

N° 30

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2001-2002

Annexe au procès-verbal de la séance du 17 octobre 2001

RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale⁽¹⁾ sur la proposition de résolution, présentée en application de l'article 73 bis du Règlement par M. Xavier DARCOS, au nom de la délégation pour l'Union européenne, sur la proposition de règlement du Conseil sur le **brevet communautaire** (n° E-1539),*

Par M. Roger KAROUTCHI,

Sénateur.

⁽¹⁾ Cette commission est composée de : M. René Garrec, *président* ; M. Patrice Gélard, Mme Dinah Derycke, MM. Pierre Fauchon, José Balareello, Robert Bret, Georges Othily, *vice-présidents* ; MM. Jean-Pierre Schosteck, Laurent Béteille, Jacques Mahéas, Jean-Jacques Hyst, *secrétaires* ; M. Jean-Paul Amoudry, Mme Michèle André, M. Robert Badinter, Mme Nicole Borvo, MM. Charles Ceccaldi-Raynaud, Christian Cointat, Raymond Courrière, Jean-Patrick Courtois, Marcel Debarge, Michel Dreyfus-Schmidt, Gaston Flosse, Jean-Claude Frécon, Jean-Claude Gaudin, Charles Gautier, Paul Girod, Daniel Hoeffel, Pierre Jarlier, Roger Karoutchi, Lucien Lanier, Jacques Larché, Gérard Longuet, Mme Josiane Mathon, MM. Jacques Peyrat, Jean-Claude Peyronnet, Henri de Richemont, Josselin de Rohan, Bernard Saugey, Jean-Pierre Sueur, Simon Sutour, Alex Türk, Maurice Ulrich, Jean-Paul Virapoullé, François Zocchetto.

Voir le numéro :

Sénat : 118 (2000-2001)

Union européenne.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION	4
EXPOSÉ GÉNÉRAL	5
I. LA SITUATION ACTUELLE	5
A. UN DÉFICIT DE BREVETS FRANÇAIS HANDICAPANT	6
1. <i>Un constat inquiétant</i>	6
2. <i>...du à une conjonction de facteurs</i>	7
B. DES RÉFORMES INDISPENSABLES ENFIN RELANCÉES.....	10
1. <i>Les origines du brevet communautaire</i>	11
2. <i>Le droit des brevets en chantier</i>	12
II. LA PROPOSITION DE RÈGLEMENT COMMUNAUTAIRE	13
A. L'IMBRICATION DES SYSTÈMES EUROPÉEN ET COMMUNAUTAIRE	13
1. <i>Une symbiose avec le brevet européen</i>	13
2. <i>Les caractéristiques du brevet communautaire</i>	14
B. LES ÉLÉMENTS INNOVANTS.....	15
1. <i>La limitation des obligations de traduction du brevet délivré</i>	15
2. <i>L'harmonisation du contentieux</i>	20
C. LA POSITION DE LA DÉLÉGATION FRANÇAISE.....	22
1. <i>Sur le volet linguistique</i>	22
2. <i>Sur le plan contentieux</i>	24
III. LA PROPOSITION DE RÉOLUTION DE LA DÉLÉGATION POUR L'UNION EUROPÉENNE	25
A. UN SOUTIEN CONDITIONNEL À LA PROPOSITION DE RÈGLEMENT.....	26
1. <i>La préservation du français comme langue officielle</i>	26
2. <i>L'exigence d'une juridiction communautaire centralisée</i>	27
B. LE RAPPEL DE THÈMES RÉCURRENTS LIÉS AU DOMAINE DE BREVETABILITÉ.....	27
1. <i>Une position en faveur de la brevetabilité des logiciels informatiques au niveau communautaire</i>	27
2. <i>La nécessaire coordination de la réglementation de la brevetabilité du vivant aux niveaux européen et communautaire</i>	29
IV. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION DES LOIS	31
A. APPROUVER PLEINEMENT LA PROPOSITION DE RÉOLUTION ET L'ACTUALISER.....	31
1. <i>La nécessité d'une défense stratégique de la langue française</i>	31
2. <i>La définition d'une base juridique à Nice : une première revendication satisfaite</i>	33
3. <i>La brevetabilité du vivant</i>	35

B. DES PRÉCISIONS NÉCESSAIRES.....	37
1. <i>La nécessité d'une juridiction communautaire dès la première instance</i>	<i>37</i>
2. <i>S'opposer de manière énergique à une décentralisation et à la sous-traitance des offices nationaux.....</i>	<i>38</i>
3. <i>La définition de critères de brevetabilité des logiciels</i>	<i>39</i>
 PROPOSITION DE RÉOLUTION	 42
 ANNEXE PROPOSITION DE RÉOLUTION N° 118 (2000-2001) PRÉSENTÉE PAR M. XAVIER DARCOS.....	 43

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

Réunie le mercredi 17 octobre 2001, sous la présidence de M. René Garrec, la commission des Lois a examiné, sur le rapport de M. Roger Karoutchi, la proposition de résolution n° 118 déposée par M. Xavier Darcos au nom de la délégation pour l'Union européenne sur la proposition de règlement communautaire relative à la création d'un brevet communautaire (E 1539).

M. Roger Karoutchi, rapporteur, a souligné que cette réforme, motivée par le désir de stimuler l'innovation par une baisse du coût du brevet et une meilleure protection pour le titulaire du brevet, ne pouvait se résumer à une querelle linguistique.

Il a soutenu la mise en place d'une procédure unique de délivrance des brevets communautaires qui ne remette pas en cause le statut de langue officielle du français, et préconisé l'instauration d'une juridiction communautaire centralisée afin d'en améliorer l'effectivité.

Reprenant les suggestions de la proposition de résolution de M. Xavier Darcos, il a appelé à la définition d'une brevetabilité des programmes d'ordinateur, et souhaité une coordination entre les niveaux européen et communautaire s'agissant de la brevetabilité du vivant.

La commission a donc préconisé un soutien aux positions de la délégation française :

- un soutien stratégique à la défense du français comme langue officielle en matière de brevet ;
- la nécessité d'une juridiction communautaire centralisée dès la première instance ;
- l'exclusion de toute sous-traitance aux offices nationaux et le maintien du rôle de l'office européen des brevets.

Mesdames, Messieurs,

Une proposition de règlement du Conseil de l'Union européenne a été présentée par la Commission européenne en août 2000 en vue de la mise en place du brevet communautaire. Cette proposition a été soumise au Sénat au titre de l'article 88-4 de la Constitution le 7 septembre 2000 (E 1539).

Le 2 décembre 2000, notre excellent collègue, M. Xavier Darcos, a déposé au nom de la délégation pour l'Union européenne une proposition de résolution (n° 118), qui a été renvoyée à votre commission des Lois.

Après avoir présenté le contenu des propositions formulées par la Commission européenne en vue de la mise en place du brevet communautaire, ainsi que la proposition de résolution, votre rapporteur s'attachera à montrer la nécessité de soutenir la proposition de règlement communautaire tout en maintenant une position ferme sur plusieurs points essentiels : le rôle de l'office européen des brevets dans la délivrance des brevets communautaires, le maintien du français comme langue officielle de l'office européen des brevets, ainsi que la nécessité d'une juridiction communautaire centralisée dès la première instance.

I. LA SITUATION ACTUELLE

On constate actuellement un manque de culture du brevet en France, ce qui peut à terme retarder l'innovation.

Des réformes sont en cours, auxquelles la France est donc particulièrement intéressée à participer.

A. UN DÉFICIT DE BREVETS FRANÇAIS HANDICAPANT

1. Un constat inquiétant...

Le brevet est un titre de propriété industrielle qui vise à protéger une invention (procédé qui remplit le critère de nouveauté et est susceptible d'application industrielle).

Il est un **outil essentiel pour développer l'innovation**. Ainsi, il permet de rentabiliser, et donc de pérenniser, les investissements considérables réalisés en recherche et développement.

L'entreprise titulaire peut en effet choisir de détenir un monopole pendant 20 ans (ce qui l'oblige à s'acquitter de taxes dites de maintien en vigueur), ou au contraire délivrer des licences d'exploitation et recevoir par ce biais des rétributions.

A l'issue de ces vingt années, l'invention tombe dans le domaine public et peut être librement reproduite.

On rappellera qu'il existe actuellement trois procédures permettant d'obtenir un brevet :

- la **voie nationale**, propre à chaque Etat, qui définit lui-même ses critères de brevetabilité et la procédure de dépôt et d'examen¹. En France, la demande se fait auprès de l'**INPI**, l'institut national de la propriété industrielle. Le déposant peut ensuite à partir de ce premier dépôt national demander des extensions dans différents pays ;
- la procédure internationale, issue du **traité PCT**, « **Patent Cooperation Treaty** » de 1970, qui permet, à partir d'une demande unique déposée dans la langue du demandeur, et désignant des pays adhérents, d'obtenir un brevet national dans 112 pays². Chacun des offices nationaux ou régionaux (tels l'Office européen des brevets) récepteurs traite la demande selon ses règles propres ;

¹ En pratique, la principale différence quant aux modalités d'examen des demandes dans les différents Etats européens tient à la teneur de l'examen, plus ou moins approfondi s'agissant des recherches d'antériorités.

² Elle est gérée par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, organisme dépendant de l'ONU.

- **au niveau européen, la convention de Munich du 5 octobre 1973**, en vigueur depuis le 7 octobre 1977, qui a institué une **procédure de dépôt et d'examen centralisée** suivant des règles uniformes. Gérée par l'Office européen des brevets, la procédure permet d'obtenir pour tous les pays désignés parmi les 20 possibles à partir d'un seul dépôt (rédigé en français, en anglais ou en allemand) et par une seule procédure un brevet européen, qui sera ensuite éclaté en autant de brevets nationaux que de pays désignés dans la demande.

Des rapports officiels successifs¹ ont mis en évidence le déficit de dépôt de brevets par les Français par rapport à leurs concurrents américains et japonais.

Les brevets délivrés en France en 1999 n'ont que minoritairement une origine française (28% si l'on additionne les voies nationale et européenne). En 1999, deux brevets sur trois (66%) accordés pour valoir sur le territoire national proviennent d'une demande européenne d'origine étrangère désignant la France. De plus, les **déposants français ne comptent que pour environ 7% du total des demandes de brevet européen**, contre 40% pour l'Allemagne². De nombreuses petites et moyennes entreprises en particulier ne déposent jamais de brevets.

Cette situation est préjudiciable, puisque le brevet, en protégeant les inventions, permet de promouvoir l'innovation en lui assurant une rétribution.

A terme, cette situation peut sérieusement handicaper le développement de l'innovation en France, qui, selon les théories de la croissance endogène, représente l'un des facteurs prépondérants de la croissance économique d'un pays.

2. ...dû à une conjonction de facteurs

Cette situation préoccupante peut être imputée à plusieurs facteurs.

Principalement, ce retard est imputable à un **manque de culture du brevet**, les entreprises françaises n'étant pas habituées à déposer. Des campagnes d'information sont organisées par les pouvoirs publics et l'INPI pour y remédier³.

¹ *Rapports de M. Didier Lombard : «le brevet pour l'innovation» en 1997, de M. Henri Guillaume : «rapport de mission sur la technologie et l'innovation» en 1998 et de M. Francis Grignon : «stratégie du brevet d'invention» en juin 2001 au nom de la commission des Affaires économiques du Sénat (n° 377).*

² *Statistiques BOPI 1999, INPI.*

³ *Ainsi, des annonces de l'INPI, présentés par M. Claude Rich, sont diffusés le lundi matin sur France Inter.*

Par ailleurs, deux facteurs sont cités par les entreprises interrogées.

En première lieu, le **coût des brevets** est considéré comme excessif.

Si le coût du brevet français est unanimement reconnu comme peu élevé et ne peut être accusé de constituer une barrière à l'entrée pour les déposants potentiels, il n'en va pas de même s'agissant du brevet européen, qui est trois, voire cinq fois supérieur aux brevets japonais et américains.

Les différents postes de coût générés par un brevet européen sont :

- le coût d'obtention du brevet européen, qui comprend les frais internes à l'entreprise, les conseils externes, les taxes de procédure, les traductions du brevet délivré (tous les Etats membres de l'OEB demandent actuellement une traduction dans leur langue pour que le brevet y prenne effet), les taxes nationales et les frais de validation et de publication des traductions ;
- le coût du maintien en vigueur, qui se compose des taxes de renouvellement à acquitter chaque année pendant 20 ans¹, et dont le niveau, fixé par chaque Etat, augmente progressivement sur la durée de vie du brevet² ;
- éventuellement le coût de la défense juridictionnelle du brevet.

Une fois le brevet européen délivré, il éclate en autant de brevets nationaux que d'Etats désignés par le déposant, ce qui oblige ce dernier à s'acquitter des traductions, des taxes de validation et de frais de conseils et mandataires qui y sont liés. Cette procédure est coûteuse et sa gestion compliquée.

Selon la Commission européenne **à l'heure actuelle, un brevet européen moyen** (désignant 8 Etats contractants et comprenant 3,5 pages de revendications et 16,5 pages de description) **coûte environ 30.000 euros**.

- Les taxes à payer à l'Office constituent environ 14% du coût total du brevet.
- Les traductions exigées par les Etats contractants s'élèvent à environ 39% des coûts totaux.
- Les taxes annuelles de maintien en vigueur sont de l'ordre de 29% (entre la cinquième et la dixième année).

¹ Le brevet est valable 20 ans mais la durée moyenne de maintien en vigueur estimée par l'OEB est de 10 ans.

² L'OEB en perçoit 50%.

Cette estimation a été largement contestée¹. En effet, le coût peut être extrêmement variable, en fonction de la longueur du brevet et de sa complexité, du nombre de pays désignés (huit paraissant assez excessif), de la longueur (imprévisible à première vue) de la procédure : y-aura-t-il par exemple opposition à la délivrance de la part d'un tiers ?

Si les chiffres avancés par la Commission européenne semblent ainsi surestimés, un large consensus se dessine cependant sur le fait que le coût du brevet européen est supérieur à celui de ses concurrents américain et japonais, d'où l'intérêt d'une réforme.

Par ailleurs, le **manque de protection conférée par le brevet** a également été avancé par les entreprises.

Des procédures d'opposition et de recours existent dans la phase OEB, mais une fois le brevet délivré, toute annulation de brevet ou litige est traité par des juridictions nationales de chaque pays, avec des procédures et des jurisprudences qui varient fortement.

L'étude comparée entre la France, l'Allemagne, l'Angleterre, les Etats-Unis, l'Espagne et les Pays-Bas : « Propriété industrielle : le coût des litiges »², a mis en avant ce facteur.

En effet, des entreprises n'hésitent pas à sciemment contrefaire une invention, conscientes des faiblesses du système juridictionnel français. Ainsi, lorsqu'elles sont attaquées pour contrefaçon, contestent-elles systématiquement la validité du brevet, ce qui retarde d'autant la procédure.

Les entreprises, outre le coût proprement dit de la défense juridictionnelle, regrettent donc le manque de résultats pour elles-mêmes, quand bien même la justice française leur aurait donné raison.

En effet, si les articles L. 615-17 et R. 631-1 du code de la propriété intellectuelle, reconnaissant la nécessité d'une spécialisation des tribunaux pour ce contentieux très technique, ont instauré en France dix tribunaux compétents en matière de brevets, il existe de fait une concentration auprès du Tribunal de grande instance de Paris et de la Cour d'appel de Paris et dans une moindre mesure de Lyon.

Les délais de jugement sont considérés comme excessifs par les entreprises. Une affaire de contrefaçon dure près de 3 ans en moyenne en première instance et 3 ans et demi en appel.

¹ Pour plus de précisions, on consultera le rapport de M. Francis Grignon, au nom de la commission des Affaires économiques n° 377(2000-2001) : « stratégie du brevet d'invention ».

² Réalisée sous la direction de Maître Grégoire Triet, avocat associé au cabinet Gide Loyrette Noriel, en collaboration avec M. Luc Santarelli, du cabinet de conseils en propriété industrielle Rinuy Santarelli.

De plus, **les entreprises considèrent que l'indemnisation est insuffisante du fait de pénalités peu dissuasives et d'un remboursement insuffisant des frais de procédure.**

Le régime d'indemnisation en matière de contrefaçon est un régime de responsabilité civile fondé sur l'article 1382 du code civil. En conséquence, seul le préjudice démontré est réparé, sous forme de dommages et intérêts.

Ceci signifie qu'une grande entreprise contrefaisant un brevet que son titulaire n'exploite pas n'est actuellement condamnée qu'à verser à ce dernier le prix d'une « licence raisonnable », c'est à dire ce qu'elle aurait payé si elle avait respecté le droit du titulaire du brevet. Ce système n'est donc absolument pas dissuasif.

Ceci est d'autant plus dommageable qu'avant la décision de la Cour d'Appel de Paris du 22 février 1963, la confiscation des profits indûment réalisés était possible.

Face à cette situation, le Livre vert de la Commission européenne sur le système des brevets en Europe a reposé la question, ancienne, de la mise en place d'un mécanisme d'assurance destiné à couvrir les risques financiers inhérents au coût des litiges en matière de brevet. Le rapport Lombard a fait de même, mais la mise en place d'un tel système est délicate.

L'étude de droit comparé précitée est particulièrement critique vis à vis du système juridictionnel français, notamment par rapport au système allemand, beaucoup plus protecteur.

Il apparaît donc très clairement que de tous les Etats membres, la **France**, en raison de sa position industrielle majeure, des faiblesses inhérentes à son système juridictionnel et de son manque de culture du brevet, **est l'un des Etats qui a le plus à gagner de la mise en place d'un brevet communautaire**. Elle a donc particulièrement intérêt à ce que des réformes, longtemps retardées, aboutissent, même si leur mise en place ne peut se faire de manière inconditionnelle.

B. DES RÉFORMES INDISPENSABLES ENFIN RELANCÉES

La prise de conscience des limites du brevet européen est ancienne, mais elle n'a longtemps entraîné aucun changement probant.

Cette situation semble dorénavant évoluer favorablement.

1. Les origines du brevet communautaire

L'idée du brevet communautaire est ancienne puisqu'elle remonte aux années soixante. Les négociations au niveau communautaire n'ayant pu aboutir, c'est dans le cadre d'une **convention interétatique classique –la convention de Munich du 5 octobre 1973-** qu'a été instaurée **une procédure unique de délivrance des brevets européens.**

En conséquence, l'Office européen des brevets (OEB) centralise le dépôt des demandes visant les pays membres de la convention et procède à l'examen de la brevetabilité des inventions.

Néanmoins, **une fois le brevet délivré, il se transforme en un « faisceau de titres nationaux »**, c'est à dire en autant de titres nationaux qu'il y a de pays désignés, et est soumis aux règles nationales des Etats contractants, notamment en ce qui concerne le contentieux des brevets.

Les vingt Etats parties sont, outre les Etats membres de la Communauté européenne, la Suisse, le Liechtenstein, Monaco, Chypre, la Turquie, et dans un futur proche à compter du 1^{er} juillet 2002 plusieurs pays d'Europe centrale et orientale : Bulgarie, République tchèque, Estonie, Hongrie, Pologne, Roumanie, Slovaquie et Slovénie. La Lituanie et la Lettonie ont par ailleurs demandé à rejoindre l'organisation et doivent y être autorisées par une prochaine décision du Conseil d'administration.

Une deuxième **tentative** de création d'un **brevet communautaire** a abouti **en 1975** à la signature de la **Convention de Luxembourg** sur le brevet communautaire, modifiée par l'Accord de Luxembourg du 15 décembre 1989 comportant, entre autres, un protocole sur le règlement des litiges en matière de contrefaçon et de validité des brevets communautaires. Elle n'est jamais entrée en vigueur, seuls la France, l'Allemagne, la Grèce, le Danemark, le Luxembourg, le Royaume-Uni et les Pays-Bas l'ayant ratifiée.

En effet, ce projet de brevet communautaire exigeait une traduction de l'intégralité du fascicule de brevet dans toutes les langues de la Communauté (six à l'époque). Les milieux intéressés ont estimé que cela entraînerait un coût excessif.

De plus, le système juridictionnel aurait permis aux juges nationaux d'annuler un brevet communautaire avec effet pour tout le territoire de la Communauté, ce qui a été considéré comme un élément d'insécurité juridique rédhibitoire.

Après cette tentative, le processus de mise en place d'un brevet communautaire a été relancé par le « Livre vert de la Commission européenne sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe » du 24 juin 1997, qui s'inscrivait dans la foulée du Premier plan d'action pour

l'innovation en Europe du 20 novembre 1996. La Commission a ensuite adopté le 5 février 1999 une Communication sur les suites à donner au Livre vert, dans laquelle était annoncée une initiative concernant le brevet communautaire.

2. Le droit des brevets en chantier

Le droit des brevets fait actuellement l'objet de réformes, tant **au niveau européen**, avec la **conférence intergouvernementale de révision de la convention de Munich**, qu'**au niveau communautaire**, avec la présentation par la Commission européenne de la proposition de règlement sur le brevet communautaire.

- A l'initiative de la France, une conférence intergouvernementale des Etats membres de l'Organisation européenne des brevets s'est réunie à Paris les 24 et 25 juin 1999. Son objectif était non seulement de réduire le coût du brevet européen, mais aussi –on a tendance à l'oublier en France, tant la question des traductions occulte le reste-, de réduire les délais de délivrance du brevet européen, d'harmoniser son contentieux, de moderniser le système de décision de l'office européen des brevets et d'étudier l'effet des divulgations des travaux de recherche sur le droit au brevet.

Une deuxième conférence intergouvernementale s'est tenue à Londres les 16 et 17 octobre 2000, dont est issu le Protocole de Londres relatif aux traductions du brevet délivré.

La conférence diplomatique de Munich tenue du 20 au 29 novembre 2000 a permis de réviser une centaine de dispositions de la Convention de Munich et de ses protocoles, notamment en ce qui concerne le budget de l'organisation et les procédures de délivrance¹.

Cependant, les points les plus litigieux (dont l'harmonisation du contentieux) restent toujours en discussion. Une nouvelle conférence intergouvernementale est prévue en juillet 2002, de nombreuses questions restant en suspens dans l'attente de l'avancement des négociations concernant le brevet communautaire.

- Parallèlement, la mise en place du brevet communautaire a été retenue comme prioritaire par les chefs d'Etat et de Gouvernement lors des conseils européens de Lisbonne, de Feira et de Stockholm, qui appelaient à une adoption du règlement d'ici la fin 2001. La Commission européenne a

¹ En vue notamment de l'introduction de la procédure BEST (*Bringing examination and research together*), qui permet à un seul examinateur de faire le rapport de recherche et l'examen.

ainsi présenté en **août 2000 une proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire.**

Le processus n'en est encore qu'à ses débuts. La Commission a publié un «document de travail», mais il reste encore des pierres d'achoppement s'agissant principalement du volet juridictionnel, des modalités de traitement des demandes et du régime linguistique du brevet communautaire. Or **le règlement doit être adopté à l'unanimité des Etats membres.**

Un certain nombre de questions, dont la centralisation juridictionnelle des litiges et la baisse du coût d'obtention du brevet, étant posé simultanément dans le cadre de la convention de Munich et dans le cadre communautaire, il conviendra de s'assurer de la convergence des positions françaises.

II. LA PROPOSITION DE RÈGLEMENT COMMUNAUTAIRE

La proposition de règlement communautaire vise à créer un système de brevet dans le cadre communautaire, tout en utilisant dans une large mesure le système mis en place par une convention de droit international classique.

Elle préconise en outre des innovations importantes par rapport au système de brevet européen, au sujet des traductions du brevet délivré et du contentieux notamment.

A. L'IMBRICATION DES SYSTÈMES EUROPÉEN ET COMMUNAUTAIRE

1. Une symbiose avec le brevet européen

L'idée force de la proposition de règlement communautaire est la création d'une «symbiose» entre deux systèmes : celui du règlement sur le brevet communautaire, un instrument de la Communauté européenne, et celui de la convention de Munich, un instrument interétatique classique.

Ainsi, l'Office européen des brevets, qui n'est pas un organisme communautaire, examinera les demandes de brevet communautaire, délivrera et administrera le brevet communautaire.

La demande sera juridiquement une demande de brevet européen désignant le territoire de la Communauté. Lorsque l'Office aura délivré le brevet, celui-ci deviendra un brevet communautaire.

La proposition de règlement n'a pas pour objet de déroger substantiellement aux principes contenus dans la convention de Munich.

La procédure de dépôt et d'examen n'a donc pas vocation à être modifiée. Sur cette base, les **conditions de brevetabilité de la convention de Munich seront applicables au brevet communautaire.**

En revanche, les effets du brevet communautaire une fois délivré seront régis par le présent règlement. Il en est ainsi par exemple des limitations des effets du brevet communautaire.

De même, la proposition de règlement ne prévoit pas la création de nouvelles instances spéciales au sein de l'Office.

Elle se limite pour l'essentiel à régir le brevet communautaire délivré. Elle contient également des règles spécifiques, en ce qui concerne le coût du brevet, les traductions et le système de recours juridictionnel.

Du fait de cette situation particulière, la mise en place du brevet communautaire nécessitera, outre l'adoption du règlement sur le brevet communautaire :

- l'adhésion de la Communauté à la convention de Munich ;
- une révision de cette même convention, afin de permettre à l'Office de jouer ce nouveau rôle.

Ces questions seront à l'ordre du jour de la conférence intergouvernementale sur la révision de la convention de Munich prévue en juillet 2002. La Commission a d'ores et déjà présenté au Conseil une recommandation de mandat de négociation pour l'adhésion de la Communauté à la convention de Munich.

Les modifications de la convention de Munich qui interviendront avant l'adoption du règlement sur le brevet communautaire s'appliqueront automatiquement au brevet communautaire¹.

2. Les caractéristiques du brevet communautaire

Le futur brevet communautaire aura un **caractère unitaire**, c'est à dire qu'il produira les mêmes effets sur l'ensemble du territoire de la Communauté. Il ne pourra être délivré, transféré, annulé ou s'éteindre que pour l'ensemble de la Communauté, afin de remédier aux inconvénients tant de la convention de Munich que de la convention de Luxembourg.

¹ Rappelons que le protocole de Londres relatif aux traductions du brevet européen délivré n'est opposable qu'à ses signataires.

Le système du brevet communautaire coexistera avec les systèmes de brevets nationaux et de brevets européens, les inventeurs restant libres de choisir le système de brevets qui leur convient le mieux.

Cependant, une fois délivré, un brevet communautaire ne pourra pas être transformé en un brevet européen. Il ne sera pas non plus possible de transformer des brevets nationaux ou un brevet européen en un brevet communautaire, et une invention appartenant à la même personne ne pourra être protégée simultanément par un brevet communautaire et par un brevet européen désignant un ou plusieurs Etats membres, ou par un brevet national délivré par un Etat membre.

En outre, la proposition de règlement introduit un certain nombre de points novateurs par rapport au système du brevet européen, poursuivant au plan communautaire la grande réforme initiée dans le cadre européen.

B. LES ÉLÉMENTS INNOVANTS

La convention de Munich avait innové en prévoyant une procédure unique de dépôt et d'examen des brevets au plan européen. La proposition de règlement sur le brevet communautaire, tirant les enseignements de ce succès, mais aussi de ses limites, tend à instaurer au niveau communautaire une procédure centralisée s'agissant, outre du dépôt et de l'examen des demandes, de la délivrance, de l'entrée en vigueur des brevets communautaires, ainsi que du contentieux s'y rapportant en matière de validité et de protection contre la contrefaçon.

Elle vise également à réduire le coût du brevet, grâce à une réforme portant sur l'aspect linguistique.

1. La limitation des obligations de traduction du brevet délivré

Le futur règlement communautaire concerne les 15 Etats membres de l'Union européenne, ce qui correspond à 10 langues officielles. A l'heure actuelle, le brevet européen doit être traduit dans la langue officielle de tous les Etats qu'il désigne. Dans la perspective de l'élargissement de l'Union européenne, une réforme semble indispensable, le coût d'une traduction du brevet dans toutes les langues officielles de la Communauté, notamment pour les petites et moyennes entreprises, risquant de mettre en échec tout le brevet communautaire.

Les discussions se sont focalisées sur le coût d'obtention du brevet européen, considéré comme une possible barrière à l'entrée pour les déposants

potentiels, **et plus particulièrement sur le coût des traductions**, qui représenterait 300 millions d'euros par an pour les entreprises européennes.

La question de la réduction du coût du brevet, par une réforme du système des traductions, constitue donc l'un des principaux enjeux des réformes en cours, au point d'ailleurs d'occulter trop souvent les autres points en discussion.

a) La question linguistique et le brevet européen

La Conférence intergouvernementale de révision de la convention de Munich a mandaté un groupe de travail coprésidé par la France, le Portugal et la Suède, chargé de présenter des propositions en vue de réduire de 50% les coûts liés aux traductions.

La question de la langue se pose tant au moment du dépôt de la demande (en anglais, allemand ou français, les trois langues officielles) qu'au moment de l'examen, qui se fait dans la **langue officielle** dans laquelle la demande a été déposée ou traduite. La **procédure** se déroule dans deux cas sur trois en anglais, dans 20% des cas en allemand et dans 7% des cas en français. Comme le souligne M. Francis Grignon dans son rapport, le fait pour les déposants français, et surtout pour les PME, de mener de bout à bout la procédure devant l'office européen des brevets dans leur langue maternelle constitue un indéniable avantage.

Or, celui-ci n'a pas été remis en cause. Les discussions se sont rapidement focalisées sur la question des **traductions**.

La convention de Munich prévoit que les **revendications**, qui définissent l'étendue de la protection conférée par le brevet européen, **sont traduites dans les deux autres langues officielles** (article 14-7) **dans les trois mois de la publication du brevet**, afin de pouvoir bénéficier de la protection provisoire¹.

Cependant, en pratique, des traductions **intégrales** sont systématiquement exigées par tous les Etats désignés, tous les Etats ayant utilisé l'**option** ouverte par l'article 65 de la convention^{2,3}.

¹ La description, qui représente la majeure partie du texte du brevet, et les dessins ne servent qu'à interpréter les revendications.

² En France, c'est l'article L. 614-7 du code de la propriété intellectuelle français qui le prévoit expressément.

³ Depuis 1987 en Allemagne et 1992 au Royaume-Uni.

Article 65

« Tout Etat contractant peut prescrire, lorsque le brevet européen (...) n'est pas rédigé dans l'une de ses langues officielles, que le titulaire du brevet doit fournir à son service central de la propriété industrielle une traduction du brevet. »

Or, la traduction complète des fascicules de brevet dans les onze langues de travail revient à un coût moyen estimé à 17.000 euros.

La limitation des traductions aux trois langues officielles de l'OEB permettrait de faire baisser le coût des traductions à 5.100 euros.

Enfin, n'exiger le dépôt que dans l'une de ces trois langues de travail, la traduction dans les deux autres langues se limitant aux revendications, reviendrait à 2.200 euros.

La Suède, suivie par la Suisse, a proposé la suppression de l'article 65 et l'abandon complet des exigences de traduction, pour peu que le brevet soit disponible en anglais, ce à quoi la France s'est fermement opposée.

Finalement, un compromis plus satisfaisant a pu être trouvé. L'accord facultatif (c'est à dire qu'il n'est opposable qu'aux Etats l'ayant signé) dit **Protocole de Londres** prévoit donc de **conserver le régime fondé sur les trois langues de travail de l'office européen des brevets, tout en circonscrivant la possibilité pour tout Etat partie d'exiger la traduction du brevet dans sa langue nationale aux seules revendications.**

Seul l'article 65 fait donc l'objet d'une révision, sans préjudice de l'article 14-7, qui prévoit la traduction des revendications dans les deux autres langues officielles de l'office européen des brevets.

Synthèse de l'Accord sur l'application de l'article 65 sur la délivrance de brevets européens

Article 1 § 1 : Les Etats ayant une langue officielle en commun avec une des trois langues officielles de l'office européen des brevets renoncent aux exigences de traduction de l'article 65.

Article 1 § 2 et 3 : Les autres Etats y renoncent si le brevet a été délivré ou traduit dans la langue officielle de l'Office européen des brevets qu'ils ont choisie, mais conservent la possibilité d'exiger une traduction des revendications dans leur langue.

Article 2 : En cas de litige, le titulaire du brevet fournit à ses frais une traduction complète du brevet au contrefacteur présumé et au juge.

La signature de l'accord était ouverte jusqu'au 30 juin 2001, l'accord ne pouvant entrer en vigueur qu'après l'adhésion de 8 Etats parties, dont les trois Etats les plus désignés, c'est à dire l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni¹. La France a finalement signé le 29 juin 2001.

Du fait de la symbiose prévue par la proposition de règlement entre le brevet européen et le brevet communautaire, la révision de la convention de Munich a des conséquences directes sur le projet communautaire.

b) La question linguistique et le brevet communautaire

Rappelons que le brevet communautaire ne le deviendra qu'à l'issue d'une procédure prévue par la convention sur le brevet européen. Cette convention prévoit par ailleurs -et ceci n'est pas remis en cause par le protocole de Londres- que les revendications sont traduites dans les deux autres langues officielles à la publication du brevet délivré.

La proposition de règlement communautaire ne modifie pas le processus de dépôt et d'examen de la convention de Munich. Par conséquent, **le brevet communautaire, une fois délivré dans une des langues de procédure de l'Office européen des brevets (anglais, allemand, français) et publié dans cette langue avec une traduction des revendications dans les deux autres langues officielles, est valable sans aucune autre traduction.**

Une telle solution entérine un brevet communautaire à trois langues. Il s'agit donc d'un point positif à cet égard, puisqu'il préserve la place de langue officielle du français.

S'agissant de la délivrance et des conditions de validité du brevet communautaire, il n'est pas prévu de dispositif semblable à celui de l'article 65 de la convention de Munich.

Les **traductions de brevet**, qui seront **facultatives** pour le titulaire, devront être **déposées auprès de l'Office au lieu des offices nationaux des brevets des Etats membres**, l'Office européen des brevets se chargeant alors d'informer les Etats concernés et de diffuser les textes des traductions.

La délégation française du groupe de travail pour la réduction du coût du brevet européen avait estimé que cela conduirait à une économie de l'ordre de 30% de l'ensemble des coûts liés aux traductions d'un brevet européen

¹ A la Conférence de Londres les 16 et 17 octobre 2000, 8 Etats ont signé l'accord : l'Allemagne, le Danemark, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse, Monaco et le Liechtenstein, tandis que le Portugal, la Grèce, l'Italie, l'Espagne et la Finlande déclaraient ne pas avoir l'intention de signer.

moyen. En effet, le titulaire du brevet fait ainsi l'économie tant des taxes nationales de publication que des surcoûts résultant de l'obligation, dans certains Etats, de recourir à des mandataires nationaux agréés pour déposer les traductions. Ceci peut néanmoins constituer un point de friction, ces taxes constituant une source de revenus non négligeables pour les petits offices nationaux.

Article 58 :
Traductions facultatives

« Le titulaire du brevet a la faculté de produire et de déposer auprès de l'Office une traduction de son brevet dans plusieurs ou toutes les langues officielles des Etats membres qui sont des langues officielles de la Communauté. Ces traductions sont mises à la disposition du public par l'Office. »

Une traduction devra cependant être fournie en cas d'action en justice contre un **contrefacteur présumé**. S'il n'a pu avoir recours au texte du brevet dans sa langue, il est présumé jusqu'à preuve du contraire ne pas avoir sciemment porté atteinte au brevet. Ainsi, **tout contrefacteur se verra interdire l'exploitation du brevet, mais seul le contrefacteur de mauvaise foi** (entreprise disposant d'un service de veille technologique par exemple) **sera condamné à payer des dommages et intérêts pour la période antérieure à la notification d'une traduction du brevet au contrefacteur**. Cette disposition entraînera une évolution de la jurisprudence française qui ne tient pas compte de la bonne foi du contrefacteur. Elle risque néanmoins de dissuader les entreprises de développer la veille technologique et de les inciter à choisir l'anglais comme langue officielle de peur de se voir appliquer cette règle.

Article 44 § 3 :
Présomption simple de bonne foi concernant le contrefacteur

« Le contrefacteur, qui a son domicile ou son siège dans un Etat membre dont la langue officielle, qui est également une langue officielle de la Communauté, n'est pas la langue dans laquelle le brevet a été délivré ou dans laquelle une traduction du brevet a été mise à la disposition du public conformément à l'article 58, est présumé, jusqu'à preuve du contraire, ne pas avoir su ni ne pas avoir eu des motifs raisonnables de savoir qu'il portait atteinte au brevet. Dans une telle situation, les dommages-intérêts pour contrefaçon ne sont dus que pour la période qui commence à courir à partir du moment où une traduction du brevet lui a été notifiée dans la langue officielle de l'Etat membre où il a son domicile ou son siège. »

La difficulté est de trouver une solution qui tente de concilier des impératifs contradictoires : réduire les coûts et respecter la règle

universellement reconnue selon laquelle un droit n'est opposable aux tiers que s'il est rédigé dans la langue nationale.

2. L'harmonisation du contentieux

Alors même que la question linguistique a été au cœur des débats en France, la tentative d'harmonisation du contentieux, tant au niveau européen que communautaire, constitue le volet principal des réformes engagées. Elle est d'importance équivalente à la réforme qui avait conduit à l'élaboration d'une procédure commune de délivrance des brevets au niveau européen en 1973.

La raison principale dissuadant les entreprises de breveter leurs inventions paraît ainsi être le manque d'effectivité de la protection conférée par le brevet, du fait des règles juridictionnelles existantes, plutôt que le coût des traductions. En effet, si la convention de Munich a permis la mise en place d'une procédure unique de dépôt, d'examen, de délivrance et d'opposition, l'harmonisation du contentieux reste en dehors de son champ.

La validité et la portée d'un brevet délivré par l'Office européen des brevets dépendent en cas de litige de la décision des tribunaux de chacun des pays désignés, ce qui représente pour les entreprises des surcoûts importants (il faudra intenter des procès dans chacun des pays concernés) et des aléas non négligeables (puisque l'interprétation donnée par les tribunaux pourra varier d'un Etat à l'autre).

L'instauration d'une procédure juridictionnelle communautaire, de telle sorte que la réparation ne dépende plus du lieu où le brevet est contrefait ou contesté, devrait permettre une meilleure sécurité juridique et une unité de jurisprudence dans l'ensemble de la Communauté.

Ceci sera particulièrement intéressant pour les entreprises françaises, comme on l'a vu précédemment.

a) La réforme du système juridictionnel du brevet européen

Dans le cadre de la conférence de révision de la convention de Munich, un **groupe de travail** coprésidé par l'Allemagne, le Luxembourg et la Suisse a été chargé, notamment, de définir les modalités permettant la création et le financement d'une entité commune que les juridictions nationales pourraient saisir à titre d'avis sur la partie du litige portant sur la **validité et la contrefaçon** et de présenter un **projet de protocole facultatif** à la CBE par lequel, pour les litiges concernant les brevets européens, les Etats signataires s'engageraient sur un **système judiciaire intégré, comprenant des règles de procédure uniformes et une cour d'appel commune.**

Les discussions sont actuellement dans l'attente d'un accord au niveau communautaire.

b) L'harmonisation du contentieux et le brevet communautaire

La sécurité juridique du **brevet communautaire** exige une communautarisation concomitante du système judiciaire en ce qui concerne les questions de validité des brevets et la contrefaçon.

Tirant les enseignements de l'échec de la convention de Luxembourg de 1975, où une juridiction nationale, sans expérience en matière de propriété industrielle, pouvait statuer sur la validité ou la contrefaçon du brevet communautaire, avec effet sur le territoire de la Communauté, ce qui avait suscité l'inquiétude des milieux professionnels et entraîné l'échec de la convention, la proposition de règlement se prononce cette fois-ci en faveur d'un système communautaire centralisé **pour l'examen des questions concernant la validité et la contrefaçon du brevet communautaire.**

La compétence de cette juridiction, appelée « tribunal communautaire de propriété intellectuelle », s'étendra à tout le territoire de la Communauté, s'agissant des questions portant sur les faits ou du droit. Il appliquera ses propres règles de procédure, ordonnera des mesures provisoires, déterminera les sanctions et octroiera des dommages-intérêts. Les jugements du tribunal auront force exécutoire.

La juridiction ne sera compétente que pour certaines catégories d'actions. Le tribunal pourra **examiner simultanément les litiges relatifs à la contrefaçon et à la validité du brevet, puisque la nullité du brevet est pratiquement toujours invoquée comme moyen de défense par le défendeur dans une action en contrefaçon.**

Chaque fois que l'action porte sur la validité ou la contrefaçon du brevet communautaire, le tribunal national saisi sera contraint de décliner sa compétence et de déclarer l'action irrecevable. Si la validité du brevet est une question préliminaire, le tribunal national devra surseoir à statuer.

La juridiction centralisée devrait également examiner les litiges relatifs à l'utilisation de l'invention durant la période courant entre la publication de la demande de brevet et sa délivrance. Il en est de même des demandes en limitation du brevet ou relatives à l'extinction du brevet.

Tous les autres litiges entre personnes privées seront examinés par les tribunaux nationaux des Etats membres (par exemple les litiges portant sur le droit au brevet ou sur le transfert du brevet ou sur les licences contractuelles).

Les procédures internes d'opposition et de recours de l'Office seront applicables au brevet communautaire. Les décisions de l'Office ne seront pas susceptibles de recours devant la juridiction communautaire centralisée.

Les dispositions envisagées ne prévoient pas de possibilité de pourvoi direct devant la CJCE contre les décisions de la chambre de recours du tribunal communautaire de propriété intellectuelle, ni de mécanisme de renvoi préjudiciel entre la nouvelle juridiction communautaire et la CJCE.

C. LA POSITION DE LA DÉLÉGATION FRANÇAISE

1. Sur le volet linguistique

La délégation française a adopté une **attitude prudente**.

Elle est en effet **consciente de son isolement croissant** du fait de l'attitude de certains Etats membres, souvent considérés -à tort- en France comme nos alliés sur le plan linguistique (Etats du sud de l'Europe ou Belgique).

Ils refusent de manière croissante une consécration du régime à trois langues de l'Office européen des brevets dans le cadre communautaire et accepteraient un brevet communautaire dans une seule langue, pour aller jusqu'au bout de la logique de la réduction du coût et préserver une certaine égalité entre les langues.

L'Allemagne serait prête à accepter la perte du statut de langue officielle de l'allemand, en contrepartie d'assurances quant au rôle de son office national.

L'accord de Londres ayant suscité de vives réactions en France, le secrétaire d'Etat à l'Industrie M. Christian Pierret avait chargé le 20 février 2001 M. Georges VIANES, ancien directeur de l'INPI, d'une mission de concertation sur l'intérêt pour la France de signer ou non l'Accord de Londres. Il s'est appuyé sur son rapport, rendu public en juin 2001, pour finalement signer l'Accord.

En effet, le rapport Vianès minimisait fortement l'intérêt de traductions généralisées, « plus documentaire que linguistique », en relevant la faible consultation des traductions (moins de 2%). Il l'expliquait par le fait qu'elles n'intervenaient qu'à la délivrance du brevet, soit 5 à 6 ans après le dépôt de la publication de la demande, à un moment où l'information n'avait plus d'utilité pour la veille technologique.

Constatant que l'information est utile au contraire lors de la publication du dépôt, à 18 mois, alors que seule une traduction française de l'abrégé descriptif de l'invention (insuffisante pour apprécier la portée de l'invention) est publiée, il préconisait une traduction partielle à ce moment.

Notons en outre que le gouvernement s'est engagé à assurer la traduction intégrale des fascicules de brevet en vigueur en France.

De même, le rapport Vianès considérait que la faiblesse du nombre de litiges relatifs aux brevets en France (de 300 à 400 par an pour les 350.000 brevets en vigueur) ne justifiait pas la traduction intégrale de 30.000 brevets par an.

- Par ailleurs, le Conseil d'Etat, saisi par le Gouvernement, a conclu à la **constitutionnalité de l'accord de Londres**.

Après avoir rappelé la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'interprétation de l'article 2 de la Constitution, qui prévoit que « *la langue de la République est le français* », le Conseil d'Etat a appliqué ces critères à l'accord de Londres, et estimé qu'il ne contrevenait pas à l'article 2 de la Constitution.

Extrait de l'avis du Conseil d'Etat du 21 septembre 2000

« (...) De l'article 2 découlent primo le fait que l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public et secundo le fait que les particuliers ne peuvent se prévaloir dans leurs relations avec les administrations et les services public d'une autre langue que le français, ni être contraints à un tel usage.

(...) A pour seul effet de faire renoncer la France à la faculté offerte par l'article 65 de prescrire au demandeur ou au titulaire d'un brevet européen de fournir une traduction de ce texte en français. Aucune des stipulations de ce projet d'accord n'a pour objet ni pour effet d'obliger ni les personnes morales de droit public ni les personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public français à utiliser une langue autre que le français ; elles ne confèrent pas aux particuliers dans leurs relations avec les administrations et services publics français en particulier l'INPI dans l'exercice de la mission dont il est investi par la loi nationale, un droit à l'usage d'une langue autre que le français ».

Il fait cependant remarquer que cet avis ne lie en rien l'appréciation souveraine du Conseil constitutionnel. Néanmoins, la convention de Munich, qui allait beaucoup plus loin sur le plan juridique en instituant un droit commun de la délivrance des brevets et une langue unique de procédure, n'a pas fait l'objet d'une saisine. Rappelons en outre qu'une saisine n'est possible

que pour la convention de Munich, et non pour le règlement communautaire, qui est un instrument de droit dérivé.

Le Gouvernement souhaite donc défendre la place du français comme langue officielle, sans pour autant exiger des traductions intégrales, afin de ne pas être isolé s'agissant des autres points en discussion.

2. Sur le plan contentieux

La France est, du fait des faiblesses de son système juridictionnel considéré comme l'un des facteurs principaux du manque de brevets en France, particulièrement intéressée à la mise en place d'un contentieux harmonisé communautaire.

Si tous les Etats membres à l'exception de l'Allemagne semblent accepter de confier au juge communautaire la compétence pour connaître du contentieux de la contrefaçon et de la nullité du brevet communautaire en appel, ils sont en revanche **divisés sur deux questions.**

- le traitement de la première instance

La majorité des Etats membres demande que la première instance, tout en étant communautaire, soit décentralisée au niveau de chaque Etat membre ; par exemple en créant 15 juridictions communautaires spécialisées de première instance ou une juridiction unique, mais qui comprendrait des chambres locales. L'idée de la constitution de chambres régionales de première instance, situées par exemple par grandes régions ou par zones linguistiques, est également avancée.

La France est favorable à un traitement centralisé et communautaire dès la première instance. Le Luxembourg, la Belgique (moins virulente cependant depuis qu'elle préside), l'Autriche et l'Irlande partagent cette opinion, mais avec une moindre conviction.

- la question du rôle des offices nationaux

Certaines délégations utilisent la négociation sur le brevet communautaire pour essayer de reprendre des compétences qu'elles ont déléguées à l'Office européen des brevets dans le cadre du brevet européen. L'Espagne, la Suède, le Danemark, l'Allemagne et la Grande-Bretagne souhaitent ainsi pouvoir jouer un rôle actif dans la préparation de la décision d'octroi d'un brevet communautaire, s'agissant de la recherche d'antériorités ou même de l'examen.

La question du rôle des offices nationaux a en effet des implications financières qui peuvent être importantes pour les petits offices, puisqu'une grande part de leurs ressources provient actuellement des redevances sur les brevets qu'elles perçoivent en tant qu'Etats destinataires. Or, l'article 25 de la proposition de règlement prévoit que ces taxes seront dorénavant perçues par l'Office.

L'Allemagne souhaite défendre le rôle de son office national (en vertu du principe de subsidiarité), d'autant plus qu'elle est opposée à ce qu'un organe non communautaire (l'Office européen des brevets) soit compétent pour le traitement des brevets communautaires.

La Commission européenne ne semble pas opposée à cette solution, qui présente pourtant des inconvénients certains au regard des exigences de sécurité juridique. Elle souhaiterait simplement dans ce cas que la sous-traitance à des offices nationaux se fasse sur des critères de qualité, de délai et d'uniformité définis par elle, et que l'Office européen des brevets reprenne in fine le contrôle de l'instruction de la demande et en termine l'examen.

La France, la Belgique et l'Irlande y sont opposées, de même que l'Office européen des brevets, car elles considèrent que la centralisation du système à l'Office européen des brevets est un gage de neutralité et d'expertise technique.

La France cherche avant tout à éviter la mise en place d'un système de reconnaissance mutuelle des décisions nationales, qui reviendrait à ce que l'office national qui brevète le plus, c'est à dire l'office britannique, ne détermine en fait le droit des brevets en Europe.

La France est donc totalement opposée à toute sous-traitance aux offices nationaux.

III. LA PROPOSITION DE RÉSOLUTION DE LA DÉLÉGATION POUR L'UNION EUROPÉENNE

Le 2 décembre 2000, notre excellent collègue M. Xavier Darcos a déposé, au nom de la Délégation pour l'Union européenne du Sénat, une proposition de résolution relative à la création du brevet communautaire.

Cette proposition de résolution soutient la proposition de règlement communautaire tout en préservant les positions françaises, et appelle l'attention des négociateurs sur des thèmes non abordés par la proposition de règlement communautaire, mais qui se rattachent à des questions de brevetabilité, s'agissant des programmes d'ordinateur, d'une part, et du vivant, d'autre part.

A. UN SOUTIEN CONDITIONNEL À LA PROPOSITION DE RÈGLEMENT

La proposition de résolution se déclare tout d'abord « *très favorable à l'adoption d'un dispositif commun de délivrance de brevet valable, en une procédure unique, sur tout le territoire de l'Union européenne* ».

Néanmoins, elle pose un certain nombre de conditions à sa mise en place.

1. La préservation du français comme langue officielle

La proposition de résolution « *exige la préservation de l'usage de la langue française comme langue officielle pour le dépôt et la validité des brevets communautaires, comme des brevets européens* ».

Rappelant la proposition retenue par la Commission européenne consistant à n'exiger le dépôt que dans l'une des trois langues de travail, la traduction dans les deux autres langues se limitant aux revendications, le rapport de la délégation pour l'Union européenne souligne les problèmes qu'elle pose :

- d'abord, en ce qui concerne la protection contre la contrefaçon, puisque le titulaire du brevet ne pourra pas obtenir des dommages et intérêts pour la période antérieure à la notification d'une traduction au contrefacteur ;
- ensuite parce qu'elle risque de renforcer encore la position occupée par l'anglais qui constitue, à 70%, la langue utilisée par les déposants.

S'agissant du protocole de Londres, la proposition de résolution indique ses craintes d'un abandon à terme du français comme langue officielle en matière de brevet¹. Cette hypothèse aurait alors des répercussions mécaniques sur le régime linguistique du brevet communautaire, dont on a vu précédemment l'interconnexion avec le dispositif européen.

Il faut souligner que **cette proposition de résolution a été prise dans un contexte bien particulier**, puisque l'Accord de Londres ayant suscité de vives réactions parmi les milieux professionnels, et notamment les traducteurs

¹ Le Conseil supérieur de la propriété industrielle (organisme consultatif dépendant du ministre de l'Industrie) a, sous la présidence de M. Jean Foyer, émis un avis défavorable le 21 juin 2000, tandis que l'Académie des sciences morales et politiques s'inquiétait des risques d'inconstitutionnalité de l'accord de Londres le 14 juin 2000. Cette décision préfigurait selon eux d'autres renoncements, et surtout l'imposition de la langue anglaise comme langue conceptuelle du droit, fragilisant le système juridique romano-germanique de l'Europe continentale.

spécialisés en propriété industrielle, et **qu'une vaste campagne était en cours afin de dissuader la France de le signer.**

2. L'exigence d'une juridiction communautaire centralisée

La proposition de résolution considère par ailleurs « *qu'une juridiction communautaire centralisée et techniquement qualifiée constitue une solution appropriée pour assurer la sécurité juridique des brevets communautaires, dès lors que sa compétence se limite aux questions de validité de ceux-ci et de leur protection contre la contrefaçon* ».

Elle estime toutefois inutile la création d'une nouvelle instance juridictionnelle, et privilégie l'instauration de chambres spécialisées au sein du Tribunal de Première Instance.

Elle souhaite que soient effectuées les modifications du traité nécessaires pour donner une base juridique à l'extension du champ de compétence de la juridiction communautaire aux questions de validité et de protection contre la contrefaçon des brevets communautaires.

B. LE RAPPEL DE THÈMES RÉCURRENTS LIÉS AU DOMAINE DE BREVETABILITÉ

Au-delà des thèmes traités dans la proposition de règlement communautaire, la proposition de résolution soulève des questions relevant également du domaine de la brevetabilité, qui font depuis plusieurs années l'objet de controverses.

1. Une position en faveur de la brevetabilité des logiciels informatiques au niveau communautaire

La proposition de résolution précise qu'une telle possibilité existe chez nos concurrents américains et japonais, et qu'il importe qu'une position claire soit définie entre Etats membres (et non plus au sein de l'office européen des brevets qui n'est pas un organisme communautaire), afin de ne pas pénaliser les inventeurs et sociétés européens.

En effet, si les programmes d'ordinateur sont protégeables par brevet aux Etats-Unis¹ et au Japon, **l'article 52 paragraphes 2 et 3 de la Convention sur le brevet européen les exclut expressément en tant que tels**

¹ Depuis la décision de 1981 de la Cour suprême des Etats-Unis *Diamond v. Diehr*.

de la brevetabilité¹. Cette règle a été reprise dans leur droit national par l'ensemble des Etats parties à la convention.

Cela ne signifie toutefois pas que ces programmes soient dépourvus de toute protection en Europe, puisque dans un premier temps, la jurisprudence, puis la loi (dès 1985 en France) ont admis que dès lors qu'un logiciel était original, il bénéficiait d'une protection via le **droit d'auteur** contre le piratage (c'est à dire la copie servile à grande échelle par les utilisateurs finaux). La directive communautaire n° 91/250 du Conseil du 14 mai 1991, transposée en France par une loi de 1994, a ensuite harmonisé ce système de protection par le droit d'auteur.

Par ailleurs, le logiciel constituant désormais la forme usuelle de beaucoup d'inventions, en France, dès 1981², il a été jugé « *qu'un procédé ne pouvait être privé de la brevetabilité pour le seul motif qu'une ou plusieurs de ses étapes sont réalisées par un ordinateur devant être commandé par un programme* ». De plus, un logiciel est indirectement brevetable lorsque l'invention dont il est l'un des éléments bénéficie de la protection au titre du droit des brevets.

La brevetabilité des logiciels a également été admise dès 1984 dans le système européen, par le biais d'une **jurisprudence constructive de l'Office européen des brevets** qui accepte la brevetabilité des programmes, à la condition qu'ils produisent un « **effet technique** »³. On estime ainsi qu'il existe 13.000 brevets européens portant sur des logiciels.

Le développement de cette pratique est toutefois **peu satisfaisant** dans la mesure où lorsque cette question de brevetabilité est portée devant les tribunaux, elle fait l'objet d'**appréciations divergentes selon les pays**, conduisant à la protection d'une même invention dans un Etat et pas dans d'autres.

Dès lors, compte tenu du manque de transparence de cette pratique à l'égard notamment du texte de la Convention de Munich, et de l'intérêt d'un certain nombre d'entreprises à une protection par brevet, la **Conférence intergouvernementale de révision de la convention sur le brevet européen** avait mis à l'ordre du jour de la conférence de révision la question de la révision de l'article 52, dont le deuxième alinéa exclut les programmes d'ordinateur de la brevetabilité.

¹ Cette exclusion était d'ailleurs à l'époque principalement motivée par la difficulté pour l'Office européen des brevets de réaliser des recherches d'antériorités en matière de logiciels.

² Arrêt de la Cour d'Appel de Paris Schlumberger.

³ Sont réputées techniques les inventions qui, d'une part, appartiennent à un domaine technique et, d'autre part, apportent une contribution à l'état de la technique. Sont en revanche rejetées les demandes revendiquant un procédé, lorsqu'il ne s'agit en fait que d'une méthode, dans l'exercice d'activités intellectuelles ou dans le domaine de l'activité économique. Ainsi sont exclus de la brevetabilité les programmes de comptabilité ou encore les programmes financiers d'achat et de vente de devises.

2. La nécessaire coordination de la réglementation de la brevetabilité du vivant aux niveaux européen et communautaire

La proposition de résolution « *estime que toute réglementation relative à la brevetabilité du vivant devra faire l'objet d'une coordination entre le niveau européen et le niveau communautaire* ».

Cette question, importante, mais qui ne fait pas l'objet de discussions dans les enceintes précitées actuellement, a été soulevée par M. Jean Bizet, au cours de la réunion de la délégation pour l'Union européenne.

Les perspectives de décryptage du génome humain¹ ont relancé la question de l'éventuelle brevetabilité des gènes. Depuis 1980, on estime que les demandes de brevets déposées dans le monde s'élèvent à plus de 15.000, dont 2.000 portant sur des séquences d'ADN.

La position de l'Office américain (l'USPTO), d'abord très souple², puisqu'il était un moment ouvert à l'idée de breveter des séquences brutes, a fortement évolué³.

Cette jurisprudence américaine longtemps libérale explique la place prépondérante des entreprises américaines dans le secteur des biotechnologies. Le souci d'éviter que le droit en sciences du vivant ne dépende que de la jurisprudence anglo-saxonne, et la nécessité de rentabiliser les investissements énormes nécessités par la recherche, expliquent que **l'Office européen des brevets**, face au vide juridique, ait reconnu dans une décision du 8 décembre 1994 la brevetabilité d'un fragment d'ADN codant pour une protéine humaine, la relaxine, au motif que l'intérêt thérapeutique de cette protéine et ses applications industrielles potentielles étaient manifestes.

Parallèlement et après 10 années de controverses sur la brevetabilité des inventions dans le domaine des biotechnologies⁴ a finalement été adoptée

¹ Lancé en 1989 par le consortium public international Hugo concurrencé par la firme privée Celera Genomics, dirigée par Craig Venter.

² Dès 1980, la Cour suprême des Etats-Unis, par sa décision *Diamond v. Charkrabarty*, acceptait la brevetabilité d'un organisme génétiquement modifié et de petites entreprises américaines de génomique, dont la société Celera Genomics, déposaient des demandes de brevet pour des séquences d'ADN dont la fonction et les applications potentielles ne sont pas décrites.

³ A partir de 1996, les directeurs de centres du Consortium public génome humain s'engagent à publier immédiatement les séquences d'ADN identifiées (règle des Bermudes), tandis que Bill Clinton et Tony Blair demandent en mars 2000 aux scientifiques du monde entier de verser dans le domaine public toutes les informations concernant le séquençage du génome humain.

⁴ Rejet par le Parlement européen d'une première proposition de directive en mars 1995 pour absence de prise en compte des considérations éthiques, Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'UNESCO du 11 novembre 1997 qualifiant de « patrimoine commun de l'Humanité » le génome humain.

la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, qui s'inspire fortement de la solution dégagée par la jurisprudence de l'office européen des brevets et pose le principe de la brevetabilité des inventions biotechnologiques.

Contrairement à la première version de la directive, il est fait référence à des considérations éthiques. Cependant, la directive affirme que le **droit national des brevets, adapté au particularisme de la matière, reste le cadre pour la protection des inventions relevant du génie génétique.**

La création d'un droit particulier en matière de biotechnologies dérogeant au droit commun des brevets aurait en effet été contraire à l'article 27 de l'ADPIC.

Par conséquent, l'article 5 de la directive, qui a été très critiqué, ses alinéas étant jugés contradictoires, pose le principe de la brevetabilité du vivant, sous réserves de conditions strictes.

Les inventions, qu'elles visent un produit ou un procédé d'isolement ou de reproduction portant sur la matière biologique, sont brevetables, dès lors qu'elles remplissent les conditions générales de brevetabilité, à savoir qu'il s'agit **d'une invention et non d'une découverte, que cette invention est nouvelle et susceptible d'applications industrielles.**

Ainsi, la simple détermination d'une séquence génétique n'est pas une invention susceptible d'être protégée par un brevet, mais une découverte. Il convient que le gène soit isolé du corps humain, reproduit, caractérisé, c'est à dire non seulement que la protéine que ce gène code ait été identifiée, mais aussi que la fonction de cette protéine et son application thérapeutique aient été mises en évidence.

Article 5 de la directive n° 98/44/CE du 6 juillet 1998

- « 1 *Le corps humain, ... ainsi que la simple découverte de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.*
2. *Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel.*
3. *L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande de brevet. »*

Il réaffirme la distinction entre découverte et invention, mais au sens donné par la jurisprudence de l'Office européen des brevets. **Le critère de la brevetabilité se déplace donc du seul caractère de nouveauté vers celui,**

qui devient prévalent, de l'obtention technique et de l'application industrielle.

Un consensus semble donc en fait se dégager pour laisser dans le domaine public les séquences brutes ou « annotées »¹ du génome et pour permettre le dépôt de brevets sur les médicaments, tests génétiques et autres méthodes de diagnostic mises au point à partir des dites séquences².

Face à la jurisprudence de l'Office européen des brevets, il existe donc désormais une directive communautaire, qui doit prévaloir.

IV. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION DES LOIS

Si les différents points retenus par la proposition de résolution présentent un intérêt indéniable, certains d'entre eux doivent faire l'objet d'une actualisation. En effet, l'avancement des négociations a permis de faire émerger clairement certains enjeux, sur lesquels la position du Sénat mérite d'être précisée.

A l'inverse, d'autres points semblent pouvoir dorénavant être abordés dans un cadre pacifié. Ainsi en est-il de l'aspect linguistique.

A. APPROUVER PLEINEMENT LA PROPOSITION DE RÉOLUTION ET L'ACTUALISER

1. La nécessité d'une défense stratégique de la langue française

Comme on l'a vu précédemment, la réalité d'une menace sur le statut du français dans le domaine de la propriété intellectuelle est indéniable et le risque d'une rupture d'égalité entre les trois langues de l'office européen des brevets dans le cadre des négociations communautaires réel.

Dans ce contexte, une position trop extrême concernant la place du français risquerait d'exacerber encore les tensions.

¹ L'annotation consiste à déduire la fonction biologique d'une séquence par le simple biais de comparaisons informatiques avec les séquences de gènes dont la fonction est connue.

² Le Conseil consultatif national d'éthique, dans un avis du 2 décembre 1991, considérait que si les séquences d'ADN devaient être considérées comme non brevetables et rester accessibles à toute la communauté scientifique, n'était pas exclue la protection par brevets des produits ou procédés issus de ces séquences quand ils sont le résultat d'une activité inventive et surtout d'applications suffisamment décrites.

De plus, le contexte n'est plus celui dans lequel a été adoptée la proposition de résolution de M. Xavier Darcos, puisque la France a depuis signé l'Accord de Londres, et que la constitutionnalité de celui-ci a été reconnue par le Conseil d'Etat dans son avis du 21 septembre 2000.

L'Accord de Londres ne modifie d'ailleurs pas le statut du français comme langue officielle de l'office européen des brevets.

Il convient donc de défendre stratégiquement la position de la langue française et de se concentrer sur le maintien du français comme langue de procédure, tant du brevet européen que du brevet communautaire.

En effet, le fait pour le français d'être une langue officielle de procédure dans le système de la convention de Munich présente de nombreux avantages, parmi lesquels celui pour le déposant français de pouvoir mener de bout en bout en bout la procédure dans sa langue maternelle. Ceci est particulièrement important s'agissant des petites et moyennes entreprises.

Ceci est également intéressant puisque dans le système actuel du brevet européen, les revendications, qui représentent la partie la plus stratégique du brevet, doivent être traduites en français.

En revanche, **exiger des traductions complètes n'a rien à voir avec le statut de langue officielle**. Ce n'est qu'une possibilité ouverte par la convention de Munich à l'article 65. Elle s'adresse d'ailleurs à tous les Etats et non pas seulement à ceux dont la langue nationale est langue officielle de l'Office européen des brevets.

Le cas du Royaume-Uni et de l'Allemagne, qui sont restés longtemps les derniers Etats à ne pas faire usage de l'article 65, montre par ailleurs que le fait de ne pas exiger de traduction intégrale du brevet ne remet pas en cause le statut de langue officielle du pays, et n'handicape pas non plus l'innovation dans ce pays. Au contraire, la position de l'Allemagne n'a cessé de se renforcer en matière de propriété industrielle, et la procédure en vigueur devant l'Office européen des brevets est largement d'inspiration germaniste.

En outre, les brevets européens délivrés en français prendront effet sans traduction dans les Etats parties à l'accord dont la langue est une langue officielle de l'Office européen des brevets, ou qui ont désigné le français comme langue officielle de l'Office européen des brevets, ce qui représente un avantage important pour les entreprises françaises.

Exiger le maintien de traductions intégrales en langue française n'est pas primordial, d'autant plus que le Gouvernement s'est engagé à ce que l'INPI prenne en charge des traductions intégrales des brevets.

Si le principe en est acquis, ses modalités (traduction d'abrégés enrichis ou descriptions complètes, au moment de la publication de la demande ou après la délivrance des brevets), ainsi que son financement font encore l'objet de négociations¹.

Il convient donc de rappeler au Gouvernement ses engagements, tout en souhaitant que des traductions (permettant au moins d'apprécier la portée de l'invention) interviennent au moment de la publication du dépôt de la demande, à 18 mois.

Il est également **essentiel de défendre la position du français comme langue officielle de procédure, tant du brevet européen que du brevet communautaire.**

2. La définition d'une base juridique à Nice : une première revendication satisfaite

La proposition de résolution appelait à une modification du traité sur la Communauté européenne afin de donner une base juridique à une compétence juridictionnelle communautaire et à la création du tribunal communautaire de propriété intellectuelle.

Elle a sur ce point déjà été satisfaite. La Commission européenne a en effet suggéré que la Conférence intergouvernementale s'en saisisse dans ses avis du 26 janvier et du 1^{er} mars 2000.

Dans le **traité de Nice** du 26 février 2001 ont été insérés les nouveaux articles 225 A et 229 A qui donnent la base juridique nécessaire à la création d'une juridiction communautaire en matière de titres de propriété intellectuelle.

Le nouvel article 225 A permet donc de créer des juridictions spécialisées qui pourront traiter **dès la première instance** du contentieux lié à des matières spécifiques, par exemple le brevet communautaire. Une **centralisation de l'appel –ou de la cassation**, cette question n'est pas tranchée– se fera donc ensuite **devant le Tribunal de Première Instance.**

¹ *Ce rôle documentaire de l'INPI est expressément cité à l'article R. 411-1 12° et 13° du code de la propriété intellectuelle : «L'institut national de la propriété industrielle a notamment pour attribution(...) la centralisation, la conservation et la mise à disposition du public de toute documentation technique et juridique concernant la propriété industrielle(...)»*

Article 225 A

*« Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et de la Cour de Justice, ou sur demande de la Cour de Justice et après consultation du Parlement européen et de la Commission, **peut créer des chambres** juridictionnelles chargées de connaître **en première instance** de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques.*

La décision portant création d'une chambre juridictionnelle fixe les règles relatives à la composition de cette chambre et précise l'étendue des compétences qui lui sont conférées.

*Les **décisions** des chambres juridictionnelles peuvent faire l'objet d'un **pourvoi limité aux questions de droit ou**, lorsque la décision portant création de la chambre le prévoit, d'un **appel** portant également sur les questions de fait, **devant le tribunal de première instance.***

Les membres des chambres juridictionnelles sont choisis parmi des personnes offrant toutes les garanties d'indépendance et possédant la capacité requise pour l'exercice de fonctions juridictionnelles. Ils sont nommés par le Conseil, statuant à l'unanimité. »

Pour l'instant, cette possibilité devrait être utilisée pour le contentieux de la fonction publique communautaire, mais il pourrait l'être ultérieurement pour le brevet communautaire.

Il faut tout de même souligner que la création de telles chambres juridictionnelles de première instance suppose l'accord de tous les Etats membres au sein du Conseil.

- Le nouvel article 229 A ne donne pas directement compétence à la Cour de Justice pour connaître des actions en contrefaçon et des actions en nullité contre le brevet communautaire, mais crée une base juridique qui permettra de la lui donner ultérieurement¹.

Ces actions sont en effet nouvelles par rapport aux compétences actuelles de la Cour de Justice et une modification du Traité était requise sur ce point.

¹ L'attribution à la juridiction communautaire de la compétence pour connaître de litiges entre particuliers (comme les actions en contrefaçon) étant constitutionnellement analysée par certains Etats membres, notamment par le Danemark, comme un transfert de compétences, subordonné dans ce pays soit à un référendum, soit à une approbation par le Parlement à la majorité des cinq sixièmes, l'article 229 A prévoit que la décision du Conseil donnant de nouvelles compétences à la Cour de justice devra être ratifiée par les Etats membres selon leurs procédures constitutionnelles respectives.

Article 229 A

« Sans préjudice des autres dispositions du présent traité, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut arrêter des dispositions en vue d'attribuer à la Cour de Justice, dans la mesure qu'il détermine, la compétence pour statuer sur des litiges liés à l'application des actes adoptés sur la base du présent traité qui créent des titres communautaires de propriété intellectuelle. Le Conseil recommande l'adoption de ces dispositions par les Etats membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. »

Cet article ne constitue donc qu'une première étape et ne règle en rien la question de la première instance, ou de l'instauration d'une nouvelle juridiction, centralisée ou non.

En effet, la **déclaration relative à l'article 229 A** apporte une précision importante en indiquant que **cet article ne préjuge pas du choix du cadre juridictionnel** pour le contentieux du brevet communautaire.

Déclaration relative à l'article 229 A du traité instituant la Communauté européenne

« La Conférence estime que l'article 229 A ne préjuge pas le choix du cadre juridictionnel qui pourra être mis en place pour le traitement du contentieux relatif à l'application des actes adoptés sur la base du traité instituant la Communauté européenne qui créent de titres communautaire de propriété industrielle. »

En effet, il est apparu à Nice en décembre dernier qu'il n'y avait pas encore d'accord entre les Etats membres.

3. La brevetabilité du vivant

La proposition de résolution appelait également à une coordination entre le niveau européen et le niveau communautaire s'agissant de toute réglementation relative à la brevetabilité du vivant.

Comme il a été vu précédemment, il existe donc au niveau européen une jurisprudence de l'Office européen des brevets, qui résulte d'une interprétation très libre de l'article 53 a) de la convention de Munich, qui prévoit que les brevets européens ne sont pas délivrés pour les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Par ailleurs, existe au plan communautaire la directive n° 98/44 du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions

biotechnologiques. Cette directive devait être transposée dans tous les Etats membres le 30 juillet 2000 au plus tard.

Le processus de transposition en France a rencontré quelques difficultés (demandes de renégociation de la part du Comité consultatif national d'éthique, pétition lancée sur l'internet en avril 2000 par MM. Jean-François Mattéi et Wolfgang Wodarg, menaces de poursuites de la France devant la Cour de Justice des Communautés européennes, échanges de lettres entre le président de la République et la Commission européenne¹). En effet, la transposition imposait de modifier l'article 7 de la loi de bioéthique n° 94-653 du 29 janvier 1994, inséré à l'article L. 611-17 du code de la propriété intellectuelle et qui stipule que « ... *le corps humain, ses éléments et ses produits, ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet de brevets...* ».

Finalement, un projet de loi de transposition de la directive est actuellement devant le Conseil d'Etat. Il ne prévoit cependant pas de transposer l'article 5, qui pose encore trop de problèmes, mais devrait modifier certains articles du code de la propriété industrielle afin de renforcer le système des licences obligatoires et des licences d'office lorsque la santé publique est en jeu². Cependant, le très récent rejet par la Cour de Justice des Communautés européennes le 9 octobre dernier d'un recours en annulation (Pays-Bas contre Commission) formé par les Pays-Bas visant la directive pourrait avoir des conséquences sur ce processus de transposition.

Alors que les Pays-Bas considéraient que la directive imposait une instrumentalisation de la matière vivante, la Cour confirme que la découverte d'un gène n'est pas brevetable et que seule l'invention qui en résulte, susceptible d'application industrielle clairement exposée peut l'être. Fort de ces précisions, le gouvernement français pourrait donc décider de transposer également l'article 5.

Il faut d'ailleurs noter qu'à défaut de transposition par un Etat membre d'une directive (ou d'une partie de la directive) dans le délai imparti à cet effet, ses dispositions sont opposables au-dit Etat³, les particuliers pouvant donc s'en prévaloir à son encontre.

Les Etats membres de la Communauté européenne (dont la France, même si la transposition n'est pas encore intervenue) ont donc déjà l'obligation d'assurer le respect du droit communautaire en matière de

¹ A deux reprises aux fins de confirmation de son interprétation du texte concernant le caractère concret de la description nécessaire au brevet le 30 juillet 2000 –qui a été confirmée-, puis le 7 février 2001 d'une demande de précision concernant l'article 5, alinéas 2 et 3.

² En effet, l'institut Curie, soutenu par M. Roger-Gérard Schwartzberg, ministre de la recherche, vient d'engager en septembre dernier une procédure d'opposition auprès de l'office européen des brevets contre le monopole de la société de biotechnologie américaine Myria Genetics sur les tests de dépistage du gène de prédisposition aux cancers du sein.

³ Théorie de l'effet direct vertical des directives.

protection juridique des inventions biotechnologiques dans les instances internationales en vertu de la directive n° 98/44. Ils devront donc, dans l'hypothèse où la question de la brevetabilité du vivant serait abordée au sein des instances de l'Office européen des brevets, coordonner leurs positions en conformité avec l'article 10 du traité instituant la Communauté européenne (ex article 5 prévoyant un devoir de loyauté des Etats membres avec les buts défendus par l'idée communautaire).

La proposition de règlement communautaire, en prévoyant une symbiose avec le système européen, pose en effet la question de l'incorporation du principe de prééminence du droit communautaire dans le système de Munich. L'Allemagne souhaiterait ainsi l'inscription d'une clause de sauvegarde permettant de bloquer par un droit de veto une éventuelle évolution de l'Office européen des brevets contraire au droit communautaire.

Par ailleurs, dans un avis commun en date du 13 juin 2000, l'Académie des sciences morales et politiques, l'Académie nationale de médecine et le groupe science de l'Académie des sciences appelaient, dans le cadre de l'actuelle révision de la convention de Munich, à introduire dans le texte de cette convention le texte, qui devrait être modifié, de la directive.

Cette question ne semble cependant pas à l'ordre du jour.

Votre commission des Lois estime cependant la position défendue par la proposition de résolution doit être maintenue.

B. DES PRÉCISIONS NÉCESSAIRES

1. La nécessité d'une juridiction communautaire dès la première instance

La proposition de résolution défendait l'idée d'une juridiction communautaire dès la première instance de manière sous-jacente. Cette question est depuis devenue un point de friction majeur entre les Etats membres.

Si la proposition de règlement prévoit que le Tribunal comprend des chambres de première instance et des chambres de recours, la position française, en faveur d'une centralisation communautaire de la première instance est, ainsi qu'on l'a vu précédemment, un peu isolée. L'évolution des négociations et le rapport de forces ne penchent pas en sa faveur.

Dès lors, il est probable qu'une solution de compromis, consistant à avoir un tribunal par pays, voire de grandes chambres par zones linguistiques, sera finalement adoptée.

Le rapport Grignon (de juin 2001), s'est pour sa part prononcé en faveur d'une centralisation à l'échelon communautaire, sans exclure toutefois une déconcentration, à condition qu'une harmonisation de la jurisprudence, de la composition des juridictions et des procédures soit garantie. Il jugeait dès lors légitime qu'une juridiction soit installée à Paris, afin de la consacrer comme place européenne en matière de propriété intellectuelle.

Votre commission vous propose donc de soutenir la position de la délégation française. Cependant, s'il apparaissait qu'une telle position ne pouvait être retenue, il conviendrait que le Gouvernement exige des garanties afin que soit préservée une application uniforme du droit communautaire, grâce à une similitude de procédure et de recrutement.

2. S'opposer de manière énergique à une décentralisation et à la sous-traitance des offices nationaux

Ainsi qu'on l'a vu précédemment, certaines délégations souhaitent voir leurs offices nationaux jouer un rôle actif dans la préparation de la décision d'octroi d'un brevet communautaire.

La Commission européenne ne semble pas totalement opposée à cette solution, contrairement à la France.

Le rapport Grignon s'est clairement élevé contre la création d'un brevet communautaire au prix d'une remise en cause du système de la convention de Munich. En effet, ce système, d'une qualité exceptionnelle et reconnu internationalement, repose avant tout sur l'expertise de l'Office européen des brevets et de ses 1.200 examinateurs.

Une délégation ou une sous-traitance aux offices nationaux, même sous « contrôle » de l'Office européen des brevets, des demandes de brevet communautaire, consacrerait une régression par rapport au système actuel.

En outre, la France cherche avant tout à éviter la mise en place d'un système de reconnaissance mutuelle des décisions nationales, qui reviendrait à ce que l'office national qui brevète le plus, c'est à dire l'office britannique, ne détermine en fait le droit des brevets en Europe.

Si, s'agissant du traitement de la première instance, une position souple et évolutive est possible, ce n'est donc pas le cas s'agissant du rôle des offices nationaux, et votre commission vous propose d'appuyer fortement la position de la délégation française.

3. La définition de critères de brevetabilité des logiciels

La proposition de résolution appelle à une définition des conditions de brevetabilité des logiciels au niveau de l'Union européenne.

En effet, ainsi qu'il a été vu précédemment, la jurisprudence de l'Office européen des brevets permet actuellement de breveter des logiciels d'une manière indirecte, en contradiction avec la règle énoncée à l'article 52 de la convention de Munich.

- La question d'une réforme de l'article 52 avait donc été mise à l'ordre du jour de la conférence de révision de la convention de Munich.

Cependant, à l'initiative de la France, la conférence diplomatique pour la révision de la convention sur le brevet européen, qui s'est tenue à Munich du 20 au 29 novembre derniers, a décidé de maintenir en état l'article 52 § 2 dans l'attente d'une plus ample concertation.

En effet, les opposants soulignent le manque d'étude sérieuse quant aux conséquences d'une telle réforme, et craignent des dérives semblables à celles du système américain, qui a conduit depuis 1998 à protéger par brevet des « méthodes d'affaires », tels la vente de billets d'avion sur l'internet ou encore des méthodes de commerce électronique, dont le fameux achat en « un clic » d'Amazon.com.

Par ailleurs, certains lient le sujet à celui de la liberté d'expression et craignent que le brevet sur le logiciel ne conduise à ce que les grands éditeurs (Microsoft, Oracle...) se placent dans une situation, sinon de monopole, du moins d'oligopole, déposant en masse des brevets et rendant inévitable pour les PME souhaitant innover d'enfreindre les brevets existants. Ils craignent également l'impact d'une telle mesure sur les logiciels libres (Open Source).

En outre, certains avancent que le brevet serait exclusif de la protection d'un logiciel par droit d'auteur, ce qui n'est évidemment pas le cas, le droit d'auteur protégeant une expression particulière d'un programme en l'assimilant à une œuvre littéraire, tandis que le brevet protège l'idée innovatrice et les principes définis dans la revendication. A l'inverse, la critique d'un coût et d'une complexité accrue pour les PME du fait de ce double régime de protection du logiciel (par le droit d'auteur et le droit des brevets) occulte l'intérêt et la complémentarité de ces protections.

S'il est en effet souhaitable qu'une large concertation soit menée et préférable que la réflexion intervienne d'abord au niveau communautaire, **il ne faudrait pas pour autant que cette question soit totalement abandonnée.**

Or, les négociations au niveau communautaire semblent elles aussi ralenties. **La communication de suivi du 2 février 1999 précitée de la**

Commission européenne indiquait qu'elle présenterait une proposition de directive visant à harmoniser l'interprétation de nouvelles règles en matière de brevetabilité des programmes d'ordinateurs. A donc été lancée une vaste consultation à ce sujet sur l'internet du 19 octobre au 15 décembre 2000. La France a demandé, lors du conseil de l'Union européenne « marché intérieur, consommation et tourisme » tenu à Bruxelles le 12 mars 2001, à disposer des résultats exhaustifs et définitifs de la consultation engagée par la Commission auprès des milieux intéressés au dernier trimestre 2000.

Depuis, aucune nouvelle initiative n'a été relevée. Cette question ne doit pas être abandonnée, alors même qu'une très large majorité des acteurs considère que la brevetabilité des programmes d'ordinateur est la seule manière de stimuler les investissements des éditeurs de logiciels européens, d'autant plus que cela irait dans le sens de l'ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent le commerce, signé dans le cadre de l'OMC), dont l'article 27 dispose qu'un brevet pourra être obtenu pour une invention de produit ou de procédé « *dans tous les domaines techniques* ».

S'agissant de cette question, la France n'a pas de position officielle. Cependant, **votre commission vous propose de soutenir dès à présent l'initiative communautaire.**

Elle doit également fixer des conditions de brevetabilité strictes (une invention nouvelle susceptible d'applications industrielles) excluant expressément les méthodes d'affaires, ainsi que l'a déjà fait le Parlement européen.

*

Le nombre et l'importance des points encore en discussion, ainsi que la concomitance de deux niveaux de négociation, laissent présager que le souhait exprimé lors du sommet de Nice de voir le règlement sur le brevet communautaire mis en oeuvre d'ici à la fin 2001 est fortement compromis.

Il faut espérer que le brevet communautaire ne connaîtra pas d'enlèvement. En effet, il s'agit d'un véritable problème de compétitivité pour l'industrie européenne, qui doit pouvoir disposer d'une protection de la propriété industrielle rapidement disponible, peu onéreuse, harmonisée et efficace.

En définitive, votre commission approuve la création du brevet communautaire. Elle estime cependant, avec la délégation pour l'Union européenne, que sa mise en place ne doit pas se faire au détriment des principes qui ont prévalu dans le cadre du brevet européen.

*

*

*

Au bénéfice de l'ensemble de ces observations, votre commission a adopté une proposition de résolution, dont le texte est reproduit ci-après.

PROPOSITION DE RÉSOLUTION

(texte adopté par la commission en application
de l'article 73 bis du règlement du Sénat)

Le Sénat,

Vu l'article 88-4 de la Constitution,

Vu la proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire (E 1539),

Se déclare très favorable à l'adoption d'un dispositif commun de délivrance de brevet valable, en une procédure unique, sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, sous réserve de la préservation de l'usage de la langue française comme langue officielle des brevets communautaires, comme des brevets européens ;

Encourage le gouvernement à respecter ses engagements de traduction des brevets dans le cadre de l'INPI, dans un objectif de développement de la veille technologique ;

Considère qu'une juridiction communautaire centralisée et techniquement qualifiée constitue une solution appropriée pour assurer la sécurité juridique des brevets communautaires dès la première instance, dès lors que sa compétence se limite aux questions de validité de ceux-ci et de leur protection contre la contrefaçon ;

Se déclare opposé à toute forme de sous-traitance aux offices nationaux, afin de conserver intact le rôle de l'office européen des brevets et d'assurer une véritable cohérence communautaire ;

Appelle à l'harmonisation rapide des conditions de brevetabilité des logiciels informatiques au niveau de l'Union européenne, afin de ne pas pénaliser les inventeurs et sociétés européens face à leurs concurrents étrangers ;

Estime que ces conditions doivent répondre aux conditions de droit commun de brevetabilité et donc exclure les usages professionnels (« méthodes d'affaires ») ;

Estime que toute réglementation relative à la brevetabilité du vivant devra faire l'objet d'une coordination entre le niveau européen et le niveau communautaire.

ANNEXE
PROPOSITION DE RÉSOLUTION N° 118 (2000-2001)
PRÉSENTÉE PAR M. XAVIER DARCOS

Le Sénat,

Vu l'article 88-4 de la Constitution,

Vu la proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire (E 1539),

Se déclare très favorable à l'adoption d'un dispositif commun de délivrance de brevet valable, en une procédure unique, sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne ;

Exige la préservation de l'usage de la langue française comme langue officielle pour le dépôt et la validité des brevets communautaires, comme des brevets européens ;

Considère qu'une juridiction communautaire centralisée et techniquement qualifiée constitue une solution appropriée pour assurer la sécurité juridique des brevets communautaires, dès lors que sa compétence se limite aux questions de validité de ceux-ci et de leur protection contre la contrefaçon ;

Estime toutefois inutile la création d'une nouvelle instance juridictionnelle, les structures actuelles pouvant assurer, dans des délais plus brefs et à moindre coût, cette fonction ;

Souhaite en conséquence que la Conférence intergouvernementale dont les travaux sont actuellement en cours procède aux modifications du Traité nécessaires pour étendre le champ de compétence de la juridiction communautaire aux questions de validité et de protection contre la contrefaçon des brevets communautaires ;

Appelle à l'harmonisation rapide des conditions de brevetabilité des logiciels informatiques au niveau de l'Union européenne, afin de ne pas pénaliser les inventeurs et sociétés européens face à leurs concurrents étrangers ;

Estime que toute réglementation relative à la brevetabilité du vivant devra faire l'objet d'une coordination entre le niveau européen et le niveau communautaire.