

PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

BREVETS - MARQUES - DESSINS ET MODÈLES - PROTECTIONS DIVERSES - CONCURRENCE DÉLOYALE

sous la direction de :

CHRISTIAN LE STANC

avec la participation de :

JACQUES RAYNARD, PRIVAT VIGAND, EMMANUEL PY, ARNAUD FOLLIARD-MONGUIRAL,
PASCALE TRÉFIGNY, NATALIA KAPYRINA, FRANÇOIS GREFFE, PIERRE GREFFE,
NICOLAS BOUCHE, JACQUES LARRIEU, OLIVIER DE MATTOS, HÉLÈNE GAUMONT-PRAT

MAI 2023 - **N° 5**

22^e ANNÉE - ISSN 1634-4227

PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE



1 > p. 7

Le brevet européen à effet unitaire et la Juridiction unifiée du brevet. Une révolution dans le domaine de la propriété industrielle en Europe

par Pierre VÉRON

► REPÈRE

5 > p. 1

« Manquement du licencié (de logiciel) à ses obligations contractuelles : acte de contrefaçon !

par Christian LE STANC

► FOCUS

38 > p. 3

Nouvelle Juridiction unifiée du brevet : la force de la France et des *Patent litigators* français

par Guylène KIESEL LE COSQUER

► COMMENTAIRES

28 > p. 28

Brevets. Nouveauté

Le secret de la fille n'est pas celui de la mère

par Jacques RAYNARD

29 > p. 31

Marques de l'union européenne. Maintien des droits

Arrêt Gourmet : altération du caractère distinctif et marques faibles
par Arnaud FOLLIARD-MONGUIRAL

31 > p. 33

Marques. Forclusion par tolérance

Oxford, « *the city of dreaming spires* », au réveil sévère !

par Pascale TREFIGNY

32 > p. 36

Dessins et modèles

Modèles fonctionnels

par Pierre GREFFE

33 > p. 37

Parasitisme. Concurrence déloyale

La protection des codes de communication : huile d'olive et cosmétiques

par Jacques LARRIEU

1 Le brevet européen à effet unitaire et la Juridiction unifiée du brevet

Une révolution dans le domaine de la propriété industrielle en Europe



Pierre Véron,

*avocat à la cour de Paris,
ancien membre du Conseil des Barreaux européens,
président d'honneur de l'EPLAW,
(European Patent Lawyers Association),
membre du groupe d'experts et du comité
de rédaction du règlement de procédure
de la Juridiction unifiée du brevet*

Le 1^{er} juin 2023, il deviendra possible d'obtenir un titre de propriété industrielle unique protégeant une invention dans la plupart des pays d'Europe : ce sera la naissance du brevet européen à effet unitaire.

Le même jour, il deviendra possible d'obtenir un jugement sanctionnant dans plusieurs pays d'Europe la contrefaçon d'un brevet européen, classique ou à effet unitaire, par une seule et unique procédure judiciaire devant un tribunal international : ce sera la naissance de la Juridiction unifiée du brevet.

L'avènement du brevet européen à effet unitaire et l'entrée en activité de la Juridiction unifiée du brevet constituent, ensemble, l'évènement le plus important dans le paysage européen des brevets d'invention depuis la signature à Munich, le 5 octobre 1973, de la convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen). Grâce à cette convention, il était possible, depuis 50 ans, de déposer un brevet pouvant couvrir l'Europe géographique entière en s'adressant à un seul guichet : celui de l'Office européen des brevets. Cet office, dont le siège est à Munich, qui reçoit maintenant plus de 180 000 demandes de brevets, chaque année, examine ces demandes. S'il estime qu'elles couvrent une invention brevetable et qu'elles sont correctement rédigées, il délivre un « *brevet européen* ». C'était donc un

progrès considérable par rapport à la situation qui prévalait auparavant, qui nécessitait autant de dépôts de demandes de brevets que d'États dans lesquels une protection était souhaitée. La révolution européenne était ainsi faite pour la délivrance des brevets. Mais elle restait à faire pour leur contentieux.

C'est une véritable révolution dans le contentieux des brevets, car le « *brevet européen* » usurpait son nom puisque, sitôt délivré, il se transformait selon la formule consacrée, en un faisceau de brevets nationaux. En cas de contrefaçon, il fallait, le plus souvent, agir devant plusieurs tribunaux nationaux. Et ces tribunaux pouvaient rendre des décisions divergentes voire contradictoires. C'est à ce système pixelisé que se sont proposé de mettre un terme les États membres qui ont participé à la création d'un brevet européen à effet unitaire (souvent appelé par brièveté « *brevet unitaire* ») et à l'institution de la Juridiction unifiée du brevet. À compter du 1^{er} juin 2023, il sera possible d'obtenir un brevet unique pouvant couvrir jusqu'à 25 États membres de l'Union européenne. Et il sera possible de faire sanctionner la contrefaçon de ce brevet par un seul jugement d'une juridiction véritablement européenne.

Cette révolution juridique, a été rendue possible par ce que l'on a appelé dans les couloirs des institutions européennes le « *paquet brevet* », constitué :

- d'une part des textes de l'Union européenne relatifs au brevet européen à effet unitaire (*PE et Cons. UE, règl. n°1257/2012, 17 déc. 2012*); adoptés dans le cadre du mécanisme européen de la « *coopération renforcée* », ces règlements n'obligent que ceux des États membres de l'Union européenne qui ont souhaité y participer (ce qui n'est pas le cas de l'Espagne) ;
- d'autre part un traité international signé le 19 février 2013 à Bruxelles entre vingt-cinq États membres de l'Union européenne, mais qui n'est pas un acte de l'Union européenne : l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du

brevet, créant une « *juridiction commune* » à ces États membres contractants (tous les États membres de l'Union européenne, sauf l'Espagne et la Pologne).

Le brevet européen à effet unitaire est un brevet européen au sens de la convention sur le brevet européen ; il sera délivré selon la même procédure que le brevet européen actuel. Mais, au moment de la délivrance, le titulaire aura le choix soit de demander un brevet européen classique, éclatant aussitôt en un faisceau de brevets nationaux, soit de demander un brevet européen à effet unitaire, qui constituera un droit de propriété industrielle unique, un monolithe couvrant l'ensemble des États membres participant à la coopération renforcée. Son coût sera moins élevé que celui d'un brevet européen classique pris pour les pays les plus importants de l'Union européenne. En cas de contrefaçon, il pourra y être mis fin par une seule procédure devant une seule juridiction : la Juridiction unifiée du brevet.

La Juridiction unifiée du brevet est une institution d'une nature très particulière : ce n'est ni une juridiction nationale, ni une juridiction de l'Union européenne. C'est une juridiction commune aux États membres de l'Union européenne qui ont ratifié l'Accord du 19 février 2013 (à ce jour au nombre de 17). Il n'existe, pour l'instant, qu'une seule autre juridiction commune à plusieurs États membres de l'Union européenne, c'est la Cour de justice Benelux, instituée par un traité du 31 mars 1965, qui est principalement compétente en matière de propriété industrielle. La Juridiction unifiée du brevet sera la première juridiction internationale européenne à trancher, en plein contentieux, des litiges de droit privé entre particuliers.

La Juridiction unifiée du brevet comprendra un tribunal de première instance constitué d'une division centrale dont le siège sera à Paris, et quatorze divisions locales ou régionales, établies dans les États membres qui souhaitent s'en doter. Sa cour d'appel statuera, en ultime ressort, à Luxembourg. La composition de la Juridiction unifiée du brevet est unique. En effet, elle sera toujours multinationale (même si, en première instance, deux juges du pays

accueillant la division locale concernée, pourront siéger ensemble, la formation de jugement sera obligatoirement complétée par un juge d'un autre État membre contractant). Par ailleurs, parce que le contentieux des brevets d'invention peut amener les juges à se pencher sur des questions techniques, les juges juristes pourront être rejoints, notamment lorsque la validité du brevet est en cause, par des juges techniciens, à l'instar de ce qui est pratiqué, dans ce contentieux, par des pays comme l'Allemagne, la Suisse, le Danemark ou la Suède.

La procédure à suivre devant cette juridiction est, elle aussi, nouvelle. Elle est le fruit d'un long travail collectif de praticiens du contentieux des brevets d'invention qui ont cherché à mettre en œuvre le meilleur des systèmes judiciaires d'Europe. Le règlement de procédure adopté en juillet 2022 constitue ainsi le premier code de procédure civile européen. Le déroulement du procès ne devrait pas dépayser les praticiens français rompus à ce contentieux particulier.

La Juridiction unifiée du brevet sera la seule juridiction compétente pour statuer sur la validité et la contrefaçon du nouveau brevet européen à effet unitaire. Mais, pour faire bénéficier de cette nouvelle institution juridictionnelle les brevets européens classiques, existants ou à venir, elle sera également compétente pour en connaître, sauf si leurs titulaires décident de déroger à sa compétence (faculté fréquemment appelée en pratique par sa dénomination anglaise « *opt out* »). Mais les tribunaux nationaux demeureront concurremment compétents pour ces brevets classiques durant une période transitoire de 7 années : le demandeur aura le choix de porter le litige (validité ou contrefaçon) soit devant la Juridiction unifiée du brevet, soit devant les tribunaux nationaux.

La conception et l'architecture de ce nouveau système répondent aux attentes des milieux intéressés. Aujourd'hui rendues publiques, les nominations de juges expérimentés leur inspirent confiance. Le brevet européen à effet unitaire et la Juridiction unifiée du brevet devraient donc connaître un large succès.

Pierre VÉRON, 1973-2023 : la longue marche vers la Juridiction unifiée du brevet : article 2

Pierre VÉRON, La procédure devant la Juridiction unifiée du brevet : article 3

2 1973-2023 : la longue marche vers la Juridiction unifiée du brevet

De la délivrance européenne du brevet au jugement européen du brevet



Pierre VÉRON,

avocat à la cour de Paris, ancien membre du CCBE, président d'honneur de l'EPLAW (European Patent Lawyers Association), membre du groupe d'experts et du comité de rédaction du règlement de procédure de la Juridiction unifiée du brevet

La gestation de la Juridiction unifiée du brevet ¹, qui entrera en activité le 1^{er} juin 2023, a été longue et laborieuse. Elle a commencé en 1973 et n'a été constatée juridiquement qu'en 2013. Il a encore fallu 10 ans pour qu'elle devienne une réalité concrète. C'est que, si les souhaits qui l'ont appelée étaient vifs, les obstacles que cette créature judiciaire nouvelle a dû vaincre ont été nombreux.

Même si elle peut être vue comme l'archétype d'un compromis européen qui concède à tous sans satisfaire personne, elle présente toutes les garanties pour convaincre ses futurs utilisateurs.

1 - 1973 : naissance du brevet européen. – C'est en 1973 que commença la longue marche qui doit se terminer, en cette année 2023, par la naissance de la Juridiction unifiée du brevet. C'est il y a 50 ans, en effet, qu'aboutit une première étape, essentielle, de l'idée émise par le sénateur français Henri Longchambon, dès le 6 septembre 1949 devant l'assemblée consultative du Conseil de l'Europe à Strasbourg : créer un système européen des brevets. Cette étape fut la signature à Munich, le 5 octobre 1973, de la convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen) : les premiers brevets de cette nouvelle sorte ont pu être déposés à partir du 1^{er} juin 1978. Ce brevet européen a connu un succès remarquable : il en est maintenant déposé plus de 180 000 chaque année.

1. Du brevet européen au brevet communautaire

2 - « Brevet européen » : un nom trompeur. – Mais le nom de ce « brevet européen » est éminemment trompeur (déceptif, diraient les spécialistes du droit des marques) : certes, il est délivré par un guichet unique, l'Office européen des brevets, et il peut couvrir tous les pays d'Europe ; mais, en réalité juridique, il devient, sitôt délivré un faisceau de brevets nationaux qui vont mener chacun une vie autonome. Si une contrefaçon se produit, son titulaire devra, en pratique, intenter autant de procès que d'États où il voudra faire cesser la contrefaçon et les différentes juridictions saisies pourront rendre des décisions divergentes sur un même brevet et sur un même objet argué de contrefaçon :

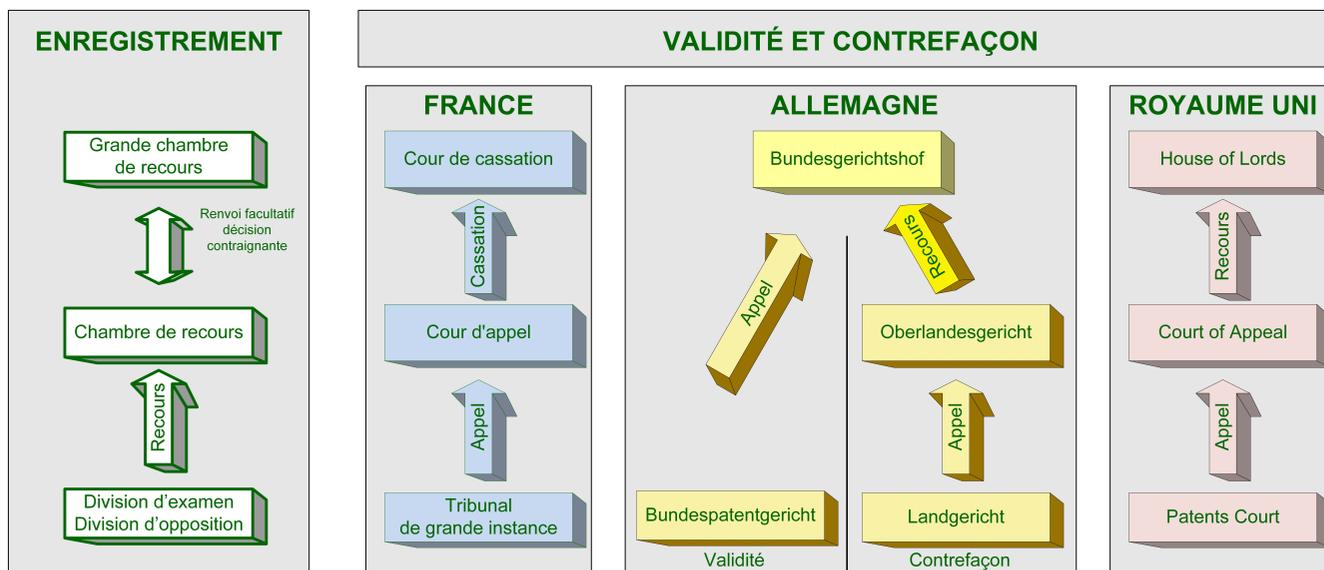


Figure 1 : Enregistrement et contentieux de la validité et de la contrefaçon d'un brevet européen selon la convention de Munich (système en vigueur depuis 1978)

1. Une version réduite de cet article est parue dans L'Observateur de Bruxelles n° 131, de mars 2023.

Un tel système présente plusieurs inconvénients :

- le titulaire doit supporter les frais de plusieurs procédures parallèles ;
- il existe un risque réel de contrariété de décisions (un même brevet, portant sur des lentilles de contact, a été jugé valable par les tribunaux français et néerlandais, qui ont prononcé une condamnation pour contrefaçon sur son fondement, alors qu'il a été jugé nul pour défaut de nouveauté en Allemagne et nul pour insuffisance de description au Royaume-Uni).

3 - **1975-1999 : en quête d'un brevet communautaire.** – C'est pourquoi, parallèlement aux discussions qui ont abouti à la convention du 5 octobre 1973 sur le brevet européen, d'autres travaux étaient lancés en vue de la création d'un brevet d'un type nouveau couvrant l'ensemble du territoire de ce qui s'appelait alors la Communauté européenne et qui devait être baptisé « *brevet communautaire* ». L'ambition était de créer un brevet susceptible, en cas de contrefaçon, d'être protégé par une procédure judiciaire unique aboutissant, en cas de succès, à une seule condamnation couvrant tout le territoire communautaire : il fallait, pour y parvenir, réformer sur deux fronts : celui du système des brevets et celui du système juridictionnel. Ces

travaux aboutirent à la signature, le 15 décembre 1975 à Luxembourg, de la convention relative au brevet européen pour le marché commun, généralement dénommée « *convention sur le brevet communautaire* » ; elle n'obtint pas, cependant, les ratifications suffisantes pour entrer en vigueur, malgré une convention modificative, signée, à nouveau à Luxembourg, le 15 décembre 1989. Son principal défaut, pour ce qui concerne l'aspect juridictionnel, tenait à la lourdeur de la mécanique judiciaire qu'elle mettait en œuvre ; des juridictions nationales (étiquetées pour la circonstance « *tribunaux des brevets communautaires* ») restaient seules compétentes pour statuer sur les instances en nullité et en contrefaçon du brevet communautaire ; mais elles étaient tenues, en degré d'appel, de saisir une cour d'appel en matière de brevets communautaires, commune à tous les États contractants (cour d'appel commune ou COPAC), de toute question relative à la contrefaçon et à la validité du brevet, que cette cour tranchait dans le principe avant de renvoyer l'affaire pour décision finale sur les autres points en litige (dommages-intérêts, par ex.) à la cour d'appel nationale qui l'avait saisie :

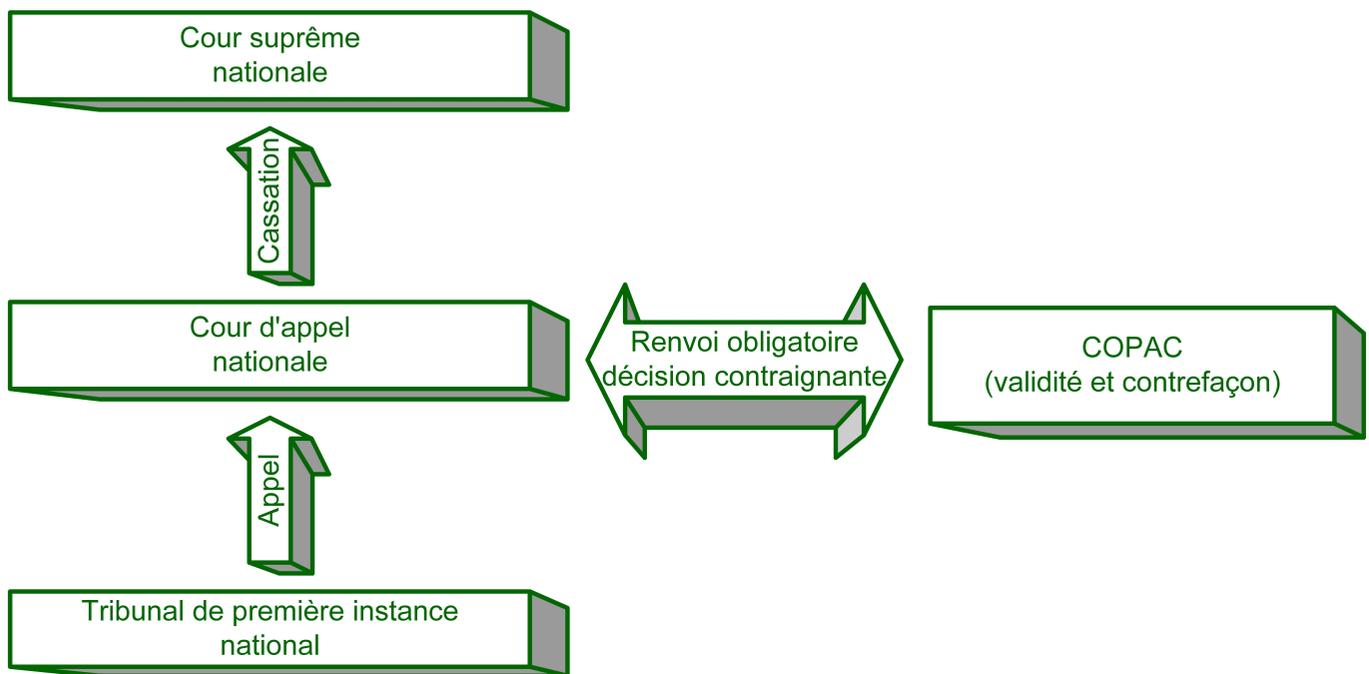


Figure 2 : Contentieux de la validité et de la contrefaçon d'un brevet communautaire selon la convention de Luxembourg (1975-1989)

C'était donc ajouter à la durée et à la lourdeur de la procédure nationale, la durée d'une procédure communautaire : il n'en fallait pas plus pour décourager les plus patients et ce système n'entra jamais en vigueur.

2. Une décennie 2000-2010 bouillonnante de projets

4 - **2000-2003 : les projets EPLP et EPLA.** – En 1999, le Gouvernement français prit l'initiative de relancer le projet. La

décennie 2000-2010 qui suivit fut bouillonnante. Notamment, l'Office européen des brevets proposa, en 2000, la création d'un système juridictionnel à deux étages, spécifique aux brevets d'invention, qui devait être créé par un accord intergouvernemental annexe à la Convention sur le brevet européen, appelé *European Patent Litigation Protocol (EPLP)* :

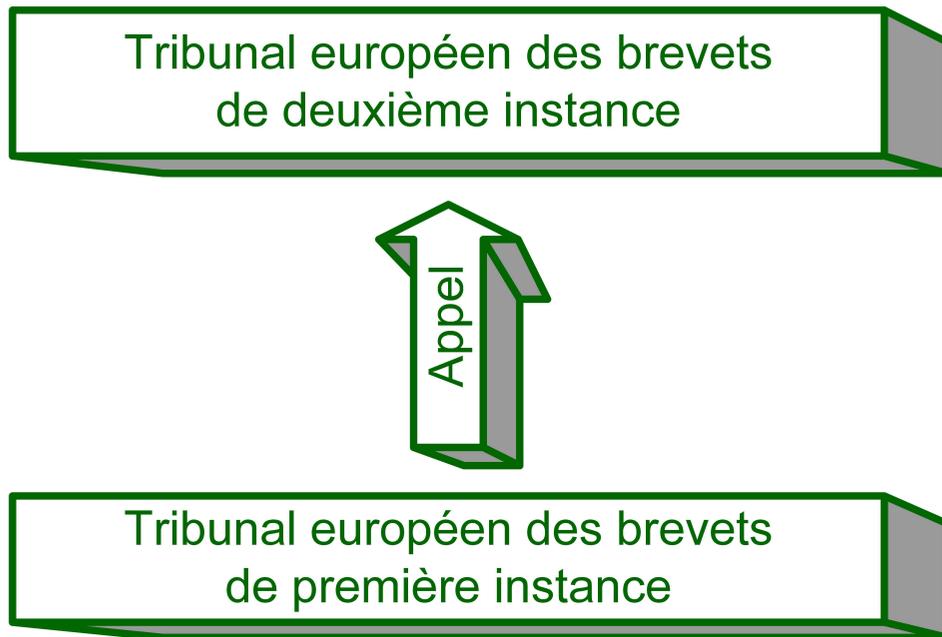


Figure 3 : EPLP 2000

Ce système fut mal accueilli en raison de son centralisme : tout le contentieux des brevets d'invention en Europe aurait été concentré devant un seul tribunal siégeant à Munich. L'Office européen des brevets revit sa copie et proposa en 2003 un

système appelé *European Patent Litigation Agreement (EPLA)* ; dans ce système déconcentré, il existait des chambres locales du tribunal européen des brevets de première instance afin que le contentieux reste proche du justiciable :

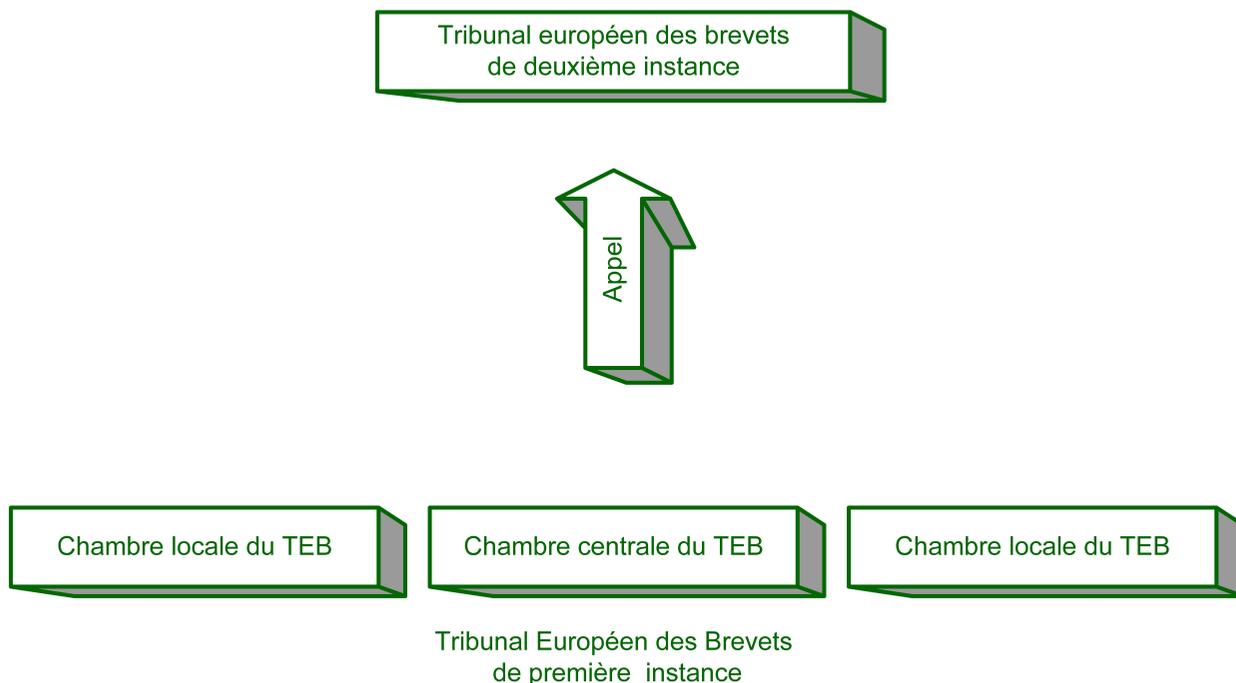


Figure 4 : EPLA 2003

5 - **2000-2009 : les premiers projets de la Commission européenne.** – Pendant ce temps, la Commission européenne élaborait des projets concurrents. Elle proposait, d'abord, en 2000, un

projet de règlement sur le brevet communautaire prévoyant une architecture judiciaire centralisée à deux niveaux :

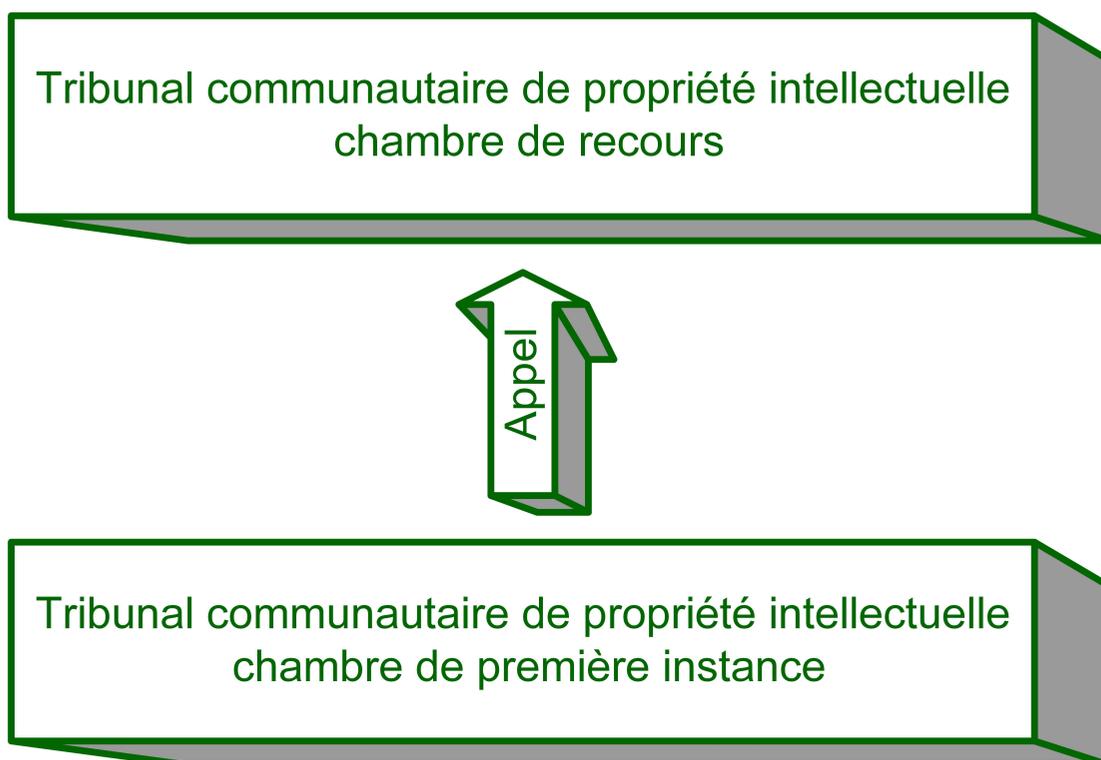


Figure 5 : Projet de règlement sur le brevet communautaire (2000)

En raison de cette centralisation, cette proposition fut aussi mal accueillie que celle de l'EPLP.

La Commission européenne remit donc l'ouvrage sur le métier et adopta, à partir de 2007, une approche différente, sous

l'impulsion de madame Margot Fröhlinger, directrice (DG Marché intérieur, direction D : économie basée sur la connaissance), qui relança vigoureusement le projet et réunit autour d'elle un groupe d'experts :



Figure 6 : 2007-2012 : le groupe d'experts, juges, avocats et représentants de l'industrie autour de madame Margot Fröhlinger, directrice (DG Marché intérieur) à la Commission européenne Christian Vang, Eskil Waage, Michael Loch, Örjan Grundén, Tim Frain, Robert van Peursem, Margot Fröhlinger, Eurico Marques dos Reis, Klaus Grabinski, Alice Pezard, Robin Jacob, Kevin Mooney, David Rosenberg, Pierre Véron, Anna Mazur, Demetra Kalli, Simona Šeikytė (absents sur la photographie : Jochen Pagenberg, Jorge Grau, József Tálas)

La Commission proposa, en 2007, un système juridictionnel comportant, cette fois-ci, des chambres de première instance

locales relevant, en appel, du tribunal de première instance des Communautés européennes :

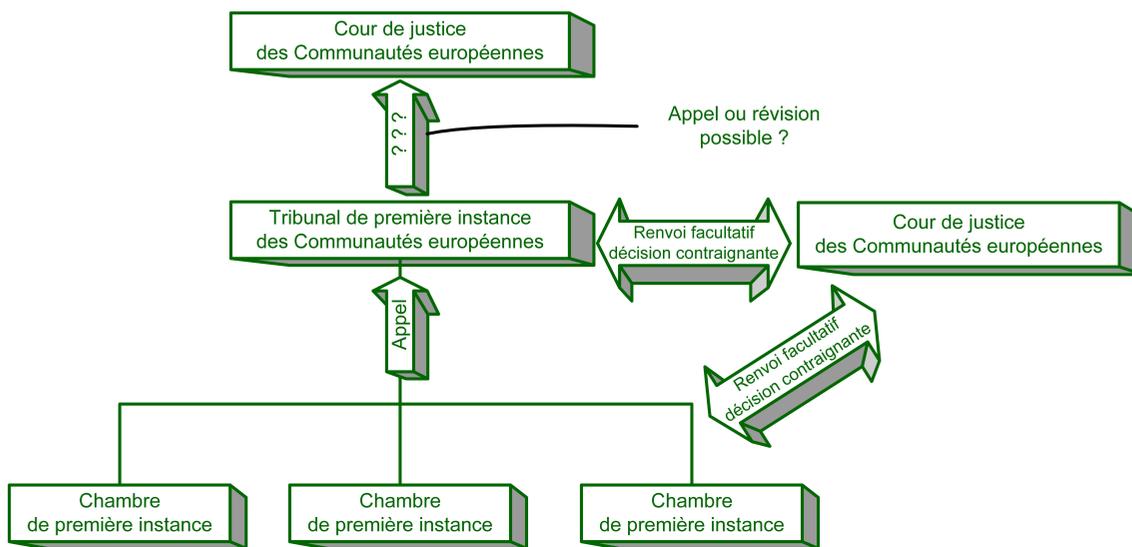


Figure 7 : Communication de la Commission européenne d'avril 2007

Mais cette architecture ne suscita pas l'enthousiasme des milieux intéressés parce qu'elle confiait l'appel des jugements de chambres de première instance spécialisées aux juges généralistes du tribunal de première instance des Communautés européennes, juristes hors pair, mais généralement peu familiers du contentieux, si particulier, des brevets d'invention.

Une nouvelle mouture fut donc concoctée par la Commission européenne et présentée en mai 2008, prévoyant, cette fois, une juridiction d'appel spécialisée et un recours en cassation devant la Cour de justice des Communautés européennes :

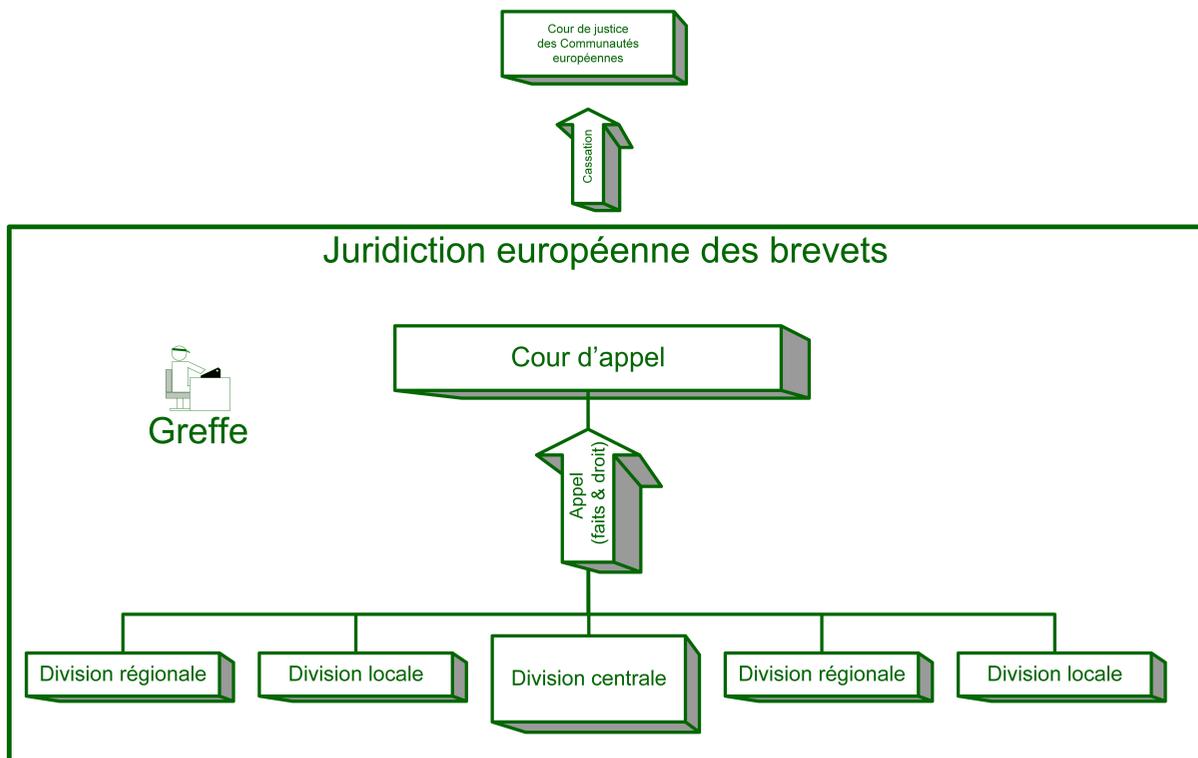


Figure 8 : Document de travail de la Commission européenne de mai 2008

Mais les milieux intéressés (britanniques notamment) se montrèrent hostiles à ce projet qui confiait le dernier mot sur les questions de droit des brevets aux juges, remarquables, de la Cour de justice des communautés européennes, généralement dénués d'expérience dans le contentieux des brevets d'invention.

C'est en 2009 que la Commission présenta pour la première fois un projet qui préfigurait la physionomie qui va être, dès cette année 2023, celle de la Juridiction unifiée du brevet :

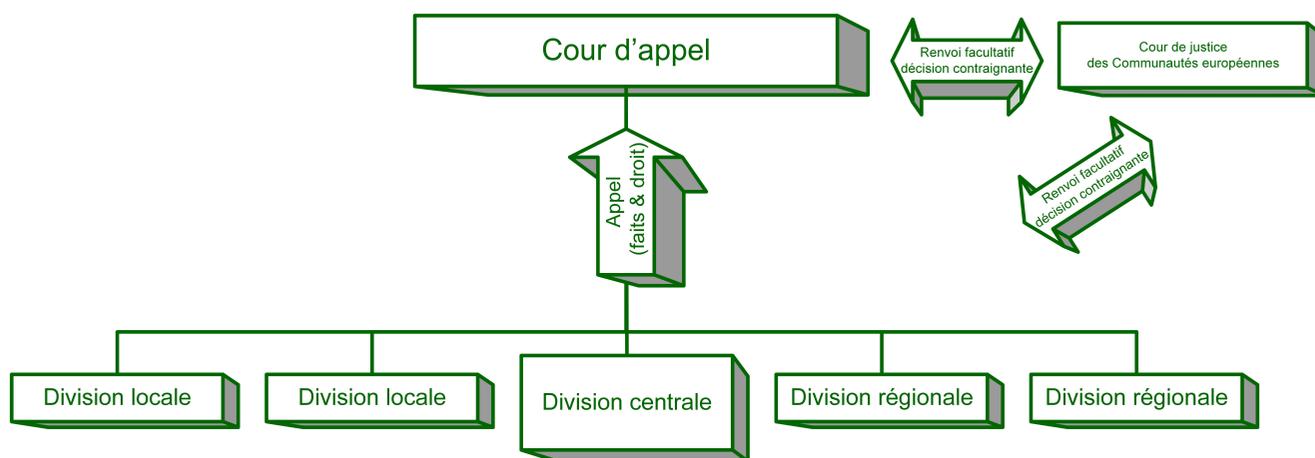


Figure 9 : Structure du système juridictionnel proposé par la Commission européenne en mars 2009 qui est, en définitive, la structure de la Juridiction unifiée du brevet

Il s'agissait de créer cette nouvelle juridiction par un accord intergouvernemental et non par une création selon les mécanismes de l'Union européenne, car il semblait acquis que certains États membres (l'Espagne et l'Italie) ne voudraient pas y participer. L'occasion semblait belle, dans un tel cadre intergouvernemental, d'inviter à participer à ce système des États membres de l'Organisation européenne des brevets, dans le cadre institutionnel de laquelle s'inscrit l'Office européen des brevets, comme la Suisse ou la Norvège. Hélas, ce projet fut retoqué par la Cour de justice de l'Union européenne dans un avis du 8 mars 2011 pour des raisons qui, en pratique, rendaient impossible la participation de ces États tiers.

3. La décennie 2010-2020 : la concrétisation

6 - 2011-2012 : l'aboutissement des projets de la Commission européenne. – La Commission remet encore une fois l'ouvrage sur le métier sous la responsabilité de monsieur Michel Barnier, alors commissaire chargé du marché intérieur et des services financiers, toujours sous la plume de madame Margot Fröhlinger.

Peu après l'avis de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 mars 2011, la Commission européenne rendit public deux projets :

- l'un, le 23 juin 2011, tendant à la création d'un brevet européen à effet unitaire par le mécanisme du droit de l'Union de la

coopération renforcée, permettant à certains États membres d'aller plus vite et plus loin dans leur rapprochement ; de fait, tous les États membres, sauf l'Espagne et l'Italie, participaient à ce système ;

- l'autre, le 26 octobre 2011, en vue de l'institution d'une Juridiction unifiée du brevet par un accord intergouvernemental conclu, cette fois-ci seulement entre des États membres de l'Union européenne, ceux-là même qui désiraient également entrer dans le mécanisme de coopération renforcée.

Nonobstant un recours de l'Espagne et de l'Italie contre l'utilisation de ce mécanisme (recours qui devait être rejeté par la Cour de justice le 16 avril 2013), la Commission et les États membres désireux d'avancer le firent dans le courant de l'année 2012, ce qui aboutit aux deux volumes de ce que l'on appelait à l'époque, dans les couloirs de Bruxelles, le « *paquet brevet* » :

- le 17 décembre 2012 : promulgation du règlement 1257/2012, mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, et du règlement 1260/2012, 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 :



Figure 10 : 17 décembre-2012, signature du règlement sur le brevet unitaire à Bruxelles par Andréas Mavroyiánnis, président du Conseil, et Martin Schulz, président du Parlement européen, sous l'œil des députés européens Bernhard Rapkay, Klaus-Heiner Lehne et Raffaele Baldassarre

- 19 février 2013 : signature par les États membres y participant de l'accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet :



Figure 11 : 19 février 2013, signature de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet à Bruxelles, par les représentants de vingt-cinq États membres de l'Union européenne (l'Espagne et la Pologne ne sont pas signataires de l'Accord)

Avec un magnifique optimisme, l'article 89 de cet Accord prévoyait qu'il entrerait en vigueur le 1^{er} janvier 2014 (d'un point de vue technique, l'entrée en vigueur des règlements sur le brevet unitaire est subordonnée à l'entrée en activité de la Juridiction unifiée du brevet, puisque cette juridiction est seule compétente pour statuer sur un tel brevet). Mais, avec réalisme, il ajoutait que cette entrée en vigueur pourrait être reportée à sa ratification par au moins treize États membres (la majorité des signataires) dont l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni (les trois États membres dans lesquels le plus grand nombre de brevets européens produisaient leurs effets au cours de l'année précédant la signature de l'Accord). De là à penser qu'il allait falloir presque 10 ans...

7 - 2013-2020 : les torrents de recours. – Car les courants contraires traversèrent l'Europe durant les années qui suivirent l'étape décisive de l'hiver 2012-2013. Dès le mois de mars 2013, l'Espagne et l'Italie engagèrent de nouveaux recours devant la Cour de justice de l'Union européenne, cette fois-ci en annulation des règlements 1257/2012 et 1260/2012 sur le brevet

unitaire : ils seront rejetés par deux arrêts rendus en grande chambre le 5 mai 2015. Après bien d'autres Parlements nationaux (le premier ayant été le Parlement autrichien, dès l'été 2013, suivi de peu par le Parlement français au printemps 2014), le Parlement allemand ratifiait à son tour le 31 mars 2017 l'Accord du 19 février 2013 relatif à une Juridiction unifiée du brevet. Toutefois, un avocat allemand spécialiste du contentieux des brevets d'invention (agissant probablement avec le soutien discret, mais actif, d'autres professionnels opposés à ce projet...) saisissait aussitôt le *Bundesverfassungsgericht*, la juridiction fédérale constitutionnelle allemande, d'un recours en nullité. L'introduction de ce recours amenait le président fédéral allemand à suspendre le processus de promulgation de la loi de ratification jusqu'à son issue. Nonobstant ces torrents de recours, le travail préparatoire à l'entrée en activité de la Juridiction unifiée du brevet se poursuivait, notamment dans le cadre d'un comité de rédaction du règlement de procédure constitué de juges et d'avocats des principaux pays participant à l'Accord :



Figure 12 : 10 novembre 2012 : réunion du comité de rédaction du règlement de procédure de la Juridiction unifiée du brevet composé de magistrats et d'avocats (Eskil Waage, Winfried Tilmann, Christian Vang, Martina Blasi, Kevin Mooney, Pierre Véron, Klaus Grabinski, Christopher Floyd, Alice Pezard, Willem Hoyng)

4. La décennie 2020 : la réalisation —

8 - **2020-2021 : l'échec des recours allemands.** – Trois ans s'écoulèrent avant que le *Bundesverfassungsgericht* statue sur la demande en annulation de la loi allemande de ratification de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet formée en 2017, mais, le 20 mars 2020, sa décision tombait : la loi de ratification de 2017 a été adoptée anticonstitutionnellement à la majorité simple, car elle aurait dû être adoptée à la majorité qualifiée des deux tiers des membres du Parlement, parce que le transfert de pouvoirs juridictionnels des tribunaux allemands à la Juridiction unifiée du brevet constituait un transfert équivalent à un transfert à l'Union européenne, requérant, à ce titre, pour son adoption par le Parlement allemand, une majorité qualifiée. Le Parlement allemand répara toutefois au plus vite cette malfaçon législative : fin 2020, le *Bundestag* adopta la nouvelle loi de ratification avec 88 % des voix et le *Bundesrat* le plébiscita avec 100 % des votes ! L'opposition ne désarma pas puisque le même avocat allemand introduisit un nouveau recours contre la loi de ratification : il fut heureusement très vite estimé mal fondé par une décision du 23 juin 2021 du *Bundesverfassungsgericht*. Tout allait donc bien outre-Rhin. C'était autre chose outre-Manche.

9 - **2016-2020 : le Brexit et après.** – En effet, si le vote du Brexit du 23 juin 2016 avait fait craindre le retrait du Royaume-Uni du projet, le Parlement britannique, suivant les demandes de Teresa May, alors Premier ministre, avait, le 26 avril 2018, ratifié l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, acceptant ainsi ses articles 20 et suivants sur la primauté du droit de l'Union européenne et sur le rôle de la Cour de justice de l'Union. Mais, le 20 juillet 2020, Boris Johnson, nouveau locataire du 10 Downing Street, décidait de retirer cette ratification : « *Participer à une juridiction qui applique le droit de l'Union européenne et qui doit respecter les décisions de la CJUE serait incompatible avec le but du gouvernement britannique de faire du Royaume-Uni une nation indépendante qui décide de son propre avenir* ». De vives discussions doctrinales avaient eu lieu sur la question de savoir si un État membre de l'Union européenne qui la quittait pouvait demeurer dans le système de la Juridiction unifiée du brevet.

Leur succédèrent alors des discussions moins éthérées, mais tout aussi vives, sur le sort de la section de Londres de la division centrale de cette juridiction. Alors même qu'un accord politique avait été trouvé au conseil Compétitivité du 5 décembre 2011 pour que la division centrale du tribunal de première instance de la Juridiction unifiée du brevet soit implantée à Paris, le Premier ministre britannique David Cameron, suivi par la chancelière allemande Angela Merkel, avait réclamé et obtenu du président François Hollande, lors de la réunion des 28 et 29 juin 2012 du Conseil européen, que cette division centrale soit éclatée en trois entités spécialisées en fonction du secteur technique

dont relève le brevet dont elles ont à connaître, au prétexte de l'existence de « *clusters* » de compétence technique dans certaines villes.

Le signataire de ces lignes ne se lassera jamais de dire que cet éclatement est une ineptie fonctionnelle : il est tout à fait saugrenu, au moment où l'on décide de regrouper les juges de brevets d'Europe pour assurer la cohérence de leur jurisprudence, d'éclater, en trois entités travaillant à distance les unes des autres, la division centrale de cette juridiction qui devrait, tout au contraire, être le moteur intellectuel, puissant et concentré, de son tribunal de première instance. Force est de reconnaître que cette ineptie est due au mercantilisme de certains milieux professionnels : les marchands de chapelets ne cesseront jamais de se battre pour déployer leur étal au plus près des portes de la basilique... Toujours est-il que la décision britannique, prise à l'été 2020, de retirer sa ratification a ouvert un nouveau chapitre dans le livre de la genèse de la Juridiction unifiée du brevet.

10 - **2020-2023 : Londres après le Brexit.** – Car, désormais, la question est de savoir comment seront réparties les affaires qui devaient échoir à la section de Londres de la division centrale du tribunal de première instance, à savoir celles qui concernent les brevets relevant des sections A (nécessités courantes de la vie, ce qui inclut notamment la plupart des brevets de médicament) et C (chimie, métallurgie) de la classification internationale des brevets. Les prétendants ne manquent pas :

- Paris fait valoir que l'implantation d'une section à Londres était une exception à sa compétence plénière et que cette exception doit prendre fin avec le retrait britannique ;
- Munich met en avant l'importance scientifique et économique de l'industrie chimique allemande pour revendiquer sa part du gâteau britannique ;
- Milan souligne que, après le Brexit, l'Italie monte sur la troisième marche du podium des États membres par le nombre de brevets européens en vigueur et que la section de Londres lui revient tout naturellement à ce titre ;
- La Haye se prévaut de la qualité reconnue de la jurisprudence néerlandaise en matière de contentieux des brevets d'invention pour prendre la place laissée vacante par le retrait britannique ;
- et Dublin fait remarquer que celle-ci lui revient puisque l'Irlande est le seul État membre contractant à avoir l'anglais comme langue officielle et la *common law* comme système juridique, apanages, précédemment, du Royaume-Uni.

Au jour de mars 2023 où ces lignes sont écrites, la question de l'attribution des affaires qui devaient revenir à la section de Londres n'est pas tranchée. Bien plus, nul ne sait encore comment elle sera tranchée : sera-ce par une conférence diplomatique pour modifier l'annexe II de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet du 19 février 2013 qui prévoit cette attribution ? ou par une simple décision du comité administratif de la juridiction ? Une décision, au moins provisoire, devra,

quel qu'en soit l'auteur, être prise avant l'entrée en vigueur de l'Accord.

11 - **2023 : la ratification allemande.** – On sait aujourd'hui que cette entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} juin 2023. Car, si le dépôt formel de l'instrument de ratification allemand est juridiquement possible depuis la décision du 23 juin 2021 du *Bundesverfassungsgericht* d'estimer mal fondé le second recours dont il a été saisi, le gouvernement allemand a décidé de différer ce dépôt. En effet, toutes les ratifications nécessaires ayant été désormais obtenues, la formalisation de la ratification allemande déclenchera, mécaniquement, l'entrée en vigueur de l'Accord du 19 février 2013 et l'entrée en activité de la Juridiction unifiée du brevet le premier jour du 4^e mois qui la suivra. Encore faut-il que, matériellement, tout soit prêt. C'est pour en être certain que le gouvernement allemand, en accord avec les autres membres du comité administratif de la Juridiction unifiée du brevet, a décidé d'attendre que les bureaux soient équipés, que les juges et les greffiers soient nommés et formés et que le système de gestion des procédures soit opérationnel pour déposer formellement son instrument de ratification. Il l'a fait le 17 février 2023, ce qui entraînera l'entrée en vigueur de l'Accord et l'entrée en activité de la Juridiction unifiée du brevet le 1^{er} juin 2023². La longue marche s'achèvera alors.

2. Par souci d'exhaustivité, il faut toutefois mentionner que cette entrée formelle en activité sera précédée d'une période, généralement appelée de son

5. 2023 et après

12 - **1^{er} juin 2023 : entrée en activité de la Juridiction unifiée du brevet et début de la période transitoire.** – Pas tout à fait, à vrai dire. Car, ce jour-là s'ouvrira une période transitoire de 7 années, soit jusqu'au 30 mai 2030, durant laquelle les juridictions nationales demeureront concurremment compétentes avec la Juridiction unifiée du brevet, au choix du demandeur au procès, pour statuer sur les litiges de brevet et durant laquelle, aussi, les titulaires de brevet européens classiques pourront décider de déroger à la compétence de cette juridiction (« *opt-out* »). Décidément, rien n'est simple avec la Juridiction unifiée du brevet ! Mais, tout de même, le jeu en vaut la chandelle : cette juridiction sera la première juridiction internationale en Europe à pouvoir statuer sur des litiges privés entre particuliers ou entreprises. Le monde des brevets peut être légitimement fier d'être pionnier en ce domaine. ■

urnom anglais, « *sunrise period* » durant laquelle les titulaires de brevet européens (autres que les futurs brevets unitaires) pourront commencer à déposer une déclaration de dérogation (« *opt-out* ») à la compétence de la Juridiction unifiée du brevet pour leurs brevets, afin que ceux-ci puissent être jugés, comme auparavant, exclusivement par les tribunaux nationaux ; cette période s'étendra du 1^{er} mars au 30 mai 2023.

3 La procédure devant la Juridiction unifiée du brevet

Invitation au voyage



Pierre VÉRON,

avocat à la cour de Paris, ancien membre du Conseil des Barreaux européens, président d'honneur de l'EPLAW (European Patent Lawyers Association), membre du groupe d'experts et du comité de rédaction du règlement de procédure de la Juridiction unifiée du brevet

Après une longue gestation, la Juridiction unifiée du brevet va enfin entrer en activité le 1^{er} juin 2023. Cette juridiction commune aux États membres de l'Union européenne qui ont ratifié l'Accord du 19 février 2013 (pour l'instant au nombre de 17) sera la première juridiction internationale européenne à trancher des litiges de droit privé entre particuliers. Elle comprendra, en première instance, un tribunal constitué d'une division centrale dont le siège sera à Paris, et 14 divisions locales ou régionales. Sa cour d'appel statuera, en ultime ressort, à Luxembourg. La composition multinationale de ses formations de jugement, qui comprendront, dans certains cas, des juges techniciens, est unique.

La procédure à suivre devant cette juridiction est, elle aussi, nouvelle. Elle est le fruit d'un long travail collectif de praticiens du contentieux des brevets d'invention qui ont cherché à mettre en œuvre le meilleur des systèmes juridiques d'Europe. Le règlement de procédure adopté en juillet 2022 constitue ainsi le premier code de procédure civile européen.

La procédure ne devrait pas dépayser les praticiens français rompus à ce contentieux particulier. Mais elle présente quelques particularités qu'il n'est pas permis d'ignorer pour éviter de lourdes déconvenues.

1 - La procédure devant la Juridiction unifiée du brevet est organisée par l'Accord du 19 février 2013¹ et par le règlement de procédure approuvé en 2022². – Le juriste français, depuis la constitution de la V^e République, a l'habitude de penser que la procédure civile relève du domaine réglementaire. Mais cette règle constitutionnelle ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de la procédure devant une juridiction commune à plusieurs États membres, créée par un accord international. De plus, certaines questions de procédure, comme les questions de compétence territoriale, politiquement sensibles, ont été âprement négociées lors de la conclusion de l'Accord du 19 février 2013 relatif à une Juridiction unifiée du brevet. Il n'est donc pas surprenant que de nombreuses questions de procédure aient été traitées dans l'Accord (sur ses 89 articles, 47 sont consacrés à ces questions) et que le règlement se limite, en définitive, à des questions de conduite de la procédure.

2 - Le règlement de procédure de la Juridiction unifiée du brevet. – La rédaction du règlement de procédure de la Juridiction unifiée du brevet a commencé bien avant la rédaction de

l'Accord du 19 février 2013. Les principes directeurs du procès ont été posés lors d'une réunion de juges de brevets européens tenue à Venise en novembre 2006. Ils ont ensuite été mis en œuvre dans un règlement rédigé par plusieurs spécialistes du contentieux des brevets d'invention au fil d'une dizaine d'années de travaux qui ont culminé par une audition publique tenue à Trèves (Allemagne), le 26 novembre 2014, durant laquelle les représentants des milieux intéressés se sont exprimés sur l'ensemble du projet. Une 18^e version a été rendue publique le 19 octobre 2015. Elle a connu divers changements sous le même numéro (le comité préparatoire hésitait à incrémenter la numérotation déjà bien longue). Après quelques années de léthargie durant l'instruction des procédures constitutionnelles engagées en Allemagne contre la loi de ratification de l'Accord, son examen a été repris en 2022 par le comité préparatoire qui a apporté des modifications importantes, notamment sur l'accès des tiers aux documents de la procédure et sur le régime des documents confidentiels. Le règlement adopté comporte 382 règles³ rédigées initialement en langue anglaise. Des versions française et allemande ont été préparées par des praticiens. Le règlement a été adopté dans ces trois versions linguistiques par le comité administratif de la Juridiction unifiée du brevet en juillet et août 2022. Il est réputé être entré en vigueur le 1^{er} septembre 2022.

3 - Voyage à thème à travers les nouveaux territoires procéduraux de la Juridiction unifiée du brevet. – Plutôt que de suivre le fil descriptif et linéaire du déroulement d'une procédure, la

1. Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet, 19 févr. 2013 : JOUE n° C 175, 20 juin 2013, dénommé « l'Accord » dans cette étude.

2. Il est accessible, dans les trois langues sur le site de la Juridiction, dans la section « Legal documents » : www.unified-patent-court.org/en/court/legal-documents (consulté le 19 févr. 2023). Il est dénommé « le règlement » dans cette étude. Il est également disponible en version trilingue. La version 2023 de la brochure trilingue (DE/EN/FR) de 420 pages, comprenant les règlements sur le brevet unitaire, l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet et le règlement de procédure adopté en juillet août 2022 par le comité administratif de la juridiction, préparée par l'auteur de cet article est disponible depuis son site www.veron.com/upc/main-documents en deux versions : – une version à consulter à l'écran avec des aides à la navigation conviviales ; – une version à imprimer avec les aides à la navigation standard.

3. Le décompte exact est de 303 règles, car, d'un côté, 88 numéros sont inutilisés et, d'un autre côté, 9 numéros additionnels ajoutés en 2022 sont numérotés A (5A, 29A, 238A, 262A, 316A, 376A, 377A, 378A, 379A).

présente étude invite à un voyage à thèmes destiné à faire découvrir au praticien français les nouveaux territoires procéduraux que leur ouvre la Juridiction unifiée du brevet. Ce voyage lui fera visiter :

- les territoires de confort, où il se trouvera en terrain connu ;
- les territoires de prudence, où il pourra être surpris ;
- les territoires de découverte, qui l'amèneront à se confronter à des problèmes inconnus dans notre système judiciaire français ;
- les territoires de danger, où ses habitudes procédurales pourront le conduire au bord de précipices.

1. Territoires de confort

4 - **La compétence matérielle de la Juridiction unifiée du brevet est clairement établie.** – L'article 32 de l'Accord est très clair. Il énumère, dans un premier paragraphe, les actions qui relèvent de la compétence exclusive de la Juridiction unifiée du brevet. En pratique, ce sont les affaires qui constituent le noyau dur du contentieux des brevets d'invention et des certificats de protection complémentaires (contrefaçon, y compris les mesures provisoires et conservatoires et les injonctions y afférentes, nullité, constatation de non-contrefaçon, actions découlant de la protection provisoire conférée par une demande de brevet européen publiée, actions relatives à l'utilisation de l'invention avant la délivrance du brevet, actions concernant les licences de droit du brevet unitaire). Le texte prévoit expressément que, dans le cas d'une action en contrefaçon, la Juridiction est compétente pour connaître de toutes « *les défenses y afférentes, y compris les demandes reconventionnelles concernant les licences* ». Le juge de l'action est donc juge de l'exception. Ceci inclut les défenses tirées du droit de la concurrence (abus de position dominante, par exemple), ainsi que la partie du contentieux des brevets essentiels à une norme (*standard essential patents*), notamment de leurs licences FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*), qui s'élève à l'occasion d'une demande en contrefaçon. À ce contentieux entre parties privées s'ajoute, de façon entièrement nouvelle pour un tribunal judiciaire, un contentieux de caractère administratif : celui relatif aux 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 sur le brevet unitaire (par exemple pour savoir si les formalités ont été dûment remplies pour qu'un brevet puisse bénéficier d'un effet unitaire). Le second paragraphe de l'article 32 prévoit, complémentirement, que « *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* ». En pratique, il s'agira surtout du contentieux de la propriété des brevets (litiges consécutifs à une recherche en commun ou à une soustraction d'invention, par exemple), du contentieux des inventions de salarié (propriété de l'invention ou rémunération supplémentaire) et du contentieux relatif aux licences de brevet (lorsque la question litigieuse n'est pas soulevée à titre incident dans une procédure en contrefaçon). À noter, pour terminer, que la Juridiction unifiée du brevet n'a pas de compétence pour les actions connexes à celles dont elle est saisie ; ainsi, elle ne pourra connaître de demandes en concurrence déloyale qui accompagneraient une demande en contrefaçon de brevet d'invention.

5 - **Les règles de compétence territoriale des divisions de la Juridiction unifiée du brevet sont accommodantes.** – L'article 33 de l'Accord applique, pour l'essentiel, des principes familiers aux civilistes qui les ont fait entrer dans la convention de Bruxelles puis dans le règlement Bruxelles I : *actor sequitur forum rei* ou *forum delicti commissi*, compétence du tribunal du domicile du

défendeur ou du lieu du fait dommageable. Le demandeur au procès en contrefaçon pourra donc choisir entre ces deux fondements, ce qui mettra à sa disposition une large palette de choix dans le cas où la contrefaçon alléguée se produira dans plusieurs États membres. S'il décide de porter son action devant une division située en Allemagne (seul État membre ayant décidé, à ce jour, de créer plusieurs divisions locales à Düsseldorf, Hambourg, Mannheim et Munich), il pourra choisir librement la division devant laquelle il décide de porter son affaire : même si la contrefaçon alléguée ne se produit qu'en Bavière, il pourra porter son affaire devant la division de Düsseldorf (il n'existe aucune règle de compétence territoriale à l'intérieur de chaque État membre). Lorsque le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, le demandeur pourra choisir entre porter son action devant la division centrale ou devant une division locale dans le ressort de laquelle se produit une contrefaçon. Dans le cas des États membres qui ont choisi de ne pas instituer de divisions (à ce jour, Bulgarie, Luxembourg et Malte), la division centrale sera compétente. Dans le cas où la contrefaçon alléguée se produira à la fois dans des États membres dotés de division locale et dans des États membres qui n'en ont pas créé, le demandeur pourra donc choisir entre une des divisions locales et la division centrale. Ce sont donc de larges possibilités de *forum shopping* qui sont offertes au breveté demandeur. Les tiers n'ont pas le même choix : s'ils veulent agir en nullité du brevet ou en déclaration de non-contrefaçon, ils sont tenus de porter leur demande devant la division centrale. Quant aux actions à caractère administratif visant les décisions de l'Office européen des brevets relativement aux brevets unitaires, elles relèvent de la compétence de la division centrale. C'est dire qu'il sera presque toujours possible au demandeur en contrefaçon de choisir devant laquelle de la quinzaine de divisions qui existeront il vaudra porter son affaire. Et que la jurisprudence de ces divisions, favorable ou défavorable aux brevetés, les encouragera à les saisir ou les découragera de le faire. La langue applicable devant ces divisions sera également un facteur de choix important⁴.

6 - **La procédure est essentiellement écrite.** – La règle 10 du règlement de procédure (qui détaille l'article 52 de l'Accord) segmente la procédure en cinq étapes : procédure écrite, procédure de mise en état, audience, le cas échéant procédure pour l'octroi des dommages-intérêts et procédure pour des décisions sur les frais. Mais la première étape est essentielle, car les écrits des parties, qui circonscrivent le périmètre du litige, et les preuves qui les accompagnent seront les principales fondations de la décision de la Juridiction. Les familiers de la procédure française ne seront donc pas surpris. D'autant que le règlement de procédure de la Juridiction unifiée du brevet les guide dans le menu détail des précisions à fournir dans leurs écritures. Par exemple, la règle 13 sur le contenu du mémoire en demande énumère les dix-sept indications ou précisions que devra contenir ce document, allant jusqu'à rappeler au demandeur le plus étourdi qu'il devra indiquer le numéro du brevet qu'il invoque. La phase de mise en état ne commence, en principe, qu'une fois la procédure écrite terminée. Les délais de dépôt du mémoire en défense, du mémoire en réplique du demandeur et du mémoire en duplique du défendeur sont fixés par le règlement, le juge-rapporteur n'intervenant que, sur demande des parties, pour les allonger ou les abrégier.

7 - **Zéro papier : la voie électronique pour les formalités procédurales est exclusive.** – La Juridiction unifiée du brevet est née au XXI^e siècle. L'article 44 de l'Accord lui demande donc d'utiliser les procédures électroniques. La règle 4 rend la voie

4. V. n° 25.

électronique obligatoire et exclusive pour le dépôt des mémoires et pièces. Le papier est donc rigoureusement proscrit ! Ce n'est qu'en cas de panne du système informatique de la Juridiction qu'il sera possible de déposer des documents de papier (malgré certaines remarques, cette possibilité n'est ouverte qu'en cas « d'un arrêt de fonctionnement du système électronique de gestion des procédures » de la Juridiction ; elle n'est donc pas ouverte en cas de panne de l'Internet). Les parties seront libres de rédiger à leur guise leurs mémoires (sous réserve de respecter les règles applicables à ces écrits), mais elles ne pourront les déposer qu'en remplissant les formulaires en ligne du système de gestion des procédures de la Juridiction (*Case Management System* ou *CMS*).

8 - La procédure formatée et cadencée organise un calendrier de procédure. – Le règlement de procédure prévoit avec minutie les écrits que chaque partie pourra produire (normalement deux mémoires de chaque côté de la barre). En cela, la procédure est formatée. Elle est aussi cadencée en ce que le règlement prévoit également le délai pour le dépôt de ces écrits. Dans le principe, ce système appelle l'approbation. Mais la brièveté de ces délais est remarquable. On le sait : l'un des objectifs principaux des rédacteurs de l'Accord puis des rédacteurs du règlement de procédure a été d'assurer que la durée totale de la procédure, de son introduction jusqu'à son terme, ne dépasserait pas un an. C'est pourquoi, par exemple, le défendeur à une action en contrefaçon ne disposera que de 3 mois pour présenter son mémoire en défense et les pièces y afférentes, le demandeur devra répliquer sous 2 mois et le défendeur, s'il veut déposer un mémoire en duplique, devra le faire sous un mois. La phase écrite cadencée durera donc 6 mois.

9 - Le juge-rapporteur, une vieille connaissance. – Les défenseurs de la langue française noteront avec plaisir que la version anglaise de l'Accord l'appelle d'un nom composé *Frenghish* « *judge-rapporteur* ». En vérité son nom est trop modeste car son rôle ne se limite pas à la rédaction d'un rapport. Il s'agit d'un juge chargé de suivre la procédure, comme le disait le décret-loi de 1935 qui l'a introduit en France, et même plus, de la gérer (*case management*), de la mettre en état, pour tout dire ! La règle 334 du règlement lui confère des pouvoirs très étendus non seulement pour la gestion quotidienne de l'affaire (allonger ou abrégé des délais), pour demander des explications ou précisions aux parties, ordonner des mesures d'instructions, étudier avec les parties la possibilité d'un règlement amiable du litige, mais aussi pour statuer par ordonnance sur de nombreuses questions, par exemple les « *objections préliminaires* », qui concernent les exceptions d'incompétence et les contestations relatives à la langue de procédure, les frais de procédure. Il peut même « *reje-ter sommairement une demande si elle n'a aucune chance d'aboutir* » et rendre des décisions « *par défaut* » qui ne sanctionnent pas un défaut de comparution, mais un défaut de diligence procédurale. Son visage et ses pouvoirs sont donc familiers pour les gens de justice français. Sa pratique ne sera-t-elle pas différente ? On peut penser, en effet, que le juge-rapporteur de la Juridiction unifiée du brevet aura les moyens matériels de jouer un rôle plus proactif. Car le malheureux juge de la mise en état français, croulant sous le nombre des affaires, ne peut, en pratique, guère prendre d'initiatives procédurales qui nécessitent une étude approfondie du dossier. Tandis que le juge-rapporteur de la Juridiction, surtout dans l'heureuse période de montée en puissance où il n'aura à connaître que d'affaires nouvelles, devrait pouvoir lire les écrits des parties et déceler les points méritant des explications ou prises de position complémentaires.

10 - Le nom de « conférence de mise en état » est bien connu. – Cette phase de mise en état confie au juge-rapporteur la mission de préparer tout ce qui est nécessaire pour

l'audience⁵. Plus précisément, le menu de la conférence de mise en état peut être copieux car la règle 104 énumère, sous les lettres a à k, onze plats que le juge-rapporteur doit passer en revue : identifier les questions principales et déterminer les faits pertinents qui sont contestés, clarifier la position des parties au sujet de ces questions, établir un calendrier pour le déroulement ultérieur de la procédure, explorer avec les parties les possibilités de régler le litige amiablement, rendre des ordonnances relatives à la production ultérieure de mémoires, documents, rapports d'experts, résultats d'expériences, descentes sur les lieux, éléments qui feront l'objet d'une déposition orale et questions qui seront posées aux témoins, rendre toute autre décision ou ordonnance qu'il juge nécessaire pour la préparation de l'audience, y compris, une ordonnance pour entendre séparément les témoins et les experts devant la chambre, fixer la date de l'audience et ordonner, le cas échéant, après consultation du président et des parties, que l'audience, ou une audience séparée pour entendre les témoins et les experts, sera tenue entièrement ou partiellement en vidéoconférence, décider de la valeur du litige pour la perception des frais de procédure⁶ et des plafonds des frais recouvrables⁷ et ordonner aux parties de présenter une estimation préliminaire des frais de justice dont elles ont l'intention de solliciter le recouvrement. On le voit, si le nom de cette conférence n'est pas inconnu aux praticiens français, son contenu pourra être infiniment plus copieux. D'autant que, en principe, elle sera unique. Il ne s'agit pas de contrôler périodiquement le déroulement de l'instruction de l'affaire (le cadencement y pourvoit). Il s'agit de vérifier, une fois cette instruction terminée, que tout est bien en ordre pour l'audience.

11 - L'audience est essentiellement consacrée aux explications orales des parties. – La procédure orale (puisque c'est ainsi que l'Accord et le règlement appellent l'audience) n'a donc pour but que d'offrir « *aux parties l'occasion d'exposer dûment leurs arguments* ». En cela, et il faut le rappeler, alors même que le Royaume-Uni a participé à la rédaction de l'Accord, celui-ci a fait un choix de système procédural fondamentalement différent de celui de la *common law* dans lequel, comme devant nos cours d'assises, la procédure est essentiellement orale et centrée sur une audience qui peut durer, en matière de brevets, plusieurs jours, voire plusieurs semaines, puisque c'est de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire (*cross-examination*), au long cours, des témoins et experts qu'est attendue la vérité. Au contraire, devant la Juridiction unifiée du brevet, les témoins et experts ne seront entendus que s'ils ont d'abord rédigé des déclarations écrites et que si la Juridiction estime leur audition indispensable. Rien, donc, qui puisse surprendre un justiciable français et ses conseils. Sinon, peut-être, qu'ils doivent s'attendre à un rôle plus actif des juges à l'audience. Pouvant consacrer plus de temps à sa préparation, il est probable que les juges de la Juridiction, à l'instar des juges allemands, ne se borneront pas à un rapport aride, mais qu'ils indiqueront les points précis sur lesquels ils attendent des explications des parties.

12 - Les mesures provisoires et conservatoires sont disponibles. – L'article 62 de l'Accord énumère les mesures provisoires et conservatoires que la Juridiction unifiée du brevet peut ordonner. Il s'agit principalement de l'interdiction provisoire de se livrer à la contrefaçon, voire de la saisie conservatoire des produits argués de contrefaçon et même du blocage des avoirs mobiliers (y compris bancaires) et immobiliers du prétendu contrefacteur (au regard de la large palette offerte par cet article 62, l'article 61 sur le gel des avoirs fait pâle figure, puis-

5. Règle 101.

6. Règle 370, § 6, j.

7. Règle 152, § 3.

qu'il ne permet qu'une interdiction faite à une partie de disposer de ses biens, sans en transférer le contrôle au demandeur à la mesure). Pour la préservation des droits du défendeur, l'article 62 renvoie aux paragraphes 5 à 9 de l'article 60 relatifs aux conditions dans lesquelles une mesure de conservation des preuves (saisie-contrefaçon) peut être ordonnée de façon non contradictoire. Le juriste cartésien aura, préalablement, francé le sourcil à la lecture de l'article 32 c, de l'Accord qui vise « *les actions visant à obtenir des mesures provisoires et conservatoires et des injonctions* » qu'il aurait qualifiées, plutôt qu'actions, d'incidents de la procédure principale ou de préalables à cette procédure. Les règles 205 à 213 du règlement précisent les modalités de leur mise en œuvre. Une innovation pourra surprendre le praticien français : celle du mémoire préventif de la règle 207, transposition du *schutzschrift* allemand, qui permet à la personne ou entreprise qui a des raisons de penser qu'une mesure provisoire⁸ va être réclamée à son encontre sans qu'elle soit appelée, de faire connaître, à titre préventif, à la Juridiction les raisons pour lesquelles cette mesure ne doit pas être ordonnée. Le praticien français pourra aussi être perplexe face à l'introduction du concept de « *balance des intérêts* », importé de la *common law*, que la règle 211, paragraphe 3 prescrit à la Juridiction de prendre en compte avant d'octroyer des mesures provisoires (« *Pour statuer, la Juridiction, en exerçant son pouvoir de discrétion, peut prendre en compte les intérêts des parties et, notamment, les effets préjudiciables éventuels pour l'une ou l'autre des parties résultant de sa décision de prononcer ou non l'injonction en question.* »).

13 - L'appel est largement ouvert. – Les articles 73 et 74 de l'Accord ouvrent assez largement la faculté d'appel contre les décisions du tribunal de première instance. Ils prévoient aussi que, par principe, l'appel n'a pas d'effet suspensif (sauf pour les demandes en nullité de brevet et pour les autres demandes et sauf décision de suspension prise par la cour d'appel). Ils précisent, enfin, que, lorsqu'il concerne une décision interlocutoire, l'appel n'empêche pas la poursuite de la procédure au principal. La règle 220 du règlement détaille les facultés d'appel, notamment au sujet des décisions préparatoires ou interlocutoires (un appel immédiat, indépendamment de la décision au fond n'est possible que sur autorisation du tribunal ou, en cas de refus, sur décision de « *révision discrétionnaire* » du juge de permanence de la cour d'appel qui peut l'admettre ou la rejeter « *sans en donner les raisons* »).

14 - L'interdiction de récidiver, en cas de condamnation pour contrefaçon, devrait rester de règle. – De nombreuses discussions ont eu lieu, surtout à l'étranger, sur le point de savoir si, en cas de condamnation pour contrefaçon, une interdiction de récidiver serait de droit, comme c'est le cas dans la plupart des pays de droit civil en Europe, ou bien si elle pourrait être refusée. L'article 63 de l'Accord donne la faculté à la Juridiction de prononcer une telle interdiction (« *Lorsqu'une décision constatant la contrefaçon d'un brevet est rendue, la Juridiction peut prononcer à l'encontre du contrefacteur une injonction visant à interdire la poursuite de la contrefaçon* »). Dans la mesure où chacun s'accorde à reconnaître qu'il est de la nature même du droit conféré par le brevet d'être un droit « *exclusif* » (c'est-à-dire le droit d'exclure autrui de l'utilisation de l'invention), il est de cette même nature qu'une interdiction de récidiver soit prononcée en cas de contrefaçon. Les imaginations fertiles ont échafaudé des scénarios théoriques dans lesquels un cas de conscience pourrait se poser aux juges, notamment lorsque la santé publique est en jeu. Mais force est de reconnaître que les mécanismes existant déjà dans le droit des brevets (notamment

celui de la licence obligatoire) permettent de résoudre ces situations sans émasculer le droit du breveté. Il ne faut donc pas s'attendre à ce que, en pratique, la jurisprudence continentale prononçant systématiquement des interdictions de récidiver soit remise en cause. On notera, pour terminer, que, en cas de non-respect de l'injonction ainsi prononcée, une astreinte sera exigible. Mais elle sera à payer à la Juridiction et non, comme en France, au bénéficiaire de la condamnation. La pratique dira si les brevetés victorieux s'engageront dans des procédures de liquidation d'astreinte alors que le lot à gagner doit revenir à la Juridiction.

2. Territoires de prudence

15 - La période transitoire et ses délices procédurales. – Les rédacteurs de l'Accord relatif à une Juridiction unifiée du brevet n'ont pas voulu changer les règles du jeu en cours de partie pour les titulaires de brevets européens « *classiques* », déposés avant l'entrée en vigueur de l'Accord. Ils leur ont donc permis de décider de rester en dehors du système judiciaire nouveau résultant de cet Accord. Les titulaires de tels brevets peuvent donc décider de déroger à la compétence de la nouvelle juridiction en souscrivant auprès de son greffe une déclaration de dérogation (*opt-out*). Cette faculté peut être exercée pendant les 7 années qui suivront l'entrée en vigueur de l'Accord (période renouvelable une fois sur décision du comité administratif de la Juridiction). En outre, pendant la même période, les juridictions nationales demeureront compétentes, concurrentement avec la Juridiction unifiée du brevet, pour une large part du contentieux des brevets européens « *classiques* ». En définitive, seuls les brevets européens à effet unitaire, qui pourront être délivrés à compter de l'entrée en vigueur de l'Accord, relèveront de la seule compétence de la Juridiction unifiée du brevet sans possibilité de dérogation. Ces dispositions transitoires vont, vraisemblablement donner lieu à un contentieux nourri. Il pourra concerner la validité des déclarations de dérogation (*opt-out*). Mais les délices procédurales viendront plus probablement de la compétence concurrente laissée aux juridictions nationales. Quelle loi devront-elles adopter quant au fond du droit (la loi nationale ou l'Accord, qui peuvent différer, par exemple sur la définition des actes de contrefaçon, notamment sur l'exception dite Bolar au sujet des essais cliniques pour la mise sur le marché d'un médicament) ? Quid si la validité d'un brevet est contestée par une action en nullité devant la Juridiction unifiée du brevet, tandis qu'il est invoqué au soutien d'une demande en contrefaçon devant une juridiction nationale (ou réciproquement) : sursis à statuer ou pas ? Quelles actions, précisément, peuvent être engagées devant les juridictions nationales (car l'article 83, paragraphe 1 de l'Accord peut être interprété comme signifiant que seules les actions en contrefaçon ou en nullité sont visées alors que le bon sens voudrait que puissent aussi être engagées devant les juridictions nationales des actions en déclaration de non-contrefaçon). Bref : des batailles procédurales homériques sont à prévoir.

16 - Les facultés de « bifurcation » et de renvoi peuvent surprendre. – Sur ce point aussi, les rédacteurs de l'Accord n'ont pas voulu changer les habitudes judiciaires en vigueur dans les États membres (l'Allemagne notamment) qui connaissent un système juridictionnel séparé pour les actions en contrefaçon (devant les juridictions judiciaires) et pour les actions en nullité (devant des juridictions séparées, plus proches du contentieux administratif). Ils ont pensé que, dans ces États, les juges de la contrefaçon seraient timides et hésiteraient à trancher les questions de validité. La pratique dira si ce préjugé était fondé ou si, au contraire, les juges des États où les questions de validité leur étaient interdites ne seront pas ravis de pouvoir désormais en

8. *Et même de conservation des preuves, V. règle 194, § 6.*

connaître. Toujours est-il que, dans le scénario typique où le défendeur à une action en contrefaçon devant une division locale ou régionale objecte la nullité du brevet, cette division a la faculté soit de statuer tant sur l'action en contrefaçon que sur la demande reconventionnelle en nullité (après adjonction d'un juge qualifié sur le plan technique), soit de renvoyer la demande reconventionnelle en nullité devant la division centrale pour décision et de suspendre l'action en contrefaçon ou de statuer sur celle-ci, soit, enfin, avec l'accord des parties, de renvoyer l'affaire devant la division centrale pour décision. L'auteur de cette étude prend le pari que les cas de renvoi partiel ou total de l'affaire à la division centrale seront rarissimes.

17 - La célérité de la procédure (durée limitée à un an) contraindra à la mise en œuvre d'équipes importantes. – La célérité de la procédure a été l'une des raisons principales de l'institution de la Juridiction unifiée du brevet. Les milieux intéressés déploreraient la durée des procédures dans plusieurs pays de l'Union européenne et désiraient ardemment une solution leur permettant d'obtenir une décision dans un délai compatible avec les exigences de la vie des affaires. L'objectif de mener à terme la procédure de première instance en une année a donc toujours été au cœur des préoccupations des rédacteurs de l'Accord comme du règlement. Ainsi, le paragraphe 7 du préambule explicite-t-il : « *la procédure doit être menée pour permettre normalement la tenue de l'audience finale sur les questions de contrefaçon et de validité en première instance dans un délai d'un an* ». Cet objectif est louable et il est quelquefois atteint dans certains pays (au Royaume-Uni par exemple). Mais c'est au prix de délais d'instruction très serrés. On l'a dit : le défendeur à une action en contrefaçon ne disposera que de trois mois pour présenter son mémoire en défense, y compris pour formuler une demande reconventionnelle en nullité, et pour produire les pièces y afférentes, le demandeur devra répliquer sous deux mois et le défendeur, s'il veut déposer un mémoire en duplique, devra le faire sous un mois. S'il veut élever une objection préliminaire, sur la compétence de la Juridiction ou de la division devant laquelle il est attiré, ou sur la langue de procédure, le défendeur devra le faire dans le délai d'un mois à compter de la signification du mémoire en demande et le demandeur disposera de quatorze jours pour y répondre. Ces délais sont extrêmement brefs. Ils ne pourront être tenus qu'en constituant des équipes structurées aussi bien dans les entreprises concernées que dans les cabinets de leurs conseils.

18 - Justice must be paid to be done. – La gratuité du service public français de la justice ne sera pas applicable devant la Juridiction unifiée du brevet. En effet, les États membres n'ont pas voulu s'engager à financer, dans le long terme, son activité. Et ils ont pensé que, puisque les titulaires de brevets s'accommodaient bien du système allemand dans lequel il faut payer pour obtenir justice, ils s'en accommoderaient aussi devant la nouvelle juridiction. Ils l'ont donc mis en œuvre par les articles 36 et 37 de l'Accord. Le tableau des frais de procédure a été arrêté le 8 juillet 2022 par le comité administratif⁹. Pour une demande en contrefaçon, il comprend un montant fixe de 11 000 € et un montant proportionnel à la valeur en litige (par exemple, 4 000 € pour une valeur en litige de 1 000 000 € et 32 000 € pour une valeur en litige de 5 000 000 €). Pour une demande en nullité, le montant est fixe : 20 000 €.

19 - Même si les actions sont « nommées », les principes généraux de procédure sont communs et lisibles. – Le juriste français, si habitué à aller du général au particulier, cherchera en vain les

« *dispositions communes à toutes les actions* » suivies de leurs variations pour chaque type d'action. Le règlement suit, en effet, une démarche plus pragmatique en nommant les six types d'actions dont peut connaître la Juridiction unifiée du brevet (action en contrefaçon, action en nullité, action en constatation de non-contrefaçon, actions prévues à l'article 33, § 5 et 6 de l'Accord, action en réparation concernant les licences sur le fondement de l'article 8 du règlement (UE) n° 1257/2012, action contre des décisions prises par l'office européen des brevets dans l'exercice des tâches visées à l'article 9 du règlement (UE) n° 1257/2012). Hors de cette liste, point de salut. Commencant par l'action en contrefaçon, le règlement énonce en détail son déroulé qui, de fait, va constituer une référence pour les autres actions. De ce fait, les renvois vers l'amont vont être nombreux : par exemple, le règlement renvoie à plusieurs dizaines de reprises à la règle 13 qui fixe le contenu du mémoire en demande. Cette démarche peut dérouter. Malgré tout, les principes généraux de procédure mis en œuvre dans la procédure en contrefaçon sont communs et lisibles.

20 - Le « chargement frontal » (concentration procédurale) pourra dépayser les adeptes de la distillation des preuves et arguments. – Dès le préambule, le règlement pose un principe de concentration procédurale que les praticiens ont baptisé, en langage imagé « *front loading* » (*chargement frontal*) : « *Les parties doivent... exposer l'intégralité de leur affaire le plus tôt possible au cours de la procédure* ». Il est mis en œuvre par la règle 9, paragraphe 2 : « *La Juridiction peut ne tenir aucun compte de toute diligence, fait, preuve ou argument qu'une partie n'a pas accompli ou soumis dans un délai fixé par la Juridiction ou par le présent règlement* ». On est bien loin de la distillation que l'on rencontrait jadis dans les écritures sibyllines des avoués (« *Ainsi qu'il sera démontré au tribunal...* »). Dans une démarche de concentration procédurale, les parties doivent donc exposer les éléments de leur cas le plus tôt possible.

21 - Le rôle du greffier est infiniment plus large que dans la justice civile française. – La particularité du greffe de la Juridiction unifiée du brevet, au moins à des yeux français, réside dans l'étendue de ses pouvoirs et des attributions qui lui sont confiées. Le greffe aura, en effet, la charge de procéder à un examen « *formel* » de tous les mémoires déposés par les parties et pourra les « *inviter* » à remédier aux insuffisances ou manquements dans un délai de 14 jours. Si son invitation n'est pas suivie d'effet, une décision « *par défaut* » pourra s'ensuivre. Le greffe aura, par ailleurs, la charge de procéder à la notification de tous les mémoires déposés, y compris le mémoire introductif d'instance. On prêterait garde à la disposition redoutable de la règle 14, paragraphe 4 : « *Le greffier renvoie tout mémoire déposé dans une langue autre que la langue de procédure* » dont on peut se demander si elle respecte les règles du procès équitable (le greffier n'est pas un juge ; s'il renvoie un mémoire, il n'en restera aucune trace ; aucun recours n'est ouvert).

22 - La saisie-contrefaçon sera plus difficile à obtenir et à mettre en œuvre. – L'article 60 de l'Accord « *Ordonnance de conservation des preuves et de descente sur les lieux* » distingue, dans son titre et dans son libellé, deux mesures qui sont souvent pratiquées ensemble dans la saisie-contrefaçon française : la collecte d'éléments de preuve et l'inspection des locaux où se trouvent ces éléments. Le chapitre 4 du règlement détaille la marche à suivre pour sa mise en œuvre. Il applique les principes énoncés par les articles 6 et 7 de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Mais il le fait avec un désamour manifeste pour la saisie-contrefaçon. On le voit dans l'ensemble du chapitre, mais, surtout dans la règle 197 sur l'ordonnance de conservation des preuves sans audition du défendeur (qui est le droit commun en France). Une telle mesure ne peut être ordonnée que si « *tout*

9. Il est accessible, dans les trois langues sur le site de la Juridiction, dans la section « *Legal documents* » : www.unified-patent-court.org/en/court/legal-documents (visité le 19 févr. 2023).

retard est susceptible de causer un préjudice irréparable au requérant » (cas d'une foire exposition de très brève durée, par exemple) ou « lorsqu'il existe un risque démontrable que les preuves puissent être détruites ou qu'elles ne soient plus disponibles ». C'est sur ce dernier point que la barre est haute : il est difficile de « démontrer » que les preuves peuvent être détruites ou disparaître. Il faut donc espérer que les juges européens compenseront ce handicap en acceptant plus libéralement que ne le font aujourd'hui les juges français les preuves apportées par d'autres moyens que la saisie-contrefaçon (achat en magasin, par exemple).

23 - L'irrecevabilité des preuves nouvelles en appel pourra surprendre. – Un autre aspect du principe de concentration des preuves est appliqué en degré d'appel. La règle 222 « *Objet de la procédure devant la Cour d'appel* » pose en principe que le dossier de première instance constitue l'objet de la procédure devant la cour d'appel avant de préciser, dans un paragraphe 2, que « *Les requêtes, faits et moyens de preuve qui n'ont pas été soumis par une partie au cours de la procédure devant le Tribunal de première instance peuvent ne pas être pris en compte par la Cour d'appel* ». Le pouvoir d'admettre ou non des demandes ou des preuves nouvelles est discrétionnaire et ne sera soumis à aucun contrôle. De quoi désarçonner, encore une fois, ceux qui pratiquaient l'art de la distillation des demandes et arguments jusqu'en degré d'appel.

24 - La cour d'appel statuera en ultime ressort. – L'absence de tout contrôle de cassation contre les décisions de la cour d'appel de la Juridiction unifiée du brevet est assurément l'une des principales critiques formulées contre cette juridiction par les théoriciens du droit. Elle s'explique par le souhait de ne pas faire décider en ultime ressort les questions de droit des brevets qui demandent une grande expérience pratique (activité inventive, contrefaçon par équivalence, par exemple) par des juges de cassation n'en ayant jamais connu avant de s'asseoir sur leur siège suprême. Les milieux intéressés ont préféré une justice imparfaite mais prévisible à une justice meilleure mais moins prévisible. L'Accord est signé ainsi et il faut s'en accommoder. Des garanties sont cependant données pour que la justice rendue par la cour d'appel de la Juridiction unifiée du brevet soit de la meilleure qualité possible. Notamment, la règle 238A permet à une chambre de la cour d'appel de renvoyer une affaire en assemblée plénière si « *l'affaire revêt une importance exceptionnelle et en particulier lorsque la décision est susceptible d'affecter la cohérence et l'unité de la jurisprudence de la Juridiction* ». Ce sont alors dix juges spécialisés qui statueront à la majorité des trois-quarts. N'est-ce pas une aussi bonne garantie que de confier la décision ultime à une chambre de cassation statuant en formation restreinte de trois juges dont un seul, quelquefois, a une expérience du contentieux des brevets d'invention ?

3. Territoires de découvertes

25 - La langue de procédure de première instance devant les divisions locales et régionales. – La question de la langue de procédure ne se pose plus pour la France depuis le 25 août 1539, date de l'ordonnance de Villers-Cotterêts. C'est tout autre chose pour l'Europe, dont Umberto Eco a pu dire que la langue était la traduction. Cette question a même été l'une de celles qui ont fait achopper de nombreux projets dans le domaine du contentieux des brevets d'invention. La solution retenue par les rédacteurs de l'Accord répond aussi bien aux exigences patriotiques qu'aux ambitions mondialistes. Une première disposition satisfera les patriotes : la langue de procédure de première instance, devant une division locale sera la langue officielle ou l'une des langues officielles de l'État membre qui accueille cette division ; devant

une division régionale ce sera la langue officielle désignée par les États membres qui partagent cette division. Une seconde disposition plaira aux mondialistes : les États membres peuvent toutefois désigner, en sus, une ou plusieurs langues officielles de l'Office européen des brevets comme langue de procédure de leur division locale ou régionale. Plusieurs États ont déjà fait connaître leurs intentions en ce sens. Notamment, la France devrait permettre que les procédures devant la division locale française se déroulent, en plus du français, en allemand et en anglais. D'ailleurs, toutes les divisions locales et régionales dont la création est prévue à ce jour (elles sont au nombre de quatorze) devraient permettre que les procédures se déroulent en anglais. L'Accord JUB prévoit toutefois les cas dans lesquels la procédure peut se dérouler dans la langue dans laquelle le brevet a été délivré (donc l'allemand, le français ou l'anglais, les trois langues officielles de l'Office européen des brevets) si une partie (ou les deux) le demandent.

26 - « Language shopping » ?. – On vient de le voir, devant les divisions nationales et régionales, il arrivera souvent que la procédure puisse être conduite en plusieurs langues. Dans ce cas, le choix de la langue de procédure appartiendra au demandeur. Le « *forum shopping* » déjà évoqué, inclura donc une composante de « *language shopping* ». Chaque fois que les règles de compétence lui permettront de choisir la division locale ou régionale devant laquelle il souhaite porter son affaire, le demandeur tiendra compte de la langue qu'il pourra utiliser. Ce choix sera d'autant plus vaste que, on l'a vu, il sera très souvent possible de porter une affaire devant la division centrale qui pratiquera la langue du brevet. Ainsi, par exemple, le demandeur néerlandais, qui préfère plaider dans sa langue ne pourra le faire que devant la division locale néerlandaise et, sous certaines conditions, devant la division locale belge. Mais le demandeur suédois qui souhaite mener la procédure dans sa langue devra se garder de saisir la division régionale baltique (créée entre la Suède et les trois États baltes), car, devant cette division, seule devrait être pratiquée la langue anglaise ; ce demandeur suédois sera mieux avisé de saisir la division finlandaise dont les trois langues de procédure devraient être le finnois, l'anglais et... le suédois !

27 - La langue de procédure de première instance devant la division centrale. – La solution est, ici, beaucoup plus simple : la langue de procédure devant la division centrale est la langue dans laquelle le brevet en cause a été délivré (donc l'allemand, l'anglais ou le français). Cette règle ne souffre aucune exception. Étant rappelé que la division centrale fera également office de division « *locale* » pour les États membres qui ont choisi de ne pas créer une telle division sur leur territoire, il sera possible à un demandeur allemand, titulaire d'un brevet délivré en allemand, qui souhaite attaquer en contrefaçon un concurrent italien qui distribue les produits incriminés partout en Europe sauf en Allemagne (pour ne pas venir dans la gueule du loup...) de saisir la division centrale qui sera compétente pour les faits de contrefaçon allégués sur les territoires de la Bulgarie, du Luxembourg ou de Malte. Dans ce cas, la langue de procédure sera obligatoirement celle du brevet et le demandeur allemand obtiendra de plaider dans sa langue contre le défendeur italien.

28 - La langue de procédure devant la cour d'appel. – Là encore, la règle est simple : la langue de procédure devant la cour d'appel est celle qui a été utilisée devant le tribunal de première instance. Il est toutefois permis aux parties de choisir ensemble d'utiliser la langue dans laquelle le brevet a été délivré. Et il est ajouté par l'article 50, paragraphe 3 de l'Accord JUB, « *Dans des cas exceptionnels et dans la mesure où cela est approprié, la cour d'appel peut décider d'utiliser, pour tout ou partie de la procédure, une autre langue officielle d'un État membre contractant comme langue de procédure, sous réserve*

de l'accord des parties ». Grâce à cette disposition, la cour d'appel de la Juridiction unifiée du brevet, si elle est saisie d'un appel contre un jugement rédigé dans une langue moins pratiquée que les autres (le danois, le finnois, l'italien, le néerlandais ou le suédois) pourra décider de passer à une autre langue qui sera, on peut l'augurer, l'anglais.

29 - Juges multinationaux. – La Juridiction unifiée du brevet siègera toujours en formation multinationale, en principe, en première instance, de trois juges (les divisions situées dans des États ayant une pratique importante du contentieux des brevets d'invention compteront deux juges de l'État de la division et un juge d'une autre nationalité ; les divisions situées dans des États ayant une moindre pratique de ce contentieux compteront un seul juge de l'État de la division et deux juges d'une autre nationalité). On peut penser que le juge du pool qui viendra siéger avec les deux juges de l'État de la division sera choisi, entre autres, pour sa maîtrise de la langue de cet État. Mais il n'est pas sûr qu'il se trouve assez de juges maîtrisant l'allemand judiciaire pour compléter les quatre divisions allemandes. Le même problème peut se poser pour la division locale de Paris. Les représentants des parties devront tenir compte de la présence dans la formation de jugement d'un juge dont leur langue maternelle ne sera pas la langue maternelle. Les références culturelles franco-françaises et les allusions politiques nationales ne seront pas toujours comprises par ce juge venant d'ailleurs.

30 - Juges techniciens. – La Juridiction unifiée du brevet comprendra des juges « *qualifiés sur le plan juridique* » et des juges « *qualifiés sur le plan technique* », comme les juridictions spécialisées en matière de brevets d'invention de certains États membres de l'Union européenne. En principe, les trois juges de la division locale de première instance seront des juges qualifiés sur le plan juridique, mais ils pourront, dans certains cas, être rejoints par un ou plusieurs juges qualifiés sur le plan technique. À la division centrale, deux des trois juges seront qualifiés sur le plan juridique et le troisième sera qualifié sur le plan technique. Les formations de la cour d'appel, également multinationales, comporteront cinq juges, trois juges qualifiés sur le plan juridique et deux juges qualifiés sur le plan technique ; elle pourra siéger en assemblée plénière pour les affaires de principe. Là encore, les praticiens français devront apprendre à parler à ces juges techniciens qui n'attendent pas forcément des parties les mêmes codes de communication que les juges juristes.

4. Territoires de dangers

31 - Notifications par le greffe. – Le régime des notifications des demandes et des décisions surprendra certainement beaucoup les praticiens français. D'un côté, ils n'auront plus à se préoccuper de faire délivrer l'acte introductif d'instance par un huissier de justice. En effet, les règles 270 à 279 du règlement prévoient, notamment, que c'est le greffe qui s'occupera de signifier le mémoire en demande au défendeur. Mais, d'un autre côté, ces mêmes praticiens devront réaliser, s'agissant de la notification des décisions de la Juridiction, que c'est la notification à leur adresse électronique qui fera, ensuite, courir tous les délais, d'appel ou pour déclencher le décompte de l'astreinte, notamment. Finie la séquence obligée commençant par la réception d'une copie « *officieuse* » du jugement, suivie de l'attente de la « *grosse* », la copie officielle revêtue de la formule exécutoire, puis de la notification à avocat, préalable nécessaire à la signification à partie par acte d'huissier de justice, qui, seule, faisait courir les délais. La communication par le greffe de la décision aux représentants des parties, dès son prononcé, par message électronique fera courir tous les délais. La vigilance s'imposera.

32 - Objections préliminaires. – C'est par la voie procédurale de l'objection préliminaire, et elle seule, que le défendeur pourra contester la compétence de la Juridiction (par exemple, si le breveté a exercé sa faculté d'*opt-out*), la compétence de la division indiquée par le demandeur ou la langue du mémoire en demande. Le régime procédural des objections préliminaires est draconien. Elles devront être formées par un mémoire spécifique déposé dans le délai d'un mois à compter de la signification du mémoire en demande. À noter que l'objection préliminaire doit être établie dans la langue de procédure choisie par le demandeur (même lorsque le but de l'objection préliminaire est de contester l'usage de cette langue). Le demandeur pourra répondre à cette objection préliminaire dans les 14 jours. La décision est prise par le juge-rapporteur. Elle est généralement susceptible d'appel immédiat. Les délais sont brefs pour les deux parties. D'autant que la présentation d'une objection préliminaire ne suspend pas les délais de dépôt des mémoires sur le fond (même si on conteste la compétence de la Juridiction unifiée du brevet, il faudra déposer sa défense au fond dans les 3 mois).

33 - Des audiences high tech. – La conférence de mise en état ainsi que l'audience font l'objet d'un enregistrement audio (qui n'est pas remis aux parties ; elles peuvent seulement venir l'écouter, après l'audience, dans les locaux de la Juridiction). Une partie peut demander l'organisation d'une interprétation simultanée pendant les audiences. Si le juge-rapporteur l'estime appropriée, cette interprétation est aux frais de la Juridiction et son coût est compris dans les frais de procédure. Si le juge-rapporteur ne l'estime pas appropriée, l'interprétation simultanée peut cependant être organisée à ses frais par une partie. La vidéoconférence peut être utilisée de plusieurs manières pour les audiences. D'abord, une partie, un représentant ou une personne accompagnante peut demander à assister à l'audience par vidéoconférence. Ensuite, une partie, des témoins ou des experts peuvent être entendus par vidéoconférence. Enfin, l'audience peut être tenue par vidéoconférence si toutes les parties l'acceptent ou si la Juridiction le considère approprié compte-tenu des circonstances (le Covid a laissé des traces).

34 - Décisions par défaut. – Le jugement rendu par défaut a presque disparu en procédure civile française (il n'existe plus que dans le cas, bien particulier, de l'article 473 du Code de procédure civile : « *Lorsque le défendeur ne comparait pas, le jugement est rendu par défaut si la décision est en dernier ressort et si la citation n'a pas été délivrée à personne* »). Dans le règlement de procédure de la Juridiction unifiée du brevet, le concept de « *Décision rendue par défaut* » est l'objet de la partie 5, chapitre 11¹⁰. Il ne sanctionne pas seulement le défaut de comparution, mais aussi le défaut de diligence procédurale. On peut espérer que, dans ce dernier cas, il sera mis en œuvre avec discernement par les juges européens. Ils devront, quoi qu'il en soit, vérifier que la demande est bien fondée. Il sera, tout de même, possible de demander à la Juridiction de rapporter la décision rendue par défaut (ce que notre procédure appelle « *opposition* »).

35 - Libre accès du public aux pièces et actes de la procédure. – L'accès du public aux documents de la procédure peut être une source de graves difficultés pour les praticiens ignorants ou insouciantes. Son régime a d'ailleurs été l'objet de vives discussions. Tous les projets de règlement de procédure prévoyaient, depuis 2009, que la Juridiction unifiée du brevet serait une maison de verre : toutes les pièces et documents des procès ainsi que toutes les décisions devaient être accessibles en ligne, sauf si elles contenaient des informations confidentielles, auquel cas les parties pouvaient demander que l'accès y soit restreint. C'est,

10. Règles 355 à 357.

peu ou prou, le régime qui prévaut à l'Office européen des brevets, notamment, pour les procédures d'opposition et de recours. Toutefois, de façon surprenante, lors de la révision finale du projet de règlement en vue de son approbation formelle par le comité administratif de la Juridiction, début 2022, ce principe fut renversé : il fut, en effet, envisagé, que les dossiers et les décisions ne seraient accessibles que sur demande motivée, sur décision du juge-rapporteur après avis des parties. Ce régime d'opacité provoqua une levée de boucliers des milieux intéressés. Fort heureusement, la question fut remise sur le métier et la règle 262 « *Accès du public au registre* », telle qu'adoptée, revient à plus de transparence. Son premier paragraphe dispose d'abord, sous la lettre a, que « *les décisions et ordonnances rendues par la Juridiction sont publiées* ». La visibilité de la jurisprudence est ainsi assurée. Il dispose ensuite, sous la lettre b, que « *les mémoires et preuves déposés auprès de la Juridiction et inscrits au registre sont accessibles au public sur demande motivée au greffe. La décision est prise par le juge-rapporteur après consultation des parties* ». On peut regretter que le texte ne précise pas quels motifs sont pertinents pour accéder aux dossiers. La règle 262 organise ensuite, dans son deuxième paragraphe, la protection des informations confidentielles. En résumé, la partie qui estime que les mémoires ou pièces qu'elle dépose dans le cadre de son procès contiennent de telles informations doit, au moment où elle les dépose, en fournir deux versions : la version destinée à la Juridiction et une version expurgée des informations confidentielles. En principe, seule cette dernière version sera, éventuellement accessible au public sur décision du juge-rapporteur (il est toutefois prévu que, si le requérant démontre un intérêt particulier à avoir accès à ces informations confidentielles, la Juridic-

tion pourra le lui permettre après avoir entendu les parties). Enfin, la règle 262A, ajoutée début 2022, organise la pratique des cercles de confidentialité qui consiste à réserver l'accès des informations les plus confidentielles contenues dans les mémoires et pièces d'une partie, à un nombre restreint de personnes, identifiées individuellement, du camp adverse. Les praticiens français, habitués à évoluer dans un environnement judiciaire où les écrits des parties et les pièces qui les accompagnent sont inaccessibles, sauf par la présentation qui en est faite à l'audience et par l'analyse que peut en contenir le jugement (et sous réserve de l'application des dispositions introduites par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires) devront être vigilants : c'est au moment où ils déposeront leurs documents qu'ils devront prendre leurs précautions. Après ce sera trop tard. Pas de pilule de confidentialité du lendemain devant la Juridiction unifiée du brevet.

Conclusion

36 - La procédure devant la Juridiction unifiée du brevet ne devrait pas dépayser outre mesure les praticiens français. Les principes directeurs du procès sont les mêmes que ceux de notre Code de procédure civile. Mais elle présente quelques particularités qu'ils ne devront pas ignorer. La principale d'entre elles est la brièveté des délais, contrepartie indispensable pour atteindre l'objectif voulu par les États membres lors de la rédaction de l'Accord du 19 février 2013 : juger une affaire de contrefaçon de brevet d'invention pour le territoire des principaux pays d'Europe en un an. ■