

Le brevet unitaire : enfin un « guichet unique » pour les innovateurs dans l'Union européenne*

Par Amaryllis VERHOEVEN

Head of the Intellectual Property Unit at the European Commission (DG GROW F3)

et Denis DAMBOIS

Commission européenne (DG GROW F3)

L'Union européenne améliore et unifie depuis plusieurs décennies ses systèmes de propriété intellectuelle (PI), à la fois par l'harmonisation des législations nationales et la création de droits unitaires. En matière de brevets, le système du brevet européen présente des avantages indiscutables par rapport aux procédures nationales, mais souffre d'une résolution purement nationale des litiges. Cet inconvénient sera prochainement résolu par le futur système du brevet unitaire et plus précisément par l'instauration de la juridiction unifiée du brevet (« JUB »), qui constituera d'ailleurs la force principale du nouveau système une fois qu'il sera entré en vigueur. Deux événements imprévus ont malencontreusement perturbé sa mise en place : d'une part, le Brexit, qui empêchera la participation du Royaume-Uni à ce système et, d'autre part, le recours constitutionnel formé à l'encontre de la ratification par l'Allemagne de l'Accord relatif à la JUB et qui a donc retardé celle-ci. Il est cependant permis d'espérer que le système du brevet unitaire soit concrètement lancé dans un avenir proche, peut-être même dès 2021.

Introduction

L'Union européenne et ses États membres disposent aujourd'hui d'une panoplie étendue de régimes de propriété intellectuelle, aux niveaux national, régional et de l'Union en tant que telle. Cela peut expliquer que les priorités politiques portent de moins en moins sur le développement de régimes entièrement nouveaux (le dernier exemple en date étant la directive 2016/943 sur la protection des secrets d'affaires), et de plus en plus sur la révision⁽¹⁾ ou la clarification⁽²⁾ de régimes existants.

L'Union dispose de régimes unitaires en matière de marques ainsi que de dessins et modèles et d'indications géographiques permettant d'obtenir une protection dans toute l'Union *via* une procédure unique. Cependant, un tel régime n'est toujours pas entré en vigueur en ce qui concerne le brevet. Le système du brevet européen est certes très apprécié de ses utilisateurs et connaît donc un réel succès, mais n'est centralisé que jusqu'à la délivrance des brevets européens ; en particulier, les litiges relatifs à leur contrefaçon restent traités par les tribunaux nationaux. Cette fragmentation entraîne des inconvénients bien connus à divers niveaux, que ce soit au niveau des coûts, de la multiplication des procédures ou de la sécurité juridique. Par ailleurs, les exigences liées à la validation nationale⁽³⁾ des brevets européens restent lourdes, en dépit de certaines simplifications bienvenues apportées aux exigences de traduction⁽⁴⁾.

* Les informations et opinions développées dans cet article sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement l'opinion officielle de la Commission européenne.

(1) Par exemple, celle du droit européen des marques intervenue en 2015 ou celles, en préparation, du droit européen des dessins et modèles, et du régime des certificats complémentaires de protection.

(2) Voir l'avis de la Commission concernant certains articles de la directive 98/44 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (2016/C 411/03) ; la communication de la Commission de 2017 définissant l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes (COM(2017)712) ; ou la communication, également de 2017, fournissant des orientations sur certains aspects de la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (COM(2017)708).

(3) Une fois qu'un brevet européen est délivré, il appartient à son titulaire de décider dans quels pays il souhaite qu'il produise ses effets. Pour cette « validation », certains pays exigent le dépôt d'une traduction dans l'une de leurs langues officielles et le paiement d'une taxe.

(4) Voir l'« Accord de Londres », conclu en 2000.

Le brevet unitaire garantira davantage de transparence et de prédictibilité. Il établira plus clairement qui détient un brevet et avec quelle couverture. De plus, les litiges éventuels seront tranchés par une juridiction unique.

Il faut noter que le système du brevet unitaire ne couvrira pas – initialement du moins – la totalité de l'Union européenne : premièrement, parce que l'Espagne et la Croatie ont décidé de ne pas participer à la « coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet » et, deuxièmement, parce qu'à ce jour, seuls quinze des autres États membres participant à la coopération renforcée ont ratifié l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, qui établit la nouvelle juridiction et en définit le fonctionnement.

Soulignons que le nouveau système offrira bien plus de sécurité juridique qu'actuellement, non seulement grâce à la nouvelle « juridiction unifiée du brevet » (JUB), mais également au fait que la primauté du droit de l'Union européenne sera renforcée par la capacité de ladite JUB de soumettre des questions de droit à la Cour de justice de l'UE.

La longue gestation du brevet unitaire

Alors que les premières velléités à ce sujet remontent au milieu du siècle dernier, lorsque le sénateur français Henri Longchambon a proposé au Conseil de l'Europe l'idée d'instaurer un brevet européen, et en dépit de plusieurs initiatives prenant différentes formes (par exemple, la Convention sur le brevet communautaire de 1975), l'Union européenne ne dispose toujours pas à ce jour d'un brevet unitaire. Plus précisément, la Commission a proposé deux règlements⁽⁵⁾ qui ont été adoptés en 2012, et la majorité de ses États membres ont négocié et conclu un « Accord relatif à une juridiction unifiée du Brevet », mais le système du brevet unitaire reposant sur ces textes n'est pas encore opérationnel.

Le nouveau système est relativement simple en ce qui concerne le dépôt, l'examen et la délivrance, dans la mesure où le brevet unitaire sera en fait un brevet européen délivré par l'Office européen des brevets (OEB) suivant la procédure existante, auquel un « effet unitaire » sera conféré après sa délivrance, à la requête de son titulaire. Le brevet unitaire ne remplacera pas le brevet européen classique, ni les brevets nationaux, qui resteront disponibles pour les demandeurs.

Comme indiqué sur le site Internet de l'OEB⁽⁶⁾, le brevet unitaire sera moins coûteux qu'un brevet européen valide et maintenu dans quatre États membres (quatre étant le nombre moyen de pays où les brevets européens sont

validés à l'heure actuelle⁽⁷⁾), tout en offrant une couverture géographique considérablement plus étendue.

Il y a deux ans à peine, la fin du calvaire du lancement du brevet unitaire semblait être à portée de main : les deux règlements étaient techniquement en vigueur (sans être concrètement en application), des points politiquement sensibles tels que la répartition des taxes annuelles de maintien en vigueur avaient été tranchés, l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet (AJUB) avait été ratifié par de nombreux États membres dont la France, l'Office européen de brevets avait effectué les préparatifs techniques nécessaires à la gestion du brevet unitaire, et l'application concrète du nouveau système proposé par la Commission était « simplement » suspendue à la ratification par l'Allemagne de l'AJUB.

Deux événements imprévus sont cependant venus bouleverser cette trajectoire prometteuse : le Brexit et un recours formé devant la Cour constitutionnelle allemande.

Bien que de nombreux observateurs aient espéré que la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne (« Brexit ») n'empêcherait pas son maintien au sein du système du brevet unitaire (en rappelant que le R-U avait ratifié l'AJUB en 2018), cela était cependant difficilement conciliable avec la lettre autant que l'esprit des textes législatifs concernés ainsi qu'avec le concept même du Brexit, et le débat a dans tous les cas été rapidement clos par la décision explicite du R-U, en février 2020, de ne pas participer audit système. Il n'en reste pas moins que cette exclusion du R-U pénalise les utilisateurs du système du brevet européen/unitaire, dont les litiges ne pourront pas être tranchés par la JUB en ce qui concernera le R-U (une action en justice distincte devant, le cas échéant, être portée devant les tribunaux nationaux britanniques), ce qui pénalisera clairement les utilisateurs, britanniques ou autres. Cependant, les calculs montrent que le système du brevet unitaire restera attractif, même sans le R-U, par rapport au système actuel des brevets nationaux (qu'ils soient obtenus par la voie nationale ou par la voie du brevet européen). La fédération BusinessEurope a d'ailleurs déclaré en avril 2020⁽⁸⁾ que même dans les nouvelles circonstances, il importe aux entreprises européennes que le système du brevet unitaire soit disponible aussi rapidement que possible.

Sur un plan technique, des supputations ont été émises concernant la nécessité éventuelle d'amender l'AJUB, notamment en ce qui concerne la section de Londres de la division centrale de la JUB, qui est explicitement mentionnée dans le texte de l'AJUB. Bien qu'aucune décision n'ait encore été prise à ce sujet par les États membres de l'UE partie à l'AJUB, il semblerait envisageable de considérer que la référence à la section de Londres soit rendue caduque par les circonstances (le Brexit) sans qu'un amendement à ce sujet ne soit strictement impératif. Les

(5) Règlement 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, et règlement 1260/2012 du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction.

(6) https://www.epo.org/law-practice/unitary/unitary-patent/cost_fr.html

(7) Le coût total lié à l'obtention d'un brevet unitaire et à son maintien en vigueur pendant douze ans (une durée moyenne typique de maintien en vigueur) sera d'environ 11 260 €.

(8) https://www.business-europe.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/legal/2020-04-22_statement_on_unitary_patent_system.pdf

domaines techniques affectés à cette section (spécifiés à l'Annexe II de l'AJUB) reviendraient *de facto* au siège de la division centrale (située à Paris) ; au moins dans un premier temps, puisque les États membres concernés pourraient bien entendu décider ultérieurement de créer une nouvelle section de la division centrale et y réaffecter ces domaines techniques. Cette décision ne devrait cependant pas retarder le lancement concret du nouveau système.

En ce qui concerne le recours formé devant la Cour constitutionnelle allemande à l'encontre de la ratification par l'Allemagne de l'AJUB, ladite Cour a rendu sa décision en mars 2020, déclarant cette ratification inconstitutionnelle. Si cette décision est certes négative, il est néanmoins positif qu'elle se fonde sur des déficiences purement formelles (relatives à la majorité qui aurait dû être réunie lors du vote au Bundestag), lesquelles devraient pouvoir être corrigées lors d'un nouveau vote. On peut donc espérer qu'un vote valide intervienne dans les mois à venir, ouvrant ainsi la voie à la ratification de l'AJUB par l'Allemagne ; ce qui conduirait indirectement (après la période d'application provisoire) à l'application concrète du nouveau système, y compris de la JUB.

Étapes à venir

Outre la ratification de l'AJUB par l'Allemagne, certaines tâches de nature plus technique doivent encore être entreprises ou achevées, par exemple l'adoption formelle des règles de procédure de la JUB, ou encore l'accomplissement, lors de la période d'application provisoire, des derniers préparatifs – qui, opérationnels, n'en sont pas moins essentiels, tels que le recrutement de juges.

Le tant attendu lancement concret du système du brevet unitaire pourra alors avoir lieu, et l'on peut espérer qu'il convainque un certain nombre d'États membres n'ayant pas encore ratifié l'AJUB de procéder à cette ratification. Pour l'instant, huit États membres doivent encore franchir cette étape, sans compter ceux qui ne participent pas encore à la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet.

Notons que certains aspects juridiques restent à clarifier, par exemple les possibilités de validation nationale d'un brevet unitaire dans l'hypothèse où la demande d'effet unitaire serait rejetée.

Parallèlement au lancement du système du brevet unitaire, la Commission poursuivra ses réflexions concernant l'éventuelle introduction d'un certificat complémentaire de protection (CCP) unitaire (en notant qu'une évaluation du régime des CCP est en cours). Il ne serait en effet pas optimal qu'un brevet unitaire, « étendu » par un ou plusieurs CCP, ne puisse être soumis à la juridiction centralisée de la JUB que jusqu'à expiration du terme du brevet, les litiges ultérieurs éventuels relatifs aux CCP ne pouvant dès lors être portés que devant les tribunaux nationaux.

D'autres points mériteraient l'engagement d'une réflexion en relation avec le brevet unitaire, par exemple l'exemption dite « Bolar ». Cette exemption – qui autorise, en vue de réaliser des essais cliniques requis par la réglementation pharmaceutique, la fabrication et l'utilisation de mé-

dicaments protégés par un brevet ou un CCP en vigueur – est définie dans une directive laissant par principe une certaine flexibilité aux États membres. Cela a conduit à une mise en œuvre fragmentée de cette exemption, certains États membres considérant, par exemple, qu'elle recouvre également l'importation de principes actifs aux fins susmentionnées, alors que d'autres ne l'autorisent pas.

Enfin, l'introduction du brevet unitaire fournira une occasion de renforcer l'harmonisation substantielle du droit des brevets dans l'UE. Pour les brevets biotechnologiques en particulier, la directive Biotech⁽⁹⁾ offre un cadre équilibré, même si de nouvelles questions d'interprétation se posent au fil des développements technologiques. Par exemple, alors qu'un avis de la Commission de 2016⁽¹⁰⁾ avait clarifié le fait que les produits obtenus par des procédés essentiellement biologiques ne devraient pas être considérés comme étant brevetables, il a fallu plusieurs années pour que l'incertitude à ce sujet soit récemment dissipée par la Grande chambre de recours de l'OEB⁽¹¹⁾ – mais d'une telle façon que les vues de la Commission sont uniquement validées pour le futur et non de façon rétroactive.

D'autres questions apparaissent, qui sont, par exemple, en relation avec les inventions intervenant dans le domaine de l'intelligence artificielle ou en lien avec des réflexions en cours dans de nombreux pays, notamment au sujet de la désignation des inventeurs et de la titularité. Dans ce secteur comme dans d'autres, il importe de développer une approche au niveau de l'Union européenne qui reflète les besoins de notre industrie dans un monde globalisé.

Ces points pourront être abordés dans le cadre du plan d'action sur la propriété intellectuelle que la Commission devrait prochainement adopter sous la forme d'une communication⁽¹²⁾. Ce plan d'action, élaboré en tenant compte des observations faites par plusieurs États membres et parties prenantes, présentera la vision de la Commission européenne concernant le rôle de la propriété intellectuelle en particulier au regard des défis sociétaux et économiques que nous traversons actuellement.

Dans tous les cas, nous espérons que le brevet unitaire sera une réalité au plus tard à l'aube de la prochaine Présidence française du Conseil de l'Union européenne, qui commencera le 1^{er} janvier 2022, c'est-à-dire soixante-treize ans après le Plan Longchambon.

(9) Directive 98/44.

(10) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108(01))

(11) Voir l'avis G 3/19 sur : https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/number_fr.html

(12) <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12510-Intellectual-Property-Action-Plan>