

OBJET : Révision de la CBE : articles 33 et 35 CBE

ORIGINE : Le Président de l'Office européen des brevets

DESTINATAIRES : Le comité "Droit des brevets" (pour avis)

RESUME

Le présent document propose d'élargir la compétence du Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets afin de permettre d'adapter la CBE à des traités, accords et instruments juridiques internationaux et communautaires en matière de brevets lorsqu'une modification de la CBE est rendue nécessaire pour assurer la conformité avec le droit international et communautaire des brevets et est approuvée par tous les Etats contractants de la CBE.

I. INTRODUCTION

1. L'évolution récente et le développement futur du droit international et communautaire en matière de brevets soulève inévitablement la question de l'adaptation de la CBE à ces nouvelles sources juridiques. Les discussions au sein du Comité "Droit des brevets"¹ ont révélé qu'il peut être difficile d'articuler le droit européen des brevets à ces sources juridiques extérieures - qui pourtant lient la plupart ou tous les Etats contractants de la CBE : c'est pourquoi plusieurs délégations ont souhaité que soit explorée la possibilité de créer un mécanisme simplifié d'adaptation de la CBE aux nouvelles sources juridiques internationales et communautaires en matière de brevets.
2. Le présent document rappelle tout d'abord brièvement le contexte de droit international public dans lequel doit s'inscrire toute révision de la CBE, ainsi que les difficultés, les lenteurs et les risques inhérents à un tel mécanisme de révision classique d'une convention internationale (*infra*, pt. II). Est ensuite mis en avant l'un des traits les plus originaux de la législation contemporaine en matière de brevets : la création du droit se fait de plus en plus collectivement par les Etats dans un cadre international, au sein d'organisations régionales ou mondiales (UE, OMPI et OMC) (*infra*, pt. III).
3. A partir de ces constatations, il est intéressant d'envisager de quelle manière une adaptation plus facile et plus rapide de la CBE au droit international et communautaire en matière de brevets pourrait être assurée à l'avenir. Ces réflexions aboutissent à une proposition de révision de l'article 33 CBE en vue de conférer au Conseil d'administration la compétence pour adapter la CBE à des traités, accords et instruments juridiques internationaux ou communautaires en matière de brevets lorsqu'une modification de la CBE est nécessaire pour assurer la conformité avec ces sources juridiques et est approuvée par tous les Etats contractants de la CBE (*infra*, pts. IV et VI).

II. REVISER LA CBE

4. Le mécanisme classique de révision d'un traité international consiste en réalité à adopter un nouveau traité : les plénipotentiaires des Etats parties au traité doivent se réunir pour négocier au sujet d'un texte modifié qui, s'il est adopté, doit être ratifié par les parlements nationaux - le texte révisé entrant en vigueur pour un Etat si celui-ci dépose son instrument de ratification. Ce mécanisme est justifié par la nécessité de préserver les intérêts des Etats et de garantir que tout transfert de souveraineté nationale soit pleinement connu et accepté par les parlements nationaux.

¹ Cf. CA/PL PV9, p. 5, pt. 22.

5. Pourtant, ce mécanisme présente des désavantages qui sont régulièrement incriminés :
 - la préparation d'une conférence de révision et la recherche d'un large consensus parmi les Etats constituent un tâche difficile - et d'autant plus malaisée que le nombre d'Etats qui y participent est élevé et leurs intérêts divergents ;
 - une conférence de révision n'est souvent pas le lieu approprié pour discuter de modifications de nature hautement spécialisée ou technique, notamment lorsqu'une organisation internationale créée pour exécuter des tâches spécifiques doit pouvoir réagir rapidement à des situations nouvelles ;
 - une conférence de révision implique toujours le risque que des questions précédemment réglées soient abordées à nouveau, mettant ainsi en jeu tout l'acquis de la coopération internationale ou menant à des marchandages éloignés des objectifs poursuivis à l'origine ;
 - les procédures de ratification au sein des parlements nationaux sont souvent longues et imprévisibles ; et lorsque la procédure de ratification échoue dans un Etat, cet Etat continue à être lié par l'ancienne version du traité ou doit cesser d'être partie au traité.
6. Le mécanisme prévu pour réviser la CBE présente la plupart de ces caractéristiques et inconvénients : l'article 172 CBE prévoit la tenue d'une conférence des Etats contractants au terme de laquelle les trois quart des Etats contractants représentés et votants peuvent adopter un texte révisé qui entre en vigueur si un nombre d'Etats déterminés dépose leurs instruments de ratification avant une date fixée ; selon l'article 172(4) CBE, un Etat qui, à cette date, n'a pas ratifié la nouvelle convention, cesse d'être partie à la CBE.
7. Il est généralement admis **que** ce mécanisme exclut qu'une révision de la CBE puisse être mise œuvre à intervalles réguliers et **que** l'élargissement de l'Organisation en 2002 va rendre plus difficile encore une future révision de la CBE.
8. Cette situation apparaît comme très préoccupante pour au moins deux raisons :
 - la CBE, qui régit un domaine très spécialisé entretenant des rapports étroits avec l'évolution technique et juridique, doit pouvoir être adaptée régulièrement ;
 - la CBE a conduit à un niveau élevé d'harmonisation des lois des brevets des Etats contractants qui serait mis en danger si la CBE ne peut être rapidement adaptée au droit international et communautaire des brevets qui très souvent lie les Etats contractants de la CBE.

III. L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL DES BREVETS

9. Au cours de la dernière décennie, l'internationalisation qui caractérise depuis longtemps le droit des brevets est allée en s'accroissant, à tel point qu'il est possible d'affirmer aujourd'hui que la création du droit en matière de brevets se fait pour l'essentiel collectivement au niveau international et communautaire. Les Etats européens participent activement à cette législation : au sein de l'UE, de l'OMPI et de l'OMC, leurs représentants négocient des textes qui sont ensuite mis en œuvre dans le droit national.
10. Ce mouvement d'internationalisation influence profondément le droit national des brevets des Etats contractants. Cela est vrai pour tous : même si certains Etats contractants ne sont pas membres de l'UE ou de l'OMC - et ne sont donc pas formellement liés par les textes communautaires ou par l'accord ADPIC - l'influence du droit communautaire et international des brevets se fait nettement sentir dans ces Etats également².
11. Ces sources juridiques nouvelles doivent également avoir un impact sur le droit européen des brevets : il ne fait pas de doute que la coexistence harmonieuse des systèmes de brevets requiert que la conformité soit assurée entre le droit des brevets au niveau international, européen et national.
12. Aussi, la première révision de la CBE en 1991 a été rendue nécessaire par le règlement de l'UE concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments. Ce règlement, en prolongeant la durée de protection accordée pour certaines inventions, a contraint les Etats contractants de la CBE à assurer la conformité de l'article 63 CBE avec le règlement.

Dans la phase actuelle de révision de la CBE, l'importance de la législation internationale et communautaire en matière de brevets est largement reflétée dans les propositions de modifications de la CBE. A titre d'exemples, les propositions de modifier les articles 52 et 53a) CBE se réfèrent à l'article 27 de l'accord ADPIC³ et la proposition de modifier l'article 87(1) et (5) CBE reflète l'importance de l'article 2 de l'accord ADPIC ; en outre, les propositions de modifier les articles 80, 121 et 122 CBE sont inspirées du projet de Traité sur le droit des brevets de l'OMPI⁴.

² A titre d'exemple, la Suisse a mis en œuvre dans son droit national des brevets le Règlement (CE) n° 1768/92 du Conseil, du 18 juin 1992, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments, cf. les articles 140a-140m de la loi suisse des brevets.

³ Cf. CA/PL 6/99 et 8/99.

⁴ Cf. CA/PL 16/98, 19/99 et 2/00.

Plusieurs propositions de révision de la CBE visent donc à mettre la CBE en conformité avec une législation nouvelle qui a déjà été adoptée par la plupart des Etats contractants de la CBE réunis au sein d'autres organisations internationales et mise en œuvre dans les droits nationaux.

IV. ADAPTER LA CBE AU DROIT INTERNATIONAL ET COMMUNAUTAIRE

13. Ces deux constatations - d'une part les difficultés que pose une révision de la CBE et d'autre part la multiplication des sources juridiques internationales et communautaires en matière de brevets - incitent à tenter d'élaborer un mécanisme capable, à l'avenir, de faciliter le développement de la CBE en conformité avec ces nouvelles sources juridiques.

En effet, la législation internationale et communautaire en matière de brevets semble devoir continuer à jouer un rôle de premier plan à l'avenir : aussi, adapter régulièrement et rapidement la CBE à cette nouvelle législation risque de devenir l'un des problèmes majeurs auquel l'Organisation européenne des brevets sera confrontée dès que l'actuelle phase de révision de la CBE sera terminée.

14. Le scénario prévisible n'est guère réjouissant : alors qu'il ne s'agira que d'adapter la CBE à une législation déjà adoptée et qui doit être mise en œuvre par les Etats contractants (ou qui l'a déjà été), les procédures de révision devront se succéder, renouvelant sans cesse les difficultés, les lenteurs et les risques qui en résultent.

Aucun des Etats qui s'est engagé dans la coopération européenne en matière de brevets ne peut avoir intérêt à une telle situation : c'est pourquoi il est nécessaire d'examiner attentivement si, à l'avenir, l'adaptation de la CBE à de nouvelles sources juridiques internationales ou communautaires en matière de brevets ne pourrait pas se faire avec plus de facilité et de rapidité que ne le permet le mécanisme de révision prévu par l'article 172 CBE.

V. ELARGIR LA COMPETENCE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

15. Pour détourner les difficultés du mécanisme de révision classique et éviter une paralysie de la coopération internationale, le droit international public prévoit parfois des procédures de modification simplifiées des traités qu'il peut être intéressant d'évoquer ici. Il s'agit essentiellement de faciliter la modification de dispositions de caractère technique par un accord entre les parties contractantes (sans recourir à une conférence) ou par décision d'un organe compétent de l'organisation internationale créée par le traité. Les dispositions qui peuvent faire l'objet d'une modification selon une procédure simplifiée doivent être clairement identifiées à l'avance et ne doivent pas concerner des questions de principes ou de politique.
16. Dans le cadre du droit européen des brevets, la question qui se pose aujourd'hui est s'il peut être envisagé d'élargir la compétence du Conseil d'administration en prévoyant que la CBE puisse être adaptée selon un tel mécanisme simplifié. Le

modèle d'un tel mécanisme existe déjà dans la CBE : l'article 33(1)a) CBE autorise le Conseil d'administration à modifier les articles de la CBE dans la mesure où ils fixent la durée d'un délai.

Insérée dans l'article 33(1) CBE, une nouvelle lettre (c) pourrait autoriser le Conseil d'administration à modifier "les articles [52 à 141 et 150 à 158] de la présente convention, lorsqu'une modification est rendue nécessaire pour assurer leur conformité avec un traité international ou la législation de la Communauté européenne en matière de brevets".

17. Elargir ainsi la compétence du Conseil d'administration aurait deux avantages considérables :

- premièrement, la tenue de conférences de révision destinées simplement à assurer la conformité de la CBE avec le droit international ou communautaire des brevets serait évitée, puisque le consensus déjà atteint au sein de l'UE, de l'OMPI ou de l'OMC peut être répercuté directement par le Conseil d'administration dans le droit européen des brevets : peuvent ainsi être épargnées toutes les difficultés qu'occasionnent l'organisation d'une conférence à laquelle 25 ou 30 Etats doivent participer alors qu'il ne s'agit que d'adapter la CBE à une législation internationale ou communautaire déjà approuvée par la plupart ou par tous les Etats contractants ;
- deuxièmement, les procédures nationales de ratification, dont la durée et l'issue ne peuvent jamais être certaines et dont l'échec signifie la fin de la participation d'un Etat à la CBE, ne seraient plus indispensables pour que le texte modifié d'un article de la CBE entre en vigueur : un risque non négligeable est ainsi éliminé et un gain de temps de l'ordre de plusieurs années peut être obtenu, sans que le pouvoir de contrôle qu'une ratification implique ne soit véritablement perdu puisque les Etats contractants auront déjà approuvé la nouvelle législation internationale ou communautaire en matière de brevets.

18. Un élargissement de la compétence du Conseil d'administration peut donc aboutir à une rationalisation et à une accélération du mécanisme de révision de la CBE : ce serait une solution audacieuse qui pourrait considérablement faciliter le développement du droit européen des brevets en conformité avec le droit international et communautaire des brevets et ainsi contribuer d'une manière décisive à conserver au droit européen des brevets son rôle d'instrument moderne au service de la recherche et de l'industrie.

VI. GARANTIR L'UNANIMITE AU SEIN DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

19. La réforme envisagé consiste à transférer au Conseil d'administration une partie du pouvoir qui, selon l'article 172 CBE, appartient aux représentants des Etats contractants réunis au sein d'une conférence de révision et aux parlements nationaux lors des procédures de ratification. Une telle réforme ne peut aboutir que si l'intérêt légitime des Etats à décider librement de leurs engagements internationaux est pleinement assuré.
20. Il semble donc nécessaire de prévoir qu'une décision d'adapter la CBE selon le mécanisme simplifié ne pourra être prise qu'à l'unanimité des Etats contractants représentés et votants au sein du Conseil d'administration. En effet, l'importance du texte de droit international ou communautaire pour le droit européen des brevets doit être reconnue par tout Etat contractant de la CBE et chaque Etat - qu'il soit lié ou non par le texte international ou communautaire - doit pouvoir décider, par la voix de son représentant au Conseil d'administration, si une modification de la CBE est rendue nécessaire pour assurer la conformité avec le droit international ou communautaire des brevets.
21. Il convient donc de modifier l'article 35 CBE, relatif aux votes au sein du Conseil d'administration :

“(3) Requièrent l'unanimité des Etats contractants représentés et votants, les décisions que le Conseil d'administration est compétent pour prendre en vertu de l'article 33 paragraphe (1) c)”.
22. Assortir le mécanisme d'adaptation simplifiée de la condition de l'unanimité constitue une garantie fondamentale pour les Etats. Cette condition revient à reconnaître pleinement à chaque Etat contractant le droit de s'opposer à une proposition de d'adaptation de la CBE selon le mécanisme simplifié : si le représentant d'un Etat au sein du Conseil d'administration estime, après concertation avec ses autorités nationales, qu'une proposition de modification de la CBE ne peut pas être approuvée, son vote au Conseil d'administration lui permettra de s'y opposer.

Une telle condition est indispensable pour deux raisons :

 - elle permet de préserver la souveraineté nationale d'un Etat contractant qui n'est pas lié par le texte de droit international ou communautaire auquel la CBE doit être adaptée et qui ne souhaite pas une modification de la CBE ;
 - elle oblige les Etats contractants à s'accorder sur l'opportunité d'adapter la CBE et sur le libellé de l'article de la CBE qui doit être modifié.
23. L'unanimité constitue ainsi la clef de voûte qui devrait permettre de rallier les Etats contractants à la proposition d'élargir les compétences du Conseil d'administration. Que la CBE doive être adaptée à un texte de droit international ou à un texte de

droit communautaire, que ce texte lie tous les Etats contractants ou la plupart d'entre eux seulement, il ne pourra être fait appel au mécanisme simplifié d'adaptation que si **tous** les Etats représentés au sein du Conseil d'administration votent en faveur d'une telle adaptation.

VII. ILLUSTRATION DU FONCTIONNEMENT DU MECANISME PROPOSE

24. Le mécanisme d'adaptation simplifié qui est envisagé ici fonctionnerait de la manière suivante. Lorsqu'un texte de droit international ou communautaire d'importance pour le droit européen des brevets aura été adopté par l'UE, par l'OMPI ou par l'OMC, le Président de l'OEB devra proposer au Conseil d'administration d'adapter la CBE pour assurer la conformité du droit européen des brevets avec le nouveau texte. Il appartiendra alors au Conseil d'administration, à un moment qu'il jugera opportun - avant, parallèlement ou même après les procédures nationales de ratification ou de mise en oeuvre du texte de droit international ou communautaire - de décider s'il y a lieu de procéder à une modification d'un ou de plusieurs articles de la CBE, par une décision prise à l'unanimité des Etats contractants représentés et votants au sein du Conseil d'administration. L'entrée en vigueur de cette décision sera déterminée par le Conseil et pourra être concomitante avec l'entrée en vigueur dans les Etats contractants des lois ratifiant ou mettant en oeuvre le texte de droit international ou communautaire.

VIII. PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS DES ARTICLES 33 ET 35 CBE

Texte actuel

Article 33

Compétence du Conseil d'administration dans certains cas

(1) Le Conseil d'administration a compétence pour modifier les dispositions de la présente convention énumérées ci-après :

(a) les articles de la présente convention dans la mesure où ils fixent la durée d'un délai, cette disposition n'étant applicable au délai visé à l'article 94 que s'il est satisfait aux conditions prévues à l'article 95 ;

(b) les dispositions du règlement d'exécution.

(2) - (4)

Texte proposé

Article 33

Compétence du Conseil d'administration dans certains cas

(1) Le Conseil d'administration a compétence pour modifier les dispositions de la présente convention énumérées ci-après :

(a) les articles de la présente convention dans la mesure où ils fixent la durée d'un délai, cette disposition n'étant applicable au délai visé à l'article 94 que s'il est satisfait aux conditions prévues à l'article 95 ;

(b) les dispositions du règlement d'exécution ;

(c) les articles [52 à 141 et 150 à 158] de la présente convention, lorsqu'une modification est rendue nécessaire pour assurer leur conformité avec un traité international ou la législation de la Communauté européenne en matière de brevets.

(2) - (4) inchangés

Texte actuel

Article 35

Votes

(1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, le Conseil d'administration prend ses décisions à la majorité simple des Etats contractants représentés et votants.

(2) Requièrent la majorité des trois-quarts des Etats contractants représentés et votants, les décisions que le Conseil d'administration est compétent pour prendre en vertu des articles 7, 11 paragraphe 1, 33, 39 paragraphe 1, 40 paragraphes 2 et 4, 46, 87, 95, 134, 151 paragraphe 3, 154 paragraphe 2, 155 paragraphe 2, 156, 157 paragraphes 2 à 4, 160 paragraphe 1 deuxième phrase, 162, 163, 166, 167 et 172.

(3) L'abstention n'est pas considérée comme un vote.

Texte proposé

Article 35

Votes

(1) Sous réserve des dispositions **des** paragraphes **2 et 3**, le Conseil d'administration prend ses décisions à la majorité simple des Etats contractants représentés et votants.

(2) Requièrent la majorité des trois-quarts des Etats contractants représentés et votants, les décisions que le Conseil d'administration est compétent pour prendre en vertu des articles 7, 11 paragraphe 1, 33 **paragraphes 1(a) et (b) et paragraphes 2 à 4**, 39 paragraphe 1, 40 paragraphes 2 et 4, 46, 87, 95, 134, 151 paragraphe 3, 154 paragraphe 2, 155 paragraphe 2, 156, 157 paragraphes 2 à 4, 160 paragraphe 1 deuxième phrase, 162, 163, 166, 167 et 172.

(3) Requièrent l'unanimité des Etats contractants représentés et votants, les décisions que le Conseil d'administration est compétent pour prendre en vertu de l'article 33 paragraphe 1 (c).

(4) [nouvelle numérotation du paragraphe, texte inchangé]