

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ  
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA  
SODNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE  
DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL  
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION  
EUROOPA LIIDU KOHUS  
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ  
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION  
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE  
CÚIRT BHREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH  
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA  
EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA



LUXEMBOURG

EUROPOS SAJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS  
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA  
IL-QORTI TAL-GUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA  
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE  
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA  
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE  
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE  
SODIŠČE EVROPSKE UNIJE  
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN  
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

**PRISE DE POSITION DES AVOCATS GÉNÉRAUX**  
présentée le 2 juillet 2010 <sup>1</sup>

**Avis 1/09**

**Demande d'avis du  
Conseil de l'Union européenne**

«Demande d'avis – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire – Compatibilité, avec les traités, d'un projet d'accord créant un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Litiges entre particuliers liés à la validité et/ou à l'application des brevets communautaires – Garanties en vue d'assurer la pleine application et le respect de la primauté du droit de l'Union – Saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel – Remèdes en cas de violation du droit de l'Union et en cas de non-respect de l'obligation d'opérer un renvoi préjudiciel – Régime linguistique – Recevabilité de la demande d'avis»

<sup>1</sup> – Langue originale: le français.

Table des matières

<b>I – Introduction.....</b>	<b>3</b>
<b>II – Le contexte juridique.....</b>	<b>4</b>
<b>III – Le projet d’accord en cause.....</b>	<b>5</b>
<i>Compétences de la JB.....</i>	<i>6</i>
<i>Droit applicable.....</i>	<i>6</i>
<i>Mécanisme de renvoi préjudiciel.....</i>	<i>7</i>
<i>Régime linguistique.....</i>	<i>8</i>
<b>IV – La demande d’avis.....</b>	<b>9</b>
<b>V – Analyse des avocats généraux.....</b>	<b>9</b>
<i>A – Sur la recevabilité de la demande d’avis.....</i>	<i>9</i>
1. Le degré de détail des informations relatives au contenu de l’accord .....	10
2. L’état d’avancement du dossier au sein du Conseil.....	11
3. Observations finales : le principe de l’équilibre institutionnel.....	14
4. Conclusion intermédiaire.....	15
<i>B – Sur le fond.....</i>	<i>15</i>
1. Compétence de l’Union et base juridique pour la conclusion de l’accord .....	15
2. Compatibilité du projet d’accord avec le système des traités.....	17
a) Licéité de la création de la JB en tant que juridiction internationale .....	18
i) Les litiges entre particuliers.....	18
ii) Le contentieux administratif.....	20
iii) Conclusion intermédiaire.....	23

b)	Le respect du droit de l’Union par la JB.....	23
i)	L’application du droit de l’Union et le respect de sa primauté par la JB .....	23
–	La référence à la «législation communautaire directement applicable» .....	23
–	L’absence de référence à la primauté du droit de l’Union.....	26
–	Résumé.....	27
ii)	La compatibilité du mécanisme préjudiciel avec le système juridictionnel des traités.....	27
iii)	Les remèdes en cas de violation du droit de l’Union par la JB .....	29
c)	Le régime linguistique devant la JB .....	31
3.	Conclusion .....	33
<b>VI –</b>	<b>Proposition de réponse à la demande d’avis .....</b>	<b>34</b>

## I – Introduction

1. Le Conseil de l'Union européenne a saisi la Cour d'une demande d'avis qui concerne un projet d'accord international visant à établir une juridiction européenne du brevet («JB»). Ledit accord serait conclu comme accord mixte par l'Union européenne, ses États membres et certains États tiers.

2. Ce projet d'accord nous est présenté actuellement sous la forme d'un simple document de travail élaboré par la présidence du Conseil. Il se situe dans le contexte d'un ensemble de mesures en matière de brevets qui sont en ce moment à l'étude au niveau européen, en particulier l'éventuelle création, par l'Union européenne, d'un *brevet communautaire*<sup>2</sup> en tant que nouveau titre de propriété intellectuelle<sup>3</sup> ainsi que l'adhésion de l'Union européenne à la Convention de Munich sur le *brevet européen* («CBE»)<sup>4</sup>. Du fait de cette adhésion de l'Union à la CBE, le futur brevet communautaire participerait au système administratif institué pour le brevet européen dont la délivrance est assurée par l'Office européen des brevets («OEB»)<sup>5</sup>.

3. La future juridiction du brevet compléterait ces nouvelles mesures en matière de brevets (la création du brevet communautaire et l'adhésion de l'Union européenne à la CBE) sur le plan juridictionnel. Serait ainsi mis en place un *système juridictionnel unifié*, tant pour les futurs brevets communautaires que, plus généralement, pour les brevets européens au sens de la CBE<sup>6</sup>. Constituée en

<sup>2</sup> – Il nous semble que le terme «brevet communautaire» devra être adapté à la nouvelle terminologie juridique telle qu'elle est utilisée depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Toutefois, dans un souci d'éviter toute confusion, nous employons dans la présente prise de position le terme «brevet communautaire» tel qu'il a été utilisé dans la demande d'avis et dans les observations écrites des parties.

<sup>3</sup> – Voir la proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire, présentée par la Commission le 1<sup>er</sup> août 2000 [document COM (2000) 412 final], ainsi que la proposition de règlement du Conseil sur les dispositions relatives à la traduction pour le brevet de l'Union européenne, présentée par la Commission le 1<sup>er</sup> juillet 2010 [communiqué de presse IP/10/870].

<sup>4</sup> – La CBE a été signée à Munich le 5 octobre 1973 et modifiée par l'acte de révision du 29 novembre 2000. Il s'agit d'un traité international auquel trente-sept États sont à ce jour parties contractantes, dont tous les États membres de l'Union européenne. L'Union européenne elle-même n'est actuellement pas partie à cette convention.

<sup>5</sup> – En vertu de la CBE, un brevet octroyé par l'OEB est valable dans les États parties à la convention désignés dans la demande de brevet. Les brevets ainsi octroyés («brevet européens») constituent soit des brevets nationaux offrant une protection nationale, soit, si la demande mentionne plusieurs États parties, un ensemble de brevets nationaux. Ainsi, si la procédure de délivrance du titre visé est unique, le brevet européen en résultant n'est pas un titre unitaire mais se décompose en un faisceau de brevets nationaux, relevant chacun du droit interne des États que le titulaire a désignés. Le brevet communautaire envisagé ferait partie de ce faisceau de brevets nationaux, rassemblés sous le chapeau du brevet européen.

<sup>6</sup> – Voir la Communication au Parlement européen et au Conseil, intitulée «Améliorer le système de brevet en Europe», qui a été présentée par la Commission le 3 avril 2007 [document COM (2007) 165 final].

tant qu'organisme international, la JB ne serait pas un tribunal spécialisé au sein de l'institution «Cour de justice de l'Union européenne», mais un organisme à part. Ses compétences se limiteraient aux seuls *litiges entre particuliers*, notamment aux actions en contrefaçon, aux actions en nullité et aux actions en dommages-intérêts découlant de la protection conférée par un brevet européen ou un brevet communautaire. En revanche, le *contentieux administratif* relatif aux décisions de l'OEB en matière de délivrance de brevets ne relèverait pas des compétences de la JB ; ce dernier contentieux continuerait en effet à se dérouler uniquement devant les chambres de recours internes créées au sein de l'OEB.

4. À l'heure actuelle, il n'existe pas de juridiction unique qui connaisse des litiges relatifs aux brevets européens ayant une dimension transfrontalière ou aux futurs brevets communautaires. Toute action en contrefaçon ou en nullité visant un brevet européen est donc soumise à différentes législations et procédures nationales.

## II – Le contexte juridique

5. Quoique la demande d'avis ait été introduite sur la base du droit de l'Union tel qu'il résultait du traité de Nice, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux estiment qu'il convient d'examiner ladite demande à l'aune des nouvelles dispositions des traités tels qu'ils résultent du traité de Lisbonne. En effet, il est demandé à la Cour de prendre position sur un projet d'accord qui pourrait être négocié à l'avenir et qui serait donc forcément conclu sur la base des traités UE et FUE tels qu'ils sont en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

6. La procédure d'avis trouve son fondement à l'article **218, paragraphe 11, TFUE** (anciennement article 300, paragraphe 6, CE) qui est ainsi rédigé :

«Un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités.»

7. L'article **118 TFUE**, une nouvelle disposition introduite par le traité de Lisbonne, prévoit ce qui suit :

«Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union.

Le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, établit, par voie de règlements, les régimes linguistiques des titres européens. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.»

8. Aux termes de l'article 216, paragraphe 1, TFUE :

«L'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée.»

9. L'article 262 TFUE (anciennement article 229A CE) énonce ce qui suit :

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

10. L'article 344 TFUE (anciennement article 292 CE) contient la disposition suivante :

«Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci.»

11. Aux termes de l'article 352, paragraphe 1, TFUE (anciennement article 308 CE) :

«Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen.»

### III – Le projet d'accord en cause

12. Comme nous l'avons déjà évoqué, la JB serait une organisation de droit international. Selon le projet d'accord soumis à la Cour, elle comprendrait un double degré de juridiction avec deux organes, à savoir un «tribunal de première instance» («JB-TPI») et une «cour d'appel» («JB-CA»), cette dernière étant compétente pour connaître des appels formés contre les décisions rendues par la JB-TPI; le troisième organe de la JB serait un greffe.

13. La JB-TPI se composerait de divisions locales et régionales ainsi que d'une division centrale. Toutes ces divisions feraient partie intégrante d'une juridiction unique et seraient dotées de procédures uniformes.

#### *Compétences de la JB*

14. S'agissant de la compétence *ratione materiae*, l'article 15, paragraphe 1, du projet d'accord énumère les huit domaines de compétences exclusives de la JB portant tant sur le brevet européen que sur le futur brevet communautaire. En vertu de son paragraphe 2, les juridictions nationales des États contractants restent compétentes pour connaître des recours relatifs aux brevets communautaires et aux brevets européens qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la JB.

15. Les compétences territoriales des différentes divisions de la JB-TPI sont délimitées à l'article **15 bis, paragraphe 1**, du projet d'accord :

«Les actions visées à l'article 15, paragraphe 1, points a), b), d) et e) sont portées devant:

- a) la division locale située sur le territoire de l'État contractant où la contrefaçon ou la menace de contrefaçon s'est produite ou est susceptible de se produire, ou devant la division régionale à laquelle ledit État contractant participe; ou
- b) la division locale située sur le territoire de l'État contractant où le défendeur est domicilié ou devant la division régionale à laquelle ledit État contractant participe.

Les actions formées contre des défendeurs domiciliés en dehors du territoire des États contractants sont portées devant la division locale ou la division régionale conformément au point a).

Si aucune division locale ne se trouve sur le territoire de l'État contractant et que ce dernier ne participe pas à une division régionale, les actions sont portées devant la division centrale.»

#### *Droit applicable*

16. S'agissant du droit applicable devant la JB, l'article **14 bis** du projet d'accord prévoit:

- «1) Lorsqu'elle a à connaître d'une affaire dont elle est saisie conformément au présent accord, la Juridiction du brevet respecte le droit communautaire et fonde ses décisions sur:
  - a) le présent accord;

- b) la législation communautaire directement applicable, notamment le règlement [...] sur le brevet communautaire, et la législation nationale des États contractants mettant en œuvre la législation communautaire; [...]
  - c) la Convention sur le brevet européen et la législation nationale adoptée par les États contractants conformément à ladite Convention;
  - d) toute disposition des accords internationaux applicables aux brevets et contraignants à l'égard de toutes les parties contractantes.
- 2) Dans les cas où la Juridiction du brevet fonde ses décisions sur la législation nationale des États contractants, la loi applicable est déterminée:
- a) par les dispositions directement applicables de la législation communautaire; ou,
  - b) en l'absence de dispositions directement applicables de la législation communautaire, par les instruments internationaux de droit international privé auxquels toutes les parties contractantes sont parties; ou,
  - c) en l'absence de dispositions visées aux points a) et b), par les dispositions nationales de droit international privé déterminées par la Juridiction du brevet.
- 3) Un État contractant qui n'est pas partie à l'Accord sur l'Espace économique européen met en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la législation communautaire relative au droit matériel des brevets.»

#### *Mécanisme de renvoi préjudiciel*

17. La JB-TPI serait habilitée à saisir la Cour à titre préjudiciel sur l'interprétation du droit communautaire ou sur la validité et l'interprétation des actes des institutions de la Communauté. La JB-CA en aurait l'obligation. Ce mécanisme préjudiciel est énoncé à l'article 48 du projet d'accord qui est ainsi libellé :

- «1) Lorsque le tribunal de première instance est saisi d'une question portant sur l'interprétation du traité [CE] ou la validité et l'interprétation d'actes adoptés par les institutions de la Communauté européenne, il peut, s'il le juge nécessaire pour pouvoir rendre une décision, demander à la Cour de justice [...] de statuer sur la question. Lorsque la cour d'appel est saisie d'une telle question, elle demande à la Cour de justice [...] de statuer sur ladite question.

- 2) La décision rendue par la Cour de justice [...] concernant l'interprétation du traité [CE] ou la validité et l'interprétation d'actes adoptés par les institutions de la Communauté européenne est contraignante à l'égard du tribunal de première instance et de la cour d'appel.»

*Régime linguistique*

18. L'accord envisagé prévoit, en outre, un régime linguistique spécifique qui repose sur la langue officielle de l'État sur le territoire duquel est située la division locale ou régionale de la JB-TPI, des dérogations étant possibles si l'État en question en décide ainsi ou si les parties en conviennent entre elles. Ce régime linguistique résulte de l'article 29 du projet d'accord qui est ainsi rédigé :

- «1) La langue de procédure devant une division locale ou régionale est la ou les langues officielles de l'État membre de l'Union européenne, la ou les langues officielles d'autres États contractants sur le territoire desquels est située la division concernée, ou la ou les langues officielles désignées par les États contractants qui partagent une division régionale.
- 2) Nonobstant le paragraphe 1, les États contractants peuvent désigner une ou plusieurs des langues officielles de l'Office européen des brevets comme langue de procédure de leur division locale ou régionale.
- 3) Les parties peuvent convenir d'utiliser comme langue de procédure la langue dans laquelle le brevet a été délivré, sous réserve de l'approbation de la division compétente. Si la division concernée n'approuve pas le choix des parties, celles-ci peuvent demander que l'affaire soit portée devant la division centrale.
- 4) [À la demande d'une des parties et après avoir entendu les autres parties] / [Avec l'accord des parties], la division locale ou régionale compétente peut, pour des raisons de commodité et d'équité, décider d'utiliser comme langue de procédure la langue dans laquelle le brevet a été délivré.
- 5) La langue de procédure devant la division centrale est la langue dans laquelle le brevet en cause a été délivré.»

19. Le régime linguistique applicable devant la JB-CA est exposé à l'article 30 du projet d'accord :

- «1) La langue de procédure devant la cour d'appel est celle qui a été utilisée devant le tribunal de première instance.
- 2) Les parties peuvent convenir d'utiliser comme langue de procédure la langue dans laquelle le brevet a été délivré.

- 3) Dans des cas exceptionnels et dans la mesure jugée appropriée, la cour d'appel peut décider d'utiliser, pour tout ou partie de la procédure, une autre langue officielle d'un État contractant comme langue de procédure, sous réserve de l'accord des parties.»

#### IV – La demande d'avis

20. La demande d'avis du Conseil, déposée à la Cour le 6 juillet 2009, est ainsi libellée :

«L'accord envisagé créant un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets (actuellement dénommé 'Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire') est-il compatible avec les dispositions du traité instituant la Communauté européenne?»

21. En tant qu'annexes à sa demande d'avis, le Conseil a transmis à la Cour les trois documents suivants dont aucun n'a été adopté à ce jour :

- le document 8588/09 du Conseil, du 7 avril 2009, relatif à la proposition révisée de règlement du Conseil sur le brevet communautaire, élaboré par la présidence du Conseil à l'attention du Groupe «Propriété intellectuelle (Brevet)»;
- le document 7928/09 du Conseil, du 23 mars 2009, relatif à un texte révisé de la présidence sur un projet d'accord sur la Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire et sur un «projet de statut» de cette juridiction;
- le document 7927/09 du Conseil, du 23 mars 2009, concernant une recommandation de la Commission au Conseil visant à autoriser la Commission à ouvrir des négociations en vue de l'adoption d'un accord international entre la Communauté, ses États membres, et certains États tiers, «créant un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets» européen et communautaire.

#### V – Analyse des avocats généraux

##### A – *Sur la recevabilité de la demande d'avis*

22. À titre liminaire, il convient de préciser que l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne n'a en rien affecté la recevabilité de la présente demande d'avis. Tout au plus, cette demande devrait-elle être reformulée par la Cour afin de donner une réponse utile au Conseil en tenant compte de la nouvelle dénomination et numérotation des traités : «L'accord envisagé créant un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets ... est-il compatible avec les dispositions des traités UE et FUE ?»

23. C'est sur un autre plan que le Parlement, l'Espagne, la Grèce et l'Irlande contestent la recevabilité de la demande d'avis<sup>7</sup>. Leurs critiques, qui seront examinées ci-dessous, concernent, d'une part, le degré de détail des informations relatives au contenu de l'accord, jugé insuffisant (voir infra, section 1.) ; d'autre part, il est fait grief au Conseil d'avoir présenté sa demande d'avis de façon prématurée, vu l'état d'avancement du dossier au sein de cette institution (voir infra, section 2.). Par ailleurs, la présente demande d'avis appelle certaines observations de la part des avocats généraux quant au respect du principe de l'équilibre institutionnel (voir infra, section 3.).

#### 1. Le degré de détail des informations relatives au contenu de l'accord

24. Le Parlement et l'Espagne font valoir, tout d'abord, qu'ils estiment la demande d'avis incomplète, le contenu de l'accord envisagé n'étant pas suffisamment concret<sup>8</sup>.

25. Pour apprécier dans quelle mesure la prétendue absence de précisions quant au contenu d'un accord affecte éventuellement la recevabilité (admissibilité) de la demande d'avis, la jurisprudence distingue selon l'objet de cette demande<sup>9</sup> : lorsqu'une demande d'avis concerne la *compétence* de l'Union européenne pour conclure un accord, il est suffisant que l'objet et les grandes lignes de cet accord soient connus<sup>10</sup> ; en revanche, lorsqu'une demande d'avis soulève la question de la *compatibilité* de l'accord envisagé avec les règles des traités, la Cour doit disposer d'éléments suffisants, non seulement sur l'objet mais aussi sur le contenu dudit accord<sup>11</sup>.

26. Il s'ensuit que la jurisprudence sur la recevabilité des demandes d'avis est nettement plus exigeante en ce qui concerne la compatibilité d'un accord avec les traités qu'en ce qui concerne la compétence de l'Union pour conclure ledit accord<sup>12</sup>. En l'espèce, la demande d'avis porte sur la compatibilité de l'accord envisagé avec les traités. Il ne suffit donc pas que l'objet de l'accord envisagé (institution d'un système juridictionnel unifié en matière de brevets, création

<sup>7</sup> – Le Parlement et l'Espagne se sont ainsi exprimés dès la procédure écrite. Ils ont été rejoints par la Grèce et l'Irlande lors de l'audition, l'Irlande ayant déjà exprimé certains doutes dans son mémoire écrit.

<sup>8</sup> – L'Espagne souligne, entre autres, le défaut d'accord au sein du Conseil quant au régime linguistique applicable devant la future JB.

<sup>9</sup> – Avis 2/94 du 28 mars 1996 (Rec. p. I-1759, point 8).

<sup>10</sup> – Avis 1/78 du 4 octobre 1979 (Rec. p. 2871, point 34), avis 2/94 (précité à la note 9, points 20 à 22) et avis 1/03 du 7 février 2006 (Rec. p. I-1145, point 111).

<sup>11</sup> – Voir l'avis 2/94 (précité à la note 9, points 20 à 22).

<sup>12</sup> – Voir l'avis 2/94 (précité à la note 9, points 8 à 22).

d'une juridiction du brevet) soit connu. Encore faut-il que la demande d'avis expose le contenu de cet accord avec suffisamment de précision.

27. M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux estiment que cette condition est remplie.

28. Le Conseil a fourni à la Cour le texte complet de son projet d'accord qui contient, notamment, des dispositions sur l'organisation et le financement de la future juridiction du brevet, sur ses compétences, sur les différents types de recours, sur la procédure (y compris le régime linguistique), sur le droit matériel applicable, sur les preuves, sur les effets des décisions de la JB, sur les frais de justice et sur le mécanisme de renvoi préjudiciel. Le fait que le règlement de procédure de la JB ne soit pas encore pleinement connu n'ôte pas au projet d'accord dans son ensemble son caractère suffisamment précis pour que la Cour puisse se prononcer.

29. Le contexte dans lequel se présente le projet d'accord est également précisé dans la demande d'avis : l'accord envisagé fait partie d'un ensemble de mesures en matière de brevets qui sont actuellement à l'étude au niveau européen, en particulier l'éventuelle création, par l'Union européenne, d'un brevet communautaire en tant que nouveau titre de propriété intellectuelle, ainsi que l'adhésion de l'Union européenne à la CBE. Une adoption formelle de ces dernières mesures, notamment du règlement sur le brevet communautaire, ne paraît pas indispensable pour définir à suffisance de droit le contexte de la présente demande d'avis.

30. Dans ces conditions, il convient de conclure que la Cour dispose de suffisamment d'informations quant au contenu et au contexte de l'accord envisagé pour émettre un avis sur la compatibilité de celui-ci avec les traités.

2. L'état d'avancement du dossier au sein du Conseil

31. Ensuite, le Parlement, l'Espagne, la Grèce et l'Irlande soutiennent que le processus décisionnel relatif au projet d'accord n'a pas encore atteint l'état d'avancement qui serait nécessaire pour permettre à la Cour de se prononcer sur sa compatibilité avec les traités.

32. Ainsi que l'admet le Conseil lui-même, le texte de l'accord envisagé n'est pas définitif. Tous les textes présentés à la Cour prennent la forme de documents de travail de la présidence du Conseil. Aucun de ces textes n'a été adopté par le Conseil ni n'a été soumis au Parlement dans le cadre des procédures décisionnelles applicables.

33. La question se pose donc de savoir si le projet d'accord en question peut être considéré comme un *accord envisagé* au sens de l'article 218, paragraphe 11, TFUE<sup>13</sup>.

34. À cet égard, il convient de rappeler que la Cour peut, à tout moment, être saisie d'une demande d'avis au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, pourvu que le consentement de l'Union européenne à être liée par l'accord en question ne soit pas encore définitivement exprimé<sup>14</sup>. Une telle demande d'avis peut être introduite avant même que les négociations internationales sur l'accord envisagé ne soient entamées<sup>15</sup>. Il s'ensuit que des incertitudes quant à la réalisation d'un projet d'accord caractérisent nécessairement la procédure d'avis et ne sauraient, en tant que telles, justifier une déclaration d'irrecevabilité à l'encontre d'une demande d'avis<sup>16</sup>.

35. Certes, la procédure instituée par l'article 218, paragraphe 11, TFUE ne saurait être utilisée abusivement par le demandeur pour obtenir de la Cour un avis consultatif sur des questions purement hypothétiques. La procédure d'avis est une procédure de coopération entre la Cour, d'une part, et les institutions et États membres concernés, d'autre part. Elle vise à prévenir les complications qui résulteraient d'éventuelles contestations en justice relatives à la compatibilité d'un accord international avec les traités<sup>17</sup>. Par conséquent, une réponse de la Cour à la question qui lui est posée se justifie uniquement lorsqu'il apparaît que la demande d'avis repose sur des indices convergents et suffisamment probants qu'il existe une volonté de négocier et de conclure un accord international.

36. M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux estiment que tel est le cas en l'espèce.

37. Premièrement, il est constant que le projet de créer un système juridictionnel unifié en matière de brevets, tel que décrit dans les textes soumis à la Cour, est à l'étude au sein du Conseil. Par ailleurs, le fait que le Conseil a engagé la procédure de l'article 218, paragraphe 11, TFUE présuppose qu'il envisageait la possibilité de négocier et de conclure un tel accord international<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> – Article 300, paragraphe 6, CE au moment de l'introduction de la demande d'avis.

<sup>14</sup> – Avis 1/94 du 15 novembre 1994 (Rec. p. I-5267, point 12) et avis 3/94 du 13 décembre 1995 (Rec. p. I-4577, points 13 et 14).

<sup>15</sup> – Avis 2/94 (précité à la note 9, point 16).

<sup>16</sup> – D'une manière similaire, la Cour considère, dans l'avis 1/78 (précité à la note 10, point 34), qu'une demande d'avis n'est pas prématurée du seul fait que, au moment de la saisine de la Cour, il subsiste, dans le texte de l'accord en voie de négociation, un certain nombre d'alternatives encore ouvertes et de divergences sur la rédaction de clauses déterminées.

<sup>17</sup> – Avis 1/75 du 11 novembre 1975 (Rec. p. 1355, 1360-1361), avis 3/94 (précité à la note 14, points 16 et 17) et avis 1/08 du 30 novembre 2009 (non encore publié au Recueil, point 107).

<sup>18</sup> – Avis 2/94 (précité à la note 9, point 14).

38. Deuxièmement, l'article 218, paragraphe 11, TFUE ne requiert pas que le projet d'accord soumis à la Cour ait été formellement adopté par le Conseil et moins encore que l'ouverture des négociations ait été autorisée. Au contraire, la notion d'«accord envisagé» est suffisamment large pour englober également le cas d'un projet d'accord élaboré par la présidence du Conseil et discuté au sein de cette institution, comme c'est le cas en l'espèce. Selon la jurisprudence, il suffit que l'éventuelle conclusion d'un accord international fasse l'objet d'études et se trouve à l'agenda du Conseil pour qu'on puisse parler d'un accord envisagé<sup>19</sup>.

39. Troisièmement, la circonstance que le projet d'accord ou certains projets de mesures législatives étroitement liées à celui-ci ne trouvent pas pour l'instant de soutien unanime au sein du Conseil<sup>20</sup> est sans pertinence pour la recevabilité de la présente demande d'avis. En effet, l'introduction d'une demande d'avis n'est pas soumise aux mêmes règles procédurales que la décision finale du Conseil autorisant la signature ou portant conclusion d'un accord international. La demande d'avis pouvait être valablement introduite par le Conseil en application de la procédure de droit commun, c'est-à-dire à la suite d'un vote à la majorité simple<sup>21</sup>, alors même que la conclusion de l'accord final pourra nécessiter un vote à l'unanimité<sup>22</sup>, tout comme l'adoption de certains autres éléments du paquet législatif l'accompagnant<sup>23</sup>.

40. Quatrièmement, rien ne s'oppose à ce que le Conseil saisisse la Cour d'une demande d'avis avant d'avoir associé le Parlement au processus décisionnel relatif à l'accord envisagé ou à des mesures législatives étroitement liées avec celui-ci, tels que le projet de règlement sur le brevet communautaire. En effet, en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, il est loisible au Conseil d'introduire une demande d'avis en agissant individuellement (le même droit étant par ailleurs accordé au Parlement, à la Commission et à chaque État membre), sans se concerter d'une quelconque manière avec d'autres institutions et sans attendre le résultat final d'une procédure législative connexe. L'article 218, paragraphe 11, TFUE ne présuppose donc pas un accord définitif entre tous les intéressés comme

<sup>19</sup> – Voir en ce sens l'avis 2/94 (précité à la note 9, point 14).

<sup>20</sup> – Le Conseil lui-même expose, dans sa demande d'avis, que «[l]a majorité des membres du Conseil estiment que l'accord envisagé constitue un moyen juridiquement acceptable de réaliser les objectifs visés». L'Espagne, quant à elle, met en exergue le fait qu'il n'y a pas d'unanimité au sujet du futur brevet communautaire et en ce qui concerne le régime linguistique.

<sup>21</sup> – Article 205, paragraphe 1, CE (règle applicable au moment de l'introduction de la présente demande d'avis, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ; notons au passage que, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la majorité qualifiée est requise, voir l'article 16, paragraphe 3, TUE).

<sup>22</sup> – Tel serait le cas, notamment, si l'article 352, paragraphe 1, TFUE (seul ou en combinaison avec d'autres dispositions) était choisi comme base légale pour la conclusion de l'accord en question.

<sup>23</sup> – Tel est le cas, par exemple, du régime linguistique applicable au futur brevet communautaire (article 118, deuxième alinéa, TFUE).

condition préalable d'une demande d'avis. De même, la circonstance que l'adoption de l'accord final ne pourra intervenir qu'après consultation du Parlement, voire même après approbation par cette institution<sup>24</sup>, et que l'adoption d'éventuelles mesures internes sera soumise à une procédure législative<sup>25</sup>, est sans incidence sur les possibilités ouvertes au Conseil au titre de la procédure d'avis<sup>26</sup>.

41. Par ailleurs, le simple fait que le Conseil ait saisi la Cour d'une demande d'avis n'est pas en soi susceptible de porter atteinte aux prérogatives du Parlement. En particulier, l'avis que la Cour rendra quant à la compatibilité du projet d'accord avec les traités sera sans préjudice du rôle politique et constitutionnel du Parlement, tant dans la procédure décisionnelle précédant la conclusion de l'accord international que dans la procédure législative portant adoption d'éventuelles mesures d'accompagnement, telles que le règlement sur le brevet communautaire. La présente demande du Conseil fera seulement en sorte que ce dernier aura assumé le risque d'avoir sollicité l'avis de la Cour sur un projet d'accord qui pourrait ne pas trouver l'approbation du Parlement sur le plan interne ou celle des partenaires internationaux de l'Union européenne sur le plan externe.

42. Pour l'ensemble de ces raisons, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux sont d'avis que le projet d'accord qui nous est soumis constitue bien un «accord envisagé» au sens de l'article 218, paragraphe 11, TFUE et que le Conseil était en droit de le soumettre, en son état actuel, à l'appréciation de la Cour.

### 3. Observations finales : le principe de l'équilibre institutionnel

43. Il convient d'ajouter que les motifs pour lesquels le Conseil a saisi la Cour sont sans pertinence pour la question de savoir si la présente demande d'avis est recevable. Certes, il se peut que le Conseil ait sollicité l'avis de la Cour dans une situation d'impasse politique, afin de clarifier si des considérations purement juridiques pouvaient valablement être invoquées à l'encontre du projet de la création d'un système juridictionnel unifié en matière brevets. Or, de telles considérations, qui peuvent jouer un certain rôle lorsqu'une institution ou un État membre saisit la Cour d'une demande d'avis, ne sauraient d'emblée être écartées comme illégitimes et ne justifient pas que la Cour refuse de répondre à la question qui lui est posée. Aussi longtemps que cette question concerne un accord envisagé au sens de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, la Cour est en principe tenue de se prononcer sur sa compatibilité avec les traités.

<sup>24</sup> – Voir l'article 218, paragraphe 6, TFUE.

<sup>25</sup> – Voir l'article 118, premier alinéa, TFUE pour ce qui concerne l'introduction d'un brevet communautaire.

<sup>26</sup> – Cela est sans préjudice de l'appréciation exposée au point 46 de la présente prise de position.

44. Toutefois, en apportant sa réponse à la demande d'avis, la Cour doit veiller au respect du principe de l'équilibre institutionnel qui implique que chacune des institutions exerce ses compétences dans le respect de celles des autres<sup>27</sup>. De l'avis de M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux, cela aura deux conséquences en l'espèce.

45. En premier lieu, la Cour devra s'abstenir de fournir au Conseil des indications allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire aux fins de l'évaluation de la compatibilité du projet d'accord en son état actuel avec les traités. C'est à la Commission et au Conseil qu'il incombera de mettre au point les détails du projet d'accord, dans le respect des traités et des principes généraux du droit de l'Union. Les éventuels choix politiques à faire afin de rendre le projet d'accord compatible avec les traités ne sauraient être délégués à la Cour<sup>28</sup>.

46. En second lieu, il conviendra de veiller au respect des prérogatives du Parlement dans les procédures décisionnelles et législatives relatives aux différentes mesures envisagées en matière de brevets. S'agissant de la mise en œuvre du projet d'un brevet communautaire, par exemple, le Conseil ne saurait placer le Parlement devant le fait accompli en concluant à l'avance, sur le plan international, l'accord envisagé sur la juridiction du brevet.

#### 4. Conclusion intermédiaire

47. Au vu des considérations qui précèdent, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux estiment que la demande d'avis est recevable. Toutefois, en formulant sa réponse à la question posée, la Cour devra veiller au respect du principe de l'équilibre institutionnel.

#### B – *Sur le fond*

48. Quant au fond de la question soumise à l'appréciation de la Cour, il convient de distinguer entre, d'une part, la compétence de l'Union et la base juridique pour conclure l'accord envisagé (voir infra, section 1.) et, d'autre part, la compatibilité du projet d'accord avec le système des traités (voir infra, section 2.).

##### 1. Compétence de l'Union et base juridique pour la conclusion de l'accord

49. Si le Conseil ne demande expressément l'avis de la Cour ni sur la compétence de l'Union pour conclure l'accord envisagé ni sur la base juridique appropriée, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux estiment que ces points doivent être

<sup>27</sup> – Arrêt du 22 mai 1990, Parlement/Conseil («Tchernobyl», C-70/88, Rec. 1990 p. I-2041, point 22).

<sup>28</sup> – Comme nous le verrons ci-dessous, il sera nécessaire de prévoir des garanties supplémentaires visant à assurer le respect du droit de l'Union par la JB. Le choix à faire entre un pourvoi en cassation, un pourvoi dans l'intérêt de la loi ou un mécanisme de réexamen incombe aux instances politiques, notamment au Conseil, et non pas à la Cour.

brèvement examinés, comme il ressort d'ailleurs de nombreuses observations écrites et orales soumises à la Cour dans la présente procédure<sup>29</sup>. En effet, le projet d'accord ne saurait être déclaré «compatible avec les traités» si l'Union n'était pas compétente et qu'elle ne disposait pas d'une base juridique appropriée pour participer à l'accord mixte en question. La compatibilité d'un accord avec les dispositions des traités doit être évaluée compte tenu de l'ensemble des règles des traités, c'est-à-dire aussi bien les règles déterminant l'étendue des compétences des institutions que les règles de fond<sup>30</sup>. La question de la compatibilité avec les traités englobe donc nécessairement celle de la compétence et de la base juridique.

50. Dans le cadre de l'examen des éventuelles compétences et bases juridiques, il convient toutefois de tenir compte de l'état d'avancement du projet d'accord tel qu'il est soumis à la Cour. La Commission et le Conseil n'ayant pas encore envisagé une base juridique déterminée pour cet accord et le Parlement n'ayant pas encore été impliqué, il n'incombera pas à la Cour de la choisir à leur place. L'équilibre interinstitutionnel s'opposerait à ce que la Cour se substitue ainsi aux instances politiques de l'Union.

51. Afin de pouvoir répondre utilement à la question de savoir si le projet d'accord est, en son état actuel, compatible avec les traités, il suffit pour la Cour de s'assurer qu'une compétence de l'Union et une base juridique dans les traités *pour participer à un accord mixte*, tel qu'il est actuellement à l'étude, *ne font pas manifestement défaut*. En revanche, il n'est pas nécessaire de déterminer avec précision l'étendue exacte des compétences respectives de l'Union et des États membres<sup>31</sup>.

52. Ainsi qu'il ressort de la plupart des observations soumises à la Cour, deux bases juridiques en particulier sont susceptibles d'être envisagées : d'une part, l'article 216, paragraphe 1, TFUE lu ensemble avec l'article 118 TFUE et, d'autre part, l'article 352, paragraphe 1, TFUE<sup>32</sup>. Ni l'une ni l'autre base juridique ne semble, à ce stade, manifestement inapplicable.

<sup>29</sup> – Rappelons que certains États membres (notamment l'Irlande, l'Italie et le Luxembourg) contestent l'existence de toute base juridique dans les traités pour la conclusion de l'accord envisagé.

<sup>30</sup> – Avis 1/75 (précité à la note 17, p. 1360) ; voir en ce sens également l'avis 1/78 (précité à la note 10, point 30) où la Cour affirme que «le jugement sur la compatibilité d'un accord avec le traité peut dépendre non seulement des dispositions du droit matériel, mais encore de celles qui concernent la compétence ...», ainsi que l'avis 2/91 du 19 mars 1993 (Rec. p. I-1061, point 3) où la question des compétences de la Communauté est traitée comme faisant partie de la compatibilité de l'accord envisagé avec le traité.

<sup>31</sup> – Voir en ce sens l'avis 2/00 du 6 décembre 2001 (Rec. p. I-9713, points 15 à 19).

<sup>32</sup> – Une application combinée des articles 118 et 352 TFUE a également été discutée par certains.

53. S'agissant, tout d'abord, de l'article 216, paragraphe 1, TFUE, il contient une codification de la jurisprudence «AETR»<sup>33</sup> permettant à l'Union de conclure un accord international, et ce notamment lorsque cet accord est nécessaire pour réaliser dans le cadre des politiques de l'Union l'un des objectifs visés par les traités ou lorsque cet accord est prévu dans un acte juridique contraignant de l'Union. La mise en place d'un système juridictionnel unifié en matière de brevets se situe dans le contexte de la création d'un titre de propriété intellectuelle au sens de l'article 118 TFUE, à savoir le brevet communautaire. Un tel système juridictionnel est d'ailleurs mentionné dans le projet de règlement sur le brevet communautaire, tel qu'il est actuellement à l'étude au sein du Conseil<sup>34</sup>.

54. S'agissant, ensuite, de l'article 352, paragraphe 1, TFUE, il permet au Conseil d'adopter les mesures appropriées lorsqu'une action de l'Union paraît nécessaire dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet.

55. Que l'on se fonde sur les articles 216 TFUE et 118 TFUE ou sur l'article 352 TFUE, un lien avec les objectifs et politiques définis par les traités constitue, de toute manière, l'élément-clé de l'analyse. À cet égard, il convient de relever que la création d'un système juridictionnel unifié en matière de brevets semble, à première vue, rentrer dans le cadre des politiques de l'Union, en particulier dans celui de la réalisation et du bon fonctionnement du marché intérieur<sup>35</sup>.

56. De l'avis de M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux, ces considérations suffisent pour conclure, au stade actuel, qu'une compétence de l'Union et une base juridique pour participer à un accord mixte tel que celui envisagé par le Conseil ne font pas manifestement défaut.

## 2. Compatibilité du projet d'accord avec le système des traités

57. La compatibilité du projet d'accord avec le système des traités a été contestée à plusieurs égards, notamment par Chypre, l'Irlande, la Grèce, l'Espagne, l'Italie, la Lituanie et le Luxembourg. Nous aborderons ci-dessous, tout d'abord, la question de la licéité de la création de la JB en tant que juridiction internationale (voir infra, sous-section a) et, ensuite, la question du respect du droit de l'Union par la JB (voir infra, sous-section b), avant de terminer par quelques remarques sur le régime linguistique devant la JB (voir infra, sous-section c).

<sup>33</sup> – Cette jurisprudence, qui remonte à l'arrêt du 31 mars 1971, Commission/Conseil («AETR», 22/70, Rec. 1971 p. 263), a été précisée plus récemment dans l'avis 1/03 (précité à la note 10, points 114 à 133).

<sup>34</sup> – Proposition révisée de règlement du Conseil sur le brevet communautaire (document n° 8588/09 du Conseil, annexé à la demande d'avis), considérant 7.

<sup>35</sup> – Article 3, paragraphe 3, TUE et article 26, paragraphe 1, TFUE.

## a) Licéité de la création de la JB en tant que juridiction internationale

58. S'agissant de la licéité de la création de la JB en tant que juridiction internationale, située en-dehors du système juridictionnel de l'Union européenne et jouissant d'une compétence exclusive pour certains types de recours, il convient de rappeler d'emblée que le droit de l'Union ne s'oppose pas en principe à un accord international prévoyant son propre système juridictionnel <sup>36</sup>.

59. Cela étant, la licéité de la création de la JB a été remise en question par plusieurs États membres, notamment au regard des dispositions suivantes : l'article 19 UE, l'article 262 TFUE, l'article 263 TFUE et l'article 344 TFUE. Le fond commun de ces critiques consiste à dire que la création de la JB dénaturerait le système juridictionnel de l'Union européenne tel qu'il a été institué par les traités ; selon cette thèse, il reviendrait exclusivement au juge de l'Union de connaître des litiges relatifs aux titres de propriété intellectuelle créés par l'Union européenne.

60. Précisons d'emblée que ce ne sont pas les compétences de la future JB relatives au *brevet européen* qui posent problème ici : en effet, les compétences juridictionnelles relatives au brevet européen ont toujours été exercées par les juridictions nationales ; il est donc loisible aux États membres de les confier désormais à un organisme international, créé d'un commun accord et ayant vocation à être «leur» juridiction commune. En revanche, la question de savoir si et dans quelle mesure ce même organisme international peut se voir attribuer également certaines compétences juridictionnelles relatives au futur *brevet communautaire* est plus délicate et mérite d'être examinée plus attentivement. C'est sur ce dernier aspect que nous nous concentrerons ci-dessous. Nous l'aborderons à la fois du point de vue des litiges entre particuliers et de celui du contentieux administratif.

## i) Les litiges entre particuliers

61. Il convient d'analyser, en premier lieu, si le système juridictionnel de l'Union européenne, tel qu'il résulte des traités, interdit d'attribuer à la future JB la compétence exclusive pour connaître de certains litiges entre particuliers dans le domaine des brevets communautaires.

62. M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux sont d'avis que tel n'est pas le cas.

<sup>36</sup> – Voir l'avis 1/91 du 14 décembre 1991 (Rec. p. I-6079) : au point 40 dudit avis, la Cour confirme que la conclusion d'un accord international prévoyant un système juridictionnel tel que celui de la Cour EEE est «en principe, compatible avec le droit communautaire» ; au point 70 du même avis, la Cour précise, en outre, qu'«un accord international qui prévoit un système juridictionnel doté d'une Cour compétente pour l'interprétation de ses dispositions n'est pas, en principe, incompatible avec le droit communautaire».

63. Premièrement, les litiges entre particuliers ne relèvent pas de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne. Ce sont les tribunaux nationaux qui ont toujours été appelés à connaître des litiges entre particuliers, qu'ils soulèvent ou non des questions de droit de l'Union, y compris lorsque la validité, l'interprétation ou la violation d'un titre de propriété intellectuelle européen est en jeu<sup>37</sup>. Cette délimitation des compétences juridictionnelles reflète le principe d'attribution<sup>38</sup>, en vertu duquel toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres<sup>39</sup>.

64. Étant donné que les juridictions de l'Union ne sont pas compétentes pour connaître des litiges entre particuliers, la création de la JB en tant qu'organe international ne saurait être perçue comme une violation des compétences de la Cour de justice de l'Union européenne. On ne peut enlever au juge de l'Union des compétences qu'il ne possède pas.

65. Deuxièmement, l'article 262 TFUE ne s'oppose pas à la création de la JB en tant qu'organe international situé en-dehors du cadre institutionnel de l'Union. Il est certes vrai que cette disposition permettrait de confier au juge de l'Union – le cas échéant sous forme d'un tribunal spécialisé au sens de l'article 257 TFUE – certaines des compétences qu'il est prévu d'attribuer à la JB<sup>40</sup>. Cependant, la voie ouverte par l'article 262 TFUE n'est pas la seule concevable pour créer une juridiction des brevets au niveau européen. L'article 262 TFUE ne vise pas à instaurer un monopole des juridictions de l'Union dans ce domaine. Il ne préjuge pas le choix du cadre juridictionnel qui pourra être mis en place pour les litiges relevant de titres européens de la propriété intellectuelle<sup>41</sup>. Comme il a été souligné par plusieurs institutions et États membres au cours de la procédure d'avis devant la Cour, l'article 262 TFUE ne prévoit qu'une faculté d'élargir les compétences du juge de l'Union en y incluant certains litiges entre particuliers, sans pour autant obliger le Conseil à procéder de cette manière. Il reste loisible au

<sup>37</sup> – Tel est le cas, par exemple, en ce qui concerne les litiges entre particuliers relatifs aux marques communautaires ; voir les articles 91 à 103 du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO L 11, p. 1), et notamment l'article 96 dudit règlement, relatif aux demandes reconventionnelles en déchéance ou en nullité.

<sup>38</sup> – Article 5, paragraphes 1 et 2, TUE et article 19, paragraphe 3, TUE.

<sup>39</sup> – Articles 5, paragraphe 2, TUE et 4, paragraphe 1, TUE.

<sup>40</sup> – Il convient de rappeler que la proposition initiale de la Commission au Conseil avait précisément pour objet la création d'un tel tribunal spécialisé («tribunal du brevet communautaire») en application des articles 229 A CE et 225 A CE, devenus articles 262 TFUE et 257 TFUE [voir documents COM(2003) 827 final et COM(2003) 828 final].

<sup>41</sup> – Voir la déclaration n° 17 relative à l'article 229 A CE, annexée à l'acte final de la conférence intergouvernementale ayant adopté le traité de Nice (JO 2001, C 80, p. 80) : «La Conférence estime que l'article 229 A ne préjuge pas le choix du cadre juridictionnel qui pourra être mis en place pour le traitement du contentieux relatif à l'application des actes adoptés sur la base du traité instituant la Communauté européenne qui créent des titres communautaires de propriété industrielle.»

Conseil de choisir d'autres voies, en l'occurrence celle de la création d'un organisme international situé en-dehors du cadre institutionnel de l'Union européenne.

66. Partant, la mise en place de la JB ne saurait être considérée comme un contournement de l'article 262 TFUE, d'autant que la JB sera, en réalité, un système juridictionnel *unifié* qui couvrira à la fois le volet du brevet communautaire et celui du brevet européen.

67. Troisièmement, la création de la JB ne se heurte pas à l'article 344 TFUE. Cette dernière disposition oblige certes les États membres à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par les traités. Cependant, cette disposition ne vise que les différends entre États membres, à la différence des litiges auxquels participent des particuliers<sup>42</sup>. Étant donné que les compétences de la future JB comprendront les seuls litiges entre particuliers, il n'est pas à craindre que l'accord envisagé viole l'article 344 TFUE<sup>43</sup>.

#### ii) Le contentieux administratif

68. Il convient de vérifier, en second lieu, s'il n'aurait pas été nécessaire d'inclure dans les compétences de la future JB un volet sur le contentieux administratif. Ce contentieux concerne notamment les recours contre l'OEB introduits par des entreprises ayant demandé sans succès qu'un brevet leur soit délivré, ainsi que les recours des tiers ayant fait sans succès opposition contre la délivrance d'un brevet<sup>44</sup>.

69. Rappelons que les brevets communautaires seront délivrés par l'OEB selon les règles applicables en vertu de la CBE pour l'octroi des brevets européens<sup>45</sup>. L'audition devant la Cour a révélé que cette technique administrative peut être qualifiée de deux manières différentes :

<sup>42</sup> – Voir en ce sens l'arrêt du 30 mai 2006, *Commission/Irlande* (C-459/03, Rec. p. I-4635, point 128) ; voir également l'avis 1/91 (précité à la note 36, points 35 et 39) où la Cour n'a déclaré incompatibles avec le traité que les compétences de la Cour EEE qui auraient concerné les différends entre États membres et/ou les «parties contractantes» (y compris ceux impliquant le Comité mixte EEE).

<sup>43</sup> – Cela étant, il convient de noter que l'accord envisagé manque d'un mécanisme juridictionnel permettant de régler les différends entre les États contractants. Dès lors, tout différend concernant ledit accord et impliquant un État tiers partie à l'accord est susceptible d'être examiné par la Cour internationale de justice (voir, par analogie, communiqué de presse de la CIJ n° 2009/36 du 22 décembre 2009 concernant une demande introduite par la Belgique contre la Suisse au sujet d'un différend portant sur l'interprétation de la convention de Lugano).

<sup>44</sup> – Article 106 de la CBE.

<sup>45</sup> – Article 2, paragraphe 1, du projet de règlement sur le brevet communautaire ainsi que considérants 2 et 2 bis dudit projet de règlement.

- La *théorie de la délégation* : selon le Parlement et le Conseil, il s'agira d'une délégation de pouvoirs administratifs, accordée à l'OEB par l'Union européenne ; l'OEB délivrera des brevets communautaires en lieu et place d'une agence de l'Union européenne <sup>46</sup>.
- La *théorie de la transformation* : selon la Commission, l'OEB n'agira pas pour le compte de l'Union européenne et délivrera en réalité uniquement un brevet européen en application de la CBE ; ce brevet européen ne sera que transformé dans l'ordre juridique de l'Union, pour devenir un brevet communautaire, et ce automatiquement, par les seuls effets du règlement sur le brevet communautaire.

70. Aux fins de la présente procédure d'avis, il n'est pas nécessaire ni opportun de déterminer laquelle de ces deux théories emporte la conviction <sup>47</sup>. Quelle que soit la qualification juridique du mode de délivrance des futurs brevets communautaires (théorie de la délégation ou théorie de la transformation), elle pose problème du point de vue de la protection juridictionnelle effective <sup>48</sup> ainsi que de l'application correcte et uniforme du droit de l'Union.

71. En effet, les décisions de l'OEB en matière de brevets ne sont actuellement susceptibles d'être revues que par les chambres de recours internes créées au sein de l'OEB, à l'exclusion de tout recours juridictionnel devant un tribunal externe. Il n'existe pas de possibilité pour la Cour de justice de l'Union européenne d'assurer la correcte et uniforme application du droit de l'Union dans les contentieux qui se déroulent devant les chambres de recours de l'OEB <sup>49</sup>. Sur ce point important, la

<sup>46</sup> – Il convient de rappeler que l'adhésion de l'Union européenne à la CBE est censée permettre à l'Union européenne de profiter de l'expérience et des structures administratives de l'OEB (voir considérant 2 du projet de règlement sur le brevet communautaire) sans qu'il y ait besoin de créer une nouvelle agence à l'instar de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) qui délivre la marque communautaire.

<sup>47</sup> – Peut également être laissée en suspens la question de savoir si une éventuelle délégation de pouvoirs à un organe international tel que l'OEB serait compatible ou non avec les traités [à cet égard, voir en particulier les critères dégagés par la Cour dans son arrêt du 13 juin 1958, Meroni/Haute Autorité, 9/56, Rec. 1958 p. 9 (40)]. Il ne saurait être répondu à cette question en l'absence de plus amples informations sur l'étendue et les modalités d'une telle délégation.

<sup>48</sup> – Article 47, premier et deuxième alinéas, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voir également l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

<sup>49</sup> – Pour l'instant, ces chambres de recours ne se considèrent pas comme des «juridictions nationales» compétentes pour procéder à des renvois préjudiciels [OEB, décision de la Grande Chambre de recours du 25 novembre 2008, affaire G 2/02, Wisconsin Alumni Research Foundation, publiée au Journal Officiel de l'OEB n° 5/2009, p. 306 (pp. 317 à 321), disponible à l'adresse suivante : [http://archive.epo.org/epo/pubs/oj009/05\\_09/05\\_3069.pdf](http://archive.epo.org/epo/pubs/oj009/05_09/05_3069.pdf)].

situation juridique en matière de brevets communautaires se distingue donc fondamentalement de celle qui existe en matière de marques communautaires<sup>50</sup>.

72. Or, l'Union européenne ne saurait ni déléguer des pouvoirs à un organe international ni transformer dans son ordre juridique les actes émanant d'un organe international sans s'assurer qu'il existe un contrôle juridictionnel effectif, exercé par un tribunal indépendant qui soit tenu de respecter le droit de l'Union et habilité à saisir, le cas échéant, la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel<sup>51</sup>.

73. Certes, il peut être satisfait à ces exigences de différentes manières. Un éventuel élargissement des compétences de la future JB pour y inclure également le contentieux administratif contre les décisions de l'OEB n'est qu'une des options envisageables. Une autre option envisageable pourrait être la création d'un tribunal administratif en matière de brevets<sup>52</sup> qui devrait être autorisé, sans équivoque, à saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel. En vertu du principe d'équilibre institutionnel, il n'incombe pas à la Cour d'indiquer, dans le cadre de la présente procédure d'avis, laquelle de ces différentes options doit être privilégiée.

74. Cependant, selon les informations dont dispose la Cour dans le cadre de la présente procédure d'avis, le contentieux administratif contre les décisions de l'OEB n'est abordé par aucune des différentes mesures actuellement à l'étude en matière de brevets. Ni dans le projet d'accord instituant la JB ni dans le cadre de l'adhésion de l'Union européenne à la CBE, le contentieux administratif ne semble jouer un rôle.

75. Dans ces conditions, il convient de constater que, en son état actuel, le projet d'accord, lu à la lumière de l'ensemble des mesures envisagées en matière de brevets, ne répond pas à l'exigence d'un contrôle juridictionnel effectif en matière de délivrance des brevets et au souci d'une application correcte et uniforme du droit de l'Union.

<sup>50</sup> – En matière de marques communautaires, les décisions de l'OHMI sont certes d'abord revues par des chambres de recours internes, mais un recours judiciaire devant le Tribunal de l'Union européenne est ouvert par la suite (article 63 du règlement n° 40/94), la Cour pouvant être saisie dans le cadre d'un pourvoi.

<sup>51</sup> – Sur la délégation, voir l'arrêt *Meroni/Haute Autorité* (précité à la note 46, p. 40) ; en ce qui concerne la transformation, voir l'arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* (C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351, points 284 et 285).

<sup>52</sup> – Un projet de révision de la CBE prévoyant la transformation des actuelles chambres de recours en une «Cour d'appel européenne en matière de brevets» est actuellement à l'étude au sein de l'Organisation européenne des brevets (voir le Projet de proposition relative à la révision de la CBE en vue de l'autonomie organisationnelle des chambres de recours de l'Office européen des brevets au sein de l'Organisation européenne des brevets, CA/46/04, disponible sur le site de l'OEB : [http://www.epo.org/patents/law/legislative-initiatives/autonomy\\_fr.html](http://www.epo.org/patents/law/legislative-initiatives/autonomy_fr.html)).

iii) Conclusion intermédiaire

76. Au vu des considérations qui précèdent, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux estiment que la création de la JB en tant que juridiction internationale ne se heurte pas à des objections de principe tirées des dispositions des traités sur le système juridictionnel de l'Union européenne. Toutefois, les décisions de l'OEB en matière de brevets devront être susceptibles d'un recours juridictionnel effectif devant un tribunal indépendant dans le cadre duquel une application correcte et uniforme du droit de l'Union sera assurée.

b) Le respect du droit de l'Union par la JB

77. S'agissant, ensuite, du respect du droit de l'Union par la future JB, plusieurs intervenants devant la Cour font valoir que les garanties contenues à cet effet dans le projet d'accord sont insuffisantes. C'est à la lumière de ces critiques qu'il convient d'analyser si le projet d'accord est susceptible d'assurer que le droit de l'Union sera effectivement appliqué par la JB [voir sous-section i) ci-dessous], si la Cour de justice de l'Union européenne pourra contribuer à une application correcte et uniforme du droit de l'Union dans les affaires relevant de la compétence de la JB [voir sous-section ii) ci-dessous] et s'il existe des remèdes suffisants pour une éventuelle violation du droit de l'Union par la JB [voir sous-section iii) ci-dessous]. Il en va de la protection de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union<sup>53</sup>.

i) L'application du droit de l'Union et le respect de sa primauté par la JB

78. Le droit applicable dans les procédures judiciaires devant la JB est régi par l'article 14 bis, paragraphe 1, du projet d'accord. Il convient de relever, d'une part, que la JB «respecte le droit communautaire»<sup>54</sup> et, d'autre part, qu'elle «fonde ses décisions», entre autres, sur la «législation communautaire directement applicable»<sup>55</sup>.

– La référence à la «législation communautaire directement applicable»

79. En premier lieu, c'est la référence à la «législation communautaire directement applicable» [article 14 bis, paragraphe 1, sous b), du projet d'accord] qui pose problème en l'espèce, et ce pour deux raisons.

80. D'une part, il est constant que le droit de l'Union ne consiste pas uniquement en une «législation», c'est-à-dire en des règles écrites de *droit dérivé*,

<sup>53</sup> – Sur la nécessité de préserver l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, voir l'avis 1/91 (précité à la note 36, point 30) et l'avis 1/00 du 18 avril 2002 (Rec. p. I-3493, point 11).

<sup>54</sup> – Partie introductive de l'article 14 bis, paragraphe 1, du projet d'accord (pour l'avenir il conviendra de lire «droit de l'Union» au lieu de «droit communautaire»).

<sup>55</sup> – Article 14 bis, paragraphe 1, sous b), du projet d'accord.

mais qu'il contient également des règles de *droit primaire*, qu'elles soient écrites ou non. Ces règles revêtent une importance certaine dans les litiges entre particuliers en matière de brevets. On ne mentionnera ici que les droits fondamentaux<sup>56</sup>, les principes généraux du droit de l'Union<sup>57</sup> et la libre circulation des marchandises<sup>58</sup>.

81. D'autre part, le droit de l'Union pertinent pour la résolution de litiges entre particuliers en matière de brevets ne se compose pas uniquement de dispositions législatives *directement applicables*. Nombreux sont en effet les principes du droit de l'Union susceptibles d'influer sur la solution de tels litiges. Tel est notamment le cas des principes établissant des droits fondamentaux et des principes généraux du droit de l'Union. Il en va de même pour les dispositions contenues dans des directives<sup>59</sup>, même si de telles dispositions n'ont pas d'effet direct horizontal<sup>60</sup>. Tous ces principes et dispositions doivent être pris en compte, pour le moins lors de l'interprétation et de l'application de la législation nationale et des accords internationaux visés à l'article 14 bis, paragraphe 1, sous b) et d), du projet d'accord<sup>61</sup>.

82. Dans sa rédaction actuelle, l'article 14 bis, paragraphe 1, sous b), du projet d'accord risque donc de créer l'impression que la future JB ne sera pas obligée de tenir compte, dans ses décisions judiciaires, ni des traités ni des droits

<sup>56</sup> – Voir, en particulier, l'article 3, paragraphe 2, sous c) et d), ainsi que les articles 13, 15, 16 et 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a désormais la même valeur juridique que les traités (article 6, paragraphe 1, TUE ; voir également les arrêts du 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, non encore publié au Recueil, point 22, et du 1<sup>er</sup> juillet 2010, *Knauf Gips/Commission*, C-407/08 P, non encore publié au Recueil, point 91). L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux peut également jouer un rôle dans les procédures judiciaires devant la JB. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que le respect des droits fondamentaux constitue une condition de la légalité des actes communautaires et que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect de ceux-ci (arrêt *Kadi e.a./Conseil e.a.*, précité à la note 51, point 284).

<sup>57</sup> – Par exemple, le principe de proportionnalité et la protection des intérêts légitimes.

<sup>58</sup> – Articles 34 TFUE et 35 TFUE. Voir, entre autres, arrêts du 14 juillet 1981, *Merck* (187/80, Rec. 1981 p. 2063), et du 21 septembre 1999, *BASF* (C-44/98, Rec. p. I-6269). Voir également l'article 10 du projet de règlement sur le brevet communautaire ; cette disposition régit l'épuisement communautaire des droits conférés par le brevet communautaire, c'est-à-dire une question ayant de fortes implications sur la libre circulation des marchandises.

<sup>59</sup> – Voir, en particulier, les dispositions de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (JO L 213, p. 13).

<sup>60</sup> – Arrêts du 26 février 1986, *Marshall* (152/84, Rec. p. 723, point 48), du 14 juillet 1994, *Faccini Dori* (C-91/92, Rec. 1994 p. I-3325, point 20), et *Kücükdeveci* (précité à la note 56, point 46).

<sup>61</sup> – Voir, en ce sens, arrêts du 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.* (C-397/01 à C-403/01, Rec. p. I-8835, point 111), du 15 avril 2008, *Impact* (C-268/06, Rec. p. I-2483, point 42), et *Kücükdeveci* (précité à la note 56, point 45).

fondamentaux et des principes généraux du droit de l'Union, ni d'ailleurs des directives pertinentes en la matière.

83. Or, l'Union européenne ne saurait donner son consentement à la création d'une juridiction internationale, compétente en matière de brevets, dès lors que les règles de fonctionnement de cette juridiction sont pour le moins équivoques quant à son obligation de tenir compte de l'ensemble du droit de l'Union. En particulier, l'Union européenne ne saurait se soustraire à son obligation de respecter les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique européen en participant à un système juridictionnel unifié dans lequel l'application de tels droits ne semble pas garantie.

84. Le respect de la totalité du droit de l'Union, y compris les droits fondamentaux et les valeurs fondamentales sur lesquels l'Union européenne est fondée, revêt une importance non négligeable en matière de brevets. En effet, si le contentieux dans ce domaine semble être, à première vue, une matière assez technique, force est de constater qu'il peut parfois donner lieu à des problèmes éthiques de première importance, notamment dans les domaines de la médecine et de la biotechnologie<sup>62</sup>. En outre, le droit des brevets peut avoir d'importantes implications sur la liberté d'entreprise et le droit de la concurrence.

85. Certes, on pourrait faire valoir que les lacunes qui viennent d'être relevées à l'article 14 bis, paragraphe 1, sous b), du projet d'accord sont comblées par la phrase introductive de cette même disposition, selon laquelle la JB «respecte le droit communautaire» *tout court*. Toutefois, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux estiment que l'articulation entre les deux références au «droit communautaire» – l'une au début de l'article 14 bis, paragraphe 1, et l'autre au paragraphe 1, sous b), de cette disposition – n'est à son tour pas dépourvue d'ambiguïté.

86. Il ne saurait donc être exclu que la future JB néglige certains des principes et dispositions du droit de l'Union mentionnés ci-dessus ou qu'elle n'en tienne pas suffisamment compte lors de la résolution de litiges entre particuliers en matière de brevets. Cette crainte n'est que renforcée par le fait que les dispositions du projet d'accord sur la formation des juges de la future JB<sup>63</sup> ne contiennent aucune référence au droit de l'Union.

87. C'est pourquoi il est indispensable que l'étendue de l'obligation de la JB d'appliquer le droit de l'Union soit clarifiée dans l'accord envisagé. À l'instar du Parlement, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux estiment qu'une telle clarification devra inclure l'obligation de se conformer à l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et non seulement l'obligation de suivre les

<sup>62</sup> – Une récente affaire de la Grande Chambre de recours de l'OEB (décision précitée à la note 49) concernait, pour l'essentiel, l'utilisation d'embryons et leur destruction. Cette problématique des embryons est également au cœur d'une affaire préjudicielle, introduite par le Bundesgerichtshof allemand, qui est actuellement pendante devant notre Cour (affaire C-34/10, *Brüstle*).

<sup>63</sup> – Article 14 du projet d'accord.

décisions préjudicielles rendues en vertu de l'article 48 de l'accord envisagé, suite à un renvoi préjudiciel émanant de la JB elle-même.

– L'absence de référence à la primauté du droit de l'Union

88. En second lieu, il importe de relever que les dispositions sur le droit applicable contenues à l'article 14 bis, paragraphe 1, du projet d'accord ne mentionnent pas la primauté du droit de l'Union.

89. Certes, le principe de la primauté du droit de l'Union n'est pas contenu dans une disposition spécifique des traités<sup>64</sup>. Toutefois, ce principe a de longue date été affirmé par la jurisprudence de la Cour<sup>65</sup>, et l'Union ne saurait conclure un accord susceptible de le mettre en péril.

90. Il convient de préciser que ce n'est pas la hiérarchie entre la «législation communautaire» et les accords internationaux, visés à l'article 14 bis, paragraphe 1, du projet d'accord<sup>66</sup> qui pose problème ici. En effet, le droit de l'Union reconnaît lui-même aux accords internationaux conclus par l'Union un rang supérieur par rapport aux autres actes des institutions de l'Union<sup>67</sup>.

91. La rédaction actuelle de l'article 14 bis, paragraphe 1, du projet d'accord appelle cependant les deux observations suivantes : premièrement, le rang du *droit primaire* de l'Union par rapport aux accords internationaux et à la «législation communautaire» n'est pas clairement établi ; deuxièmement, le rang du droit de l'Union par rapport à la *législation nationale* des États membres manque de clarté, les deux étant mentionnés sans distinction aucune à l'article 14 bis, paragraphe 1, sous b), du projet d'accord.

92. Vu l'importance que le droit de l'Union, notamment le droit primaire, peut revêtir dans les litiges entre particuliers en matière de brevets<sup>68</sup>, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux considèrent que son rang doit être établi sans équivoque dans le projet d'accord. La détermination de ce rang ne saurait être laissée à la libre appréciation de la future JB.

<sup>64</sup> – Il n'existe qu'une déclaration relative à la primauté (déclaration n° 17, annexée à l'acte final de la conférence intergouvernementale ayant adopté le traité de Lisbonne, JO 2007, C 306, p. 256).

<sup>65</sup> – La primauté du droit de l'Union a été reconnue dans une jurisprudence constante de la Cour depuis l'arrêt du 15 juillet 1964, Costa/ENEL (6/64, Rec. 1964 p. 1141) ; voir en dernier lieu l'arrêt du 22 juin 2010, Melki et Abdeli (C-188/10 et C-189/10, non encore publié au Recueil, point 52).

<sup>66</sup> – L'article 14 bis, paragraphe 1, du projet d'accord mentionne la «législation communautaire» ainsi que différents accords internationaux et conventions internationales auxquels l'Union européenne sera partie, une fois le nouveau système mis en place.

<sup>67</sup> – Cela peut être déduit de l'article 216, paragraphe 2, TFUE, selon lequel «[l]es accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres».

<sup>68</sup> – Voir les points 80 à 84 ci-dessus.

– Résumé

93. Au vu des considérations qui précèdent, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux considèrent que les garanties contenues dans le projet d'accord en vue d'assurer la pleine application et le respect de la primauté du droit de l'Union par la JB ne sont pas suffisantes. Étant donné que le droit de l'Union et la jurisprudence des juridictions de l'Union ne seront obligatoires pour la future JB que par le biais de l'accord envisagé, les dispositions de celui-ci doivent être dépourvues de toute ambiguïté quant à l'étendue de l'obligation de la JB de respecter le droit de l'Union. Tel n'est pas le cas en l'état actuel du projet d'accord.

ii) La compatibilité du mécanisme préjudiciel avec le système juridictionnel des traités

94. Dans un souci d'assurer l'interprétation et l'application uniformes du droit de l'Union dans les litiges relevant de la compétence de la JB, le projet d'accord établit, à son article 48, un mécanisme de renvoi préjudiciel qui prévoit la possibilité pour la JB de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de demandes préjudicielles.

95. Un tel mécanisme préjudiciel est un élément essentiel permettant à la Cour de justice de contribuer à une application correcte et uniforme du droit de l'Union.

96. Certains des États membres ayant participé à la présente procédure d'avis émettent toutefois des doutes quant à la compatibilité du mécanisme préjudiciel prévu à l'article 48 du projet d'accord avec le système juridictionnel des traités.

97. En premier lieu, plusieurs États membres font valoir que la procédure préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE n'est pas ouverte à des juridictions telles que la JB auxquelles participent des États tiers – y compris des juges en provenance d'États tiers – et qui siègent, du moins en partie, dans des États tiers.

98. Cette objection doit être écartée. Certes, d'après son libellé, l'article 267 TFUE n'envisage la saisine de la Cour de justice que par les juridictions nationales des États membres<sup>69</sup>. Or, cette disposition ne constituera pas la base juridique des demandes de décision préjudicielle que la future JB pourra adresser à la Cour de justice. Les renvois préjudiciels opérés par la JB trouveront leur fondement directement dans l'article 48 de l'accord envisagé. Les compétences préjudicielles de la Cour de justice seront donc élargies par les effets d'un accord

<sup>69</sup> – On notera néanmoins que notre jurisprudence reconnaît à une juridiction commune de plusieurs États membres, en l'occurrence la Cour de justice du Benelux, la faculté de formuler des demandes de décision préjudicielle au sens de l'article 267 TFUE (arrêt du 4 novembre 1997, Parfums Christian Dior, C-337/95, Rec. p. I-6013, points 20 à 27). Une affaire semblable, ayant pour objet un renvoi préjudiciel provenant d'une chambre de recours des écoles européennes, est actuellement pendante devant la grande chambre de la Cour (affaire C-196/09, Miles e.a.).

international et comprendront désormais une catégorie de demandes de décision préjudicielle non encore prévue par les traités.

99. À cet égard, il convient de relever que la création de telles procédures préjudicielles spéciales n'est pas inconnue en droit de l'Union ; on ne mentionnera ici que le protocole de Luxembourg<sup>70</sup> qui a élargi les compétences préjudicielles de la Cour de justice pour y inclure les affaires relatives à la convention de Bruxelles<sup>71</sup>.

100. Par ailleurs, il ne semble pas exclu qu'un accord international investisse la Cour de justice d'une compétence préjudicielle aux fins de l'application du droit de l'Union dans des États tiers. En effet, la Cour a déjà décidé qu'elle pouvait être saisie de questions préjudicielles émanant de juridictions autres que celles des États membres, sous réserve que les réponses qu'elle y apporte aient un caractère contraignant pour les juridictions de renvoi<sup>72</sup>. Tel est le cas en l'espèce, étant donné que les décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice de l'Union européenne seront contraignantes pour la JB-TPI et la JB-CA<sup>73</sup>. Bien entendu, il convient de veiller, en outre, à ce que les décisions préjudicielles de la Cour soient appliquées dans leur contexte juridique et institutionnel tel qu'il est défini par l'ensemble du droit de l'Union ; c'est pourquoi il est indispensable d'obliger la JB au respect de l'ensemble du droit de l'Union (voir les points 78 à 93 de la présente prise de position).

101. En second lieu, le Luxembourg considère que le mécanisme préjudiciel prévu à l'article 48 de l'accord envisagé est incompatible avec l'article 262 TFUE.

102. Cette objection n'emporte pas non plus la conviction. Certes, l'article 262 TFUE préconise un système dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne pourrait être saisie de recours directs dans le domaine des titres européens de propriété intellectuelle, tels que le brevet communautaire. Or, comme nous l'avons exposé<sup>74</sup>, l'application de l'article 262 TFUE ne constitue qu'une faculté pour le Conseil. Ladite disposition n'interdit pas au Conseil de privilégier d'autres voies consistant en la création d'un système juridictionnel unifié qui permet une

<sup>70</sup> – Protocole concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signé à Luxembourg le 3 juin 1971 (JO 1975, L 204, p. 28).

<sup>71</sup> – Il convient d'admettre, cependant, qu'une telle solution n'a pas été retenue pour ce qui concerne la convention de Lugano à laquelle participent non seulement des États membres de l'Union européenne mais également des États tiers.

<sup>72</sup> – Avis 1/00 (précité à la note 53, point 33) ; voir également l'avis 1/91 (précité à la note 36, points 59 et 61 à 65).

<sup>73</sup> – Voir l'article 48, paragraphe 2, du projet d'accord.

<sup>74</sup> – Voir points 65 à 66 ci-dessus.

saisine «indirecte» de la Cour de justice, par le biais d'un mécanisme préjudiciel spécial.

103. Partant, le mécanisme préjudiciel prévu à l'article 48 du projet d'accord ne se heurte pas à des objections de principe quant à sa compatibilité avec le système juridictionnel des traités.

iii) Les remèdes en cas de violation du droit de l'Union par la JB

104. Certains États membres ayant participé à la procédure d'avis estiment toutefois que le projet d'accord ne prévoit pas de remèdes suffisants pour le cas où la JB violerait son obligation de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel ou, plus généralement, son obligation de respecter le droit de l'Union. Le Parlement a également émis des doutes à cet égard.

105. M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux partagent ce point de vue.

106. Bien que la JB-CA soit tenue d'interroger la Cour de justice à titre préjudiciel quand une question d'interprétation ou de validité de droit de l'Union est soulevée devant elle <sup>75</sup>, aucun mécanisme ne garantit le respect par la JB-CA de son obligation de renvoi et, plus largement, le respect par cette juridiction du droit de l'Union en tant que tel.

107. À cet égard, la situation dans laquelle se trouvera la future JB se distingue nettement de celle des juridictions nationales des États membres de l'Union.

108. En effet, lorsqu'une juridiction nationale viole l'obligation de renvoi pesant sur elle en vertu de l'article 267 TFUE, le droit de l'Union prévoit principalement deux moyens susceptibles de remédier à cette situation. D'une part, un recours en manquement peut être intenté contre l'État membre concerné <sup>76</sup>. D'autre part, la responsabilité extracontractuelle dudit État membre peut être engagée <sup>77</sup>. En revanche, la future JB ne fera pas l'objet de recours en manquement en vertu du système de l'Union européenne ni ne sera soumise à une quelconque responsabilité extracontractuelle selon le droit de l'Union.

109. Contrairement à ce que soutient la Commission, l'éventuelle dénonciation de l'accord instituant la JB en cas de violation grave et manifeste du droit de l'Union par cette juridiction internationale ne saurait constituer un remède efficace. La dénonciation d'un accord international est une mesure particulièrement lourde et grave de conséquences, surtout lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'un accord relatif à la protection juridique des droits de propriété

<sup>75</sup> – Article 48, paragraphe 1, du projet d'accord.

<sup>76</sup> – Articles 258 TFUE à 260 TFUE.

<sup>77</sup> – Arrêts du 30 septembre 2003, Köbler (C-224/01, Rec. p. I-10239), et du 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, Rec. p. I-5177).

intellectuelle des particuliers. De l'avis de M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux, il est peu réaliste de considérer qu'une telle mesure puisse véritablement être envisagée afin de remédier aux éventuels manquements de la JB dans des cas individuels ; la dénonciation semblerait tout à fait disproportionnée par rapport au but recherché qui ne serait pas de mettre fin au système juridictionnel unifié en matière de brevets mais, bien au contraire, d'en assurer le bon fonctionnement.

110. Il serait tout aussi peu réaliste de supposer, à l'instar de la Commission, que des particuliers intentent des recours contre l'ensemble des parties contractantes de l'accord envisagé afin d'engager leur responsabilité extracontractuelle collective pour d'éventuelles violations du droit de l'Union commises par la JB. On voit mal devant quelle juridiction et en vertu de quel droit de tels recours collectifs en dommages-intérêts devraient être engagés, et moins encore quelles en seraient les chances de succès.

111. Le même scepticisme s'impose par ailleurs face au remède mis en avant par les Pays-Bas : ce remède consisterait à refuser l'exécution des décisions de la JB dans les États membres de l'Union européenne en cas de non-respect du droit de l'Union par la JB. À cet égard, il suffit de rappeler que le juge national saisi d'une demande d'exécution n'est pas normalement appelé à vérifier l'exactitude matérielle de la décision de justice en question. Ce juge pourrait tout au plus refuser l'exécution d'une décision de la JB si celle-ci était manifestement contraire à l'ordre public, ce qui pourra difficilement être établi dans tous les cas de violation du droit de l'Union par la JB.

112. Dans ces conditions, l'introduction d'autres voies de droit pour pallier l'éventuelle violation du droit de l'Union et de l'obligation de renvoi par la JB est indispensable.

113. Comme il a été souligné notamment par la France, un choix de différentes options serait disponible afin de garantir la correcte et uniforme application du droit de l'Union dans les litiges relevant de la compétence de la future JB. Ainsi, on pourrait songer à soumettre les décisions de la JB-CA au contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, en application de l'article 262 TFUE. Ce contrôle pourrait être exercé de différentes manières : par un pourvoi en cassation (ouvert aux parties au litige devant la JB-CA), par un pourvoi dans l'intérêt de la loi (ouvert à la Commission et/ou aux États membres et/ou à l'OEB, à l'instar de l'ancien article 68, paragraphe 3, CE) ou encore par un mécanisme de réexamen (à l'instar de ce qui est prévu à l'article 256, paragraphes 2 et 3, TFUE).

114. Contrairement à ce que soutient la Commission, l'introduction de tels mécanismes supplémentaires (pourvoi en cassation, pourvoi dans l'intérêt de la loi ou procédure de réexamen) n'aboutirait pas à une dénaturation du rôle de la Cour de justice de l'Union européenne. Certes, la Cour de justice pourrait alors être appelée à intervenir de deux façons différentes dans un même litige pendant devant la JB : d'une part à titre préjudiciel, c'est-à-dire en vertu d'une procédure

de coopération, et d'autre part suite à un pourvoi ou à une demande de réexamen. Cependant, les deux types d'intervention ne s'appliqueraient pas simultanément et ne se mélangeraient pas. Ils ne soulèveraient pas forcément les mêmes points de droit. Qui plus est, la procédure préjudicielle resterait la règle, alors que la procédure de pourvoi ou de réexamen serait l'exception ; celle-ci ne se réaliserait qu'en cas de violation du droit de l'Union par la JB ou bien suite au refus de la part de la JB d'opérer un renvoi préjudiciel ou de se conformer à la décision préjudicielle de la Cour de justice.

115. En vertu du principe de l'équilibre institutionnel, il n'incombe certainement pas à la Cour d'indiquer laquelle de ces différentes options constituerait le remède le plus adéquat. Cela relève de la compétence des instances politiques de l'Union. Il suffit de constater, aux fins de la présente procédure d'avis, que le projet d'accord tel qu'il a été soumis à la Cour n'est pas en mesure de garantir la correcte et uniforme application du droit de l'Union dans les litiges relevant de la compétence de la future JB, puisqu'il se borne à mettre en place un mécanisme préjudiciel sans prévoir des remèdes efficaces en cas de violation, par la JB, de son obligation de renvoi ou du droit de l'Union en général. Les remèdes disponibles en cas de violation du droit de l'Union par la JB et en cas de non-respect de son obligation d'opérer un renvoi préjudiciel en vertu de l'article 48 du projet d'accord ne sont donc pas suffisants.

c) Le régime linguistique devant la JB

116. S'agissant, enfin, du régime linguistique devant la JB, celui-ci mérite d'être analysé du point de vue des droits de la défense dont le respect est un principe fondamental du droit de l'Union<sup>78</sup>. En effet, les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels des traités, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes de l'Union doivent respecter les droits fondamentaux<sup>79</sup>.

117. Comme il a été souligné notamment par l'Espagne, il n'est pas exclu qu'une entreprise soit citée en justice, devant une division locale ou régionale de la JB, dans une langue autre que la langue officielle de son pays d'origine. Cet aspect a également été débattu lors de l'audition devant la Cour.

118. Il convient de relever, à cet égard, que le régime linguistique devant la JB-TPI dépend du lieu où se situe la division locale ou régionale en question.

<sup>78</sup> – Arrêt du 2 octobre 2003, *Corus UK/Commission* (C-199/99 P, Rec. p. I-11177, point 19). Ce principe du respect des droits de la défense est également reflété aux articles 47, deuxième alinéa, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne («droit à ce que sa cause soit entendue équitablement»), ainsi qu'à l'article 48, paragraphe 2, de ladite Charte.

<sup>79</sup> – Voir en ce sens l'arrêt *Kadi e.a./Conseil e.a.* (précité à la note 51, point 285).

119. Lorsqu'un litige est porté devant la division locale de la JB-TPI établie dans le pays d'origine du défendeur ou devant la division régionale à laquelle son pays d'origine adhère, la langue de procédure est soit «la ou les langues officielles» de son pays d'origine, soit une langue au choix de laquelle son pays d'origine a donné son consentement<sup>80</sup>. Dans un tel cas de figure, aucune violation des droits de la défense du défendeur n'est à craindre. En effet, le régime linguistique qui sera applicable au défendeur aura été déterminé par son pays d'origine, comme c'est le cas, en règle générale, dans tous les litiges portés devant les tribunaux nationaux de ce pays.

120. En revanche, quand une action est introduite devant la division locale ou régionale de la JB-TPI où une contrefaçon ou la menace d'une contrefaçon s'est produite ou est susceptible de se produire, le régime linguistique dépend du pays ou des pays où est établie la division de la JB-TPI en question<sup>81</sup>. Dans ce cas, il se peut donc qu'une entreprise soit assignée devant une division de la JB-TPI située en dehors de son pays ou de sa région d'origine et, par conséquent, dans une langue autre que celle à laquelle l'entreprise est habituée. Or, une telle situation ne se produira que lorsque l'entreprise en question aura exercé des activités commerciales à l'étranger. Il peut donc paraître légitime qu'elle doive alors subir le risque d'être citée en justice dans le pays ou la région où elle a fait du commerce, et ce dans la langue qui est d'application dans ce pays ou cette région.

121. La situation est cependant nettement plus délicate lorsque le pays où une entreprise doit être assignée ne participe à aucune division locale ou régionale de la JB-TPI. Dans un tel cas, le litige sera porté devant la division centrale de la JB-TPI, et la langue de procédure sera celle du brevet<sup>82</sup>, à savoir l'allemand, l'anglais ou le français<sup>83</sup>. Il s'ensuit qu'une entreprise pourra être citée en justice dans une langue au choix de laquelle n'aura participé ni son pays d'origine ni le pays où elle exerce ses activités commerciales. En l'absence de toute disposition dans le projet d'accord permettant à la division centrale de déroger à la règle de la langue du brevet<sup>84</sup> ou permettant au défendeur d'obtenir des traductions des pièces de

<sup>80</sup> – Article 29, paragraphes 1 et 2, et article 15 bis, premier alinéa, sous b), du projet d'accord. Ajoutons que la Commission vient de proposer un régime de traduction pour le futur brevet communautaire selon lequel il pourra être exigé du titulaire d'un brevet communautaire qu'il produise une copie de ce brevet traduit dans la langue d'un contrefacteur présumé ou dans la langue de la procédure juridictionnelle lorsqu'elle n'est pas celle dans laquelle le brevet a été délivré (voir article 4 de la proposition et communiqué de presse IP/10/870 du 1<sup>er</sup> juillet 2010).

<sup>81</sup> – Article 29, paragraphes 1 et 2, et article 15 bis, premier alinéa, sous a), du projet d'accord. Sur le régime de traduction applicable au brevet en cause, voir note 80 ci-dessus.

<sup>82</sup> – Article 29, paragraphe 5, et article 15 bis, troisième alinéa, du projet d'accord.

<sup>83</sup> – Voir les articles 14 et 70 de la CBE.

<sup>84</sup> – La possibilité de dérogation prévue à l'article 29, paragraphe 4, du projet d'accord ne s'applique qu'aux divisions locales et régionales de la JB-TPI.

procédure<sup>85</sup>, ce régime linguistique paraît inacceptable au regard du respect des droits de la défense<sup>86</sup>.

122. Dans ces limites, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux considèrent que le régime linguistique applicable devant la division centrale de la JB est susceptible de porter atteinte aux droits de la défense.

### 3. Conclusion

123. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux estiment que l'accord envisagé est, en son état actuel, incompatible avec les traités. Les raisons de cette incompatibilité peuvent être résumées comme suit :

- Les garanties contenues dans le projet d'accord en vue d'assurer la pleine application et le respect de la primauté du droit de l'Union par la JB sont insuffisantes (voir points 78 à 93 de la présente prise de position).
- Les remèdes disponibles en cas de violation du droit de l'Union par la JB et en cas de non-respect de son obligation d'opérer un renvoi préjudiciel en vertu de l'article 48, paragraphe 1, du projet d'accord sont insuffisants (voir points 104 à 115 de la présente prise de position).
- Le régime linguistique devant la division centrale de la JB est susceptible de porter atteinte aux droits de la défense (voir points 121 et 122 de la présente prise de position).
- Le projet d'accord, lu à la lumière de l'ensemble des mesures envisagées en matière de brevets, ne répond pas au besoin d'assurer un contrôle juridictionnel effectif ainsi qu'une application correcte et uniforme du droit de l'Union dans le contentieux administratif relatif à la délivrance des brevets communautaires (voir points 68 à 75 de la présente prise de position).

<sup>85</sup> – Bien au contraire, l'article 31, paragraphe 1, du projet d'accord permet à toute division de la JB-TPI et à la JB-CA d'«ignorer», «dans la mesure jugée appropriée», les exigences en matière de traduction. Qui plus est, l'interprétation lors des audiences devant la JB ne sera assurée que «dans la mesure jugée appropriée» (article 31, paragraphe 2, du projet d'accord).

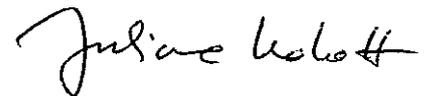
<sup>86</sup> – S'il n'existe, certes, aucun principe général assurant à chaque citoyen le droit à ce que tout ce qui serait susceptible d'affecter ses intérêts soit rédigé dans sa langue en toutes circonstances (arrêt du 9 septembre 2003, Kik/OHMI, C-361/01 P, Rec. p. I-8283, point 82), on ne saurait créer des obligations pour le citoyen ou lui opposer des documents contre lesquels il ne sait pas se défendre, faute d'en comprendre le contenu (voir en ce sens, en relation avec la publication d'une réglementation communautaire, l'arrêt du 11 décembre 2007, Skoma-Lux, C-161/06, Rec. p. I-10841).

**VI – Proposition de réponse à la demande d’avis**

124. Pour les raisons exposées ci-dessus, M<sup>mes</sup> et MM. les avocats généraux proposent à la Cour de répondre comme suit à la demande d’avis formée par le Conseil de l’Union européenne :

«En son état actuel, l’accord envisagé créant un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets est incompatible avec les traités.»

Pour les avocats généraux,



Juliane Kokott  
Avocat général