

# Chapitre 1 - Inciter l'Europe à se doter d'une véritable politique européenne de brevet

## 1 - Le Livre Vert

Alors que les années 80 ont été caractérisées par une croissance significative du nombre des demandes de brevets d'origine européenne auprès de l'OEB, le volume annuel oscille depuis 1990 autour de 30 000 demandes par an.

Cette stagnation est sans doute due en partie à la récession économique. Elle contraste néanmoins de manière préoccupante avec les évolutions observées aux Etats-Unis et au Japon.

Dans le prolongement du "Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi" (décembre 1993), la Commission a publié en décembre 1995 un "Livre vert sur l'innovation" qui porte un diagnostic sévère de la situation européenne : sous-utilisation des règles de protection, stagnation des dépôts de brevet, méconnaissance des possibilités offertes par la concession de licences, sous-estimation du potentiel de veille technologique contenu dans les bases de données de brevets.

Le "Premier Plan d'action pour l'innovation en Europe" (novembre 1996), qui fait suite au Livre vert, affirme comme une priorité la nécessité d'établir un cadre juridique, réglementaire et financier favorable à l'innovation. Ceci concerne au premier chef le système européen des brevets qu'il faut rendre plus efficace, accessible et moins coûteux. Le Plan d'action recommande de revoir l'architecture d'ensemble du système européen de propriété industrielle, jugé exagérément complexe, et pose en particulier les questions de la mise en oeuvre du brevet communautaire et du coût du système de brevet européen.

Le "Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe", adopté le 24 juin 1997 à l'initiative de Mario Monti, Commissaire au Marché Unique, en accord avec Edith Cresson, Commissaire à la recherche, l'éducation et la formation, vise maintenant à lancer une vaste consultation pour déterminer les besoins réels en termes de protection et les initiatives nouvelles qu'il convient de prendre au niveau communautaire dans ce domaine.

Les principales questions posées sont donc :

- la relance du brevet communautaire sur la base, non plus d'une convention intergouvernementale comme la Convention de Luxembourg, mais d'un règlement sur base de l'article 235 du Traité ;
- le problème du coût du brevet européen ;
- l'harmonisation complémentaire du droit des brevets (en particulier concernant les logiciels).

La consultation permettra à la Commission de fixer son agenda législatif dans le domaine de la propriété industrielle.

## **2 - Une véritable politique européenne est nécessaire**

Au delà des questions explicitement abordées par le Livre vert, il faut poser clairement une autre question : celle de la définition et de la mise en oeuvre d'une véritable politique active de propriété industrielle au niveau européen. En effet, alors qu'il est essentiel que l'effort d'innovation soit consolidé et valorisé, l'Europe ne dispose pas comme les Etats-Unis et le Japon de véritables instruments en ce domaine. Ainsi l'OEB ne fait que gérer une procédure unifiée de délivrance du brevet dans le cadre d'une convention internationale. Son Président n'a donc pas le rôle d'accompagnement d'une politique d'innovation que ses homologues américain et japonais ont.

S'il est vrai que certaines décisions relèvent du niveau national et qu'une harmonisation complémentaire du système européen relève du niveau communautaire, il n'en reste pas moins que le Conseil d'Administration de l'OEB est appelé régulièrement à prendre des décisions capitales pour le bon fonctionnement et l'évolution du système européen de brevets. C'est ainsi que le Conseil peut fixer le niveau des taxes de procédure, modifier la clé de répartition et décider d'accueillir de nouveaux Etats membres.

Or aujourd'hui le Conseil d'Administration est, dans la pratique, essentiellement un club de chefs d'offices nationaux, sans vision prospective ni rôle politique. La plupart rendent rarement compte à leurs autorités de tutelle et nombre d'entre eux voient en l'OEB d'abord un concurrent de l'office dont ils ont la charge. Les chefs d'office tendent donc, surtout dans les "petits pays", à privilégier l'intérêt de leur office, qui ne coïncide pas nécessairement avec celui du système européen, en particulier sur le plan financier.

C'est pourtant au sein de l'OEB qu'il faut définir une véritable politique européenne en matière de brevets. Pour que l'OEB puisse jouer légitimement ce rôle, il est nécessaire de tenir, au moins une fois tous les deux ans, une réunion des Etats membres de l'OEB au niveau des ministres en charge de la propriété industrielle afin de débattre des orientations de cette politique européenne de brevets et de sa mise en oeuvre. Les modifications de la clé de répartition ou l'entrée de nouveaux Etats membres ne devraient pouvoir être décidées qu'à ce niveau.

Un tel mécanisme, déjà mis en oeuvre pour l'Agence Spatiale Européenne, permettrait en outre d'associer à cette politique les pays non membres de l'Union Européenne (comme la Suisse) et ceux qui sont susceptibles de le devenir.

## **3 - Le brevet communautaire**

Les attentes de l'industrie en matière de brevet européen peuvent être résumées ainsi : un titre unique, de haute qualité, de coût raisonnable, valable pour l'ensemble de l'Union Européenne, non susceptible d'interprétations différentes suivant les pays. La situation actuelle répond très imparfaitement à ces attentes.

En effet

- l'OEB gère une procédure unique de dépôt, d'examen et de délivrance du brevet mais, une fois le brevet délivré, le brevet éclate en autant de brevets nationaux que de pays désignés par le déposant, ce qui oblige à recourir à plusieurs mandataires différents et complique la gestion ultérieure des titres ;
- l'OEB met à disposition une procédure d'opposition et de recours mais, si un opposant débouté souhaite obtenir l'annulation du brevet devant la justice ou si un litige survient postérieurement à la procédure, l'affaire sera traitée au niveau national dans chaque pays, avec des procédures et des jurisprudences différentes.

Pour ces raisons, il a été prévu de créer pour l'Union Européenne en un brevet communautaire de caractère unitaire, qui ne puisse être délivré, transféré, annulé ou s'éteindre que pour l'ensemble des pays membres. Ce "deuxième pilier" du système européen doit être administré par l'OEB. Le brevet européen et le brevet communautaire doivent coexister et permettre au demandeur de choisir le titre le plus adapté à ses besoins.

Cependant le brevet communautaire, institué par la Convention de Luxembourg du 15 septembre 1975, révisée par l'Accord en matière de brevets communautaires signé en 1989, n'est pas entré en vigueur, faute d'avoir été ratifié par tous les Etats membres.

Cet échec reflète les oppositions au brevet communautaire tel qu'il est défini par la Convention de Luxembourg. Celles-ci se sont focalisées sur le coût prévisible très élevé de la procédure, la Convention imposant la traduction de l'ensemble du brevet dans chacune des langues de l'Union Européenne (soit 11 langues aujourd'hui). D'autres critiques concernent le dispositif juridictionnel. Certes la Convention prévoit la mise en place d'une cour d'appel unique au niveau européen (COPAC - Cour d'Appel Commune en matière de brevet communautaire) pour statuer en dernier recours sur les litiges en matière de contrefaçon et de validité des brevets. Ses décisions seraient contraignantes pour les Etats, pour que soient résolues les différences d'interprétation qui peuvent résulter des juges nationaux. Cependant un tribunal local pourrait, en première instance, annuler le brevet à l'échelle de l'Union Européenne : ceci constitue un élément d'insécurité juridique que beaucoup d'entreprises jugent rédhibitoire. Les professionnels sont en outre attachés à l'unité de contentieux entre d'une part l'appréciation de la validité et de la portée du titre, d'autre part l'appréciation de la matérialité de la contrefaçon. Les sursis à statuer résultant d'une éventuelle séparation de ces contentieux allongeraient considérablement la durée des procédures, rendant inopérante la protection conférée par le brevet.

Pour l'ensemble de ces raisons, il est très improbable que le brevet communautaire puisse devenir une réalité dans le cadre de la Convention existante et, si celle-ci venait quand même à voir le jour, on peut douter que le brevet communautaire soit utilisé par les entreprises. C'est d'ailleurs pourquoi le Livre Vert de la Commission Européenne propose la voie d'un règlement sur la base de l'article 235 du Traité.

En effet, en supposant que les problèmes du coût des traductions et du dispositif juridictionnel soient résolus, il faudrait encore que le montant des taxes soit raisonnable, tout en permettant à l'opérateur technique de maintenir son équilibre financier.

En fait, à terme, une fois surmontés les problèmes de démarrage, les taxes de procédure devraient être les mêmes que celles du brevet européen et la taxe annuelle de maintien sensiblement inférieure à la somme des taxes nationales actuelles. Il serait logique que cette taxe soit perçue directement par l'organisme chargé d'administrer le brevet communautaire, sans redistribution automatique des recettes aux offices nationaux, qui n'ont pas de rôle de validation dans ce dispositif. Ceci implique l'abandon de la disposition financière de la Convention de Luxembourg dans sa version de 1989, qui prévoit qu'une partie seulement des taxes de maintien reviendrait à l'OEB, l'autre partie étant redistribuée entre les Etats parties selon une clé de répartition qui a été fixée par la Convention après d'après négociations. Ce dispositif, privant l'opérateur technique d'une partie des recettes au profit des offices nationaux, obligerait à renchérir les taxes de procédure et/ou les taxes annuelles de maintien.

Dans certains pays qui continuent à mettre en oeuvre une procédure d'examen au niveau national, les offices nationaux sont hostiles au brevet communautaire parce qu'ils craignent que son instauration les prive brutalement d'une partie des ressources dont ils ont besoin pour financer l'examen national qu'ils hésitent à abandonner. Ce point illustre l'une des clefs du dossier : comment préserver une partie des ressources des offices nationaux pour développer leur rôle d'information, de sensibilisation et de formation.

## 4 - Les dossiers sensibles au niveau de l'OEB

Dans le cadre d'une politique d'innovation et de soutien au développement des entreprises à l'international, et sur la base du constat précédent, une politique européenne de propriété industrielle doit, en matière de brevets, avoir pour objectif de faciliter l'accès des entreprises, particulièrement les PME, au brevet à l'échelle de l'Europe.

Il convient donc de relancer la dynamique du brevet communautaire sur la base d'un projet réaliste, viable et attractif pour les entreprises.

Dans l'immédiat, il est impératif de veiller à ce que le système actuel de brevet européen soit consolidé, qu'il fasse l'objet d'une harmonisation complémentaire et que les obstacles liés à ses coûts soient réduits.

A cet égard, deux dossiers sensibles appellent des solutions adaptées :

- la fixation de la clé de répartition,
- l'élargissement de l'OEB à de nouveaux membres.

### a) La clé de répartition

Depuis 1984, pour chaque pays désigné par le titulaire du brevet, la clé répartit le montant des taxes annuelles de maintien à égalité entre l'OEB et l'office national.

Au Conseil d'Administration de l'OEB, les représentants de plusieurs pays proposent de modifier la clé de répartition en faveur des offices nationaux, et donc au détriment de l'OEB, afin de financer leur système national de brevets. Le représentant du Royaume-Uni, qui est en pointe dans cette démarche, à contre-courant de l'avis clairement exprimé de l'industrie de son pays, a obtenu des soutiens, en particulier de pays qui pratiquent un examen national (la Suède, le Danemark et l'Autriche). On peut cependant noter que l'Allemagne, bien que pratiquant l'examen, adopte une position inverse.

Il est certes légitime que les pays utilisent au niveau national les taxes de maintien (qui ne correspondent à aucune tâche réelle, si ce n'est d'enregistrement) pour subventionner l'accès au brevet de leurs entreprises par la voie nationale en fixant les taxes nationales de dépôt, de recherche et d'examen au dessous du coût réel de ces prestations. Cependant ces taxes nationales de procédure se situent aujourd'hui à des niveaux très faibles (par exemple £ 200 au Royaume-Uni du dépôt à la délivrance du brevet) et les abaisser davantage ne peut plus avoir d'effet incitatif alors que, au niveau européen, les coûts ont un effet dissuasif que diverses études ont souligné.

Ce transfert de ressources vers les offices nationaux est enfin d'autant plus injustifié que leurs ressources vont mécaniquement augmenter dans les prochaines années du fait de l'augmentation du nombre des brevets maintenus en vigueur dans leur pays, et que, dans plusieurs pays, le budget de l'Office se confond avec le budget général de l'Etat et l'alimente, un excédent de ressources s'apparentant donc à un impôt sur l'innovation.

Pour que l'OEB reste un instrument efficace, il ne faut pas accepter qu'il soit dévitalisé par un transfert abusif de ses ressources vers les systèmes nationaux, et donc s'opposer à toute modification à son détriment de la clé de répartition.

### b) La question de l'élargissement

Une vingtaine de pays, notamment les pays d'Europe centrale et orientale, ont demandé à adhérer à l'OEB, cette adhésion faisant le plus souvent partie d'une démarche d'adhésion à l'Union Européenne. Pour que leur demande puisse être acceptée, ces pays doivent remplir un certain nombre de conditions techniques : adhésion aux traités internationaux importants dans le domaine des brevets, existence d'un office national de brevets d'un bon niveau, respect des normes définies dans l'accord ADPIC, mise en oeuvre efficace au niveau national des droits de protection attachés aux brevets, harmonisation poussée du droit national des brevets avec le droit des pays de la Convention de Munich...

Bon nombre des candidats sont en mesure de remplir ces conditions et ce n'est pas là le véritable problème posé par l'élargissement de l'OEB.

Il existe en effet, si le système de vote n'est pas réformé, un risque grave que le Conseil d'Administration de l'OEB devienne progressivement ingérable. Dans le système actuel, le principe de base régissant le vote est "un pays, une voix". Les décisions d'ordre financier et celles relatives à la nomination du Président de l'Office, aux adhésions et à la révision de la Convention doivent être prises à la majorité des trois-quarts, les autres à la majorité simple. Cependant, par exception, il existe un système de pondération des voix qui n'est applicable (articles 36 et 40 de la Convention) que pour l'adoption ou la modification du règlement relatif aux taxes et pour les décisions budgétaires ayant pour effet d'accroître la charge financière des Etats contractants. De plus, ce système de pondération, établi en 1973 pour créer un consensus historique, ne correspond plus aux réalités d'aujourd'hui. Son calcul prend en compte la clé de répartition des contributions financières exceptionnelles (elle-même déterminée par référence au nombre de demandes de brevet déposées en 1975), avec un plafonnement du nombre de voix pour les plus grands pays.

Ce système peut d'autant plus conduire à des situations de blocage que les nouveaux membres auront très probablement des motivations et des intérêts contradictoires avec ceux des grands pays industrialisés ayant une activité importante en matière de brevets. Les nouveaux membres pourraient en particulier être tentés de soutenir des propositions de modification de la clé de répartition au profit des offices nationaux, prélevant ainsi sur les ressources de l'OEB afin de financer le développement de leur système national de brevets. Leur faible activité en matière de brevets ne leur fera imputer qu'une très faible part des éventuelles contributions exceptionnelles.

Il est donc nécessaire d'envisager, avant toute nouvelle adhésion, une révision de la Convention de Munich qui traiterait le problème institutionnel (système de vote, pondération, responsabilité financière, modalités de fonctionnement de l'organisation), par exemple en instituant un mécanisme de pondération reposant sur des paramètres actualisés et donnant du poids aux Etats ayant le plus de responsabilité financière, tout en étendant le champ d'application de ce mécanisme à toutes les décisions du Conseil qui requièrent une majorité des trois-quarts. La procédure de révision de la Convention de Munich étant relativement longue, il est impératif de l'engager rapidement.

## **5 - L'harmonisation européenne**

Une harmonisation européenne est urgente pour adapter le cadre législatif et réglementaire aux technologies nouvelles : biotechnologies, logiciels (voir le chapitre 5). Elle est également à l'étude sur d'autres points tels que le délai de grâce ou le modèle d'utilité.

### **a) Délai de grâce**

En Europe, l'industrie semble très majoritairement réticente au délai de grâce, facteur supplémentaire de complexité et d'insécurité juridique. Les organismes de recherche y sont plus favorables, surtout maintenant que le développement de l'Internet leur fait craindre des divulgations incontrôlées par leurs chercheurs qui, dans le système actuel, seraient opposables à leurs demandes ultérieures de brevets.

La position officielle de la France a été, jusqu'à présent, une opposition de principe au délai de grâce, qui est essentiellement considéré comme une monnaie d'échange contre l'abandon du "first to invent" par les Etats-Unis.

Certains se demandent cependant si, indépendamment de toute concession de la part des Etats-Unis, cette position ne pourrait pas être réexaminée dans l'intérêt d'une incitation de la recherche publique à breveter (le brevet ne serait plus perçu comme aussi antagoniste de la publication). On peut objecter qu'une telle mesure serait peu pédagogique vis-à-vis des chercheurs, ne les incitant guère à donner la priorité au brevet.

Quoi qu'il en soit, le concept du délai de grâce ne peut être intéressant que s'il est universel, c'est-à-dire harmonisé et intégré dans un traité international signé par tous les grands pays de propriété industrielle (Etats-Unis, Japon, Union Européenne...).

## **b) Modèle d'utilité**

Le brevet européen répond mal au besoin de protection d'entreprises dont les innovations techniques peuvent être commercialisées rapidement et sont faciles à reproduire par un concurrent (cas des industries du jouet et des articles de sports). La procédure de délivrance dure couramment 4 à 5 ans et surtout elle peut être considérablement rallongée par des procédures d'opposition et de recours. Il est alors très difficile d'agir en justice contre un contrefacteur, car le tribunal surseoir à statuer en attendant le résultat des procédures engagées devant l'OEB. Dans la situation actuelle, l'entreprise, si elle a besoin de protection dans plusieurs pays, doit engager plusieurs procédures nationales ou, si la durée de certaines d'entre elles est également trop longue, demander des modèles d'utilité, titres d'obtention rapide.

La Commission Européenne a publié en juillet 1995 un "Livre Vert sur la protection par le modèle d'utilité dans le marché intérieur" qui propose une harmonisation des législations nationales sur le modèle d'utilité.

En France, il est rapide et peu coûteux d'obtenir un brevet, à la différence du système allemand qui sous-tend l'analyse de la Commission. Le certificat d'utilité, d'une durée de 6 ans, est peu utilisé : depuis 1988, le nombre de certificats délivrés par l'INPI est inférieur à 1000 par an (780 en 1996). Ce désintérêt s'explique par le fait que le brevet français, non examiné mais assorti d'un rapport de recherche de qualité, joue en fait le rôle de modèle d'utilité.

Une harmonisation paraît peu utile dans la mesure où, pour acquérir la protection dans plusieurs pays européens, il faudrait toujours déposer autant de demandes que de pays.

L'harmonisation européenne proposée pose en outre au moins trois problèmes :

- L'harmonisation proposée concerne un titre qui ne donnerait pas lieu à une recherche d'antériorités et ne ferait pas l'objet d'un examen, laissant ainsi aux tiers la charge de l'appréciation de sa portée et de sa validité. Or cette appréciation est particulièrement délicate pour les PME peu habituées à surveiller et à évaluer les droits de propriété industrielle existants.
- Le Livre Vert considère qu'il convient de prévoir un degré inventif plus faible que celui qui est exigé pour le brevet, ce qui est très difficile à définir clairement et risque de créer des divergences d'interprétation jurisprudentielle.
- La durée envisagée (10 ans) est trop longue pour un titre qui est source d'insécurité juridique pour les tiers.

Une autre voie possible serait la création d'un modèle d'utilité communautaire assorti d'un rapport de recherche. Cette suggestion doit être accueillie avec la plus grande prudence. Il faut d'abord observer que son instauration nécessiterait que l'on trouve une solution raisonnable au problème des traductions. Si l'on réussit à faire que l'obtention du titre soit moins coûteuse que celle du brevet, il y a un risque réel que le modèle d'utilité soit surtout largement utilisé par les grandes entreprises et par les non-européens, notamment américains et japonais, plutôt que par les PME européennes.

Enfin, l'avantage de coût ne vaudrait que pour les taxes, car il n'y a pas de raison que la rédaction par un conseil ou la défense en justice du modèle d'utilité soient significativement moins onéreuses que pour un brevet.

Sans doute serait-il donc préférable de porter la réflexion sur des mesures de nature à réduire les délais d'obtention et d'opposition du brevet.