

Comité consultatif sur l'application des droits

Treizième session
Genève, 3 – 5 septembre 2018

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LE POUVOIR JUDICIAIRE

*Contribution établie par M. Xavier Seuba, maître de conférences, manager de la formation des magistrats et directeur de la formation consacrée au contentieux des brevets en Europe, Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle (CEIPI), Université de Strasbourg (France)**

RÉSUMÉ

L'impact déterminant des décisions de justice sur le cadre et les nuances du droit de la propriété intellectuelle est largement reconnu. *Intellectual Property and the Judiciary* est un ouvrage collectif qui offre une vision complète de la spécialisation judiciaire en matière de propriété intellectuelle. Il affirme l'importance de tirer parti de la spécialisation tout en préservant une interprétation contextuelle du droit de la propriété intellectuelle à des fins de qualité et d'équité des décisions rendues en la matière; cela traduit une procédure d'évaluation et de pondération à des fins de mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle. Il est à cet égard essentiel de porter une attention particulière aux principes de l'intérêt public, des droits fondamentaux, de la concurrence et du libre-échange. Les juges jouent également un rôle primordial dans le cadre de l'adaptation du droit de la propriété intellectuelle aux évolutions technologiques et sociales. La numérisation, l'automatisation, la centralisation et la délégation des pouvoirs en matière d'application des lois remettent en cause les notions traditionnelles d'application des droits de propriété intellectuelle, du métier de juge et du pouvoir judiciaire lui-même.

* Les points de vue exprimés dans le présent document sont ceux de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement ceux du Secrétariat ou des États membres de l'OMPI.

I. INTRODUCTION

1. Ce document présente l'ouvrage collectif intitulé *Intellectual Property and the Judiciary*¹, qui offre une vision complète de la spécialisation judiciaire en matière de propriété intellectuelle. Ses chapitres fournissent des recommandations quant à la conception idéale du pouvoir judiciaire et appréhendent non seulement des données d'expérience régionales et nationales, mais aussi la dynamique mondiale. À cet égard et dans l'optique d'offrir une vision globale, *Intellectual Property and the Judiciary* analyse les travaux d'organes internationaux de règlement des contentieux, de tribunaux des droits de l'homme, de commissions d'arbitrage et de tribunaux nationaux spécialisés ainsi que des phénomènes comme la spécialisation technique.

II. RÔLE CENTRAL DES JUGES

2. Ces dernières années, les organisations et les universitaires travaillant dans le domaine de la propriété intellectuelle se sont concentrés sur le pouvoir judiciaire. Les réformes institutionnelles, les recherches, l'élaboration de politiques et la coopération technique traduisent cette attention particulière, qui s'avère d'ailleurs justifiée. Le règlement du contentieux joue un rôle systémique et déterminant et les juges en sont les acteurs principaux. Les magistrats ne se contentent pas de mettre un terme à un litige², ils peuvent également délimiter les contours du droit³.

3. La question de savoir si les juges élaborent ou découvrent le droit fait l'objet d'une controverse passionnée qui fait rage depuis des siècles. Au-delà de la position adoptée dans ce débat, l'impact déterminant des décisions de justice sur le cadre et les nuances du droit de la propriété intellectuelle est largement reconnu. Les exemples contemporains sont légion. Sur le fond, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique s'est récemment penchée sur des aspects controversés de la brevetabilité, des recours et de l'épuisement des droits. En Europe, la Cour de justice de l'Union européenne joue un rôle majeur en ce qu'elle détermine les compétences et façonne le droit matériel européen en matière de propriété intellectuelle. En Chine, l'on ne compte pas moins de 18 tribunaux spécialisés mis en place dans un court laps de temps, modifiant de manière drastique les pratiques et la jurisprudence en matière d'application des droits de propriété intellectuelle.

4. Deux tendances apparemment divergentes coexistent plutôt paisiblement. D'un côté, les juges se sont forgé une opinion élaborée et contextuelle du droit de la propriété intellectuelle. Ils expriment, au moyen de leurs décisions, l'équilibre délicat entre les droits des titulaires de droits, des concurrents et des consommateurs. À cet égard, les juges appliquent un principe simple mais central : le droit de la propriété intellectuelle représente une branche du système juridique qui coexiste avec d'autres branches du droit, qui protègent une pluralité d'intérêts. D'un autre côté, la spécialisation judiciaire est l'une des tendances les plus visibles dans le domaine de l'application des droits de propriété intellectuelle. Les tribunaux spécialisés en la matière se sont multipliés aux niveaux national et international au cours de la dernière décennie et de nouveaux projets sont en cours. Il importe de tirer parti de la spécialisation tout en préservant une interprétation contextuelle du droit de la propriété intellectuelle à des fins de qualité et d'équité des jugements en la matière. Le pouvoir discrétionnaire et la flexibilité sont

¹ Ch. Geiger, C. Nard and X. Seuba (eds.), *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018.

² L'ironie du juge Jackson traduit très bien cet aspect lorsqu'il affirme : "nous ne sommes pas sans appel parce que nous sommes infaillibles, nous sommes infaillibles car nous sommes sans appel"; *Brown v. Allen*, 344 U.S. 540 (1953).

³ Holmes a insisté sur la place centrale des juges lorsqu'il a affirmé : "mon interprétation du droit correspond en réalité aux prophéties qui annoncent ce que fera le tribunal (...)"; O. W. Holmes, "The Path of the Law", *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Company, 1920, p. 173.

des outils indispensables permettant de rendre des décisions justes et équitables et d'en assurer l'exécution.

III. SPÉCIALISATION JUDICIAIRE

5. La mise en place de tribunaux spécialisés en matière de propriété intellectuelle constitue un moyen de faire face aux spécificités du contentieux de la propriété intellectuelle, y compris sa complexité technique. Il existe plusieurs voies de spécialisation judiciaire en matière de propriété intellectuelle. Dans certains cas, des tribunaux préexistants se sont spécialisés en concentrant toute la compétence relative aux litiges de propriété intellectuelle. Dans d'autres cas, de nouveaux tribunaux ont été créés au niveau régional ou national avec une compétence exclusive pour connaître des litiges de propriété intellectuelle. Qu'il s'agisse de tribunaux préexistants ou de nouveaux tribunaux, les tribunaux spécialisés en matière de propriété intellectuelle sont susceptibles d'être compétents pour connaître de tous les types de droits ou de ne traiter que de litiges portant sur des catégories spécifiques. En effet, il existe déjà des organes de règlement des litiges spécialisés en matière de brevets, de marques, de droit d'auteur voire de variétés végétales.

6. Outre la spécialisation découlant d'une concentration exclusive sur certaines catégories de droits de propriété intellectuelle, les tribunaux spécialisés peuvent être compétents eu égard à tous types de litiges ou à certains contentieux spécifiques. À titre d'exemple, certains tribunaux spécialisés dans le droit des brevets peuvent n'être habilités à statuer que sur les questions de validité, tandis que d'autres peuvent trancher à la fois les questions liées à la validité et aux atteintes portées au brevet. Il peut néanmoins y avoir des différences du fait de la hiérarchie entre les tribunaux. Sur ce point, certains organes judiciaires spécialisés en matière de propriété intellectuelle sont des tribunaux de première instance, d'autres ne statuent qu'en appel et d'autres encore sont des tribunaux à part entière, en mesure de statuer non seulement en première instance, mais également en appel. Enfin, si la plupart des tribunaux spécialisés en matière de propriété intellectuelle ne connaissent que du contentieux civil ou relatif aux mesures à la frontière concernant l'application des droits de propriété intellectuelle, d'autres peuvent également connaître des actions pénales liées à l'atteinte portée à la propriété intellectuelle⁴.

7. Les avantages et les inconvénients de la création de tribunaux spécialisés en matière de propriété intellectuelle ont fait l'objet d'une étude approfondie⁵. L'efficacité, la qualité, la cohérence et l'uniformité des décisions font partie des éléments souvent mis en avant au titre des avantages. En revanche, l'on compte parmi les inconvénients les frais d'établissement et de fonctionnement d'un tribunal spécialisé en matière de propriété intellectuelle, l'éventuelle pression politique ou économique susceptible d'être exercée sur celui-ci et le risque d'élaborer une vision trop restrictive du droit. Ce dernier point constitue une préoccupation importante, en particulier eu égard au dynamisme et à la flexibilité qui caractérisent généralement la procédure d'application des droits de propriété intellectuelle.

⁴ Voir X. Seuba, Ch. Geiger and L. Lu, "The evaluation and modernization of the legal framework for the enforcement of intellectual property rights, Comments of the CEIPI on the EU Commission's public consultation of December 2015, with a focus on the issue of specialization of IP courts", 2016, CEIPI Research Paper n° 2015-03, disponible à l'adresse <https://ssrn.com/abstract=2966839>. Sur la question de l'application pénale en particulier, voir Ch. Geiger (Ed.), *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.

⁵ Voir, en particulier, J. de Werra et al., *Specialized Intellectual Property Court-Issues and Challenges*, Global Perspectives for the Intellectual Property System, Second Issue, CEIPI-ICTSD, 2016.

IV. DYNAMISME ET FLEXIBILITÉ

8. L'application des droits décrit un acte et non un état de fait ou une solution préétablis ou encore une situation dans laquelle une mise en œuvre homogène de la même norme existe. L'on comprend dès lors mieux l'application des droits de propriété intellectuelle comme une procédure d'évaluation et de pondération à des fins d'exécution des droits de propriété intellectuelle⁶. Une telle interprétation emporte d'importantes conséquences dans certains domaines, y compris en matière de jugements portant sur la propriété intellectuelle.

9. Si le droit exclusif d'exploitation représente l'aspect le plus visible du droit de la propriété intellectuelle, en vertu d'une interprétation instrumentaliste, il s'agit simplement d'un mécanisme d'application d'objectifs politiques plus vastes⁷. D'autres droits, recours, procédures et institutions sont pertinents pour atteindre ces objectifs et sont également pris en considération dans le cadre de la procédure d'évaluation et de pondération à des fins d'application des droits de propriété intellectuelle. Des concepts juridiques comme le pouvoir discrétionnaire et la flexibilité jouent un rôle essentiel dans le cadre de cette procédure. Le pouvoir discrétionnaire est un principe juridique traditionnel, tandis que la flexibilité est un terme flou qui renvoie à une certaine marge entre les normes de propriété intellectuelle et la manière dont les États et les parties prenantes concernées peuvent les utiliser. Loin de mener à des solutions arbitraires ou à une protection édulcorée des droits de propriété intellectuelle, le pouvoir discrétionnaire et la flexibilité sont des outils indispensables permettant de rendre des décisions justes et équitables et d'en assurer l'exécution à la lumière des prescriptions législatives et des circonstances de l'espèce.

10. Dans la majorité des cas, les normes internationales en matière d'application des droits de propriété intellectuelle laissent une large place à l'adaptation et à une "mise en œuvre créative et tournée vers l'avenir"⁸. Dans ce cadre, les législateurs ne sont pas les seuls acteurs pertinents. En effet, dans de nombreux cas, les traités internationaux portant sur la propriété intellectuelle enjoignent expressément aux États d'accorder aux juges un pouvoir discrétionnaire sur un certain nombre de questions⁹. Lorsqu'ils rendent leurs décisions, les juges tiennent compte de l'ordre juridique dans son intégralité, y compris des obligations découlant de domaines du droit autres que la propriété intellectuelle. C'est dans ce contexte qu'il convient d'interpréter la capacité de prendre ou non certaines décisions.

11. La Cour suprême des États-Unis d'Amérique a établi, dans l'arrêt *eBay, Inc., v. MercExchange*, une distinction entre la "création d'un droit" et la "mise en place de recours pour atteinte portée à ce droit"¹⁰. Dans un environnement aussi dynamique où la pluralité des normes est prise en considération et où les valeurs telles que l'équité et les principes comme la proportionnalité entrent en jeu, le travail d'un juge ressemble à celui d'un potier, qui façonne l'argile en pesant les ingrédients et en ajustant la vitesse de la roue : le juge rédige sa décision en tenant compte de tous les éléments de fait et de droit pertinents, recourant à des normes secondaires d'interprétation et d'adaptation.

⁶ X. Seuba, *The Global Regime for the Enforcement of Intellectual Property Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

⁷ P. Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, ANU eText, 2016, pp. 231-265.

⁸ P. Roffe, *Intellectual Property Provisions in Bilateral and Regional Trade Agreements: The Challenges of Implementation*, CIEL, 2007, p. 11.

⁹ À titre d'exemple, 13 articles de la partie III de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (concernant l'application des droits de propriété intellectuelle) recommandent aux États membres de l'OMC d'*habiliter* les tribunaux à prendre des mesures ou à rendre certaines décisions, mais ne prescrivent aucun résultat spécifique, laissant ainsi le dernier mot aux juges.

¹⁰ *eBay, Inc., v. MercExchange, LLC*, 126 S.Ct. 1837 (2006), at 1840.

V. DÉFIS ET NOUVELLES OPPORTUNITÉS

12. Les juges jouent également un rôle primordial dans l'adaptation du droit de la propriété intellectuelle aux évolutions technologiques et sociales. Les magistrats sont souvent les premiers à trancher des questions inexplorées et des points litigieux, qui ont souvent des conséquences sociales, économiques, scientifiques et éthiques significatives. Il est donc nécessaire de disposer d'une vaste perspective pour faire face à ce défi. La jurisprudence récente pertinente qui tient compte des principes de l'intérêt public, des droits fondamentaux, de libre-échange et de concurrence dans le cadre du contentieux relatif à la propriété intellectuelle en est un parfait exemple.

13. Dans un tout autre ordre d'idées, le juge Robin Jacob a insisté sur la dimension publique d'une décision et sur l'importance de protéger les droits des deux parties, du début à la fin. Afin que l'on estime que justice a été rendue, "le juge moderne doit motiver sa décision, expliquer à un public critique pour quelles raisons il statue sur un cas précis. Et, qui plus est, afin que l'on estime que justice a été rendue, le juge doit expliquer les raisons qui justifient que la partie déboutée l'a été, ce qui implique d'aborder et de répondre à ses principaux arguments"¹¹. Ainsi, il convient de porter une attention particulière aux arguments de la personne déboutée. Une bonne argumentation et, dans l'idéal, un certain degré de persuasion quant à l'équité de la décision, devraient former le cœur du métier de juge.

14. Des scénarii présents et futurs doivent tenir compte de la numérisation et de l'actuel mouvement d'automatisation, de centralisation et de délégation de pouvoir en matière d'application des droits de propriété intellectuelle. L'expansion d'une application des droits automatisée au moyen d'algorithmes, l'application de l'analyse des mégadonnées, l'application prometteuse de la chaîne de blocs à l'application des droits de propriété intellectuelle et la mise en place d'outils qui appliquent automatiquement les droits de propriété intellectuelle visent tous à renforcer l'efficacité de l'application des droits de propriété intellectuelle. En parallèle, et de la même manière que l'intelligence artificielle chamboule les concepts traditionnels de paternité et de qualité d'inventeur, cela suscite également de nombreux défis dans le domaine de l'application des droits, largement fondé sur la centralité de l'invention humaine et oblige à s'interroger sur les notions de compétence, de procès équitable et de responsabilité.

[Fin du document]

¹¹ R. Jacob, *IP and Other Things*, Oxford and Oregon: Hart, 2015, p. 22.