

# JUGE ET LOI DU BREVET EUROPÉEN À EFFET UNITAIRE

par Pierre VÉRON

*Avocat à la cour, président d'honneur de l'EPLAW  
(European Patent Lawyers Association)<sup>1</sup>*

Quel plaisir de participer à la célébration de la carrière de Michel Vivant! Et comment mieux le faire, aujourd'hui, qu'en paraphrasant le titre « Juge et loi du brevet : approche du droit de brevet » de la thèse<sup>2</sup> qui l'a imposé d'emblée, dès 1977, au firmament du droit international privé des brevets d'invention et dont les développements lumineux sont toujours d'actualité?

Ce sera pour traiter du brevet européen à effet unitaire, terrain qu'il domine avec autorité comme le montre l'analyse approfondie, au titre déterminé, « Le brevet unitaire, une complexité pas si complexe », qu'il lui a consacrée dès 2014<sup>3</sup>.

Ce n'est donc pas sans complexe que l'on s'aventurera sur ce terrain!

Le propos est de présenter le juge et la loi du brevet européen à effet unitaire (c'est la dénomination convenable de ce que la pratique appelle couramment, par brièveté, le « brevet unitaire »), ce titre de propriété industrielle nouveau, et encore en gestation, issu des règlements (EU) n°s 1257/2012 et 1260/2012 du 17 décembre 2012 sur le brevet

---

1. Membre du groupe d'experts et du comité de rédaction du règlement de procédure du Comité préparatoire de la juridiction unifiée du brevet.

2. *Juge et loi du brevet : approche du droit de brevet*, collection du CEIPI, vol. 20, ISSN 0154-6260, Librairies techniques, 1977, 436 pages, ISBN 2711100901, 9782711100903.

3. M. Vivant, « Le brevet unitaire, une complexité pas si complexe », *Cab. dr. entr.* mars 2014, n° 2.

européen à effet unitaire<sup>4</sup>, dont l'essentiel du contentieux est organisé par l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet du 19 février 2013 (l'« Accord JUB »)<sup>5</sup>.

Chacun s'accorde à reconnaître que l'entrée en vigueur de ce « paquet brevet » serait l'évènement le plus important dans l'Europe des brevets d'invention depuis celle, en 1978, de la convention sur le brevet européen.

Mais, au moment où ces lignes sont écrites (janvier 2020), la plus grande incertitude règne sur le destin du futur brevet européen à effet unitaire.

Certes, les règlements (EU) n°s 1257/2012 et 1260/2012 du 17 décembre 2012 sur le brevet européen à effet unitaire sont maintenant gravés dans le marbre du droit de l'Union européenne depuis bientôt sept ans et les recours formés contre eux par l'Espagne devant la Cour de justice de l'Union européenne ont été rejetés<sup>6</sup>.

Mais, parce que le juge de ce nouveau brevet sera lui-même un nouveau juge, institué par l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet du 19 février 2013, ces règlements n'entreront en vigueur qu'en même temps que cet Accord (article 18 du règlement n° 1257/2012).

Or l'accord JUB, accord international entre vingt-cinq États membres de l'Union européenne, ne pourra entrer en vigueur, aux termes de son article 89, que lorsqu'il aura été ratifié par la majorité des États membres signataires (soit treize ratifications), parmi lesquels doivent obligatoirement figurer l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni<sup>7</sup>, parce qu'ils sont les trois États européens dont les ressortissants déposent le plus grand nombre de brevets européens.

Bonne élève, la France a ratifié parmi les premiers l'accord JUB, le 14 mars 2014.

4. Règlement (UE) n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 déc. 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, *JO L.* 361 du 31 déc. 2012, p. 1-8; règlement (UE) n° 1260/2012 du Conseil du 17 déc. 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, *JO L.* 361 du 31 déc. 2012, p. 89-92.

5. Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, *JO C.* 175 du 20 juin 2013, p. 1-40.

6. Arrêts du 5 mai 2015 dans les affaires C-146/13, *Espagne c/ Parlement et Conseil* et C-147/13, *Espagne c/ Conseil*.

7. « Article 89 — Entrée en vigueur

1. Le présent accord entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 ou le premier jour du quatrième mois suivant celui du dépôt du treizième instrument de ratification ou d'adhésion conformément à l'article 84, y compris par les trois États membres dans lesquels le plus grand nombre de brevets européens produisaient leurs effets au cours de l'année précédant celle lors de laquelle la signature du présent accord a lieu, ou le premier jour du quatrième mois après la date d'entrée en vigueur des modifications du règlement (UE) n° 1215/2012 portant sur le lien entre ce dernier et le présent accord, la date la plus tardive étant retenue. »

Le Royaume-Uni l'a, lui aussi, ratifié, plus tardivement, mais dans un contexte particulièrement houleux, puisque cette ratification, opérée le 26 avril 2018, est intervenue après le référendum du 23 juin 2016 sur le Brexit par lequel le peuple britannique a décidé de quitter l'Union européenne, et même encore après la notification, le 29 mars 2017, par le gouvernement britannique de cette décision à l'Union européenne : parce qu'il s'agit d'une institution juridique et judiciaire intéressant essentiellement les milieux d'affaires, le parlement britannique a ratifié cet Accord alors même qu'il prévoit, dans les termes les plus clairs, la prééminence du droit de l'Union européenne et la suprématie judiciaire de la Cour de justice européenne, ces « juges de Bruxelles » abhorrés des *Brexiteers*.

Les observateurs les mieux informés supputaient que, si l'Allemagne tardait à ratifier l'accord JUB, ce n'était qu'attendre pour mieux sauter : les pouvoirs publics allemands, sachant que leur ratification déclencherait automatiquement le compte à rebours de l'entrée en vigueur de l'Accord, ne voulaient y procéder que lorsque toute la logistique nécessaire au succès de la nouvelle juridiction serait déployée.

C'était sans compter sur la forte résistance de certains milieux professionnels allemands qui redoutent que l'accord JUB aboutisse à créer un système juridictionnel des brevets d'invention dont l'attractivité pour les utilisateurs pourrait être supérieure à celle de leur système.

Résistance qui s'est traduite, en mars 2017, par un recours devant le *Bundesverfassungsgericht*, le tribunal constitutionnel fédéral allemand, contestant la conformité aux principes constitutionnels allemands du nouveau système.

Deux ans plus tard, ce recours n'est toujours pas purgé et seules des rumeurs permettent de penser qu'il le sera en 2020.

La mise en service de la Juridiction unifiée du brevet ne tenait plus, fin 2018, qu'à l'issue de ce recours.

Mais, depuis, le Brexit est entré dans une phase concrète et il paraît probable qu'il interviendra (avec ou sans accord de sortie) avant l'entrée en vigueur de l'accord JUB.

Se posera alors la question de savoir si l'accord JUB peut entrer en vigueur à un moment où le Royaume-Uni, l'un des trois États clés pour la ratification, ne fait plus partie de l'Union européenne.

Or cette question appelle, probablement, une réponse négative (à la différence de la question de savoir si, au cas où, dans un autre scénario, l'accord JUB serait entré en vigueur *avant* le Brexit, le Royaume-Uni pouvait rester membre de cet Accord, question délicate, mais qui, de l'avis de l'auteur de ces lignes, appelait indubitablement une réponse positive).

Il restera alors aux États membres de l'Union européenne qui ont promu la conclusion de cet Accord à décider du sort à lui réserver après que les Britanniques auront quitté le navire européen.

Si, comme le dit le sage, la prévision est un exercice difficile lorsqu'il concerne l'avenir, l'exercice est encore plus difficile lorsque l'avenir est peuplé d'incertitudes...

Le juriste ne peut, toutefois, être rebuté ni par l'incertitude ni par l'improbabilité et l'étude du juge et de la loi du brevet unitaire reste riche d'enseignements.

Au risque de plagier le dédicataire de ces lignes (un comble!), la présentation du juge du brevet européen à effet unitaire précédera celle de la loi applicable ce brevet.

Mais il est vrai que ce plan ne fait que suivre la démarche de l'internationaliste qui sait que le choix du juge peut conditionner la détermination de la loi applicable<sup>8</sup> : n'enseigne-t-on pas que, par rapport aux conflits de loi, les conflits de juridiction sont préalables, distincts et liés?

## I. – LE JUGE DU BREVET EUROPÉEN À EFFET UNITAIRE

On verra, dans un premier temps, que l'Accord du 19 février 2013 attribue une compétence exclusive à la Juridiction unifiée du brevet pour la plupart des actions concernant le brevet européen à effet unitaire.

Mais, dans un second temps, que cet accord maintient la compétence du juge national pour les actions qui ne relèvent pas de cette compétence exclusive.

### A. – *LA JURIDICTION UNIFIÉE DU BREVET, JUGE DU NOYAU DUR DU CONTENTIEUX DU BREVET EUROPÉEN À EFFET UNITAIRE*

La compétence de la JUB est définie par l'article 32 de l'accord JUB<sup>9</sup>.

Cet article énumère, dans son paragraphe 1, les neuf types d'actions pour lesquelles la JUB détient une compétence exclusive, avant d'énoncer,

---

8. Cette remarque est particulièrement topique en ce qui concerne la loi applicable, pendant la période transitoire de l'article 83 de l'accord JUB, aux litiges portés devant les juridictions nationales : on sait, en effet, que certains (notamment le comité préparatoire de la JUB lui-même dans une « note interprétative » [<https://www.unified-patent-court.org/news/interpretative-note—consequences-application-article-83-upca>]) plaident pour que ces litiges ne soient pas tranchés selon l'accord JUB, mais selon la loi nationale. Le débat, passionnant, excède les limites de cette contribution. Mais il illustre une situation dans laquelle la loi applicable pourrait être liée au juge appelé à trancher le litige.

9. « Article 32 — Compétence de la Juridiction

1. La Juridiction a une compétence exclusive pour :

a) les actions en contrefaçon ou en menace de contrefaçon de brevets et de certificats complémentaires de protection et les défenses y afférentes, y compris les demandes reconventionnelles concernant les licences ;

dans son paragraphe 2, que les juridictions nationales demeurent compétentes pour toutes les actions qui ne relèvent pas de cette compétence exclusive : autrement dit, la compétence de la JUB est exclusive ou n'est pas.

Les actions ainsi réservées à la JUB sont celles qui constituent le noyau dur du contentieux des brevets d'invention et d'abord, celles relatives à la validité et à la contrefaçon qu'il s'agisse des actions principales ou des actions plus ou moins annexes, comme les actions en déclaration de non-contrefaçon, les actions relatives aux mesures provisoires et conservatoires, etc.

La liste des actions réservées à la compétence de la JUB est limitative : il n'existe aucune disposition qui confère à cette juridiction une compétence par accessoire et pas même une disposition analogue à celle du droit procédural français selon laquelle le juge de l'action est juge de l'exception.

Ainsi, le praticien français pourra être surpris de ce que la JUB ne puisse pas connaître, à titre accessoire à une demande en contrefaçon, d'une demande en concurrence déloyale connexe, fondée, par exemple, sur la servilité de la copie du produit du demandeur couvert par le brevet.

De même, il pourra être soutenu que, si une exception est proposée à la JUB, cette juridiction ne pourra la trancher que si elle ressort de sa compétence exclusive :

– si le défendeur à l'action en contrefaçon excipe d'un droit fondé sur une utilisation de l'invention avant son dépôt par le demandeur, cette exception pourra être tranchée par la JUB ;

– mais, si le défendeur à l'action en contrefaçon excipe d'un droit de propriété ou de copropriété sur l'invention, cette exception ne pourra pas être tranchée par la JUB.

- 
- b) les actions en constatation de non-contrefaçon de brevets et de certificats complémentaires de protection ;
  - c) les actions visant à obtenir des mesures provisoires et conservatoires et des injonctions ;
  - d) les actions en nullité de brevets et de certificats complémentaires de protection ;
  - e) les demandes reconventionnelles en nullité de brevets et de certificats complémentaires de protection ;
  - f) les actions en dommages-intérêts ou en réparation découlant de la protection provisoire conférée par une demande de brevet européen publiée ;
  - g) les actions relatives à l'utilisation de l'invention avant la délivrance du brevet ou au droit fondé sur une utilisation antérieure de l'invention ;
  - h) les actions en réparation concernant les licences formées sur la base de l'article 8 du règlement (UE) n° 1257/2012 ; et
  - i) les actions concernant les décisions prises par l'Office européen des brevets dans l'exercice des tâches visées à l'article 9 du règlement (UE) n° 1257/2012.

2. Les juridictions nationales des États membres contractants demeurent compétentes pour les actions relatives aux brevets et aux certificats complémentaires de protection qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Juridiction. »

Aucune dérogation à la compétence de la JUB n'est possible en ce qui concerne le brevet européen à effet unitaire.

En effet, le régime transitoire de l'article 83 de l'accord JUB<sup>10</sup> ne s'applique pas aux brevets européens à effet unitaire : la période de sept années de compétence concurrente des juridictions nationales prévue au premier paragraphe de ce texte et la possibilité, prévue au second, pour le titulaire, de déroger à la compétence exclusive de la JUB (*opt-out*) n'existe que pour les brevets européens classiques : aucun *opt-out* n'est possible pour le brevet européen à effet unitaire.

Autour de ce noyau dur du contentieux du brevet européen à effet unitaire dévolu à la Juridiction unifiée du brevet, il ne reste qu'une place périphérique pour le juge national.

### B. — LE JUGE NATIONAL, JUGE DU CONTENTIEUX PÉRIPHÉRIQUE DU BREVET EUROPÉEN À EFFET UNITAIRE

La liste limitative du premier paragraphe de l'article 32 de l'accord JUB n'énumère pas toutes les actions en justice auxquelles un brevet européen à effet unitaire peut donner lieu.

Mais, selon la disposition du second paragraphe de cet article, toute action non comprise dans cette liste relève de la compétence des juridictions nationales :

« 2. Les juridictions nationales des États membres contractants demeurent compétentes pour les actions relatives aux brevets et aux certificats complémentaires de protection qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Juridiction. »

Parmi les actions les plus fréquentes en matière de brevets d'invention, celles qui n'entrent pas dans la compétence exclusive de la JUB sont, par exemple :

– les actions en revendication de propriété ou de copropriété d'un brevet européen à effet unitaire ;

---

10. « Article 83 — Régime transitoire

1. Pendant une période transitoire de sept ans à partir de la date d'entrée en vigueur du présent accord, une action en contrefaçon ou en nullité d'un brevet européen, ou une action en contrefaçon ou une demande en nullité d'un certificat complémentaire de protection délivré pour un produit protégé par un brevet européen, peut encore être engagée devant les juridictions nationales ou d'autres autorités nationales compétentes.

[...]

3. À moins qu'une action n'ait déjà été engagée devant la Juridiction, un titulaire ou un demandeur de brevet européen délivré ou demandé avant la fin de la période transitoire conformément au paragraphe 1 et, le cas échéant, au paragraphe 5, ainsi qu'un titulaire d'un certificat complémentaire de protection délivré pour un produit protégé par un brevet européen, a la possibilité de décider de déroger à la compétence exclusive de la Juridiction. À cet effet, il notifie sa décision au greffe au plus tard un mois avant l'expiration de la période transitoire. La dérogation prend effet au moment de son inscription au registre. »

– les actions relatives à l'attribution à l'employeur des inventions de salariés et celles relatives à la rémunération supplémentaire due aux salariés auteurs de certaines inventions ;

– les actions relatives au transfert de la propriété d'un brevet européen à effet unitaire ;

– les actions relatives au contrat de licence portant sur un tel brevet ;

– les actions relatives à une licence obligatoire sur un brevet européen à effet unitaire ;

– les actions ayant pour objet l'exécution forcée portant sur un brevet européen à effet unitaire (par exemple, lorsque le créancier du propriétaire d'un tel brevet souhaite recouvrer sa créance en faisant procéder à la vente forcée du brevet de son débiteur).

Toutes ces actions relèvent de la compétence du juge national.

Ayant ainsi dessiné le contour de la compétence respective de la Jurisdiction unifiée du brevet et du juge national, il faut désormais aborder la question de savoir quelle loi le juge compétent devra appliquer au litige dont il est saisi.

## II. – LA LOI APPLICABLE AU BREVET EUROPÉEN À EFFET UNITAIRE

Un hommage rendu à un disciple du regretté Jean-Marc Mousseron ne saurait distinguer autrement qu'entre la loi applicable à l'obtention du brevet européen à effet unitaire et celle applicable à l'exercice des droits sur ce brevet.

### *A. – LA LOI APPLICABLE À L'OBTENTION DU BREVET EUROPÉEN À EFFET UNITAIRE*

On examinera, sous ce titre, la loi applicable au droit d'obtenir le brevet européen à effet unitaire, puis la loi applicable à la validité du brevet européen à effet unitaire.

#### **1° Loi applicable au droit d'obtenir le brevet européen à effet unitaire**

Comme tout titre de propriété industrielle, le brevet européen à effet unitaire peut être considéré comme un titre générateur de droits (on envisage alors les droits exclusifs qu'il confère à son titulaire) ou comme un objet de propriété, susceptible, comme tout meuble incorporel d'être approprié

puis transféré par contrat (on envisage alors les droits du titulaire sur ce bien meuble incorporel).

La notion de brevet « comme objet de propriété » est ainsi employée par l'article 74 de la convention sur le brevet européen<sup>11</sup>, au sujet du statut de la demande de brevet européen.

Le règlement (EU) n° 1257/2012 sur le brevet européen à effet unitaire ne régit pas lui-même, par des dispositions autonomes, le sort du brevet européen à effet unitaire en tant qu'objet de propriété.

L'article 7 de ce règlement<sup>12</sup> renvoie, en effet, sur ce point, à un droit national déterminé par un dispositif élaboré que l'on peut résumer comme suit :

- si le demandeur du brevet européen à effet unitaire est une seule personne ayant son siège ou son principal établissement dans un État membre participant, le droit de cet État est applicable au brevet européen à effet unitaire comme objet de propriété; par exemple, si le demandeur unique est établi aux Pays-Bas, ce sera le droit néerlandais;
- si le demandeur du brevet européen à effet unitaire est une seule personne n'ayant ni son siège ni son principal établissement dans un État membre participant, le droit applicable au brevet européen à effet unitaire

---

11. Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen) du 5 octobre 1973 :

« Article 74 Droit applicable — Sauf si la présente convention en dispose autrement, la demande de brevet européen comme objet de propriété est soumise, dans chaque État contractant désigné et avec effet dans cet État, à la législation applicable dans ledit État aux demandes de brevet national. »

12. « Article 7 — Assimilation d'un brevet européen à effet unitaire à un brevet national

1. En tant qu'objet de propriété, le brevet européen à effet unitaire est assimilé dans son intégralité et dans tous les États membres participants à un brevet national de l'État membre participant dans lequel ce brevet a un effet unitaire et où, conformément au registre européen des brevets :

a) le demandeur avait son domicile ou son principal établissement à la date du dépôt de la demande de brevet européen; ou

b) lorsque le point a) ne s'applique pas, le demandeur avait un établissement à la date du dépôt de la demande de brevet européen.

2. Si plusieurs personnes sont inscrites au registre européen des brevets en tant que codemandeurs, le paragraphe 1, point a), s'applique au premier codemandeur inscrit. À défaut, le paragraphe 1, point a), s'applique au codemandeur suivant, dans l'ordre d'inscription. Lorsque le paragraphe 1, point a), ne s'applique à aucun des codemandeurs, le paragraphe 1, point b), s'applique en conséquence.

3. Si aucun demandeur n'est domicilié, n'a son principal établissement, ou n'a d'établissement dans un État membre participant dans lequel le brevet a un effet unitaire aux fins du paragraphe 1 ou 2, le brevet européen à effet unitaire comme objet de propriété est assimilé, dans son intégralité et dans tous les États membres participants, à un brevet national de l'État dans lequel l'Organisation européenne des brevets a son siège, conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la CBE.

4. L'acquisition d'un droit ne peut pas dépendre d'une inscription à un registre national des brevets. »

comme objet de propriété est le droit de l'État dans lequel l'Organisation européenne des brevets a son siège, conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la CBE, soit, actuellement, le droit allemand ; par exemple, si le demandeur unique est établi aux États-Unis, ce sera le droit allemand ;

– si plusieurs personnes sont codemandeurs du brevet européen à effet unitaire, le droit applicable au brevet européen à effet unitaire comme objet de propriété est le droit de l'État membre participant dans lequel le premier demandeur (dans l'ordre d'inscription au registre européen des brevets) a son principal établissement ou son domicile dans un État membre participant ; par exemple, si la demande de brevet mentionne, dans l'ordre, des demandeurs établis (i) en Chine, (ii) en Suède, (iii) en France, ce sera le droit suédois ;

– si aucun demandeur n'est domicilié, n'a son principal établissement, ou n'a d'établissement dans un État membre participant, le droit applicable au brevet européen à effet unitaire comme objet de propriété est le droit de l'État dans lequel l'Organisation européenne des brevets a son siège, conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la CBE, soit, actuellement, le droit allemand ; par exemple, si la demande de brevet mentionne, dans l'ordre, des demandeurs établis (i) aux États-Unis, (ii) au Japon, (iii) en Corée, ce sera le droit allemand.

Ce dispositif appelle deux remarques.

La première est que l'ordre dans lequel les demandeurs à un brevet d'invention sont inscrits sur la demande de brevet ou dans un registre public pourra avoir (sans doute pour la première fois dans l'histoire du droit des brevets d'invention) une incidence sur la loi applicable à ce brevet.

La seconde est qu'il faut bien se garder de considérer, comme l'ont fait hâtivement certains, que le brevet européen à effet unitaire déposé par des non-Européens (soit la majorité de ces brevets, puisque les ressortissants des pays d'Europe ne déposent que moins de la moitié des demandes reçues à l'OEB) sera régi par le droit allemand : encore une fois, la disposition de l'article 7 du règlement (EU) n° 1257/2012 sur le brevet européen à effet unitaire actuellement analysée ne concerne, en vérité, que le droit applicable au brevet considéré comme objet de propriété ; elle ne concerne ni la loi applicable à la validité de ce brevet (à l'évidence), ni les droits qu'il confère à son titulaire (c'est moins apparent, mais tout aussi certain).

C'est ce qui va être vu maintenant.

## 2° Loi applicable à la validité du brevet européen à effet unitaire

La validité du brevet européen à effet unitaire est régie par la convention sur le brevet européen.

En effet, le brevet européen à effet unitaire est, d'abord et avant tout, un brevet européen.

C'est un brevet européen « unitaire », tel que défini par l'article 142 de la Convention sur le brevet européen<sup>13</sup>, auquel se réfère l'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 1257/2012<sup>14</sup>.

Sa seule particularité réside dans l'effet territorial unitaire et uniforme que les États membres participants ont décidé de lui donner.

Mais, pour toutes les autres questions, et notamment la validité, il ne se distingue en rien d'un brevet européen ordinaire.

C'est donc une absence totale d'originalité qu'il faut noter sur ce point.

La situation est bien différente pour ce qui est de l'exercice des droits conférés par le brevet européen à effet unitaire.

### *B. — LA LOI APPLICABLE À L'EXERCICE DES DROITS CONFÉRÉS PAR LE BREVET EUROPÉEN À EFFET UNITAIRE*

Il faut distinguer, ici, la loi applicable aux droits conférés par le brevet européen à effet unitaire et aux limites de ces droits, qui est entièrement nouvelle, de la loi applicable aux contrats concernant le brevet européen à effet unitaire, pour lequel le nouveau dispositif n'apporte guère de changement.

#### **1° Loi applicable aux droits conférés par le brevet européen à effet unitaire et aux limites de ces droits**

Le moins que l'on puisse dire du dispositif mis en œuvre par l'article 5 du règlement (EU) n° 1257/2012 sur le brevet européen à effet unitaire<sup>15</sup> pour

13. Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen) du 5 octobre 1973 : Article 142 Brevet unitaire — Art. 2 (1) « Tout groupe d'États contractants qui, dans un accord particulier, a disposé que les brevets européens délivrés pour ces États auront un caractère unitaire sur l'ensemble de leurs territoires, peut prévoir que les brevets européens ne pourront être délivrés que conjointement pour tous ces États. »

14. « Article premier — Objet

1. Le présent règlement met en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet autorisée par la décision 2011/167/UE.

2. Le présent règlement constitue un accord particulier au sens de l'article 142 de la convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973, telle que modifiée le 17 décembre 1991 et le 29 novembre 2000 (ci-après abrégée "CBE"). »

15. « Article 5 — Protection uniforme

1. Le brevet européen à effet unitaire confère à son titulaire le droit d'empêcher tout tiers de commettre des actes contre lesquels ce brevet assure une protection sur l'ensemble du territoire des États membres participants dans lesquels il a un effet unitaire, sous réserve des limitations applicables.

2. La portée de ce droit et ses limitations sont uniformes dans tous les États membres participants dans lesquels le brevet a un effet unitaire.

déterminer la loi applicable aux droits conférés par le brevet européen à effet unitaire et aux limites de ces droits est qu'il est original.

Cet article énonce, tout d'abord, que « Le brevet européen à effet unitaire confère à son titulaire le droit d'empêcher tout tiers de commettre des actes contre lesquels ce brevet assure une protection sur l'ensemble du territoire des États membres participants dans lesquels il a un effet unitaire ».

Il dispose, ensuite, que « La portée de ce droit et ses limitations sont uniformes dans tous les États membres participants dans lesquels le brevet a un effet unitaire ».

Mais, après ce double tribut à l'unité et à l'uniformité, il semble, pour terminer, endosser un habit d'Arlequin en renvoyant aux droits nationaux par une disposition qui a fait couler beaucoup d'encre :

« 3. Les actes contre lesquels le brevet assure une protection, visés au paragraphe 1 et les limitations applicables sont ceux définis dans la loi applicable aux brevets européens à effet unitaire dans l'État membre participant dont le droit national s'applique au brevet européen à effet unitaire en tant qu'objet de propriété conformément à l'article 7. »

Le lecteur inattentif pourrait croire que l'unité et l'uniformité n'étaient que des mots et que, en fait, l'étendue des droits conférés par le brevet européen à effet unitaire va être déterminée par les droits nationaux des États dans lesquels il s'applique.

Autrement dit, que la protection d'un brevet européen à effet unitaire déposé par une entreprise française sera déterminée par le droit français et que la protection d'un brevet européen à effet unitaire déposé par une entreprise américaine sera déterminée par le droit allemand.

C'est à la fois vrai et faux.

C'est vrai, parce que le règlement renvoie bien au droit national de « l'État membre participant dont le droit national s'applique au brevet européen à effet unitaire en tant qu'objet de propriété conformément à l'article 7 ».

Mais c'est faux, parce que le texte est un trompe-l'œil, car les droits nationaux définissant les actes contre lesquels le brevet assure une protection et les limitations applicables sont exactement identiques : le contenu de ces droits nationaux, pour le brevet européen à effet unitaire, est l'accord JUB, plus précisément les dispositions de droit matériel de l'accord JUB qui définissent les droits conférés par le brevet et leurs limites :

- article 25 : droit d'empêcher l'exploitation directe de l'invention ;
- article 26 : droit d'empêcher l'exploitation indirecte de l'invention ;

---

3. Les actes contre lesquels le brevet assure une protection visés au paragraphe 1 et les limitations applicables sont ceux définis dans la loi applicable aux brevets européens à effet unitaire dans l'État membre participant dont le droit national s'applique au brevet européen à effet unitaire en tant qu'objet de propriété conformément à l'article 7. »

- article 27 : limitations des effets d'un brevet ;
- article 28 : droit fondé sur une utilisation antérieure de l'invention ;
- article 29 : épuisement des droits conférés par un brevet européen.

Autrement dit le règlement prévoit l'application des droits nationaux, mais le contenu de ces droits nationaux est constitué par l'accord JUB, de sorte que, au bout du compte, le règlement prescrit l'application de l'accord JUB pour déterminer la teneur des droits conférés par le brevet européen à effet unitaire.

Pourquoi avoir fait si compliqué alors que l'étendue des droits conférés par le brevet européen à effet unitaire pouvait être inscrite dans le règlement sur le brevet européen à effet unitaire ?

Pourquoi avoir écrit un texte du droit de l'Union européenne (le règlement) pour créer un titre de propriété industrielle couvrant la plus grande partie de l'Union européenne et avoir, par une contorsion juridique peu commune, renvoyé, pour ses effets à un accord international (l'accord JUB) dont le titre dit qu'il est destiné à instituer une nouvelle juridiction, mais dont le contenu le plus important est un corps de dispositions de droit matériel relatif à l'étendue de la protection conférée par le brevet ?

La réponse est simple : la définition des droits conférés par le brevet européen à effet unitaire a été placée dans l'accord JUB pour éviter la compétence de la Cour de justice européenne sur les questions de contrefaçon.

En effet, si la définition des droits conférés par le brevet européen à effet unitaire avait été placée dans le règlement sur le brevet européen à effet unitaire, cette définition aurait été un élément du droit de l'Union européenne, soumis, comme tel, à la juridiction finale de la Cour de justice européenne.

Ainsi, par exemple, la question de la contrefaçon par équivalence serait devenue une question de droit de l'Union européenne, sur laquelle la Cour de justice européenne aurait pu avoir le dernier mot.

Pareil rôle donné aux « juges de Bruxelles » était cependant insupportable au moins à un État participant à la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet et signataire de l'accord JUB.

Et cette méfiance vis-à-vis de juges de la plus grande autorité morale et de la plus grande compétence juridique, mais dont l'expérience en matière de brevets d'invention n'est pas un prérequis pour la nomination, était partagée par de nombreux représentants des milieux intéressés.

C'est pour satisfaire à leurs vœux que, dans une opération qualifiée par certains, à l'occasion des débats au Parlement européen, de « *horse trading* » (maquignonnage), la définition des droits conférés par le brevet européen

à effet unitaire, qui aurait dû se trouver dans le règlement sur le brevet européen à effet unitaire, a été placée dans l'accord JUB auquel le règlement renvoie de fait (mais sans le nommer).

La méthode est curieuse.

Mais le résultat est indubitable : au bout du compte, les droits conférés par le brevet européen à effet unitaire et leurs limites de ces droits sont déterminés par les dispositions de droit matériel de l'accord JUB, c'est-à-dire ses articles 27 à 29.

Heureusement, la méthode législative pour la détermination de la loi applicable aux contrats concernant le brevet européen à effet unitaire est plus simple.

## **2° Loi applicable aux contrats concernant le brevet européen à effet unitaire**

Par la disposition intitulée « Assimilation d'un brevet européen à effet unitaire à un brevet national » de l'article 7 du règlement « En tant qu'objet de propriété, le brevet européen à effet unitaire est assimilé dans son intégralité et dans tous les États membres participants à un brevet national de l'État membre participant dans lequel ce brevet a un effet unitaire... », le règlement renvoie au droit national pour les accords de licence, le transfert de propriété et la licence obligatoire.

Donc la loi applicable à la cession ou à la licence d'un brevet européen à effet unitaire déposé par une entreprise française sera le droit français.

Mais, bien entendu, ceci ne signifie par forcément que les dispositions matérielles du droit français relatives à la cession ou à la licence s'appliqueront.

Car il est tout à fait possible que, dans le contrat de cession ou de licence consenti par le titulaire français d'un brevet européen à effet unitaire, figure une clause soumettant le contrat à une autre loi (ou que l'application d'une convention internationale comme la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>16</sup> conduise à l'application d'une autre loi).

Le droit français acceptant, voire même prescrivant, l'application d'une loi étrangère, ce renvoi s'impose.

De la sorte, si une entreprise française a consenti une licence de son brevet européen à effet unitaire à une entreprise américaine par un contrat contenant une clause soumettant ce contrat à la loi de l'un des États des États-Unis, c'est cette loi qui, au bout du compte, s'appliquera parce que la loi française prescrit de l'appliquer.

16. *JO C.* 27 du 26 janv. 1998, p. 34-53.

Nul ne sait, on l'a dit en préambule, si ce dispositif complexe (« pas si complexe », dirait Michel Vivant!) trouvera, ou non, à s'appliquer.

L'observateur notera seulement que cette complexité est typique de la construction européenne : le mouvement d'harmonisation est constamment perturbé par des considérations politiciennes...