 ans. Une modulation plus nuancée de la durée de protection peut être obtenue indirectement par le biais de la progression des taxes annuelles (cf. infra, section D.).

B. Un brevet de qualité

1° Un seuil suffisant d'activité inventive

11. Seules les inventions constituant une réelle innovation technologique méritent d'être protégées par un monopole. A défaut, le marché risque d'être inondé par un afflux de brevets de faible qualité ("junk patents") qui gênent indûment l'activité des concurrents et constituent de véritables monopoles abusifs. L'expérience montre que dans les systèmes ne pratiquant pas d'examen (systèmes d'enregistrement) ou seulement un examen léger, les usagers du système tentent de renforcer leur position par la quantité, plutôt que par la qualité des brevets. L'afflux des demandes rend plus difficile encore un examen sérieux par les offices des brevets et un cercle vicieux s'amorce. Un tel système est avant tout préjudiciable aux inventeurs individuels et aux PME, qui contrairement aux grandes entreprises, ne disposent pas des moyens humains et financiers pour déposer systématiquement des brevets en grande quantité¹².

¹¹ Directive (CE) du Conseil du 18 juin 1992, N°1768/92, JO CE N° L182/1 du 2.7.1992 sur le certificat complémentaire de protection pour les médicaments; voir aussi la révision de l'article 63 de la CBE, entrée en vigueur le 04.07.1997.

¹² Voir notamment: F. Panel, *Qu'attend l'industrie du brevet européen?*, Colloque CEIPI, 24-26 septembre 1969, Journée d'étude de la propriété industrielle et de la mise en valeur de la recherche.

12. A côté de l'activité inventive, il faut également veiller à une délimitation correcte de la protection conférée par le brevet. Les revendications doivent être claires et la protection qu'elles confèrent limitée à la partie divulguée de l'invention.

2° *Des brevets possédant une forte présomption de validité*

13. Non seulement les conditions de brevetabilité doivent être suffisamment strictes, mais elles doivent autant que possible être remplies dès la délivrance du brevet, tant dans l'intérêt du breveté que dans celui des concurrents. En effet, s'il est toujours possible de faire annuler judiciairement un brevet à posteriori, le coût des litiges et le risque d'investissements en pure perte peuvent entraîner pour les entreprises concernées des conséquences économiques catastrophiques.

3° *Un office des brevets pratiquant un examen de haute qualité*

14. C'est pourquoi l'industrie est généralement favorable à un office de brevets pratiquant un examen de haute qualité. Son but n'est pas d'accorder le plus possible de brevets, mais d'accorder des brevets satisfaisant aux conditions de brevetabilité. Il a en vue non pas seulement l'intérêt des déposants (qui ont bien sûr droit au meilleur traitement possible), mais l'intérêt du public en général. Des économies imprudentes au niveau de la délivrance risquent d'engendrer des coûts subséquents beaucoup plus élevés pour le déposant (litiges) et pour la société en général (monopoles injustifiés).
15. L'expérience montre que ce sont les pays pratiquant un examen approfondi de la brevetabilité qui ont le système des brevets le plus développé et qui sont à la pointe de l'innovation technologique. Une des raisons ayant poussé l'industrie à réclamer la création de l'OEB était la nécessité de disposer d'un examen de qualité à l'échelon européen, les offices nationaux étant de moins en moins en mesure de faire face à l'afflux de brevets ne présentant qu'une faible activité inventive¹³.

C. Un coût d'accès au système peu élevé

16. Si en ce qui concerne l'activité inventive, la barrière d'accès au système des brevets doit être suffisamment élevée, par contre, au plan financier, le coût d'accès doit rester raisonnable. L'accès au système doit être déterminé uniquement par la valeur technique de l'invention, et non par les possibilités financières du déposant. En effet, beaucoup d'entrepreneurs innovants ont pour seul capital leur "matière grise". Des frais de procédure trop élevés les empêchent de monnayer ce capital par le recours au système des brevets. Les taxes doivent cependant rester suffisamment élevées pour empêcher l'afflux de demandes introduites à la légère, qui risquent de submerger l'office des brevets et de l'empêcher de remplir correctement sa mission. A cet effet, une distinction peut utilement être faite d'une part entre inventeurs individuels et PME, qui ne déposent

¹³ ibid.

qu'occasionnellement, et grands groupes d'entreprises, qui déposent massivement et ont les moyens de se faire à l'avance une opinion de la valeur de leur invention. Les premiers pourraient bénéficier de taxes de procédure réduites.

D. Des taxes annuelles de renouvellement fortement progressives

17. Si l'accès au système des brevets doit rester peu coûteux, cela ne veut pas dire que le brevet en général doit être bon marché. D'une part, il paraît justifié que l'examen par l'office des brevets ne soit pas uniquement financé par la collectivité (contribuables) mais également, voire même exclusivement, par les déposants. D'autre part, le maintien du monopole que confère le brevet n'est socialement justifié que s'il fait l'objet d'une exploitation économique suffisante. Des taxes annuelles de renouvellement fortement progressives, telles qu'elles existent dans certains pays, permettent de reporter le paiement des taxes par le breveté à un moment où son invention devient économiquement rentable. Par ailleurs, elle conduisent à une auto-élimination progressive des brevets qui ne sont plus économiquement justifiés et constituent ainsi un instrument politique de régulation du nombre de brevets souhaitable du point de vue économique.
18. En outre, plus les taxes de renouvellement sont élevées, plus les taxes de procédure (taxes "à l'entrée") peuvent être réduites, ce qui permet de favoriser l'accès au système des brevets tout en évitant les monopoles abusifs.

II. L'ABSENCE DE CLOISONNEMENT DES MARCHÉS

19. Outre les abus de domination pouvant résulter de monopoles injustifiés, le brevet peut servir d'obstacle à la libre circulation des marchandises par le cloisonnement géographique des marchés. D'ailleurs, historiquement, on constate que les États ont souvent utilisé le système des brevets comme instrument de protectionnisme (ainsi la Suisse, pour ne citer qu'un exemple, n'a introduit la protection par brevets que lorsque son industrie mécanique devint compétitive à l'échelle mondiale, tout en excluant la protection des procédés chimiques tant que son industrie chimique resta sous-développée)¹⁴.
20. Dans une optique plus libérale, certaines juridictions ont consacré la théorie de "l'épuisement des droits". Une fois qu'un produit est mis sur le marché avec l'accord du breveté, celui-ci ne peut plus s'opposer à sa libre circulation (il ne peut "presser le citron qu'une seule fois"). L'acte d'épuisement peut consister en toute mise en circulation à l'échelle mondiale (Allemagne) ou seulement à l'intérieur d'un marché unifié (CJCE).
21. Toutefois, en pratique, la théorie de l'épuisement des droits, si elle permet d'atténuer les problèmes de segmentation des marchés, ne donne pas des

¹⁴ Kaufer (précité, note 10).

résultats entièrement satisfaisants¹⁵. Force est de constater que la seule solution viable est d'avoir un brevet à effets unitaires sur un territoire économiquement unifié (tel que le marché commun).

III. LE RÈGLEMENT DES LITIGES

22. En amont, la délivrance de brevets de haute qualité, c'est à dire ayant une forte présomption de validité, est de nature à prévenir autant que possible la survenance de litiges. En aval, il convient d'assurer que si un litige survient néanmoins, celui-ci puisse être résolu de manière simple, rapide, sans coûts excessifs, tout en assurant un haut niveau de sécurité juridique. En effet, le coût des litiges risque d'empêcher les acteurs économiques les plus faibles de faire valoir leurs droits. Ceci concerne aussi bien les concurrents, qui doivent pouvoir se défendre contre les brevets invalides, que les brevetés, qui risquent de voir leur entreprise compromise par des attaques malveillantes de leurs concurrents (notamment brevet d'une PME attaqué par une entreprise à position dominante).
23. Sur un territoire économiquement intégré, le système doit assurer l'unité de la jurisprudence en matière de validité et de contrefaçon des brevets. Des divergences de jurisprudence entre juridictions nationales différentes risquent de compromettre gravement la libre circulation des marchandises (par exemple brevet annulé dans certains pays et validé dans d'autres). Mais la sécurité juridique exige également l'harmonisation de la jurisprudence en matière de délivrance et de celle applicable aux litiges ultérieurs. Si par exemple des brevets déclarés valides par les chambres de recours de l'OEB étaient trop souvent annulés par des juridictions nationales, les prévisions des brevetés (et de leurs concurrents) se trouveraient gravement contrariées.
24. Tout en assurant l'unité de la jurisprudence, l'appel doit être simple et rapide. Il faut éviter de multiplier les instances et les procédures de recours.

IV. LA DIFFUSION RAPIDE ET PEU COÛTEUSE DE L'INFORMATION BREVETS

25. La divulgation de l'invention est la contrepartie du monopole accordé au breveté. Pour que cette divulgation soit effective, il est nécessaire de disposer d'un système de diffusion rapide et peu coûteux de l'information brevets. Celle-ci doit s'inscrire dans le cadre d'une politique générale de diffusion de l'information technique, susceptible de stimuler l'activité inventive, mais également d'éviter la duplication d'efforts coûteux de recherche et de développement.
26. A côté de l'information technique, l'information brevets comprend également un aspect juridique (information sur les droits des brevetés, assurant la sécurité des

¹⁵ Prof. Dr. J. Straus, *The present state of the patent system in the European Union as compared with the situation in the United States of America and Japan*, EUR 17014, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1997.

tiers), ainsi qu'une importante part d'information commerciale (combinée avec certaines banques de données économiques, l'information brevets permet de déceler précocement les orientations des concurrents et d'y réagir, ce qui stimule l'activité économique).

27. La diffusion de l'information brevets (et de l'information technique en général) peut être facilitée par l'amélioration et l'utilisation systématique de moyens techniques appropriés (progrès de l'informatique et des télécommunications). Mais la distribution de cette information doit s'effectuer sans distorsion de la concurrence. L'information brevets brute (i.e. le texte des brevets ainsi que les données bibliographiques de base) doit être distribuée gratuitement par les offices des brevets (hormis le coût lié à la distribution proprement dite, qui tend cependant à devenir marginal) et ne pas être réservée à certains distributeurs privilégiés (publics ou privés) bénéficiant d'une véritable rente de situation¹⁶. Quant à l'information à valeur ajoutée (indexation, classification, etc.), elle doit pouvoir être créée par tout entrepreneur à partir des données brutes, dans un environnement concurrentiel.

V. LA COORDINATION AVEC LA POLITIQUE INDUSTRIELLE ET ÉCONOMIQUE

28. Les différents aspects du système des brevets que nous venons d'évoquer sont étroitement liés aux questions de politique économique et commerciale¹⁷. Ils doivent donc être coordonnés et contrôlés par l'autorité politique responsable pour le marché et la société concernée. Le système des brevets ne concerne pas seulement ses utilisateurs mais la société dans son ensemble. Il ne peut donc constituer un but en soi, dont la gestion est laissée à certains groupes d'intérêts particuliers.
29. Cette coordination est d'autant plus importante que l'on assiste actuellement à un renforcement de la "mondialisation" des questions de propriété industrielle, notamment dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce et des accords ADPIC. Il importe que l'Europe fasse valoir ses intérêts d'une manière unie, par la voix de la Commission européenne.

¹⁶ *Pour une politique européenne de l'informations brevets au service du public et de l'innovation*, Contribution de l'Union syndicale de l'OEB au "Hearing 97" sur la politique d'information brevets de l'OEB (7 mars 1997).

¹⁷ Voir notamment le Livre Vert sur l'innovation (précité, note 1).

2ème PARTIE

LE SYSTÈME ACTUEL ET SES DÉFICIENCES

30. Le système des brevets est étroitement lié à la politique économique et industrielle. Pourtant, l'Europe ne s'est toujours pas dotée d'un cadre global pour coordonner et contrôler ces politiques (I). La prééminence d'intérêts nationaux, et plus précisément le conflit d'intérêts au sein de l'Organisation européenne des brevets, entièrement contrôlée par les représentants des offices nationaux des brevets, a empêché de surmonter la dualité du système actuel (II). Cette situation accroît inutilement le coût d'accès à la protection des inventions par le brevet (III) et met en péril la qualité du brevet européen (IV), ce qui risque non seulement de freiner l'activité d'innovation en Europe, mais également de fausser la concurrence. En raison du caractère essentiellement intergouvernemental des structures actuelles, il ne semble pas que celles-ci puissent s'auto-réformer de l'intérieur (V).

I. L'ABSENCE DE CADRE GLOBAL POUR LA POLITIQUE EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE BREVETS

A. La politique économique et industrielle, en particulier l'innovation

31. Les instruments juridiques destinés à régir le système des brevets à l'échelle européenne ne font pour ainsi dire aucune référence au rôle du brevet en matière d'innovation et de politique industrielle¹⁸. Le préambule de la CBE se réfère lapidairement à une "procédure unique de délivrance des brevets", présentant le brevet comme un but en soi, sans établir son lien avec sa fonction économique. L'article 36 du traité CE considère le brevet comme un "mal nécessaire" justifiant des entorses à la libre circulation des marchandises (heureusement atténuées par la jurisprudence de la CJCE). Le préambule de la CBC de 1975 évoque la nécessité d'abolir ces obstacles à la libre circulation, et ce n'est qu'en 1989 que l'ABC fait une vague allusion à une "communauté européenne de la technologie". Cette situation contraste avec celle de nos concurrents économiques, tels les États-Unis, qui assignent au brevet un rôle de promotion de l'innovation dans le texte même de leur constitution¹⁹.

32. A l'échelle européenne, les actions en matière de politique industrielle et d'innovation sont dispersées entre différents acteurs. Il n'y a pas au niveau des Communautés une action ou une coordination pour exploiter pleinement les

¹⁸ Straus (précité, note 15), p. 13.

¹⁹ L'article I, section 8, phrase 8 de la constitution américaine habilite le Congrès à "promouvoir les sciences et les arts utiles en octroyant aux auteurs et aux inventeurs des droits exclusifs limités dans le temps respectivement sur leurs écrits et leurs découvertes".

potentialités du système des brevets, en vue de favoriser le progrès technologique et de relancer l'économie et l'emploi en Europe.

33. Cette absence de coordination entraîne notamment un retard de la législation par rapport à l'évolution des technologies (notamment dans le domaine des logiciels et de des inventions biotechnologiques). La jurisprudence des chambres de recours de l'OEB ne peut qu'imparfaitement combler ce retard, en raison de l'inadaptation des textes actuels et de l'absence d'indications dans le préambule de la CBE permettant une interprétation téléologique plus large de celle-ci.

B. La propriété industrielle et intellectuelle

34. On constate également un manque de coordination entre les différents domaines de la propriété industrielle au niveau communautaire. La compétence communautaire en ce domaine a été explicitement reconnue par la CJCE, et les Communautés sont intervenues dans le domaine des marques²⁰ (création de l'Office pour l'harmonisation du marché intérieur - OHMI) et de la protection des obtentions végétales²¹ (Office pour la protection des obtentions végétales - OPOV). Toutefois, ces domaines sont réglés par des textes distincts et gérés par des agences distinctes, tandis qu'en matière de brevets, l'OEB reste entièrement en dehors des Communautés. Chez nos principaux concurrents, de même que dans les systèmes nationaux en Europe, l'ensemble de la propriété intellectuelle est généralement confiée à une seule institution, et les lois la réglementant sont même parfois regroupées en un code unique.
35. Pour les nouvelles technologies déjà évoquées (logiciels, biotechnologie), l'action de la Communauté n'a pu se développer que partiellement, et sans réelle coordination avec le droit de la CBE. La législation communautaire n'exerce qu'une influence tout au plus indirecte sur la jurisprudence des chambres de recours de l'OEB (celles-ci n'étant liées que par la CBE, dont la révision est lourde et aléatoire).

C. La diffusion de l'information technique

36. Bien que la Commission préconise, dans son livre vert sur l'innovation²², le développement de la veille et de la prospective technologique, la diffusion et l'exploitation de l'information technique (dont l'information brevets constitue une composante importante) n'est pas réalisée de manière efficace à l'échelle de l'Union européenne et ne fait l'objet d'aucune coordination de la part des autorités communautaires. Pourtant, un accès aisé et peu onéreux à cette information, ainsi que son utilisation systématique, permettraient de réduire les coûts de recherche

²⁰ Règlement (CE) du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, JO CE N° L11 du 14.1.94, p.1.

²¹ Règlement (CE) du Conseil du 27 juillet 1994 sur la protection communautaire des obtentions végétales, JO CE N° L227 du 1.9.94, p.1.

²² Précité (note 1), p.40.

et de développement (tant au niveau du financement public que du financement privé) et stimuleraient l'innovation.

37. La commercialisation de l'information brevets présente actuellement un risque de distorsion de la concurrence . L'OEB met son information gratuitement à la disposition des offices nationaux et au coût marginal pour les opérateurs commerciaux, rien n'étant cependant prévu pour les particuliers. Cela pourrait donner lieu à des rentes de situation, entraînant des coûts excessifs pour les utilisateurs²³.

II. LA DUALITÉ DU SYSTÈME DES BREVETS EN EUROPE

A. Un facteur de complexité et de coûts

1° L'obtention du brevet

38. Le maintien en parallèle de systèmes de délivrance européen (OEB) et nationaux entraîne des redondances qui sont un facteur d'augmentation des coûts pour les déposants. En effet, les systèmes nationaux sont en partie financés par les taxes de procédure des déposants de l'OEB. Ces taxes servent à financer non pas des activités complémentaires, bénéfiques à l'innovation, mais des activités concurrentes.
39. Une fois délivrés, les brevets européens doivent faire l'objet d'une procédure nationale de "validation" dans les États désignés. Cette procédure est complexe (en raison des formalités différentes d'un État à l'autre) et coûteuse (taxes nationales de validation, coûts des traductions, obligation de recourir à un mandataire national).

2° L'exploitation du brevet

40. L'éclatement du brevet européen en droits nationaux parallèles accroît également le coût et la complexité de l'exploitation et de la mise en oeuvre des droits du breveté. A côté des coûts administratifs et de gestion (taxes de renouvellement payables auprès de chaque autorité nationale, cession du brevet ou concession de licence enregistrées auprès de chaque office national), il faut surtout signaler la multiplication des litiges, par exemple en matière de contrefaçon, qui doivent être résolus séparément dans chaque État où le brevet est en vigueur.
41. Les coûts énormes de ce système pour les entreprises rend illusoire une protection efficace pour celles qui ne disposent pas de ressources suffisantes, aussi bien pour faire respecter leurs propres brevets que pour se défendre contre d'éventuels brevets de leurs concurrents en cas de contrefaçon alléguée. Mais en outre, il existe un risque considérable de divergence entre les jurisprudences des

²³ Voir la référence citée en note 16.

différentes juridictions nationales, tant en ce qui concerne la validité du brevet que sa contrefaçon²⁴. Des concurrents risquent donc de se retrouver dans des situations juridiques opposées selon l'État de l'Union européenne considéré, et ce pour une même invention et un même brevet délivré par l'OEB. Le moins que l'on puisse dire est qu'une telle situation n'est guère compatible avec le marché unique!

3° *Conséquences néfastes pour les PME*

42. Les coûts et la complexité du système rendent difficiles pour les PME l'accès à une protection par brevets sur l'ensemble du territoire européen. En raison du coût des litiges, elles risquent d'être écrasées par leurs concurrents financièrement plus robustes, surtout si ceux-ci poursuivent une politique de dépôt en masse de brevets de faible qualité n'ayant pas fait l'objet d'un examen sérieux ("junk patents")²⁵.
43. Un prétexte souvent avancé pour justifier le maintien des brevets nationaux est que seuls ceux-ci seraient financièrement à la portée des PME. En réalité ce "cadeau aux PME" est un cadeau empoisonné, car ce sont précisément les coûts liés à la dualité du système qui empêchent les PME d'accéder à une protection uniforme en Europe. Sans une telle protection les PME ne peuvent s'étendre sur un marché suffisamment étendu pour monnayer leurs innovations et accroître leurs activités.

B. La segmentation géographique des marchés par les brevets nationaux

44. L'existence de brevets nationaux conduit à la segmentation des marchés et entrave la libre circulation des marchandises, notamment par le blocage d'importations parallèles. Elle constitue donc un obstacle à la réalisation du marché unique. Paradoxalement, cet obstacle a été explicitement autorisé par l'article 36 du traité de Rome, rédigé il est vrai à une époque où la protection par brevets à l'échelle européenne n'existait même pas à l'état embryonnaire. La jurisprudence de la CJCE a atténué cet obstacle par une interprétation restrictive de l'exception de l'article 36, en consacrant la théorie de l'épuisement des droits²⁶. Cette solution n'apporte cependant qu'une solution imparfaite, puisque le produit breveté ne peut circuler librement que si sa première mise en circulation dans le marché unique s'est faite avec le consentement du breveté. Ceci pose notamment le problème d'inventions non protégées dans tous les États de l'Union européenne, ou bien de brevets identiques ayant des titulaires différents dans des États différents (par exemple suite à des cessions séparées des droits nationaux correspondants).

²⁴ Voir notamment la célèbre affaire *Epilady*: Court d'appel de Düsseldorf, 1993 GRUR Int. 242; Cour de La Haye, 1993 GRUR Int. 252; UK Court of Appeal, 21 IIC 561 (1990).

²⁵ cf. supra n°11.

²⁶ Supra n°20.

45. Dans le cadre du système actuel, aucune ébauche de solution à ces obstacles au marché unique n'est en vue. En effet, le déposant a le choix entre:
- une série de brevets nationaux, indépendants l'un de l'autre;
 - un brevet européen, qui permet de désigner des États "à la carte" (sans obligation de breveter pour l'ensemble du territoire de l'UE); celui-ci ne peut donc avoir d'effet unitaire sur le territoire de l'UE;
 - éventuellement le brevet communautaire, si la CBC entre en vigueur; celle-ci prévoit une possibilité de passage au brevet européen avec désignation d'États "à la carte", et certains envisagent même un brevet "communautaire" où le déposant pourrait renoncer à la protection dans certains États (modèle dit du "gruyère").
46. Pour justifier le maintien des brevets nationaux, on invoque souvent l'intérêt des PME, qui ne viseraient que leur "marché local". En réalité, toute invention est susceptible d'être exploitée sur l'ensemble d'un marché unique, le cas échéant par la concession de licences dans le cas d'une PME ne pouvant ou ne voulant exploiter elle-même. Le vrai problème est que le système actuel empêche les PME à accéder à une protection sur l'ensemble du marché unique, ce qui diminue la valeur commerciale (cession, licences) de leurs inventions²⁷.

III. LES COÛTS "À L'ENTRÉE" TROP ÉLEVÉS DU SYSTÈME DES BREVETS

47. L'existence d'un double système contribue à accroître inutilement les coûts de la protection par brevets en Europe. Ce sont surtout les coûts "à l'entrée" qui sont trop élevés, c'est à dire ceux qui doivent être payés au stade de l'obtention du brevet, avant que l'invention n'ait pu être économiquement exploitée. Ces coûts constituent une barrière d'entrée pour ceux qui n'ont que leur matière grise pour tout capital. Outre les coûts déjà mentionnés²⁸, ce sont surtout les traductions (A) et la structure des taxes (B) qui alourdissent la facture.

A. Les traductions

48. Actuellement, tous les systèmes en vigueur ou proposés (brevets nationaux, CBE, CBC) exigent, dès la délivrance du brevet, la traduction de son texte intégral dans toutes les langues de l'Union européenne (pour une protection sur l'intégralité du territoire, telle qu'elle serait souhaitable). Cette exigence est une aberration!
49. D'une part, les coûts de traduction constituent actuellement environ un tiers du coût du brevet européen²⁹, proportion qui risque de s'accroître notablement dans

²⁷ Voir aussi supra n°43.

²⁸ Supra n° 38-41.

²⁹ Voir notamment Schatz (précité, note 4).

l'hypothèse d'un élargissement de l'Union européenne avec maintien de l'exigence de traduction. D'autre part, ces traductions sont parfaitement inutiles:

- Les statistiques des offices nationaux montrent que ces traductions ne sont pratiquement pas consultées.
 - La plupart des techniciens en Europe maîtrisent au moins l'une des langues officielles de l'OEB.
 - Pour un non initié, même la traduction du brevet ne présente qu'une faible utilité, vu le langage très spécifique en la matière (amalgame de technique et de droit). Un non spécialiste devra en tout état de cause recourir aux services d'un conseil en brevets.
 - En cas de litige, c'est le texte original qui fait foi, sous réserve du cas où le texte de la traduction confère une protection moins étendue³⁰. Le tribunal national saisi sera donc en tout état de cause amené à demander une traduction "officielle" ad hoc.
 - Par ailleurs, il y a lieu de remarquer que dans les États nationaux multilingues (tels que la Belgique et la Suisse), le brevet ne doit être publié que dans une seule des langues nationales, sans que cela n'ait jamais causé le moindre problème (malgré les susceptibilités linguistiques parfois exacerbées dans ces pays).
50. Plus grave encore, l'exigence de traduction risque de dégénérer en un instrument de concurrence déloyale aux mains des grandes entreprises. Supposons à titre d'illustration qu'une PME dépose un brevet en langue anglaise sur l'ensemble du territoire de l'UE, mais qu'elle omette d'en fournir la traduction pour l'un des États, que nous appellerons fictivement la "Ruritanie". Un concurrent pourrait impunément contrefaire le brevet de la PME sur le territoire "ruritanien" sous prétexte qu'il n'a pas été traduit dans sa langue "natale", *quant bien même ce concurrent ferait partie d'un groupe multinational dont les services de propriété industrielle ont parfaitement connaissance du brevet dans sa langue d'origine*. En fait, le prétendu souci de protéger le petit entrepreneur national qui ne comprend que sa langue natale se retourne en un instrument d'oppression de ce petit entrepreneur par les grandes entreprises.
51. Le seul cas où une traduction du brevet se justifie est celui d'un litige devant un tribunal national, c'est à dire en général longtemps après la délivrance du brevet, lorsque celui-ci est devenu rentable économiquement. Les autres solutions évoquées dans le Livre Vert sont à rejeter:
- *Le système de la CBC dans sa version de 1975*: Le brevet n'est pas opposable au tiers tant qu'il n'a pas été traduit dans leur langue nationale.

³⁰ Article 70 CBE.

Le tiers “de bonne foi” qui exploite l’invention ne sera donc pas contrefacteur, et pourra même continuer son exploitation si un certain délai s’est écoulé avant que la traduction ne soit fournie. Ce système pose le même problème que celui évoqué précédemment au sujet des groupes multinationaux connaissant en réalité le brevet dans sa langue originale.

- *Le système de la traduction à la demande:* Ce système risque d’entraîner des demandes abusives et une inflation des coûts, surtout si ces traductions sont financées par un prélèvement sur les taxes des déposants.
- *La solution globale de l’OEB:* Cette solution ne convainc guère l’industrie, et l’on peut se demander si ces traductions, même abrégées, seront réellement utiles (et utilisées). Son seul avantage pourrait être de constituer (peut-être) un compromis politiquement viable, tout en n’entraînant pas des coûts aussi exorbitants que les autres solutions proposées.

En tout état de cause, les traductions devraient être centralisées auprès d’un organisme unique, sans frais administratifs autres que ceux résultant du travail de traduction proprement dit.

52. En conclusion, les impératifs d’ordre linguistique, légitimes dans le domaine culturel, sont tout à fait inappropriés dans le domaine technique, lorsque des intérêts économiques sont en jeu. Il faudra choisir entre un système efficace de promotion de l’innovation et du progrès économique, favorable à la création d’emplois, et un système où priment les intérêts particuliers (faussement culturels) et qui perpétue l’immobilisme actuel.

B. La structure des taxes

53. Actuellement, le fonctionnement de l’OEB est entièrement financé par les taxes des déposants³¹. Ces taxes se décomposent en taxes de procédure (payables avant ou au moment de la délivrance) et en taxes annuelles de renouvellement, payables au cours de la vie du brevet, alors que celui-ci produit des bénéfices économiques.
54. *Les taxes de procédure* apparaissent disproportionnées par rapport aux taxes correspondantes des offices nationaux. Cela ne s’explique pas seulement par la qualité de l’examen fourni par l’OEB (examen entièrement financé par les ressources propres de l’OEB), mais également par le fait que, comparativement à la plupart des offices nationaux, les taxes annuelles ne contribuent que pour une fraction moindre au financement de l’OEB. Cette situation est insatisfaisante, car les taxes de procédure constituent une barrière à l’entrée, surtout pour les PME.

³¹ En vertu de l’article 37 CBE, les dépenses de l’Organisation peuvent également être couvertes par des contributions exceptionnelles des États contractants, ou par les recettes perçues par l’OEB pour l’accomplissement de tâches spéciales (article 146 CBE). L’article 40 CBE dispose cependant que le budget de l’Organisation doit être en équilibre. En aucun cas, le niveau des taxes ne peut conduire l’Organisation à réaliser des “bénéfices”.

Il conviendrait donc de déplacer l'équilibre du financement vers les taxes de renouvellement.

55. Malheureusement, *les taxes annuelles* sont reversées en partie aux États membres désignés par le brevet, selon une clé de répartition fixée actuellement à 50%. Le montant des taxes est fixé séparément par chaque État. Ce système présente les inconvénients suivants:

- Les taxes de renouvellement servent en partie à subventionner les activités des offices nationaux, voire rentrent directement dans le budget général de l'État (sans profiter au système des brevets, ni à la promotion de l'innovation), le tout au frais des déposants à l'OEB.
- A défaut de percevoir le bénéfice intégral des taxes de renouvellement, l'OEB n'est pas en mesure de ramener ses taxes de procédure à des proportions moins rédhitoires, surtout pour les petits déposants.
- Le système favorise surtout les grands États, qui sont le plus souvent désignés par les déposants. La CBC dans sa version actuelle perpétue ce système, en fixant la clé de répartition des taxes *entre États membres* sur la base de la situation actuelle. Il n'existe donc pas de système de péréquation au bénéfice des États dont le système des brevets est moins développé. La désignation de ces États par les déposants est systématiquement omise en raison des coûts du système, et un cercle vicieux s'instaure ...

56. Un brevet ne doit pas nécessairement être bon marché, dans la mesure où la société accorde au breveté un monopole d'exploitation. Toutefois, les taxes ne doivent s'alourdir substantiellement qu'au moment où le brevet est susceptible de rentabilité économique, et non pas constituer une taxe "à l'entrée" qui ne peut que freiner l'innovation. Les taxes de renouvellement doivent servir à baisser les taxes de procédure et ne pas être utilisées à des fins étrangères à l'innovation.

IV. LA QUALITÉ DES BREVETS DÉLIVRÉS PAR L'OEB MISE EN PÉRIL

57. Rappelons que seules les inventions nouvelles et présentant une activité inventive justifient l'octroi d'un monopole d'exploitation par le biais du brevet. Si les brevets sont délivrés sans examen sérieux, les grandes entreprises risquent de noyer les PME dans une masse de brevets de faible qualité ("junk patents") que celles-ci ne peuvent que très difficilement contester en justice, en raison de leur grand nombre et de l'importance des frais de justice³².

58. La création d'un organisme centralisé chargé de délivrer en une procédure unique des brevets valables dans un ensemble de pays, tout en instaurant une simplification considérable des démarches, a surtout permis d'assurer un haut

³² supra, n°11.

niveau de qualité des brevets délivrés, ceux-ci présentant une forte présomption de validité. C'est une des raisons pour lesquelles l'industrie européenne avait souhaité cette centralisation. En effet, beaucoup d'offices nationaux n'avaient qu'un système de simple enregistrement ou d'examen "léger", la qualité de l'examen se dégradant même pour les offices les plus performants, noyés sous l'afflux de demandes³³. En matière de recherche documentaire, essentielle pour la détermination de la nouveauté et de l'activité inventive, l'OEB pouvait s'appuyer sur l'héritage de l'ancien Institut international des brevets (IIB), qu'il avait absorbé et qui avait été pressenti comme unique autorité de recherche PCT³⁴.

59. Actuellement, la qualité du travail de l'OEB est mise en péril. Le Conseil d'administration de l'Organisation, qui devrait normalement veiller à ce que l'Office puisse remplir au mieux sa mission de service public européen, est en fait constitué des représentants des offices nationaux. Ceux-ci réclament de l'OEB de plus en plus de moyens pour leurs propres recherches nationales. D'autre part, ils ne lui accordent que difficilement les moyens, notamment en personnel, nécessaires pour faire face à l'accroissement des demandes européennes. Cette pression exercée sur l'OEB risque d'entraîner soit un accroissement de l'arriéré des demandes à traiter ("backlog"), soit une dégradation de la recherche et de l'examen de l'OEB. La situation qui en résulterait à l'intérieur de l'OEB (A), couplée aux velléités de (re)décentralisation du système qui commencent à se manifester (B), risquent de déboucher sur un véritable nivellement par le bas de la qualité des brevets délivrés.

A. La situation à l'intérieur de l'OEB

60. L'OEB met en oeuvre depuis plusieurs années un programme "d'automatisation" extensive, visant à effectuer des recherches dans des banques de données en ligne, sans toutefois prendre en compte le savoir-faire acquis en 20 ans de recherches traditionnelles (50 ans si l'on inclut l'expérience de l'IIB). La recherche en ligne est certes indispensable pour faire face au gonflement de l'information technique disponible, surtout dans la littérature non-brevet (notamment revues techniques et scientifiques). Toutefois, l'OEB exerce une pression considérable pour *substituer* à tout prix la recherche en ligne à la recherche dans la documentation papier, plutôt que d'utiliser leur *complémentarité*, et ce en dépit des avertissements en sens contraire émanant des examinateurs
61. En même temps, l'office néglige sa documentation, ainsi que le travail de classification intellectuelle de cette documentation sans lequel aucune recherche fiable n'est possible. La classification est au moins aussi importante, sinon plus, pour les recherches en ligne, car des situations techniques complexes ne peuvent que difficilement être recherchées au moyen de simples combinaisons de mots tirés de l'abrégé ou même du texte complet ("full text search"). Dans le cadre des recherches en ligne les instruments intellectuels facilitant la recherche ne doivent

³³ F. Panel (précité, note 12).

³⁴ *ibid.*

pas être abandonnés, mais au contraire perfectionnés (classification, systèmes d'indexation, etc.). L'avantage compétitif de l'OEB résulte essentiellement de la concentration en une organisation centralisée de spécialistes hautement qualifiés dans leur domaine technique respectif, ayant l'expérience quotidienne de la recherche et pouvant travailler en étroite collaboration. Ces spécialistes procèdent à l'analyse et à la classification de l'essentiel des nouvelles publications brevets et non-brevets et à sa mise à jour constante pour l'ensemble des domaines de la technique. Une dégradation de la documentation ne serait réversible qu'au prix d'efforts importants. Si l'on s'oriente au contraire vers une recherche effectuée uniquement au moyen des banques de données mises à disposition par les opérateurs commerciaux, il serait plus économique de laisser ce soin aux déposants et à leurs concurrents, qui pourront alors directement s'adresser aux tribunaux, sans passer par un office de brevets.

62. Tant au niveau de la recherche que de l'examen, l'office met l'accent sur l'aspect quantitatif du travail (production) au détriment de sa qualité. On peut citer à titre d'exemple l'examen des demandes PCT II, où la pression de production ne permet plus que difficilement un examen d'une qualité équivalente à celle de l'examen OEB traditionnel. Si le travail de l'office doit bien sûr être guidé par le principe d'économie, cela ne peut se faire au détriment de la qualité si l'on veut conserver son sens à un office de brevets à examen. Certains milieux intéressés ont déjà exprimé l'opinion que l'OEB délivrait trop facilement les brevets³⁵. Si la tendance actuelle persiste, l'OEB risque sérieusement de s'orienter vers un office à examen "léger", ce qui était justement ce que l'on voulait éviter par sa création.
63. L'office développe actuellement le système dit "BEST", qui vise à faire réaliser par un même examinateur la recherche et l'examen afférent à une même demande. Sans vouloir rentrer ici dans le détail des avantages et inconvénients de ce système ni sur l'extension qu'il convient de lui donner au sein de l'OEB³⁶, il y a lieu de constater que cette jonction des tâches de recherche et d'examen se fait au détriment des autres tâches liées à la délivrance, à savoir la maintenance de la documentation en amont et l'opposition en aval. En effet, les examinateurs n'ont ni le temps, ni les moyens de se consacrer *simultanément* à l'ensemble de ces tâches, dont la complexité croissante exige un certain degré de spécialisation (ceci n'empêche pas que l'examineur ait de préférence eu l'occasion de se familiariser *successivement* avec chacune de ces tâches).
64. En conclusion, les efforts du personnel de l'OEB ont permis jusqu'à présent de préserver le niveau de qualité des brevets délivrés. Reste à savoir combien de temps cela sera encore possible. Si l'on veut revenir à un simple système d'enregistrement ou d'examen léger (ce que nous ne favorisons pas, en raison des conséquences économiques exposées précédemment³⁷), il s'agit là d'une

³⁵ Discussion lors du colloque *Le livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe*, Bruxelles, 17 octobre 1997.

³⁶ Voir notamment les documents Info 5/AC 62 et Info 6/AC 67 présentés au Conseil d'administration de l'OEB par le Comité central du personnel.

³⁷ Supra n°11.

décision politique (et non de simple gestion), qui affecte les intérêts de l'économie et du public européen et qui doit donc être prise par les instances politiques compétentes à l'échelon européen.

B. Les vellétés de (re)décentralisation du système européen des brevets

65. Certaines délégations au Conseil d'administration de l'OEB ont ouvertement déclaré qu'elles souhaitaient une (re)décentralisation du système européen des brevets en matière de recherche et d'examen. En fait, une partie des tâches de l'OEB est sous-traitée par certains office nationaux, parfois au-delà de ce qu'autorise le Protocole de centralisation annexé à la CBE.
66. Or, la création de l'OEB et le Protocole de centralisation avaient pour objet d'assurer une recherche et un examen de qualité, par un organisme centralisé. Seul un tel organisme peut garantir une qualité homogène et de haut niveau, en rassemblant en contact étroit et dans un environnement favorable (notamment moyens de recherche de la DG1 à La Haye et proximité des chambres de recours à Munich) un personnel international et hautement qualifié.
67. Il est légitime que face à l'évolution du système des brevets en Europe, les offices nationaux cherchent à s'adapter à la nouvelle situation. Mais cette adaptation doit consister en des activités complémentaires à celles de l'OEB (notamment l'information technique et la sensibilisation au système des brevets à l'échelon local), et non en des activités concurrentes constituant un retour à l'ancienne décentralisation.
68. Parallèlement, dans le cadre de la "trilatérale" qui rassemble les trois grands offices de brevets à l'échelon mondial (OEB, JPO et USPTO), des réflexions sont en cours au sujet d'une éventuelle reconnaissance mutuelle des recherches effectuées par ces offices. L'USOEB est d'avis qu'une telle solution ne peut conduire qu'à un nivellement par le bas. Jusqu'à présent, l'OEB a disposé d'un avantage compétitif par rapport à ses deux grands concurrents. Il importe de conserver cet avantage, au bénéfice de l'industrie et du public européen, et non de le diluer dans une décentralisation "vers le haut" à l'échelle mondiale, ou "vers le bas" à l'échelle européenne.
69. En conclusion, un conflit d'intérêts existe au sein du Conseil d'administration de l'OEB, qui est contrôlé par les chefs des offices nationaux, i.e. par ses principaux concurrents. Cette situation crée pour le système européen des brevets un sérieux risque de *régression*. Si cette régression ne s'est pas encore réalisée, le contrôle politique du système par une instance purement intergouvernementale entraîne au moins son immobilisme.

V. L'IMMOBILISME DU SYSTÈME INTERGOUVERNEMENTAL ACTUEL

A. Au plan législatif

70. Dans le cadre de la CBE, il est extrêmement difficile de modifier le droit matériel des brevets. En effet, la CBE étant un traité international, sa modification
- nécessite la réunion d'une conférence diplomatique et la ratification des modifications par l'ensemble des parlements nationaux des États membres;
 - comporte un risque "d'éjection" d'États membres de la CBE, si ceux-ci ne ratifient pas dans les délais requis³⁸;
 - prend un temps considérable, peu compatible avec la rapidité de l'évolution technologique et les adaptations du droit des brevets qu'elle nécessite.

On pourrait imaginer de transférer le droit matériel des brevets au niveau du règlement d'exécution de la CBE, qui peut être modifié par une majorité (éventuellement qualifiée) du Conseil d'administration. Mais outre les divergences avec certains droits nationaux (qui continuent à subsister de manière autonome en matière de brevets, mais qui sont actuellement largement harmonisés) que cette procédure risque d'entraîner, sa légitimation démocratique n'est que très indirecte (parlements démocratiquement élus, qui contrôlent leur gouvernements respectifs, qui contrôlent leurs délégations au Conseil d'administration, qui contrôlent l'OEB). Plutôt qu'une démocratie à degrés multiples, il serait préférable d'instituer un contrôle par des institutions disposant d'une légitimation directe à l'échelon européen.

71. Par ailleurs, même si la Communauté européenne est compétente en matière de droit des brevets, le droit communautaire ne s'impose pas automatiquement à l'OEB, qui n'est soumis qu'à la CBE. A défaut de modification de la CBE (toujours très lente), cela risque de créer des divergences dont la résolution juridique paraît très délicate. En matière de certificat complémentaire de protection pour les médicaments, la modification de la CBE en vue son harmonisation avec une directive communautaire a pris plusieurs années. En matière d'inventions biotechnologiques, le droit actuel résulte entièrement de la jurisprudence des chambres de recours de l'OEB, qui ne sera pas nécessairement compatible avec la directive communautaire correspondante, si celle-ci est adoptée. Le même problème risque de se poser en matière de brevetabilité de logiciels.
72. La négociation intergouvernementale, la seule possible dans le cadre actuel, conduit systématiquement au plus petit commun dénominateur des intérêts nationaux. Dans beaucoup de cas, celui-ci constitue la pire des solutions pour les intérêts du public européen. Il suffit de penser au triste exemple de l'exigence des traductions dans le cadre de la CBE (et de la CBC, si celle-ci entre en vigueur!).

³⁸ Article 172, paragraphe 4 de la CBE.

B. Au plan institutionnel

1° *La ratification sans fin de la CBC*

73. Dans l'intention des pères fondateurs du système européen des brevets, qui bien que provenant d'offices nationaux étaient des européens dans l'âme, l'entrée en vigueur de la CBC devait suivre de près celle de la CBE. A défaut d'une réglementation communautaire, politiquement non réalisable à l'époque, le système ainsi conçu se situait à l'avant-garde de l'intégration européenne. Vingt ans plus tard, des instruments communautaires sont en place pour d'autres domaines de la propriété industrielle (marques, obtentions végétales), mais dans le domaine des brevets, les frilosités nationales n'ont toujours pas permis la ratification de la CBC. La vétusté est la rançon de la précocité!
74. Même si la CBC est finalement ratifiée par tous les États signataires, il ne s'agira que d'un "cadavre porté sur le trône"³⁹, en raison de ses graves inconvénients, notamment en matière de traductions.
75. La ratification de la CBC n'en sera pas pour autant achevée. En effet, tous les États de l'UE ne sont pas signataires de la CBC, puisque celle-ci, en tant que traité international, ne s'impose pas automatiquement comme "acquis communautaire" aux nouveaux adhérents (Autriche, Finlande, Suède). Le même problème se posera lors de l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale (PECO). Dans l'attente des ratifications par ces nouveaux adhérents, la CBC sera toujours en retard de quelques adhésions, ce qui reporte aux calendes grecques la réalisation du "brevet unique dans un marché unique".

2° *Un faux prétexte: la présence d'États non membres de l'UE au sein de l'OEB*

76. L'OEB comprend un certain nombre d'États non membres de l'Union européenne. Une coopération avec ces États non-UE est souhaitable (et d'ailleurs souhaitée par toutes les parties), car elle constitue un premier pas vers leur future intégration dans l'Union Européenne. En attendant, elle permet un prolongement du marché unique (cf. l'Espace économique européen). A l'égard des PECO, dont certains ont un statut d'observateur au Conseil d'administration de l'OEB, les accords d'association avec l'Union européenne permettent une première action de soutien, indispensable à leur développement économique et à leur future intégration.
77. On constate d'ailleurs que les représentants des États non-UE sont parfois des Européens plus ardents que leurs homologues des États membres de l'Union européenne. Leur collaboration technique et juridique au sein de l'OEB est souvent hautement appréciée. Malheureusement, la présence d'États non-UE risque de servir de prétexte à certains États de l'Union européenne pour freiner la nécessaire intégration communautaire. Il est donc urgent de créer des

³⁹ J.B. van Benthem (précité, note 7).

structures véritablement communautaires, auxquelles les États extérieurs à l'UE qui le souhaitent seraient liés par des accords d'association.

78. Une des raisons du choix de la structure intergouvernementale, plutôt que communautaire, pour l'OEB était la nécessité d'intégrer des États qui à l'époque n'étaient pas encore membres des Communautés européennes. On a pu apprécier les résultats peu concluants de ce choix. Il s'agit maintenant de ne pas répéter cette erreur. Actuellement, la composition de l'OEB coïncide pratiquement avec celle de l'UE (à savoir tous les pays de l'UE, plus la Suisse, le Lichtenstein et Monaco). Cette constellation risque de ne pas perdurer, certains États extérieurs à l'UE ayant entamé des négociations sérieuses en vue de leur adhésion à la CBE. Il s'agit de saisir l'opportunité qui se présente pour l'instant et d'intégrer le système européen des brevets dans le cadre juridique des Communautés européennes.

C. Les causes de l'immobilisme actuel

79. L'immobilisme actuel résulte d'une manière générale de la prédominance d'intérêts nationaux en l'absence d'une instance en charge de l'intérêt général à l'échelle européenne. Plus particulièrement, il résulte du conflit d'intérêts des "décideurs" au sein du Conseil d'administration de l'OEB, qui sont en même temps chefs des offices nationaux. Cette sclérose ne peut être surmontée que par la prise en charge du système par des responsables situés d'une part au niveau européen, et non pas national, et d'autre part au niveau politique général, et non pas limité au domaine particulier des brevets, c'est à dire par la Commission, le Conseil et le Parlement européen.

3ème PARTIE

SOLUTIONS PROPOSÉES

80. Les défaillances du système européen des brevets sous sa forme actuelle appellent une action dans une série de domaines (I). En raison de l'inertie liée au système intergouvernemental, et afin de ne pas bloquer les adaptations qui seront nécessaires dans le futur, il importe que l'ensemble des questions relatives aux brevets soient couvertes par une réglementation communautaire (II).

I. LES DOMAINES OÙ UNE ACTION EST REQUISE

A. La création d'un brevet unique destiné à devenir l'unique brevet dans la Communauté

81. L'Union européenne a besoin à un bref délai d'un *brevet unique* pour son *marché unique*. En raison des difficultés de ratification de la CBC, tant en ce qui concerne les États signataires actuels que les futurs adhérents à l'UE⁴⁰, et en raison de la rigidité d'un traité intergouvernemental comme instrument de législation⁴¹ (modifications à l'unanimité), il est essentiel que le futur "brevet communautaire" soit institué par un acte des Communautés (règlement selon l'article 235 CE). Par ailleurs, il est indispensable que le titre communautaire ainsi créé soit véritablement un titre *unitaire* sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. La désignation d'États "à la carte" ou la faculté de renonciation à la protection pour certains États ("trous" dans la couverture géographique) sont à proscrire. Une telle solution ne permettrait pas une véritable libre circulation des marchandises et reviendrait en fait à défaire d'une main ce qui a été uni de l'autre.
82. A long terme, le brevet unitaire devrait remplacer les brevets nationaux et deviendrait l'unique titre de protection des inventions sur le territoire de l'Union européenne. Toute autre solution serait incompatible avec le marché commun et ne présenterait d'ailleurs guère d'intérêt. A quoi ressemblerait le vaste marché des États-unis si les inventeurs pouvaient obtenir une protection non seulement pour l'ensemble du territoire de l'Union auprès d'un office fédéral des brevets, mais également pour chaque état fédéré en particulier, ou pour un nombre limité d'entre eux selon le bon vouloir du déposant. D'ailleurs, aucun entrepreneur américain ne songerait à une telle solution, et les entreprises étrangères exportant vers ce pays ne manqueraient pas de dénoncer un tel système comme une complication inutile.
83. En Europe, il paraît cependant raisonnable de n'abandonner les brevets nationaux qu'après une période de transition. Actuellement, les entreprises ont encore

⁴⁰ Supra n° 73-75.

⁴¹ Supra n° 70.

besoin, du moins dans une certaine mesure, des brevets nationaux. En effet, le marché unique est encore en voie de constitution. Certains secteurs de l'économie sont encore entre les mains des pouvoirs publics nationaux ou étroitement réglementés par celui-ci, si bien que les conditions du marché ne sont pas encore homogènes (on pense par exemple au secteur des médicaments). Dans ces conditions, les importations parallèles peuvent parfois constituer une forme de concurrence déloyale, contre laquelle les entreprises doivent pouvoir se protéger, sous réserve du contrôle des autorités compétentes en matière de concurrence. Avec l'achèvement du marché unique, ces conditions disparaîtront⁴². Il appartiendra alors aux autorités communautaires d'établir définitivement le brevet communautaire comme unique brevet dans la Communauté.

84. Par contre, le coût du système européen ne constitue pas un prétexte valable pour justifier le maintien des brevets nationaux. Le problème des coûts nécessite un remède propre⁴³. On ne remédie pas à un mal (coûts excessifs du système actuel) par un mal supplémentaire (maintien d'un système entravant la libre circulation des marchandises).

B. Le règlement des litiges

1° Les impératifs du système de règlement des litiges

85. Une fois le brevet délivré, il importe que le breveté puisse mettre son droit en oeuvre de manière efficace et fiable, et qu'à l'inverse les entreprises puissent se défendre efficacement contre les droits qui leur sont injustement opposés. Un système juridictionnel trop complexe et trop coûteux désavantagerait surtout les PME, qui n'ont pas les moyens financiers, matériels et humains pour soutenir des procédures judiciaires longues et lourdes. Le système de règlement des litiges doit donc être rapide, simple et peu coûteux, tout en assurant un haut niveau de sécurité juridique et une application uniforme du droit sur l'ensemble du territoire de la Communauté. Un tel système doit notamment obéir aux impératifs suivants:

- consister en une procédure unique produisant ses effets sur l'ensemble du territoire de l'UE;
- éviter la multiplication des instances pouvant être saisies, qui alourdirait la procédure;
- tenir compte des liens existant entre l'appréciation de la validité du brevet, de l'étendue de la protection conférée par celui-ci et de sa contrefaçon;
- assurer l'application uniforme du droit à l'échelle communautaire et donc l'harmonisation de la jurisprudence à la fois (i) entre les différentes

⁴² F.K. Beier, *Industrial Property and the Free Movement of Goods in the Internal European Market*, IIC Vol.21, N°2/1990, pp. 131-160.

⁴³ Supra n°43 et 46.

juridictions appelées à statuer sur les litiges en matière de brevets et (ii) entre ces juridictions et celles de l'OEB.

2° *Une juridiction "communautaire" avant la lettre au sein de l'OEB*

86. Les États membres de la CBE ont déjà créé une juridiction commune compétente pour statuer sur les recours en matière de délivrance de brevets et d'opposition formée contre ceux-ci: les chambres de recours de l'OEB. Les dispositions de la CBE concernant les conditions de brevetabilité sont nécessairement très générales, afin de pouvoir s'adapter à la diversité des domaines techniques et à l'évolution des technologies. Au cours de leurs deux décennies d'existence, les chambres de recours ont construit un corps de jurisprudence cohérent et uniforme à l'échelle européenne. Bien qu'elles statuent en dernier ressort au stade de la délivrance du brevet, à l'occasion d'un litige ultérieur celui-ci peut être annulé par un juge national *pour le territoire national concerné*. La jurisprudence des chambres de recours n'en a pas moins constitué un guide précieux pour les juridictions nationales, et a ainsi contribué à l'unification de la jurisprudence en matière de validité des brevets, malgré l'absence d'unification complète du système de règlement des litiges.
87. Les chambres de recours présentent l'avantage de réunir en leur sein (i) d'une part des membres provenant d'horizons nationaux différents, représentatifs des différentes sensibilités et traditions juridiques, et (ii) d'autre part, à la fois des membres *juristes* et des membres *techniciens* formés au droit des brevets, ce qui permet d'apporter l'éclairage nécessaire pour traiter la variété et la complexité des problèmes techniques inhérents à la matière. Elles constituent l'unique juridiction de cette envergure existant actuellement à l'échelle européenne.
88. On a parfois fait valoir que les divisions d'examen et d'opposition (ainsi que les divisions d'annulation prévues par la CBC) constituent également des juridictions (du premier degré), voire même que les divisions de recherche constitueraient une sorte de juridiction d'instruction⁴⁴. Sans entrer ici dans un débat académique sur la nature administrative ou juridictionnelle de ces organes, on peut toutefois relever que:
- les différentes divisions de l'OEB ne disposent pas, à l'instar d'une autorité administrative, d'un pouvoir discrétionnaire, en ce sens qu'elles pourraient décider de *l'opportunité* de délivrer un brevet (en fonction des nécessités de la politique économique par exemple);
 - les divisions d'examen ou d'opposition ne sont pas représentées dans les procédures devant les chambres de recours, ce qui suggère que les recours ne sont pas formés contre un acte pris par une administration, mais contre un acte dont la nature s'apparente à un jugement.

⁴⁴ En s'appuyant notamment sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (Jugement 46/1994/493/575 confirmant l'avis 19589/92 du 19 mai 1994 de la Commission des droits de l'Homme).

On pourrait bien sûr objecter que, contrairement aux membres des chambres de recours⁴⁵, les examinateurs de l'OEB sont soumis à l'autorité hiérarchique (bien qu'en pratique, les divisions d'examen et d'opposition décident en toute indépendance). Il n'en reste pas moins que ceux-ci sont tenus de statuer en serviteur impartial de la CBE et non selon la politique (économique) d'une administration. Ils constituent donc pour le moins ce que l'on appelle parfois une autorité administrative indépendante ayant des attributions quasi-juridictionnelles (à l'image de ce qui existe dans certains États en matière de concurrence). En fait, sinon en droit, les chambres de recours (et l'éventuelle futur "Cour commune") constituent donc déjà un second degré de juridiction.

3° *La future juridiction communautaire en matière de brevets*

89. Pour la constitution de la future juridiction communautaire des brevets, il convient de tirer profit de la compétence à la fois technique et juridique des instances de l'OEB et de l'expérience qu'elles ont accumulée en vingt ans. Seule la procédure de délivrance ayant à l'heure actuelle fait l'objet d'une unification à l'échelle européenne, l'activité des chambres de recours n'a pu s'étendre à l'ensemble de son domaine naturel, qui, outre la validité des brevets, comprend également l'étendue de la protection qu'ils confèrent et donc la contrefaçon. Il convient de soumettre à une même juridiction l'ensemble de ces questions, qui sont indissociables. A cette juridiction pourraient utilement se joindre des membres provenant de juridictions nationales spécialisées dans le domaine des brevets, qui pourraient apporter leur expérience en matière de contrefaçon.
90. Les décisions de cette juridiction devraient produire des effets sur l'ensemble du territoire communautaires, notamment en ce qui concerne l'annulation du brevet. D'une part, cette solution limiterait considérablement la lourdeur, et donc le coût des litiges, en évitant l'obligation de recours devant chaque juridiction nationale. D'autre part, la possibilité envisagée par certains de limiter l'annulation d'un brevet communautaire à certains États paraît incompatible avec le caractère unitaire de ce brevet. Par ailleurs, en raison de l'enjeu de ces litiges (annulation du brevet pour l'ensemble de la Communauté), l'industrie répugne à juste titre d'en confier la compétence aux juridictions nationales, ne fût-ce qu'en raison des risques de "forum shopping". Il importe donc que la compétence pour les litiges en matière de brevets communautaires soit attribuée à une juridiction communautaire dès la première instance.
91. Dans un souci de sécurité juridique, toute partie doit pouvoir demander l'annulation d'un brevet communautaire indépendamment de l'existence d'une action en contrefaçon. A cet effet, il convient de créer auprès de l'OEB des divisions d'annulation, qui constitueraient une juridiction du premier degré compétente pour annuler ou éventuellement limiter le brevet (la limitation pouvant également être demandée par le breveté lui-même).

⁴⁵ Article 23 de la CBE.

92. Au second degré, une juridiction unique serait compétente pour l'appel en matière de brevets. Cette juridiction devrait être une chambre spéciale du Tribunal de première instance (TPI), la seule que le traité CE autorise à créer. Les chambres de recours de l'OEB seraient intégrées à cette chambre spéciale du TPI⁴⁶. Celle-ci devrait être une antenne du TPI localisée à Munich, afin de maintenir le contact existant actuellement entre les chambres de recours d'une part, et les divisions d'examen, d'opposition et les futures divisions d'annulation d'autre part.
93. La CJCE resterait compétente pour les pourvois - limités aux questions de droit - contre les décisions de cette chambre du TPI.
94. Cette solution aurait l'avantage de confier à une seule juridiction l'appel contre toutes les décisions prises en matière de brevets, à commencer par la délivrance, en passant par l'opposition, l'annulation et la contrefaçon du brevet. L'harmonisation et la cohérence de la jurisprudence seraient ainsi assurées entre les divers stades de la procédure, évitant par exemple qu'un brevet déclaré valide par les chambres de recours lors de la délivrance soit, lors d'un litige ultérieur, déclaré invalide par la cour d'appel communautaire. On pourrait certes songer de soumettre les décisions des chambres de recours à l'appel au TPI. Une telle solution impliquerait cependant le recours à trois instances (chambre de recours, TPI, puis CJCE) lors des multiples phases de la vie du brevet (délivrance, opposition, annulation), ce qui alourdirait démesurément la procédure.
95. Finalement, le système proposé aurait l'avantage de structurer clairement le règlement des litiges en deux instances communautaires jugeant au fond, avec la CJCE comme instance de pourvoi, évitant ainsi les multiples renvois préjudiciels prévus par la CBC dans ses versions successives (juridiction nationale - COPAC, juridiction nationale - CJCE, COPAC - CJCE).

C. La structure des taxes

96. Le brevet ne doit pas nécessairement être bon marché, car il convient d'en exclure les inventions de faible valeur technologique ou économique, qui constitueraient un monopole entravant de manière injustifiée la libre entreprise. Les taxes peuvent donc constituer un instrument de régulation économique réalisant un équilibre entre incitation à l'innovation d'une part, et libre entreprise d'autre part. Leur montant relève donc d'une décision politique prise en fonction d'impératifs économiques, de manière à obtenir un bilan économique positif du système.
97. D'autre part, il convient d'éviter les barrières *a priori* à l'accès au système, en maintenant les taxes d'entrée aussi faibles que possible, et en ne percevant celles-ci qu'à un moment où l'invention est susceptible d'être économiquement rentable. La meilleure solution consiste donc à réduire les taxes de procédure et à financer le système essentiellement par des taxes de maintien en vigueur augmentant progressivement avec la durée de vie du brevet (et éventuellement

⁴⁶ J. Straus (précité, note 15), p. 63.

très fortes en fin de vie du brevet). Ce système aurait l'avantage d'éliminer progressivement les brevets sans réelle valeur économique, tout en abaissant les barrières à l'entrée.

98. Ces taxes devraient

- être perçues et gérées intégralement par l'OEB, sous le contrôle des institutions communautaires;
- ne pas servir à d'autres buts que la promotion de l'innovation, ni *a fortiori* rentrer dans le budget général des États, ni servir à subventionner des activités concurrentes des offices nationaux (mais bien les activités complémentaires, notamment dans le domaine de l'information brevets);
- servir à réduire les taxes de procédure;
- servir à promouvoir l'innovation dans les États présentant un retard en ce domaine (notamment information brevets dans les États où le système des brevets est peu développé); il convient donc de substituer un système de péréquation entre États à un système où les États les plus développés continuent à percevoir la part du lion en matière de taxes.

Une coordination avec les autres politiques communautaires en matière économique et d'innovation est nécessaire, ce qui implique un contrôle politique par la Communauté.

99. Les taxes pourraient être fixées à un niveau réduit pour les PME (du moins celles qui ne font pas partie d'un grand groupe), à l'instar de ce qui se pratique aux États-Unis. Ces taxes pourraient éventuellement être relevées à leur niveau normal en fin de vie du brevet, ou à partir d'un certain nombre de brevets, ceci afin d'éviter l'afflux de brevets portant sur des inventions de faible valeur technologique ou économique.

D. La communautarisation de l'OEB

100. L'OEB a été créé en vue de disposer d'un service public centralisé délivrant des brevets de qualité (c'est à dire ayant une haute présomption de validité). Le niveau de qualité de l'OEB a fait son succès et est hautement apprécié par l'industrie. Il convient de préserver ce niveau, dont le contrôle doit s'effectuer en fonction des objectifs économiques du brevet à l'échelle communautaire. Ce contrôle doit donc appartenir à une instance en charge de l'intérêt général européen face aux intérêts particuliers nationaux. Par conséquent, l'OEB doit devenir une institution communautaire dont l'autorité de tutelle est exercée par la Commission. C'est d'ailleurs ce modèle que, très tôt déjà, les pères fondateurs de l'OEB ont eu en vue⁴⁷.

⁴⁷ K. Haertel (précité, note 6).

101. Dans ce contexte, les offices nationaux des brevets continueront à jouer un rôle important, car ce sont eux, ainsi que leurs antennes régionales, qui sont le mieux à même de fournir un service de proximité auprès des usagers implantés localement. Ce rôle doit cependant s'adapter à l'évolution de l'environnement économique, notamment pour pouvoir tenir tête à nos concurrents à l'échelle mondiale (États-unis, Japon). Dans ce contexte, il serait néfaste que l'Europe disperse ses efforts, en ayant des offices nationaux dont les activités font double emploi (mais de manière moins efficace) avec celles de l'OEB. Ces activités doivent au contraire être complémentaires. Les offices nationaux sont idéalement placés pour fournir certains services d'informations brevets, ou pour sensibiliser au système des brevets les entreprises n'opérant pas encore à l'échelle européenne ou mondiale.

E. Le droit matériel des brevets

102. *Les logiciels*: Le droit des brevets est un droit immatériel, mais qui jusqu'à présent portait exclusivement sur des objets matériels. Il faut tenir compte de l'évolution de la technique et l'élargir aux objets immatériels, dès lors que ceux-ci sont liés à une application technique.
103. *La biotechnologie*: Les inventions biotechnologiques sont source d'importants progrès pour l'amélioration des conditions de vie (médecine, agriculture) et donc pour l'économie. L'Europe ne peut pas être en reste par rapport à ses concurrents pour protéger ces inventions par le brevet. Ces inventions suscitent cependant un certain nombre de questions en matière d'éthique ou d'environnement. Un contrôle par une institution européenne démocratiquement légitimée (le parlement européen) est donc indispensable.

F. La diffusion de l'information technique

104. La Communauté a fait sienne l'objectif d'une meilleure diffusion de l'information en général, et de l'information technique en particulier⁴⁸. Elle a pris des initiatives pour la diffusion de l'information brevet sur Internet⁴⁹. Le potentiel d'information de l'OEB doit être exploité pleinement et intégré dans les politiques de la Communauté en ce domaine, notamment comme moyen de promotion de l'innovation. Par ailleurs, une tutelle communautaire sur les services publics d'information brevets est indispensable pour éviter une concurrence faussée dans la commercialisation de l'information brevets, dont l'accès est encore trop coûteux pour les usagers⁵⁰.

G. Les traductions

⁴⁸ Livre vert sur la société de l'information (précité, note 1).

⁴⁹ Document CA/159/97 de l'OEB.

⁵⁰ Supra n° 37.

105. En raison des coûts considérables qu'elle engendre⁵¹, l'exigence de traduction du brevet dans toutes les langues officielles de l'Union européenne (ou des États désignés) est absolument à rejeter. La traduction lors de la délivrance doit être limitée aux revendications. La traduction du brevet en entier ne devrait être exigée qu'en cas de litige. A défaut de compromis politique dans ce (bon) sens, la solution globale de l'OEB permettrait au moins la limitation des coûts rédhibitoires occasionnés par l'exigence de traduction.
106. Certains milieux ont proposé de retenir l'anglais comme unique langue officielle de l'OEB, au motif que l'anglais serait devenu la langue véhiculaire des techniques. L'USOEB est d'avis qu'il faut absolument conserver les trois langues de procédure actuelles:
- Une part non négligeable des déposants européens choisit une autre langue que l'anglais comme langue de procédure⁵². D'autre part, il est vrai qu'à travers l'Europe (y compris les PECO), la plupart des personnes actives en matière de technologie maîtrisent correctement au moins une des langues officielles de l'OEB.
 - Si l'anglais domine certains domaines techniques, les autres langues présentent une importance certaine pour d'autres d'entre eux (p.ex. mécanique).
 - Au-delà des aspects techniques, les langues officielles de l'OEB représentent les grandes traditions juridiques en Europe (tradition germano-romaine et common law) et leur utilisation conjointe favorise l'interpénétration et la fécondation mutuelle de ces grandes traditions en matière de droit des brevets. Les différents concepts et catégories juridiques possèdent dans chacune de ces langues leur nuances propres, qui risqueraient d'être masquées si une seule langue était utilisée.

H. Divers

107. Les autres questions soulevées par la Commission dans son livre vert (notamment inventions de salariés, agents en brevets, assurance-litige) ne semblent pas présenter la même urgence que celles précédemment traitées. Pour toutes ces questions, il convient avant tout d'assurer la liberté d'entreprise, d'établissement et de prestation des services au sein de l'UE. Dans ce contexte, il convient de veiller à la qualification des prestataires, mais d'éviter les barrières artificielles, génératrices de surcoûts.

⁵¹ Supra n° 48-52.

⁵² Selon une étude réalisée par le Dr. H. Suchy, mandataire européen à Konstanz (Allemagne), portant sur les brevets européens publiés entre le 1er avril et le 30 juin 1997, les déposants ayant leur siège en Europe choisissent les langues de procédure devant l'OEB dans les proportions suivantes: Allemand: 45%, Anglais: 38%, Français: 16%. Malgré l'échantillon relativement restreint sur lequel portait l'étude (environ 7.000 demandes de brevet ayant leur origine en Europe), la tendance générale qui s'en dégage est néanmoins significative.

108. En ce qui concerne les mandataires européens (i.e. agréés devant l'OEB), ceux-ci devraient également être habilités à agir devant les juridictions nationales et européennes en matière de brevets. En effet, leur compétence technique, alliée à leur qualification juridique, les rend apte à apprécier mieux qu'un pur juriste la portée des problèmes se posant en ce domaine⁵³.

II. LA NÉCESSITÉ D'UNE RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE COUVRANT L'ENSEMBLE DU SYSTÈME DES BREVETS

A. Une réglementation communautaire ...

109. Une réglementation communautaire en matière de brevets permettrait une bien plus grande souplesse de législation que l'actuel système intergouvernemental. Celui-ci requiert une modification unanime du traité international correspondant et sa ratification par l'ensemble des parlements nationaux, ce qui prend en général plusieurs années. Cette législation serait du ressort d'institutions bénéficiant d'une légitimation démocratique accrue, notamment le parlement européen. Elle permettrait un réel contrôle politique sur le domaine des brevets et sur les institutions en charge de ce domaine, prenant en compte l'intérêt général de l'industrie et du public européen. Par ailleurs, elle permettrait d'assurer une coordination adéquate avec les autres politiques communautaires liées aux brevets, notamment en matière d'innovation, de diffusion de l'information technique et de concurrence.

B. ... pour l'ensemble des questions liées aux brevets ...

110. Si un certain nombre de questions liées aux brevets restaient de la compétence intergouvernementale, les problèmes d'immobilisme et d'inadaptation rencontrés actuellement risqueraient de se perpétuer dans les domaines non communautarisés. On risquerait de se trouver alors en présence d'un système "à deux vitesses" et de devoir recommencer plus tard un nouvel exercice long et pénible de communautarisation.
111. Par ailleurs, les futurs adhérents à l'UE ne seraient pas automatiquement liés par les instruments intergouvernementaux que l'on aurait laissés subsister, puisque ceux-ci ne font pas partie de l'acquis communautaire. L'unité du système serait donc sans cesse à refaire.

C. ... dans un bref délai ...

112. La situation actuelle est propice à une communautarisation du système, car il y a quasi-identité entre les États membres de l'UE et ceux de l'OEB. Cette situation risque de ne pas perdurer, en raison de l'adhésion prochaine de certains PECO à la CBE, qui risque de précéder leur adhésion à l'Union européenne.

⁵³ Voir aussi supra n°87.

D. ... tout en ménageant des dispositions transitoires ...

113. Certaines modifications du système actuel, si elles étaient adoptées immédiatement, risqueraient de causer un choc trop difficile à absorber par les parties prenantes au système des brevets, notamment parce que le marché unique lui-même est encore en voie de constitution (harmonisation progressive des dispositions nationales par l'UE)⁵⁴. Ainsi, il sera sans doute nécessaire de laisser subsister quelque temps encore les brevets nationaux.
114. Ces modifications pourraient cependant devenir opportunes, voire même indispensables, au fur et à mesure que le marché unique se réalise. L'UE doit alors pouvoir les mettre en oeuvre rapidement. Dès lors, on pourrait laisser subsister un certain nombre de dispositions transitoires, tout en prévoyant d'y mettre fin progressivement moyennant un vote du Conseil des ministres à une majorité renforcée.

E. ... et en prévoyant des accords d'association avec les États non (encore) membres de l'UE

115. Une coopération en matière de brevets existe déjà avec certains États non membres de l'UE, soit que ceux-ci soient déjà parties à la CBE (Suisse, Liechtenstein, Monaco), soit que ceux-ci coopèrent avec l'OEB, parfois avec le soutien de l'UE (accords d'extension, coopération technique). Le mécanisme des accords d'association permettrait de maintenir la coopération avec ces États et de soutenir au besoin leur développement juridique et économique (PECO) en vue de leur intégration future à l'UE.

F. Conclusion

116. La technique législative proposée permettrait de placer d'emblée le système européen des brevets dans tous ses aspects sous la responsabilité communautaire, tout en prévoyant un plan progressif d'introduction des changements nécessaires au fur et à mesure de l'évolution du marché unique et de ses besoins.

⁵⁴ Voir supra, note 83.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

117. Actuellement une dynamique s'est installée visant à la prise en charge du système européen des brevets par les institutions communautaires. Notamment l'industrie réclame un système plus simple, plus cohérent, moins lourd et moins coûteux, afin de faciliter l'accès à la protection par brevets et la mise en oeuvre de cette protection. Par ailleurs, il y a actuellement quasi-identité entre les États membres de la CBE et ceux de l'UE, ce qui n'était pas le cas lorsque le système européen des brevets dans son état actuel a été mis en place. Il convient de tirer profit de cette constellation, qui risque de ne pas perdurer, afin de mettre en place un véritable service public communautaire des brevets, au soutien de l'innovation en Europe.
118. A cet effet, il convient de créer par un règlement communautaire un brevet unitaire (et sans doute plus tard unique) à l'échelle de l'Union européenne, soumis tant pour sa délivrance que pour les litiges ultérieurs à une juridiction communautaire unique, dont les décisions produiraient leurs effets sur l'ensemble du territoire communautaire. Les institutions actuelles de l'OEB, tant dans leurs fonctions administratives que juridictionnelles, doivent être intégrées aux institutions communautaires correspondantes. Le système européen des brevets doit être placé sous le contrôle politique de la Communauté (Commission, Parlement, Conseil, Cour de justice), et sa coordination avec les autres politiques communautaires assurée.
119. En particulier, il convient de veiller à la simplification du système et à la réduction de ses coûts. La structure des taxes doit être contrôlée par la Communauté. Elle doit permettre un accès aisé au système (réduction des taxes de procédure) et reporter le paiement des taxes à une époque où le brevet est économiquement rentable (taxes de renouvellement augmentant progressivement). Le montant des taxes doit assurer le financement du système et tenir compte d'objectifs de politique économique (éviter l'afflux de brevets de faible valeur technique ou économique); en aucun cas, ces taxes ne doivent servir à financer des activités étrangères à l'innovation. En matière de langues, l'exigence de traduction du brevet doit être abolie, sauf pour les revendications et éventuellement, l'abrégé. Le déposant doit avoir le choix entre les trois langues de procédure actuelles de l'OEB (allemand, anglais, français).
120. Les modifications envisagées, soutenues par certains cercles intéressés, risquent néanmoins de rencontrer des résistances de la part d'autres cercles (notamment offices nationaux et conseils en brevets), qui craignent de voir leur activité affectée par les améliorations pourtant indispensables du système actuel. Il convient de prendre au sérieux leurs préoccupations, mais non pas en restant figé dans l'immobilisme et l'attentisme, mais au contraire en donnant aux cercles concernés les moyens d'adapter leur rôle à l'évolution des besoins de l'économie européenne. Les offices nationaux ont un rôle important de proximité, de relais et

d'information à jouer auprès des entreprises locales, non encore implantées à l'échelle européenne et peu familiarisées avec les atouts du système des brevets. Les conseils en brevets, plutôt que d'effectuer des montagnes de traductions que personne ne lira, ont littéralement un rôle de "conseil" à jouer, facilitant l'accès au système des brevets, sa propagation et son utilisation optimale. La réalisation des modifications proposées, loin de rendre redondants ces acteurs du système, accroîtra leur rôle (bien que sous une forme modifiée) en raison de l'attrait renforcé de la protection par brevets qui en résultera.

121. Dans un contexte de globalisation de l'économie, l'Europe ne peut plus se permettre de rester à la traîne en raison de divisions dues à ce que certains pensent être leur intérêt national. Face à ses concurrents, l'Europe doit prendre en charge sa politique économique, industrielle et de l'emploi à l'échelle communautaire. Ceci est vrai en particulier de la politique de l'innovation et de sa composante essentielle qu'est le système des brevets. Les brevets et la propriété industrielle ont de tout temps été à la pointe de la coopération internationale et du rapprochement entre les peuples (à commencer par la Convention d'Union de Paris en 1883). C'est ce même objectif qu'avaient en vue les pères fondateurs du système européen des brevets, lorsque dès les années soixante, en véritables précurseurs, ils ont voulu en faire un instrument d'intégration communautaire. A l'heure où l'Organisation mondiale du commerce elle-même se saisit des questions de propriété industrielle, l'oeuvre de ces pionniers de l'Europe restera-t-elle indéfiniment sur le métier?
