

# Quelques réflexions complémentaires sur la normalité

[Thorsten Bausch \(Hoffmann Eitle\)/11 mai 2021 /6 commentaires](#)

Une évocation du bon vieux temps, lorsque beaucoup de choses étaient encore normales...

## **I. Nemo Iudex**

Il était une fois le principe « nemo iudex », qui était la véritable pierre angulaire de la procédure des chambres de recours de l'OEB, même si la direction de l'OEB ne l'appréciait pas toujours (vous souvenez-vous encore de R 19/12 ?). L'énoncé intégral du principe est :

Nemo Iudex in Sua Causa

Cette locution latine signifie littéralement que nul ne devrait être juge dans sa propre affaire. D'après [wikipedia](#), *il s'agit un principe d'équité selon lequel nul ne peut juger une affaire dans laquelle il a un intérêt. Dans de nombreuses juridictions, cette règle est appliquée très strictement à toute apparence d'impartialité potentielle, même s'il n'y a aucune impartialité en réalité : « La justice ne doit pas seulement être rendue, mais il faut aussi que l'on voie qu'elle est rendue ».*

Wikipédia attribue cette citation à Sir Edward Coke, qui vivait au dix-septième siècle, tout en reconnaissant que cette formule est en réalité attestée dès 1544. J'irais même plus loin : même les anciens Romains connaissaient exactement le même principe au moins depuis le Codex Iustinianus (Code de Justinien) datant de l'an 528. Lorsque les temps présents sont déprimants, un plongeon dans les profondeurs de l'histoire peut être à la fois éclairant et rafraîchissant. Alors, allons aux sources et voyons un peu ce que le CODEX DOMINI NOSTRI SACRATISSIMI PRINCIPIIS IUSTINIANI (« code de notre seigneur le très saint prince Justinien ») avait à dire sur cette question. Nous le trouvons [ici](#), sous l'admonition 3.5.0.

Ne quis in sua causa iudicet vel sibi ius dicat.

Traduit littéralement, cela signifie que « nul ne doit juger dans sa propre affaire ou dire le droit à propos de soi-même ».

Ayant cela à l'esprit, tournons-nous vers l'article 15a du règlement de procédure des chambres de recours (RPCR) et l'affaire G 1/21. L'histoire de ce nouvel article a été résumée en partie sur le [site Web](#) de l'OEB comme suit :

L'article 15a RPCR a été approuvé par le Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets lors de sa 166<sup>e</sup> session du 23 mars 2021. Il avait précédemment été adopté par le Conseil des chambres de recours le 11 décembre 2020. Le Conseil des chambres de recours, qui se compose de trois membres des délégations des États contractants et de trois juges en exercice ou anciens juges des tribunaux nationaux des États contractants (voir article 2(1) CA/D 7/16), a consulté les utilisateurs avant d'adopter cette nouvelle disposition et prévoit de les consulter de nouveau en temps utile pour évaluer leur expérience de cette disposition.

Je ne voudrais pas ennuyer davantage les lecteurs avec mon opinion sur le sérieux de cette « consultation des utilisateurs » et j'en viens donc directement à la question de savoir comment le Conseil des chambres de recours en est venu à adopter l'article 15a RPCR au tout début. Pour le savoir, on peut se reporter au document [BOAC 16/20](#), dont le résumé indique :

Le Président des chambres de recours propose que le Conseil des chambres de recours arrête la modification du règlement de procédure des chambres de recours qui est présentée dans la partie II du présent document. Cette modification consiste à insérer, dans le règlement de procédure des chambres de recours (RPCR 2020), le nouvel article 15bis, qui clarifie le fait que les chambres de recours peuvent tenir des procédures orales au sens de l'article 116 CBE par visioconférence.

Ainsi, le Président des chambres de recours, M. Josefsson, a proposé l'introduction de l'article 15a RPCR au Conseil des chambres de recours, qui l'a adopté et l'a proposé au Conseil d'administration, qui l'a approuvé à son tour. La Grande Chambre de recours, dans l'affaire G 1/21, est maintenant invitée à juger de la légalité de l'article 15a RPCR dans la mesure où la procédure orale a été organisée sans le consentement des parties à la procédure. J'ai donc deux questions simples :

(1) Quelle serait la dernière personne que le Codex Iustinianus voudrait voir siéger comme juge pour trancher cette question ? (2) À quelle autorité (disciplinaire) vaudrait-il mieux que la majorité des membres de la Grande Chambre de recours ne soient pas soumis lorsqu'il s'agira de décider de leur reconduction éventuelle après leur mandat de 5 ans ?

Une fois que vous aurez répondu à ces questions, vous pourrez commencer à être légèrement inquiet à propos de la soi-disant « nouvelle normalité » de l'OEB. N'oubliez jamais que la justice ne doit pas seulement être rendue, mais qu'il faut aussi que l'on voie qu'elle est rendue.

## **II. Les droits des parties sont sacro-saints**

L'ancienne normalité de l'OEB, du moins aussi loin que je puisse m'en souvenir, consistait à respecter le fait que l'OEB est exclusivement financé par les taxes versées par les utilisateurs. Les droits et les besoins des utilisateurs ont donc toujours eu un haut niveau de priorité dans les décisions de gestion de l'OEB. Je ne me souviens pas d'un seul cas où l'OEB aurait essayé de faire passer une modification qui aurait été à la fois explicitement conçue pour limiter un droit de l'utilisateur et qui se serait heurtée à de sérieuses objections d'une grande majorité tant de demandeurs de brevets de l'industrie que d'organisations supranationales de représentants. Certaines entreprises se sont exprimées très fortement à ce propos et, à mon avis, pour de très bonnes raisons. Vous pouvez en lire un bon résumé dans [cet](#) entretien avec le Dr Jörg Thomaier, responsable du département Propriété intellectuelle de Bayer. Si vous ne l'avez pas encore lu, je vous en recommande la lecture intégrale. En voici juste la bande-annonce :

Bayer s'oppose très vivement à la partie obligatoire de cette modification, car nous ne voyons pas au nom de quoi les autorités pourraient contraindre quiconque à accepter une visioconférence. Nous avons le droit d'être entendus, selon la Convention sur le brevet européen, et le droit d'être entendu ne signifie pas seulement être appelé. Naturellement, d'un côté une visioconférence est toujours plus qu'être simplement au téléphone. Mais ce n'est quand même pas la même chose que débattre en direct.

Bayer (et de nombreux autres parmi les 47 *amici curiae* dans l'affaire G 1/21) ne sont pas contre le principe d'une procédure par visioconférence en général et accepteraient une procédure mixte si une partie ne voulait pas voyager jusqu'à Munich (ou jusqu'à La Haye), mais ils sont fermement convaincus que l'article 15a dans son interprétation présente les priverait d'un droit important, à savoir la participation en personne à la procédure orale.

Même si la Grande Chambre de recours devait considérer que la procédure par visioconférence sans le consentement des parties est conforme à l'article 116 CBE, je doute fortement que l'OEB ait intérêt à faire réellement d'une telle procédure la « nouvelle normalité » après la présente pandémie. Les chambres de recours et les divisions d'opposition/d'examen ne sont pas tenues d'organiser la procédure par visioconférence, elles ont toujours le pouvoir d'opter pour la procédure orale classique avec comparution en personne. À mon avis, une situation d'urgence telle que la présente pandémie ne devrait jamais être utilisée (comme prétexte) pour édicter des dispositions permettant à l'État ou à une organisation assimilable à un État telle que l'OEB de porter atteinte aux droits des gens une fois l'urgence terminée. Peut-être que personnellement, en tant qu'Allemand, je suis (et ferais mieux d'être) particulièrement sensible lorsque j'ai l'impression d'être confronté à des tentatives dans ce sens.

### III. Agir avec prudence

L'OEB a toujours changé avec les années et il continuera de changer à l'avenir. Il n'y a là rien d'anormal en principe. Cependant, j'ai la nette impression que la « nouvelle normalité » actuellement défendue par la direction de l'OEB (bien qu'en des termes très opaques et ambigus) court le risque de mettre l'OEB totalement sens dessus dessous. Je pense que nous devrions tous être très méfiants à l'égard de ce risque et rejeter les changements introduits trop hâtivement et sans un examen approprié et prudent des conséquences. Puisque cette contribution fait déjà la part belle aux citations latines, permettez-moi d'ajouter que ce n'est bien sûr pas une idée nouvelle ; je l'ai empruntée à la [Gesta Romanorum](#) médiévale :

Quidquid agis, prudenter agas et respice finem.

Quoi que tu fasses, fais-le avec prudence, sans perdre de vue la fin. Ce précepte remonte même à Ésope et à la philosophie pythagoricienne.

C'est dans cet état d'esprit que je suis tombé sur une intéressante contribution de deux anciens vice-présidents de l'Organisation européenne des brevets, Jacques Michel et Willy Minnoye, [ici](#). Ce blogue contenait de nombreuses réflexions qui me paraissaient mériter d'être méditées attentivement. L'original étant en français, je suis heureux d'en fournir une traduction anglaise sous le lien suivant :

[Traduction anglaise de la contribution de J. Michel et W. Minnoye « Vers une nouvelle normalité »](#)

J'ai particulièrement apprécié l'accent mis par les auteurs sur la qualité par la coopération et le débat entre examinateurs, aussi bien pendant leur période de formation qu'après. Il me semble plausible qu'une discussion approfondie d'un dossier par les trois examinateurs d'une division d'examen ou d'opposition soit l'un des meilleurs moyens d'assurer et de perfectionner ce que je comprends comme pouvant être la « qualité ». Il est clair que de telles discussions prennent du temps, mais j'aurais tendance à penser que ce temps est bien

employé. Et je suis assez sceptique sur le fait que l'OEB puisse assurer la même qualité une fois que de telles discussions seront supposées se dérouler principalement par visioconférence. J'espère que cela ne deviendra pas la « nouvelle normalité » de l'OEB sans qu'il ait été préalablement procédé à une étude attentive et à des tests approfondis.