

**Code de distribution interne :**

- (A)  Publication au JO  
(B)  Aux Présidents et Membres  
(C)  Aux Présidents  
(D)  Pas de distribution

**Données de l'Avis  
du 18 juillet 2019**

**N° du cas :** G 0001/18

**Référence :**  
Formation du recours

**Normes juridiques appliquées :**

**CBE (1973)**  
CBE Art. 108  
CBE R. 65(1)

**CBE (2000)**  
CBE Art. 108, 112(1)b)  
CBE R. 101(1)

**Mot-clé :**  
Recours réputé formé  
Recours recevable  
Taxe de recours - remboursement

**Décisions citées :**

G 0001/83, G 0005/83, G 0006/83, G 0001/86, G 0001/88,  
G 0001/90, G 0006/91, G 0002/02, G 0003/02, G 0001/03,  
G 0002/07, G 0001/08, G 0002/08, G 0003/08, G 0001/12,  
G 0002/12, G 0001/14, G 0002/14, J 0002/78, J 0021/80,  
J 0008/82, J 0016/82, J 0024/87, J 0019/90, J 0004/91,  
J 0009/98, J 0010/98, J 0005/15, R 0002/10, R 0018/13,  
R 0004/15, T 0041/82, T 0128/82, T 0105/85, T 0047/88,  
T 0371/92, T 0473/93, T 0489/93, T 0748/93, T 0696/95,  
T 0742/96, T 0266/97, T 1100/97, T 1173/97, T 0445/98,  
T 0806/99, T 0778/00, T 1048/00, T 0060/01, T 0079/01,

T 1200/01, T 0122/02, T 0260/06, T 1530/06, T 1465/07,  
T 0585/08, T 2056/08, T 1479/09, T 1926/09, T 1943/09,  
T 1265/10, T 1289/10, T 1535/10, T 1644/10, T 2210/10,  
T 0377/11, T 0742/11, T 1234/11, T 1486/11, T 2274/11,  
T 0861/12, T 2017/12, T 1553/13, T 1954/13, T 0181/14,  
T 1325/15, T 1946/15, T 0198/16, T 1823/16, T 2406/16,  
T 2450/16, T 0327/17, T 1897/17, T 2520/17

**Sommaire :**

1. Le recours est réputé non formé dans les cas suivants :

a) lorsque l'acte de recours est déposé dans le délai de deux mois tel que prévu à l'article 108, première phrase CBE ET que la taxe de recours a été acquittée après l'expiration dudit délai de deux mois ;

b) lorsque l'acte de recours est déposé après le délai de deux mois tel que prévu à l'article 108, première phrase CBE ET que la taxe de recours a été acquittée après l'expiration dudit délai de deux mois ;

c) lorsque la taxe de recours a été acquittée dans le délai de deux mois tel que prévu à l'article 108, première phrase CBE pour le dépôt de l'acte de recours ET que l'acte de recours a été déposé après l'expiration dudit délai de deux mois.

2. Pour les réponses 1a) à 1c), le remboursement de la taxe de recours est ordonné d'office.

3. Lorsque la taxe de recours a été acquittée dans ou après le délai de deux mois tel que prévu à l'article 108, première phrase CBE pour le dépôt de l'acte de recours ET que l'acte de recours n'a pas été déposé, la taxe de recours est remboursée.



**Europäisches  
Patentamt**

**European  
Patent Office**

**Office européen  
des brevets**

Große  
Beschwerdekammer

Enlarged  
Board of Appeal

Grande  
Chambre de recours

N° du cas : G 0001/18

**A V I S**  
de la Grande Chambre de recours  
du 18 juillet 2019

en réponse à une question de droit  
soumise par le Président de l'Office européen des brevets  
en application des dispositions de l'article 112(1)b) CBE

**Composition de la Chambre :**

**Président :** C. Josefsson  
**Membres :** G. Weiss  
I. Beckedorf  
F. Blumer  
G. Eliasson  
S. Granata  
W. Sieber

## Table des matières

<b>A</b>	<b>RAPPEL DE LA PROCÉDURE.....</b>	<b>1</b>
<b>I</b>	<b>Saisine au titre de l'article 112(1)b) CBE.....</b>	<b>1</b>
	1. T 1897/17 - 3.4.01 en date du 14 février 2018 - Courant jurisprudentiel dit « minoritaire » .....	2
	2. T 1325/15 - 3.5.07 en date du 7 juin 2016 - Courant jurisprudentiel dit « majoritaire » .....	3
	3. T 2406/16 - 3.3.05 en date du 21 septembre 2017 - Courant jurisprudentiel dit « majoritaire » .....	5
	4. T 1946/15 - 3.2.02 en date du 19 octobre 2016 et T 198/16 - 3.5.04 en date du 20 mars 2018 - Courant jurisprudentiel dit « majoritaire » .....	5
<b>II</b>	<b>Observations des tiers.....</b>	<b>6</b>
<b>B</b>	<b>MOTIFS DE L'AVIS.....</b>	<b>6</b>
<b>I</b>	<b>Recevabilité de la saisine.....</b>	<b>6</b>
	1. Lecture corrigée de la question posée.....	6
	2. Conditions de recevabilité - article 112(1)b) CBE....	7
<b>II</b>	<b>Application de l'article 108, première et deuxième phrases CBE par les chambres de recours et la Grande Chambre de recours.....</b>	<b>11</b>
	1. Article 108, première et deuxième phrases CBE - cas de figure .....	11
	2. Courant jurisprudentiel dit « majoritaire ».....	13
	(1) Cas de figure 1 - Le recours est formé DANS le délai de deux mois requis ET la taxe de recours a été acquittée APRÈS l'expiration dudit délai de deux mois .	13
	(2) Cas de figure 2 - Le recours est formé APRÈS l'expiration du délai de deux mois ET la taxe de recours est acquittée APRÈS l'expiration dudit délai de deux mois .....	15
	(3) Cas de figure 3 - La taxe de recours est acquittée DANS le délai de deux mois requis ET le recours est formé APRÈS l'expiration dudit délai de deux mois .....	18

3. Courant jurisprudentiel dit « minoritaire ».....	21
4. Littérature / doctrine.....	25
<b>III Règles d'interprétation de la CBE.....</b>	<b>26</b>
<b>IV Application des règles d'interprétation.....</b>	<b>29</b>
1. Interprétation littérale.....	29
2. Interprétation systématique.....	34
3. Interprétation téléologique.....	36
<b>V Conséquence juridique en cas de non-accomplissement des deux actes ou de l'un des deux actes dans le délai de deux mois de l'article 108 CBE.....</b>	<b>39</b>
<b>VI Cas de figure 1 et 2 - Conclusions intermédiaires....</b>	<b>46</b>
<b>VII Recours réputé non formé - recours irrecevable et règle 101(1) CBE.....</b>	<b>47</b>
<b>VIII Remboursement de la taxe de recours.....</b>	<b>49</b>
<b>IX Cas de figure 3 - conclusions intermédiaires.....</b>	<b>51</b>
<b>X « Travaux préparatoires » de l'article 108, première et deuxième phrases CBE.....</b>	<b>52</b>
<b>XI Jurisprudence des chambres de recours en cas de non- paiement de la taxe d'opposition.....</b>	<b>60</b>
<b>C CONCLUSION.....</b>	<b>61</b>

## **A RAPPEL DE LA PROCÉDURE**

### **I Saisine au titre de l'article 112(1)b) CBE**

Dans le cadre d'une saisine au titre de l'article 112(1)b) CBE, le Président de l'Office européen des brevets (OEB) a, par lettre en date du 7 juin 2018, soumis à la Grande Chambre de recours la question suivante :

*« Lorsque la formation d'un recours et/ou la taxe de paiement ont lieu après l'expiration du délai de deux mois prévu à l'article 108 CBE, le recours est-il irrecevable ou réputé non formé, et la taxe de recours doit-elle être remboursée ? »*

Le Président de l'OEB a, dans la lettre précitée, indiqué que les conditions de l'article 112(1) b) CBE étaient remplies, à savoir que des décisions divergentes sur cette question avaient été rendues par des chambres de recours et que la réponse à cette question était nécessaire « dans le but d'assurer une application uniforme du droit ». Pour motiver la divergence entre des décisions, le mémoire de saisine retient la décision T 1897/17 comme représentant la jurisprudence dite « minoritaire » qui conclut à l'irrecevabilité du recours et les décisions T 1325/15 et T 2406/16 comme représentant l'autre courant jurisprudentiel dit « majoritaire » qui juge que le recours est réputé non formé. D'autre part, le Président a expliqué que la réponse « aura un impact certain sur la pratique des départements de première instance de l'Office », plusieurs dispositions de la CBE présentant un libellé semblable.

Les décisions divergentes des chambres de recours que le Président de l'OEB a analysées dans son mémoire de saisine ont été résumées comme suit :

**1. T 1897/17 - 3.4.01 en date du 14 février 2018 - Courant jurisprudentiel dit « minoritaire »**

En l'espèce, l'acte de recours avait été déposé et la taxe, acquittée après l'expiration du délai de deux mois prévu à l'article 108, deuxième phrase CBE. La chambre, après avoir rejeté la requête en *restitutio in integrum* présentée par le requérant en vue d'être réintégré dans le délai de deux mois, a décidé que le recours est rejeté comme irrecevable (et non « réputé non formé ») et qu'il n'y avait pas lieu de rembourser la taxe de recours. La chambre considère, en effet, que la formulation de la règle 101(1) CBE est très claire: si un recours ne remplit pas les exigences des articles 106-108 CBE, la chambre le rejette comme irrecevable. La fiction juridique contenue dans la deuxième phrase de l'article 108 - que l'acte de recours n'est réputé formé qu'après paiement de la taxe de recours - ne peut être comprise que comme fixant une condition supplémentaire (implicite) de recevabilité de l'acte de recours, à savoir le paiement de la taxe de recours. La chambre soutient également que les conséquences procédurales attachées à cette fiction ne figurent pas à l'article 108 CBE, mais sont exclusivement régies par la règle 101(1) CBE, à savoir l'irrecevabilité du recours. En rappelant les arguments développés dans les décisions de saisine de 2014, à savoir les décisions T 2017/12 (JO OEB 2014, A76) et T 1553/13 (JO OEB 2014, A84), elle estime que cette interprétation est conforme aux principes établis par la Convention de Vienne et que l'analyse des décisions ultérieures rendues en la matière, à savoir les décisions

T 1325/15 et T 2406/16 (voir ci-après) ainsi que celle de la décision R 4/15 du 16 septembre 2016 de la Grande chambre de recours ne donne aucune raison convaincante pour remettre en question la conclusion précitée, à savoir l'irrecevabilité du recours. La chambre note que la formulation de l'article 108, deuxième phrase CBE est également utilisée dans d'autres dispositions de la CBE (articles 99(1) et 112bis(4) dernière phrase CBE). La différence fondamentale entre ces trois articles et d'autres dispositions de la CBE est que dans ces articles et dispositions, des règles spécifiques de procédure y sont attachées, à savoir les règles 101(1), 77(1) et 108(1) CBE. Ces règles confirment et complètent la formulation claire de l'article 108, deuxième phrase et des articles 99 et 112bis(4) CBE, à savoir l'irrecevabilité d'un recours, d'une opposition ou d'une requête en révision, si les conditions de recevabilité, qui selon la CBE inclut le paiement d'une taxe dans le délai, ne sont pas remplies. Le rejet du recours considéré comme irrecevable doit donc être considéré comme une exigence pour garantir la sécurité du droit. La chambre conclut que l'hypothèse selon laquelle le recours est réputé ne pas avoir été formé ne repose sur aucune base juridique, donc qu'il doit être rejeté comme irrecevable.

**2. T 1325/15 - 3.5.07 en date du 7 juin 2016 - Courant jurisprudentiel dit « majoritaire »**

Dans l'affaire T 1325/15, le recours avait été formé ainsi que la taxe de recours acquittée au-delà du délai de deux mois requis. La chambre explique tout d'abord, que dans un grand nombre de décisions, les chambres de recours ont interprété la deuxième phrase de l'article 108 CBE comme signifiant qu'un recours était inexistant, donc que l'acte de recours était réputé ne pas avoir été formé s'il était déposé après

l'expiration du délai de deux mois et/ou si la taxe de recours était payée après ce délai. Elle réaffirme que les principes de sécurité juridique et d'application uniforme du droit requièrent de la part d'une chambre de recours, qui a à décider d'une question de droit, de prendre en considération comment il a été répondu à cette question dans d'autres décisions. À cet égard, elle est d'avis que lorsqu'une jurisprudence est constante et considérée depuis des années comme une solution satisfaisante et prévisible, il doit exister une raison impérieuse pour justifier et donner la préférence à une interprétation différente aboutissant à une solution différente. Dans l'affaire en cause, la chambre est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait aucune raison impérieuse de dévier de l'approche bien établie de considérer un recours déposé hors délai comme n'ayant pas été formé. Cette approche est conforme à une interprétation de la CBE en accord avec les principes d'interprétation codifiés par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Conformément à ces principes, pour interpréter une disposition il faut tout d'abord partir de sa formulation. La chambre indique également que plusieurs dispositions de la CBE prévoient qu'un certain document doit être déposé à temps ou dans un certain délai. En règle générale, le dépôt tardif d'un document est traité alors de la même manière que s'il n'avait pas été déposé. L'article 108, première phrase CBE requiert que l'acte de recours soit formé dans un délai de deux mois à compter de la signification de la décision. La chambre en conclut, en accord avec l'argumentation développée par la jurisprudence clairement majoritaire des chambres de recours que, si l'acte de recours n'est pas déposé dans ce délai, il n'a aucune existence juridique et que par voie de conséquence la taxe de recours doit être remboursée.

**3. T 2406/16 - 3.3.05 en date du 21 septembre 2017 - Courant jurisprudentiel dit « majoritaire »**

Dans la décision T 2406/16, l'acte de recours avait été déposé dans le délai de deux mois requis, la taxe de recours par contre avait été acquittée après l'expiration du délai de deux mois. La chambre a suivi les conclusions de la décision T 1325/15, précitée. Elle a fait référence également à la décision R 4/15, précitée de la Grande Chambre de recours qui avait conclu qu'une requête en révision selon la troisième phrase de l'article 112bis(4) CBE était réputée ne pas avoir été formée si la taxe correspondante avait été payée après l'échéance du délai. La Grande Chambre de recours avait également précisé que les articles 108, deuxième phrase et 112bis(4) troisième phrase CBE ayant essentiellement la même formulation devaient être interprétés de la même manière. La chambre a également noté que la décision finale prise par la chambre de recours dans l'affaire T 1553/13 précitée suite à la décision d'irrecevabilité de la saisine de la Grande Chambre de recours (G 1/14, JO OEB 2016, A95) a suivi précisément les conclusions de la décision R 4/15. Au regard de ces décisions, la chambre conclut que le recours est réputé ne pas avoir été formé, que la taxe de recours avait donc été payée indûment et qu'elle devait être remboursée.

**4. T 1946/15 - 3.2.02 en date du 19 octobre 2016 et T 198/16 - 3.5.04 en date du 20 mars 2018 - Courant jurisprudentiel dit « majoritaire »**

La saisine mentionne également ces deux décisions qui ont suivi le courant jurisprudentiel dit « majoritaire ».

## **II Observations des tiers**

Conformément à l'article 10 de son règlement de procédure, la Grande Chambre de recours a invité le public à présenter des observations écrites concernant la saisine par le Président (JO OEB 2018, A71). Suite à cette invitation, l'OEB a reçu neuf observations écrites qui peuvent être consultées sur son site Internet, dans la rubrique consacrée à la Grande Chambre de recours. La plupart des *amicus curiae* se sont exprimés en faveur des solutions retenues par la jurisprudence dite « majoritaire », c'est-à-dire que si l'acte de recours et/ou le paiement de la taxe de recours ont lieu après le délai de deux mois prévu à l'article 108, deuxième phrase CBE, le recours est réputé non formé et la taxe acquittée doit être remboursée.

### **B MOTIFS DE L'AVIS**

#### **I Recevabilité de la saisine**

##### **1. Lecture corrigée de la question posée**

Le libellé de la question dans sa première partie, à savoir «*Lorsque la formation d'un recours et/ou la taxe de paiement...* », et l'emploi des mots « *la taxe de paiement* » ne sont pas clairs et semblent erronés. Comme il a, à juste titre, été relevé dans un courrier reçu en tant qu'observations de tiers, une « *taxe de paiement* » (traduction proposée dans l'*amicus curiae*, « *Zahlungsgebühr* » ou « *Auftragsgebühr* ») n'est prévue ni dans la CBE ni dans le règlement relatif aux taxes. La Grande Chambre de recours estime toutefois qu'il s'agit d'une erreur qui peut aisément être corrigée à la

simple lecture de l'ensemble du texte de la saisine, les termes « la taxe de paiement » voulant dire « le paiement de la taxe de recours ». C'est d'ailleurs en ce sens qu'il a été procédé à une correction de la question pour la publication de la question au Journal Officiel de l'OEB (JO OEB 2018, A71), une note en bas de page précisant la lecture faite par la Grande chambre de recours aux fins de la traduction. Par conséquent, la question soumise à la Grande Chambre de recours doit se lire comme suit :

*« Lorsque la formation d'un recours et/ou le paiement de la taxe de recours ont lieu après l'expiration du délai de deux mois prévu à l'article 108 CBE, le recours est-il irrecevable ou réputé non formé, et la taxe de recours doit-elle être remboursée ? »*

## **2. Conditions de recevabilité - article 112(1)b) CBE**

L'article 112(1) b) CBE dispose qu'afin d'assurer une application uniforme du droit ou si une question de droit d'importance fondamentale se pose, le Président de l'OEB peut soumettre une question de droit à la Grande Chambre de recours lorsque deux chambres de recours ont rendu des décisions divergentes sur cette question.

La Grande Chambre de recours doit donc examiner si la question soumise est recevable au titre de l'article 112(1) b) CBE, à savoir

i) si une réponse est nécessaire afin d'assurer une application uniforme du droit, ou s'il s'agit de questions de droit d'importance fondamentale

et

ii) si deux chambres de recours ont rendu des décisions divergentes sur les questions soumises.

(1) En ce qui concerne la première condition de recevabilité à laquelle toute saisine doit satisfaire, qu'elle ait été introduite par une chambre de recours au titre de l'article 112(1)a) CBE ou par le Président au titre de l'article 112(1)b) CBE, le mémoire de saisine indique au point 34 que la « *réponse... [à la question] aura un impact certain sur la pratique des départements de première instance de l'Office (entres autres, divisions d'examen, divisions d'opposition); en effet plusieurs dispositions de la CBE présentent un libellé semblable à celui de l'article 108 CBE et la pratique en vigueur prévoit des conséquences juridiques claires en cas de dépôt tardif d'une requête ou du paiement tardif d'une taxe accompagnant cette requête, conséquences qui se traduisent en règle générale par le remboursement de la taxe correspondante, la requête étant considérée comme non formée.* ». Au point D.II du mémoire les différentes dispositions de la CBE dont le libellé est semblable à celui des phrases 1 et 2 de l'article 108 CBE ont été analysées ainsi que la pratique et la jurisprudence des chambres de recours en la matière.

La Grande Chambre de recours partage l'avis du Président de l'Office. La réponse donnée est « une question d'importance fondamentale », car non seulement elle aura, comme souligné par le Président, (a) une incidence qui va au-delà de la question posée, mais encore (b) cette question de droit est susceptible d'être pertinente dans un grand nombre d'affaires similaires.

(a) La même formulation que celle figurant à l'article 108, deuxième phrase CBE avec comme corollaire la règle 101(1) CBE a été retenue par le législateur à l'article 99(1), deuxième phrase CBE (acte d'opposition / paiement de la taxe d'opposition), ensemble la règle 77(1) CBE et à l'article

112bis(4), quatrième phrase CBE (requête en révision / paiement de la taxe de requête en révision), ensemble la règle 108(1) CBE.

En raison de la similitude des libellés retenus par le législateur, il va de soi que la réponse donnée à la question posée, y compris celle du remboursement de la taxe acquittée, aura des incidences directes sur les autres situations juridiques mentionnées ci-dessus.

(b) La question relative à l'effet juridique en cas de non-paiement de la taxe de recours dans le délai de deux mois ou si l'acte de recours est déposé après ledit délai, quand bien même la taxe de recours été acquittée en temps voulu, c'est-à-dire si le recours est rejeté comme irrecevable ou si le recours est déclaré réputé non formé est une question de droit d'importance fondamentale, puisqu'elle est pertinente dans un nombre d'affaires potentiellement élevé devant les chambres de recours, et qu'elle revêt donc un grand intérêt notamment, mais pas uniquement, pour les parties à la procédure de recours. De plus, il est important de répondre à cette question de droit non seulement pour les utilisateurs du système du brevet européen, mais aussi pour toutes les chambres de recours et l'OEB lui-même, sachant que, comme cela aussi été souligné par les *amicus curiae*, la fiction juridique de la non formation du recours (ou de la requête) ou sa recevabilité voire son irrecevabilité, avec comme corollaire le remboursement ou non de la taxe acquittée, devra être décidée dans de nombreuses autres situations juridiques. L'interprétation de l'article 108, deuxième phrase CBE aura, de ce fait, des conséquences qui dépassent clairement la question posée par le mémoire de saisine.

(2) Quant à la deuxième condition de recevabilité de la présente saisine, il est également satisfait à l'exigence relative à l'application uniforme du droit. Dans son mémoire, le Président de l'Office fait état de décisions divergentes (voir ci-dessus) ; il analyse, d'une part, la décision T 1897/17 - 3.4.01 représentant la jurisprudence minoritaire (voir ci-dessus) et, d'autre part, les décisions T 1325/15-3.5.07 et T 2406/16 - 3.3.05 (voir ci-dessus), les deux décisions représentant la jurisprudence majoritaire. Selon la jurisprudence de la Grande Chambre de recours le terme de « *décisions divergentes* » figurant à l'article 112(1)b) CBE doit être interprété dans le sens de « décisions contradictoires » (voir par exemple G 3/08, JO OEB 2011,10, point 7.3.7, dernier paragraphe des motifs de l'avis). Dans la présente saisine, les décisions en cause sont divergentes sur l'issue de la procédure de recours, l'une concluant à l'irrecevabilité du recours sans remboursement de la taxe de recours, les deux autres concluant à ce que le recours est réputé non formé, assorti du remboursement de la taxe de recours. Il s'agit de deux issues juridiques totalement différentes et donc « contradictoires », lesquelles ont été motivées par des raisonnements juridiques différents voire « contradictoires ».

3. Au vu de ce qui précède, la saisine est recevable.

## **II Application de l'article 108, première et deuxième phrases CBE par les chambres de recours et la Grande Chambre de recours**

### **1. Article 108, première et deuxième phrases CBE - cas de figure**

Article 108, première et deuxième phrases CBE 2000: « *Le recours doit être formé, conformément au règlement d'exécution, auprès de l'Office européen des brevets dans un délai de deux mois à compter de la signification de la décision. Le recours n'est réputé formé qu'après le paiement de la taxe de recours.* »

A partir de la formulation de l'article 108, première et deuxième phrases, et en tenant compte de la jurisprudence de la Grande Chambre de recours et des chambres de recours sur ce sujet, il est possible d'envisager trois cas de figures :

- cas de figure 1 : le recours est formé dans le délai de deux mois requis ET la taxe de recours a été acquittée APRÈS l'expiration dudit délai de deux mois ;
- cas de figure 2 : le recours est formé APRÈS l'expiration du délai de deux mois ET la taxe de recours est acquittée APRÈS l'expiration dudit délai de deux mois ;
- cas de figure 3 : la taxe de recours est acquittée dans le délai de deux mois requis ET le recours est formé APRÈS l'expiration dudit délai de deux mois.

Les différents cas de figure peuvent être représentés dans le tableau suivant :

		Recours / acte de recours	
		formé / déposé en temps voulu	formé / déposé > 2 mois
Taxe de recours	acquittée en temps voulu		3
	payée > 2 mois	1	2

C'est vraisemblablement à partir du libellé de l'article 108, première et deuxième phrases CBE que le Président de l'Office a formulé sa question avec l'emploi des conjonctions « ...et/ou... ». C'est également sous l'angle de ces différentes situations juridiques / cas de figure que la question soumise à la Grande Chambre de recours a été analysée et commentée dans la plupart des « *amicus curiae* ».

A chaque cas de figure, il devra être répondu à deux questions :

- le recours est-il recevable ou réputé non formé ou, en d'autres termes, quelle est la conséquence juridique produite ? ET
- le cas échéant, la taxe de recours acquittée doit-elle être remboursée ?

## 2. Courant jurisprudentiel dit « majoritaire »

### (1) Cas de figure 1 - Le recours est formé DANS le délai de deux mois requis ET la taxe de recours a été acquittée APRÈS l'expiration dudit délai de deux mois

Il s'agit du cas classique où le requérant a initié, dans le délai de deux mois la procédure de recours, par le dépôt d'un acte de recours remplissant les conditions prévues par le règlement d'exécution, mais a acquitté la taxe de recours après ledit délai. Ce cas de figure englobe également la situation par laquelle le requérant a formé recours dans le délai de deux mois, mais a omis de payer la taxe de recours.

D'après la jurisprudence dite « majoritaire », en cas de défaut de paiement de la taxe de recours ou si la taxe de recours devait être acquittée après l'expiration dudit délai de deux mois, le recours est réputé n'avoir pas été valablement formé et le recours est, de ce fait, inexistant.

Les décisions rendues selon ce cas de figure par la chambre de recours juridique et les chambres de recours techniques, et classées par ordre chronologique sont les suivantes (la liste n'est pas exhaustive ; elle reprend les décisions régulièrement analysées dans d'autres décisions ou citées par renvoi ainsi que celles mentionnées dans les ouvrages de référence du droit européen des brevets) : J 2/78 en date du 1<sup>er</sup> mars 1979 (JO OEB 1979, 283) ; J 21/80 en date du 26 février 1981 (JO OEB 1981, 101) ; J 16/82 en date du 2 mars 1983 (JO OEB 1983, 262) ; T 105/85 - 3.3.1 en date du 5 février 1987 ; J 24/87 en date du 6 novembre 1987 ; T 742/96 - 3.2.5 en date du 5 septembre 2000 ; T 1486/11- 3.3.05 en date du 13 avril 2012 ; T 2274/11 - 3.5.06 en date 29 août 2012 ; J 5/15 en date 22 juin 2015 ; T 181/14 - 3.5.02 en date du 13 juillet 2017 ; T 2406/16 - 3.3.05 en date du 21 septembre 2017.

(a) La décision J 2/78 constitue la première affaire selon le cas de figure 1. Aucune taxe de recours n'ayant été acquittée, la chambre de recours juridique a conclu sans une quelconque motivation, que le recours « *est considéré comme n'ayant pas été formé* » (libellé correspondant à celui de l'article 108, deuxième phrase dans sa version de la CBE 1973). La décision J 2/78 a été suivie par la décision J 21/80. Dans cette affaire, la taxe de recours avait été acquittée tardivement. La chambre de recours juridique a indiqué qu' «*En raison de l'inexistence d'un recours valable, le montant de la taxe de recours payée tardivement doit être restitué*» (voir point 4 des motifs). La décision ne contenait pas d'autre motif. Il est déclaré dans le dispositif de la décision (langue de la procédure, français), que "*le recours contre la décision de la Section de dépôt du 12 mai 1980 est considéré comme non formé.*" La décision J 21/80 a ensuite été suivie par la décision J 16/82. Aux points 2 et 9 des motifs, la chambre a énoncé ce qui suit (langue de la procédure, allemand) :

« 2. *Zu den Voraussetzungen einer rechtswirksamen Beschwerde gehört, daß die Beschwerdegebühr innerhalb der nach Artikel 108 EPÜ vorgeschriebenen 2-Monatsfrist entrichtet wurde. Andernfalls gilt die Beschwerde nach Artikel 108 Satz 2 EPÜ nicht als eingelegt (siehe Entscheidung der JurBK J 21/80 vom 26. Februar 1981, Abl. EPA 1981, 101).*

9. *Da eine Wiedereinsetzung somit nicht stattfinden kann, gilt die Beschwerde gem. Artikel 108 Satz 2 EPÜ als nicht eingelegt. Artikel 108 Satz 2 EPÜ ist **entsprechend seiner Entstehungsgeschichte** in Zusammenhang mit Satz 1 in dem Sinne zu verstehen, dass die Beschwerde nicht als eingelegt gilt, wenn die Beschwerdegebühr nicht innerhalb der in Satz 1 genannten Beschwerdefrist entrichtet worden ist (siehe auch die bereits unter Nr. 2 erwähnte J 21/80 vom 26. Februar 1981, Abl. EPA 1981, 101).* » (gras ajouté).

Par la décision J 16/82, la chambre de recours juridique a fait sommairement référence à la genèse de l'article 108 CBE (« *Entstehungsgeschichte* »), sans indiquer pour quel motif cette disposition a été interprétée de cette manière.

(b) Les chambres de recours dans les autres décisions citées ci-dessus ont conclu à la non formation du recours et, par voie de conséquence, au remboursement de la taxe de recours sans indiquer explicitement dans les motifs de leurs décisions pour quelles raisons elles aboutissaient à ces conclusions. Tel est le cas aussi de la décision récente T 2406/16, analysée dans le mémoire de saisine, qui renvoie à des décisions antérieures.

(c) Dans l'affaire R 4/15 en date du 16 septembre 2016, la Grande Chambre de recours a, suite au paiement tardif de la taxe de révision, conclu sans explications particulières que la requête en révision était réputée non formée et a ordonné le remboursement de la taxe de requête en révision (langue de la procédure, anglais) : « *From the above, the Enlarged Board concludes that the fee for petition for review was paid out of time. It therefore unanimously decides that the petition for review is deemed not to have been filed. In the absence of a petition for review, there is no legal basis for paying the fee involved, which must therefore be reimbursed.* » (voir points 10 à 12 des motifs).

**(2) Cas de figure 2 - Le recours est formé APRÈS l'expiration du délai de deux mois ET la taxe de recours est acquittée APRÈS l'expiration dudit délai de deux mois**

Les décisions rendues selon ce cas de figure par les chambres de recours techniques, et classées par ordre chronologique sont les suivantes (la liste n'est pas exhaustive ; elle reprend des décisions régulièrement analysées dans d'autres décisions ou citées par renvoi ainsi que celles mentionnées

dans le mémoire de saisine, dans les « *amicus curiae* » et dans les ouvrages de référence du droit européen des brevets) :

T 60/01- 3.5.2 en date du 1<sup>er</sup> octobre 2000 ; T 2056/08 - 3.2.04 en date du 15 janvier 2009 ; T 585/08 - 3.5.04 en date du 20 octobre 2009 ; T 1325/15 - 3.5.07 en date du 7 juin 2016 ; T 1553/13 - 3.2.06 en date du 23 novembre 2016 ; T 1954/13 - 3.3.04 en date du 27 octobre 2017.

(a) Les chambres de recours qui ont traité les cas de dépôt de recours ET du paiement de la taxe de recours après le délai de deux mois, et en règle générale, accompagnés de requêtes en *restitutio in integrum*, n'ont pas donné d'explications pour quelles raisons le recours devait être considéré comme non formé, lorsqu'elles ont conclu au rejet des requêtes en *restitutio in integrum* ; elles se sont référées à l'article 108, deuxième phrase CBE et ont conclu que le recours est réputé non formé ou que le recours est inexistant. Voir à titre d'exemples, les décisions précitées T 60/01 - 3.5.2, points 3 et 4 des motifs ; T 2056/08 - 3.2.4, point 5 des motifs ; T 585/08 - 3.5.04, points 22 et 24 des motifs.

(b) Ce n'est que dans la décision T 1325/15 précitée - décision citée et analysée dans le mémoire de saisine - que la chambre 3.5.07 a, suite à sa conclusion intermédiaire de rejet de la requête en *restitutio in integrum*, expressément donné des motifs quant à sa décision que le recours était réputé non formé (voir points 34 à 43 des motifs). Elle a tout d'abord mentionné (voir point 38 des motifs) que, d'après les principes d'interprétation des traités codifiés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, le point de départ de toute interprétation d'une disposition est son libellé ; le résultat de cette interprétation doit être confirmé, entre autres, par une interprétation systématique de la disposition tenant compte de sa fonction et de sa position

au sein de la CBE dans son ensemble. Elle a ensuite examiné (voir point 39 des motifs) l'hypothèse selon laquelle le dépôt tardif du recours est, au moins dans une certaine mesure, juridiquement valable et ne doit pas être traité comme si aucun acte de recours n'avait été formé. À cet égard, elle a noté (voir point 40 des motifs) que de nombreuses dispositions de la CBE précisent qu'un certain document doit être déposé dans un délai déterminé ou "en temps voulu". Dans ce dernier cas, le règlement d'exécution précise soit la durée du délai, soit laisse à l'OEB le soin d'en fixer la durée ("*dans un délai qu'il lui impartit*"). Dans la plupart de ces cas, la CBE précise également la conséquence juridique du non-dépôt de l'acte "en temps voulu", sans toutefois faire la distinction entre le dépôt tardif de la pièce et son non-dépôt. Dans quelques cas, le dépôt en temps voulu du document est une condition *sine qua non* pour l'application d'une autre disposition et la conséquence du dépôt tardif de ladite pièce ou du non-dépôt de ladite pièce est tout simplement que cette autre disposition ne s'applique pas ; tel est le cas par exemple, si un demandeur ne dépose pas le certificat prévu à l'article 55(2) CBE dans les quatre mois suivant le dépôt de la demande de brevet européen (règle 25 CBE), il ne peut pas bénéficier de l'exception de l'exposition de l'article 55(1) CBE. Selon la CBE, la règle générale retenue est que le dépôt tardif d'un acte est traité de la même manière que son non-dépôt. La chambre de recours a ensuite conclu (voir point 41 des motifs) que l'article 108, première phrase CBE exige que le recours soit formé dans les deux mois suivant la signification de la décision. Si aucun acte de recours n'est déposé, il n'y a pas de recours. Comme la CBE ne fait aucune distinction entre le dépôt tardif et le non-dépôt d'une pièce, il y a inexistance du recours si le recours n'a pas été formé en temps voulu.

(c) La chambre de recours 3.3.04, dans la décision T 1954/13 en date du 27 octobre 2017 a elle aussi explicité les motifs de sa décision selon laquelle le recours est réputé non formé. Au point 42 des motifs de sa décision, elle a indiqué qu'il découle de la lecture conjointe des deux premières phrases de l'article 108 CBE que, pour que le recours soit réputé formé, non seulement l'acte de recours doit être déposé, mais aussi la taxe de recours doit être payée dans le délai de deux mois prévu à l'article 108, première phrase CBE (voir dans le même sens J 16/82, précitée, motifs, point 9 ; T 778/00, JO OEB 2001, 554, motifs, point 2.2). Ce lien entre les deux phrases découle encore plus clairement du libellé de la deuxième phrase de l'article 108 CBE 1973 dans sa version anglaise (« **The notice of appeal shall not be deemed to have been filed until after the fee for appeal has been paid** ») (gras ajouté par la chambre). Par conséquent, la chambre interprète l'article 108, deuxième phrase CBE comme signifiant que le paiement de la taxe de recours dans le délai de deux mois est une condition supplémentaire pour former un recours. Ceci est d'ailleurs conforme au « concept général » de la CBE selon lequel une requête/demande n'est réputée déposée (par exemple, les requêtes en examen, en *restitutio in integrum*, de limitation/révocation, d'opposition ou de révision) que si le paiement est effectué dans les délais.

**(3) Cas de figure 3 - La taxe de recours est acquittée DANS le délai de deux mois requis ET le recours est formé APRÈS l'expiration dudit délai de deux mois**

La liste ci-après reprend les décisions de la chambre de recours juridique et des chambres de recours techniques concernant le cas de figure 3 mentionnées dans le mémoire de saisine, les « *amicus curiae* » et la littérature spécialisée

en droit européen des brevets (cette liste n'est pas exhaustive) :

J 19/90 en date du 30 avril 1992 ; T 371/92 - 3.3.3 en date du 2 décembre 1993 (JO OEB 1995, 324) ; T 696/95 - 3.2.3 en date du 16 novembre 1995 ; T 266/97 - 3.2.03 en date 22 juin 1998 ; T 445/98 - 3.2.1 en date du 10 juillet 2000 ; T 778/00 - 3.2.4 en date du 6 juillet 2001 (JO OEB 2001, 554) ; T 1479/09 - 3.2.04 en date 25 novembre 2009 ; T 1943/09 - 3.4.03 en date du 31 mai 2010 ; T 377/11 - 3.3.10 en date du 14 décembre 2011 ; T 861/12 - 3.3.01 en date du 2 mars 2016 ; T 181/14 - 3.5.02 en date du 13 juillet 2017 ; T 327/17 - 3.3.09 en date du 14 décembre 2017 , T 2520/17 - 3.3.05 en date du 9 avril 2018.

(a) Dans l'affaire J 19/90, la chambre de recours juridique a conclu que le seul paiement d'une taxe de recours ne constitue pas une formation valable du recours et par conséquent que le recours était réputé non formé. Cela vaut même si l'objet du paiement est indiqué comme étant une "taxe de recours", concernant une demande de brevet identifiée et si le "Bordereau de règlement de taxes et de Frais" est employé (OEB Form 1010). La conclusion de cette décision a été suivie par les décisions suivantes : T 371/92, T 696/95, T 266/97, T 778/00, T 1479/09, T 1943/09, T 377/11, T 861/12, T 181/14 et T 2520/17, sans que des explications sur la question de l'effet juridique produit, à savoir que le recours est réputé non formé ou encore que le recours est inexistant, aient été fournies dans les motifs des décisions.

(b) Ce n'est que dans les décisions T 445/98 et T 778/00 que les chambres de recours se sont penchées sur le libellé de l'article 108 CBE et sur la conséquence juridique en cas de

dépôt de l'acte de recours après le délai de deux mois, la taxe de recours ayant été acquittée en temps voulu.

Dans l'affaire T 445/98 (langue de la procédure, anglais), il est dit au point 5 des motifs ce qui suit : « *...., the Board considers that Article 108 EPC distinguishes two stages of the appeal: the first stage relates to the existence of the appeal which requires two conditions: the notice of appeal must be filed in writing at the European Patent Office within two months after the date of notification of the decision appealed from, and the fee for appeal must have been paid. Only if the appeal fulfils these two requirements of Article 108 EPC is it deemed to have been filed, i.e. the appeal is in existence. The second stage of appeal, which relates to the issue of admissibility, can only come into effect where an appeal is in existence. On the contrary where the appeal is deemed not to have been filed, the issue of admissibility does not even arise.* »

Dans la décision T 778/00 (langue de la procédure, allemand), au point 2.2 des motifs, il a été précisé que « *.... Einlegung der Beschwerde und Zahlung der Beschwerdegebühr in Artikel 108 Satz 1 und 2 EPÜ [sind] als zwei getrennte Erfordernisse der Beschwerde geregelt. Nach diesen Bestimmungen kann die Zahlung der Beschwerdegebühr die Einlegung der Beschwerde nicht ersetzen. Ansonsten hätte es genügt, die Zahlung der Beschwerdegebühr vorzuschreiben, des weiteren Erfordernisses der Einlegung der Beschwerde hätte es nicht bedurft. Dieser Struktur der Vorschrift entspricht auch ihr Wortlaut. Satz 2 ist mit Satz 1 durch die zeitliche Bestimmung "erst" verbunden und knüpft damit an eine eingelegte Beschwerde an, die nur dann Wirksamkeit erlangen kann, wenn die in Satz 2 geregelte Bedingung, d. h. die Zahlung der Gebühr, eintritt. Dieser Zusammenhang wird auch aus Artikel 4 (1) GebO deutlich, nach*

*dem mangels abweichender Regelung eine Gebühr mit dem Eingang des entsprechenden Antrags fällig wird (vgl. Gall, Münchner Gemeinschaftskommentar, 10. Lfg. 1986, Art. 51 EPÜ, Rdn 86, 105). Dies hat aber auch zur Folge, daß die Beschwerdegebühr erst mit Einlegung der Beschwerde fällig wird. Geht keine Beschwerde ein, so ist die Beschwerdegebühr ohne Rechtsgrund gezahlt und daher zurückzuzahlen (ständige Rechtsprechung seit T 41/82, ABl. EPA 1982, 256, Gründe Nr. 1). »*

(c) Dans la décision R 18/13, la Grande Chambre de recours, après avoir rejeté la requête en *restitutio in integrum*, la requête et la taxe en requête en révision ayant été présentées après le délai de deux mois prévu à l'article 112bis (4), deuxième phrase CBE, a conclu (langue de la procédure, allemand) : « *Infolgedessen gilt der Antrag auf Überprüfung als nicht gestellt. Die gezahlte Überprüfungsgebühr ist ohne Rechtsgrund gezahlt worden und ist daher zurückzuzahlen.* », (voir point 26 des motifs).

### **3. Courant jurisprudentiel dit « minoritaire »**

D'après une recherche effectuée, seules 15 décisions des chambres de recours ont jugé que le recours devait être rejeté comme irrecevable, lorsque l'acte de recours a été déposé et/ou la taxe de recours acquittée après le délai de deux mois prévu à l'article 108 CBE. Dans une seule décision, la Grande Chambre de recours est arrivée à la même conclusion. Il s'agit des décisions suivantes classées par ordre chronologique :

T 489/93 - 3.2.4 en date du 25 février 1994 ; T 1100/97 - 3.2.5 en date du 8 mai 1998 ; T 79/01 - 3.3.4 en date du 25 mars 2003 ; T 122/02 - 3.2.4 en date du 23 juin 2003 ; T 260/06 - 3.4.03 en date du 18 juillet 2006 ; T 1465/07 - 3.4.02 en date du 9 mai 2008 ; T 1926/09 - 3.3.05 en date du 28 septembre 2010 ; R 2/10 en date du 3 novembre 2010 ;

T 1289/10 - 3.5.06 en date du 13 avril 2011 ; T 1535/10 - 3.2.03 en date du 13 mai 2011 ; T 2210/10 - 3.2.02 en date du 15 septembre 2011 ; T 1234/11 - 3.2.03 en date du 21 décembre 2011 ; T 742/11 - 3.4.03 en date du 29 mars 2012 ; T 2450/16 - 3.5.04 en date du 9 octobre 2017 ; T 1897/17 - 3.4.01 en date du 14 février 2018 ; T 1823/16 - 3.5.01 en date 28 juin 2018.

Seul dans trois de ces décisions, à savoir les décisions T 489/93 - 3.2.4, T 79/01 - 3.3.4 et T 1897/17 - 3.4.01, les chambres de recours concernées ont traité dans les motifs pour quelles raisons le recours devait être rejeté comme irrecevable.

(a) Dans la décision T 489/93 précitée, le recours avait été déposé et la taxe de recours, acquittée après le délai de deux mois en cause. La chambre, tout en ordonnant le remboursement du recours jugeant celui-ci réputé non formé, a décidé que le recours était irrecevable. Au point 9 des motifs du recours il est indiqué ce qui suit (langue de la procédure, allemand) :  
« *Die Beschwerde war daher als unzulässig zu verwerfen, Regel 65 (1) EPÜ. Der Wortlaut in Regel 65 (1) EPÜ CBE [1973] [Note : correspond à la règle 101(1) CBE 2000] "als unzulässig" ist in einem weiteren Sinn verwendet, d. h. umfaßt sowohl den Fall der existenten (aber "unzulässigen") wie den der nicht existenten Beschwerde. »*

(b) Dans la décision T 79/01 précitée, le recours a été rejeté pour irrecevabilité après qu'une partie seulement de la taxe de recours a été acquittée. La chambre a estimé que cela correspondait à une interprétation logique de la règle 65(1) CBE 1973, et a énoncé, au point 10 des motifs (langue de la procédure, anglais) :

« *There is no reason to provide the appellant with a more favourable treatment in case of late (or insufficient, as in the present case) payment of the appeal fee (ie the appeal is deemed not been filed and the appeal fee is reimbursed) as in*

case of, for example, late filed statement of grounds (inadmissibility of the appeal). Moreover the "travaux préparatoires" seem to support this interpretation. In the "Materialien zum EPÜ" (IV/6514/61-D) is provided for, with reference to the "Entscheidungsmöglichkeiten der Beschwerdekammer" , that "Die Kammer kann feststellen, dass die Beschwerde wegen Nichtentrichtung der Gebühr unzulässig ist ».

(c) Par la décision T 1897/17 précitée, la chambre de recours a indiqué pour quelles raisons le recours devait être rejeté comme irrecevable, l'acte de recours / la taxe de recours ayant été déposé / acquittée après le délai de deux mois prévu à l'article 108 CBE. Elle a relevé au point 15, deuxième paragraphe des motifs que (langue de la procédure, anglais) :

« According to the clear wording of R. 101 (1) EPC, which is an Implementing Regulation of Art. 106 to Art. 108 EPC, if an appeal does not fulfil the legal requirements of (here) Art. 108 EPC, the board of appeal shall reject it as inadmissible. The legal fiction of Art. 108 EPC, second sentence, that the notice of appeal shall not be deemed to have been filed until the appeal fee has been paid, can, in the board's view only be understood as setting an additional (implicit) condition for an appeal to be admissible, namely the (timely) payment of the appeal fee. No procedural consequences follow from Art. 108 EPC, second sentence; these are exclusively governed by R. 101 (1) EPC, providing for the rejection of the appeal as inadmissible if the appeal does not comply with Art. 108 EPC, i.e. also in the case of late payment of the appeal fee (cf. T 79/01, quoting the travaux préparatoires to the EPC, IV/6514/61-D : "Die Kammer kann feststellen, dass die Beschwerde wegen Nichtentrichtung der Gebühr unzulässig ist").» Elle a ensuite repris l'analyse faite dans les décisions de saisine T 2017/12 (points 3.4.2 et 3.4.3) et

T 1553/13 (affaires G 1/14 et G 2/14) concernant les « travaux préparatoires » pour conclure que «... it would appear incorrect to read Article 108, second sentence, EPC in a way it is not worded [namely, that it was to be read as "Notice of appeal shall not be deemed to have been filed until the fee for appeal has been paid in time", remark of the current board]... ». Enfin, par une analyse des dispositions en cause (article 108, ensemble la règle 101(1) CBE) et des dispositions similaires (article 99(1), ensemble la règle 77(1); article 112bis (4), ensemble la règle 108(1) CBE), la chambre arrive à la conclusion qu'il n'y a aucune base juridique dans la CBE pour que le recours puisse être déclaré non formé : « It is true that the wording of Art. 108 EPC, second sentence, '... not be deemed to have been filed ...', is also used in other provisions of the EPC, notably Art. 112a (4) EPC, last sentence and Art. 99 (1) EPC (further examples are listed in T 2017/12). There is, however, a fundamental difference between these three provisions on the one hand, and other provisions of the EPC using the same or similar wording on the other hand: in these three cases, specific procedural (implementing) rules exist, namely R. 101 (1) EPC, R. 77 (1) EPC and R. 108 (1) EPC. They confirm and complement the (clear) wording of Art. 108 EPC, second sentence, Art. 99 (1) EPC, second sentence, and Art. 112a (4) EPC, last sentence respectively: to reject as inadmissible a legal remedy (appeal, opposition or petition for review) attacking an EPO decision, if it does not fulfil the requirements for admissibility, which, in the system of the EPC, include the timely payment of the respective fee. In all three cases, EPO decisions would become finally binding on the parties, if not attacked by means of the respective legal remedy. The rejection of a legal remedy found inadmissible is a requirement to ensure legal

*certainty, a principle also generally recognised in the EPO's Contracting States.*

*Consequently, R. 101 (1) EPC and R. 77 (1) EPC can be seen as the implementing provisions envisaged by the travaux préparatoires (as cited in T 2017/12 "Ob in der Ausführungsordnung zu diesem Abkommen eine entsprechende Bestimmung aufgenommen werden soll, wird später zu entscheiden sein."), confirming and supplementing the (ordinary) meaning of Art. 108 EPC, second sentence and Art. 99 (1) EPC, second sentence respectively, by explicitly stating the procedural consequence arising from the late-filing of the respective fee, i.e. to reject the appeal or opposition as inadmissible. The travaux préparatoires do not cover Art. 112a EPC as this article was only introduced into the EPC 2000. »*

(d) Pour les autres décisions citées ci-dessus et ce, quels que soit les cas de figure, à savoir si l'acte de recours a été déposé avant/après l'expiration du délai de recours et/ou que la taxe de recours n'ait été acquittée qu'avant/après l'expiration de ce délai, les recours ont été rejetés pour irrecevabilité sans qu'un remboursement de la taxe de recours ait été ordonné. La question de l'irrecevabilité du recours n'a pas été traitée dans les motifs de ces décisions.

(e) La Grande Chambre de recours, dans la décision R 2/10 en date du 3 novembre 2010, a conclu à l'irrecevabilité de la requête en révision, la taxe en requête en révision ayant été acquittée dans les délais, sans donner d'explications quant à la conséquence juridique retenue.

#### **4. Littérature / doctrine**

La jurisprudence dite « majoritaire » a été approuvée sans réserve et unanimement par la littérature spécialisée : Singer, Europäisches Patentübereinkommen, 1. Auflage, 1989, Artikel

108 EPÜ, Rdnr 5 ; Bühler dans Singer/Stauder, 7. Auflage 2016, Artikel 108 EPÜ, Rdnr 27 ; Keussen dans Benkard, 3. Auflage 2019, Artikel 108 EPÜ, Rdnr. 64 ff. ; Moufang dans Schulte, 10. Auflage 2017, Anhang zu § 73 PatG, Artikel 108 EPÜ, Rdnr. 19 ff. ; Moser dans Münchner Gemeinschaftskommentar, 20. Lieferung, Juli 1997, Artikel 108 EPÜ, Rdnr. 27; Gall dans Münchner Gemeinschaftskommentar, 10. Lieferung, Februar 1986, Artikel 51, Rdnr. 398 ; Paterson, *The European Patent System*, Londres 1992, note 2-44 ; Weiss/Ungler, *Die europäische Patentanmeldung und der PCT in Frage und Antwort*, 9. Auflage 2017, Kapitel 16 « Beschwerdeverfahren », Punkt 16.5, Rdnr 1545 ; Visser « *The annotated European patent Convention* », 26th Edition 2018, Article 108, points 1 to 4.

A cet égard, Singer dans la 1<sup>ère</sup> édition de son ouvrage (précité) publiée en 1989 a résumé la situation juridique en cause comme suit : « *Die Beschwerde gilt nach Satz 2 erst als eingelegt, wenn die Beschwerdegebühr entrichtet worden ist. Diese Formulierung findet sich bereits in dem ersten Arbeitsentwurf von 1961 und bedeutet, dass vor Zahlung der Gebühr keine wirksame Beschwerde vorliegt; der Beschwerdeschriftsatz ist lediglich ein Stück Papier ohne rechtliche Wirkung.* ». Il a mentionné expressément le document de travail également cité dans les décisions précitées et qui sera analysé au point X. ci-après, « travaux préparatoires » des dispositions en cause.

### **III Règles d'interprétation de la CBE**

À cet égard, la CBE doit être interprétée conformément aux principes énoncés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités conclue le 23 mai 1969 (ci-après, la "Convention de Vienne"), bien que l'Organisation européenne des brevets

n'y soit pas partie. Dans ses toutes premières décisions (G1 /83, JO OEB 1985, 60, G 5/83 JO OEB 1985, 64, et G 6/83, JO OEB 1985, 67 ; cf. "Remarques préliminaires : interprétation de la Convention sur le brevet européen"), la Grande Chambre de recours a reconnu l'applicabilité desdits principes. Ils sont reconnus et appliqués dans de nombreuses décisions ainsi que par les chambres de recours (G 2/02 et G 3/02, JO OEB 2004, 483 ; G 2/08, JO OEB 2010, 456 ; J 9/98 et J 10/98, JO OEB 2003, 184 ; T 128/82, JO OEB 1984, 164 ; T 1173/97, JO OEB 1999, 609 ; Jurisprudence des chambres de recours, 8<sup>ème</sup> édition 2016, Chapitre III.H.1). Les articles pertinents de la Convention de Vienne (articles 31 et 32) s'énoncent comme suit :

*"Article 31. Règle générale d'interprétation*

*1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.*

*2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :*

*a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;*

*b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.*

*3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :*

*a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;*

b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;

c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

*Article 32 Moyens complémentaires d'interprétation*

*Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :*

a) *Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou*

b) *Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable."*

Il ressort de la lecture conjointe de ces deux articles que les dispositions d'un traité (en l'occurrence la CBE) doivent, dans un premier temps, être interprétées suivant le sens « ordinaire » à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. Le juge ne saurait donc s'écarter des dispositions claires de la loi, ce principe étant lié à l'exigence de bonne foi.

Par ailleurs, il peut être déduit de l'article 32 de la Convention de Vienne que les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles la CBE a été conclue sont à prendre en considération pour confirmer un sens ou pour déterminer un sens lorsque la première interprétation suivant

le sens ordinaire conduirait à une ambiguïté ou à un résultat absurde.

#### **IV Application des règles d'interprétation**

##### **1. Interprétation littérale**

Les libellés des textes en cause dans les trois langues officielles qui font foi sont les suivants :

Article 108, première et deuxième phrases CBE 2000: « *Le recours doit être formé, conformément au règlement d'exécution, auprès de l'Office européen des brevets dans un délai de deux mois à compter de la signification de la décision. Le recours n'est réputé formé qu'après le paiement de la taxe de recours.* »

Article 108 first and second sentences EPC 2000: "Notice of appeal shall be filed, in accordance with the Implementing Regulations, at the European Patent Office within two months of notification of the decision. Notice of appeal shall not be deemed to have been filed until the fee for appeal has been paid. "

Artikel 108 erster und zweiter Satz EPÜ 2000: „Die Beschwerde ist nach Maßgabe der Ausführungsordnung innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung der Entscheidung beim Europäischen Patentamt einzulegen. Die Beschwerde gilt erst als eingelegt, wenn die Beschwerdegebühr entrichtet worden ist. „

D'après la jurisprudence de la Grande Chambre de recours et en application des principes de la Convention de Vienne précités (voir notamment G 2/12, JO OEB 2016, A27, points V à VII des motifs avec de nombreux renvois à d'autres décisions/avis de

la Grande Chambre de recours), lorsqu'il s'agit d'interpréter des dispositions de la CBE, la Grande Chambre part généralement du libellé de la disposition en question et, même si le sens de la disposition ressort clairement de ce libellé, elle doit ensuite examiner si le résultat d'une interprétation littérale se trouve confirmé par la signification que revêtent les termes considérés dans leur contexte.

(1) Selon l'article 108, première phrase CBE, l'introduction du recours exige que, dans les conditions fixées par le règlement d'exécution et dans un délai de deux mois, « *un recours soit formé* », c'est-à-dire qu'un acte de recours soit produit contenant, entre autres, une requête définissant l'objet du recours (article 108, première phrase, ensemble la règle 99(1) c) CBE), par laquelle le requérant manifeste sa volonté d'attaquer une décision rendue en première instance. En l'absence d'une telle déclaration, la procédure de recours n'est pas engagée et la décision de la première instance n'a pas à être réexaminée par la chambre de recours. Les libellés retenus dans les trois langues officielles de la CBE de cette première phrase de l'article 108 CBE - les trois textes faisant également foi selon l'article 177 (1) CBE - sont quelque peu différenciés. La formulation dans la version anglaise utilise les termes « *Notice of appeal* », alors que ladite première phrase dans les versions allemande et française commence par « *Die Beschwerde...* », « *Le recours ...* » et non « *L'acte de recours ...* » ou « *Die Beschwerdeschrift ...* ». On ne saurait en tirer une quelconque intention du législateur. Les versions initiales de cette première phrase de cet article 108 CBE 1973 devenue CBE 2000 étaient rédigées seulement en langues allemande et française, et comportaient respectivement les mots « *Beschwerde* » et « *recours* ». Quelle que soit la langue retenue, cette première

phrase de l'article prévoit que, dans un délai de deux mois et dans les conditions fixées par le règlement d'exécution, le recours est formé par le dépôt d'un acte de recours. Par la suite, il faut entendre comme équivalent « acte de recours déposé » et « recours formé », et à l'inverse, « acte de recours non déposé » comme équivalent à « recours non formé ».

(2) La deuxième phrase de l'article 108 CBE précise que l'introduction du recours donne lieu au paiement de la taxe de recours : « *Le recours n'est réputé formé qu'après le paiement de la taxe de recours.* ». Cette deuxième phrase de l'article 108 CBE prévoit une fiction juridique : « *Le recours n'est réputé formé qu'après paiement de la taxe de recours.* » (gras et soulignement ajoutés).

(a) Selon une première lecture de cette deuxième phrase (interprétation littérale étroite), la fiction juridique qu'elle contient peut être comprise comme permettant de déterminer à elle seule la date du recours introduit. Prenant l'exemple où l'acte de recours est déposé dans le délai de deux mois et la taxe de recours est acquittée après l'expiration dudit délai de deux mois, le recours est, selon cette lecture littérale étroite, réputé formé à la date de paiement de la taxe de recours, à savoir, dans cet exemple, après le délai de deux mois, avec comme conséquence que le recours serait irrecevable selon la règle 101(1) CBE (« *Si le recours n'est pas conforme aux articles 106 à 108, à la règle 97 ou à la règle 99, paragraphe 1 b) ou c) ou paragraphe 2, la chambre de recours le rejette comme irrecevable, à moins qu'il n'ait été remédié aux irrégularités avant l'expiration du délai applicable en vertu de l'article 108.* »). Selon cette interprétation, le dépôt de l'acte de recours n'est pas remis en question si la fiction juridique ne porte que sur le seul paiement de la taxe de

recours mentionné dans la deuxième phrase de l'article 108 CBE (voir au contraire ci-après l'interprétation littérale large qui emporte des conséquences sur le dépôt de l'acte de recours).

(b) Selon une seconde lecture de cette deuxième phrase (interprétation littérale large), la fiction juridique précise que, pour que le recours soit formé, la taxe de recours doit être acquittée dans le délai de deux mois de la première phrase de l'article 108 CBE. En effet, l'emploi de la locution "n'... qu'..." (dans la version anglaise de la CBE 2000 « ... until... » ; dans la version anglaise de la CBE 1973 «... until after... » ; dans la version allemande «... erst ... wenn.... ») dans la deuxième phrase établit un lien dans le temps avec la première phrase ; elle sous-entend qu'un recours a déjà été formé par le dépôt de l'acte de recours dans les conditions requises et que ce recours ne peut être considéré comme valablement formé que si l'exigence posée dans la deuxième phrase est remplie, à savoir que le paiement de la taxe de recours ait lieu en même temps ou ultérieurement dans le temps, mais dans le délai de deux mois. Cette composante « temps » des deux actes apparaît clairement dans le libellé de la version anglaise de la règle 20 (2), première phrase CBE 1973 (correspondant à la règle 22 (2), première phrase CBE 2000) dont la formulation est similaire à celle de l'article 108, deuxième phrase CBE : «*The request shall not be deemed to have been filed **until such time** as an administrative fee has been paid.* » (gras ajouté). En d'autres termes, la formation d'un recours, pour qu'il soit valablement formé, requiert le paiement de la taxe de recours dans le délai de deux mois. Le paiement de cette taxe dans le délai de deux mois est une condition nécessaire pour introduire valablement un recours. Un acte de recours répondant aux conditions fixées par le

règlement d'exécution et déposé dans le délai de deux mois requis (article 108, première phrase CBE) ne conduira à la formation du recours que sous réserve du paiement de la taxe de recours dans ce même délai de deux mois (article 108, deuxième phrase CBE). *A contrario*, à défaut de paiement de la taxe de recours ou en cas de paiement tardif, la fiction juridique prévue à la deuxième phrase de l'article 108 CBE se réalise, le recours est réputé non formé ou, en d'autres termes, la pièce produite dans le délai de deux mois en tant qu'acte de recours est réputée non reçue.

Cette lecture combinée des deux premières phrases de l'article 108 CBE correspond à celle retenue dans les décisions précitées J 16/82, motifs, point 9 ; T 778/00, motifs, point 2.2 et T 1954/13, motifs, point 40, appartenant toutes au courant majoritaire de la jurisprudence. Ceci est, par ailleurs, confirmé dans la décision G 1/86 en date du 24 juin 1987 (JO OEB 1987, 447) qui, au point 8, premier paragraphe des motifs, indique que *„Erst wenn die Beschwerde eingelegt und die entsprechende Gebühr entrichtet worden ist, liegt eine Beschwerde vor. Mit diesen beiden Handlungen leitet der Beschwerdeführer das Verfahren ein. Der Rechtszug ist eröffnet.“* (langue de la procédure, allemand). La Grande Chambre de recours ne peut que souscrire à cette analyse.

#### **Conclusion intermédiaire :**

Par une interprétation littérale basée sur une lecture combinée des deux premières phrases de l'article 108 CBE (interprétation littérale large), un recours n'est valablement formé que si le paiement de la taxe de recours intervient dans le délai de deux mois requis. Les libellés des trois versions de cette disposition ne sont pas contradictoires. C'est par le mécanisme de la fiction juridique liée au paiement de la taxe

de recours et ce, dans le délai de deux mois qu'est fixé le moment de l'introduction du recours. *A contrario*, par le jeu de la fiction juridique contenue à l'article 108, deuxième phrase CBE, si l'acte de recours est produit pendant ledit délai de deux mois **et** si le paiement de la taxe de recours intervient après ledit délai ou si aucune taxe n'est payée, le recours est réputé non formé c'est-à-dire qu'un lien d'instance n'existe pas ou, en d'autres termes, le recours doit être déclaré inexistant. Cette interprétation littérale de l'article 108, première et deuxième phrases CBE conduit à un résultat conforme à l'objet de la disposition.

## **2. Interprétation systématique**

En application des principes de la Convention de Vienne précitée, l'interprétation systématique est le deuxième pilier sur lequel on peut s'appuyer pour interpréter une disposition juridique et les termes qu'elle utilise (voir notamment G 2/12, JO OEB 2016, A27, points V à VII avec de nombreux renvois à d'autres décisions/avis de la Grande Chambre de recours). Cette deuxième méthode consiste à interpréter le sens de l'expression dans le contexte de la disposition pertinente, en tenant compte de sa place et des fonctions au sein d'un ensemble cohérent de normes juridiques connexes.

La CBE prévoit dans de nombreuses autres dispositions la fiction juridique de la non-présentation de la pièce considérée en cas de non-paiement de la taxe due : article 135 (3), deuxième phrase CBE, taxe de transformation ; règle 22(2), première phrase CBE, taxe d'administration, règle 88(3), troisième phrase CBE, taxe de fixation des frais ; règle 89(2), deuxième phrase CBE, taxe d'intervention ; règle 123(3) CBE, taxe de conservation de la preuve ; règle 136(1), troisième phrase CBE, taxe de *restitutio in integrum*. Pour toutes ces

situations juridiques, la pièce produite (par exemple la requête en transfert de la demande de brevet européen) ne sera considérée comme présentée que si le paiement de la taxe due (par exemple la taxe d'administration prévue à la règle 22(2), première phrase CBE) a été effectué. En d'autres termes, le non-paiement de la taxe correspondante entraîne comme conséquence la fiction juridique de la non-présentation de la pièce (initialement) produite.

Cette fiction juridique est prévue également comme mécanisme dans la CBE pour d'autres situations juridiques qui ne dépendent pas du paiement d'une taxe. Ainsi, selon l'article 14(4) CBE, les personnes physiques ou morales ayant leur domicile ou leur siège dans un Etat contractant ayant une langue autre que l'allemand, l'anglais ou le français comme langue officielle peuvent déposer, dans une langue officielle de cet Etat, des pièces devant être produites dans un délai déterminé, par exemple une réponse à une notification de la division d'examen. Toutefois, une traduction dans une langue officielle de l'OEB devra dans les conditions fixées par le règlement d'exécution être produite. Si celle-ci n'est pas produite dans les délais, la pièce est réputée n'avoir pas été produite (article 14(4), troisième phrase CBE). D'autres dispositions dans la CBE prévoient la réalisation d'un acte ultérieur (en règle générale, le dépôt d'une pièce) généré par un premier acte et, à défaut de réalisation de cet acte ultérieur, l'effet juridique immédiat que le premier acte est fictivement, selon les termes employés, « réputé n'avoir pas été produit », soit « réputé non déposé », soit « réputé n'avoir pas été effectué », soit enfin « réputé non avenu ». A titre d'exemples, peuvent être relevés à la règle 5 CBE, le non-dépôt d'une attestation certifiant la traduction d'un document ; à la règle 50(3) CBE, la non-régularisation d'un

défaut de signature d'un document ; à la règle 56(4) CBE, le retrait du dépôt des parties manquantes de la description ou des dessins manquants ; à la règle 152(6) CBE, le non-dépôt du pouvoir du mandataire. Dans la décision T 1325/15 précitée, la chambre de recours a mentionné l'exemple selon lequel un demandeur qui ne dépose pas en temps voulu, à savoir dans un délai de quatre mois à compter du dépôt de la demande de brevet européen tel que prévu à la règle 25 CBE, l'attestation d'exposition ne pourra bénéficier de l'inopposabilité de la divulgation prévue à l'article 55(1) CBE. En ce sens le libellé de l'article 108, deuxième phrase s'inscrit dans la systématique des dispositions de la CBE qui prévoit la fiction juridique de la non-présentation de la pièce produite ou du retrait fictif de la pièce produite.

#### **Conclusion intermédiaire :**

Par une interprétation systématique de l'ensemble des dispositions de la CBE, il apparaît que le législateur a prévu pour de nombreuses situations juridiques que la conséquence du non accomplissement d'un second acte a comme effet juridique que le premier acte est par le jeu d'une fiction juridique n'avoir pas été effectué. Diverses formulations sont employées qui toutes définissent cette fiction juridique et qui ont comme conséquence l'inexistence de l'acte effectué.

### **3. Interprétation téléologique**

À l'instar des juridictions nationales et internationales, la Grande Chambre applique la méthode téléologique pour interpréter des dispositions de la CBE. Elle examine à cet égard le sens objectif et le but des dispositions (p. ex. G 1/88 (JO OEB 1989, 189), point 5 des motifs ; G 1/03 (JO OEB 2004, 413), point 2.1.1 des motifs). Le point de départ

consiste à déterminer la raison d'être de la disposition pertinente (*ratio legis*) étant donné que l'interprétation ne saurait être contraire à l'esprit de cette disposition (G 6/91 (JO OEB 1992, 491), point 8 des motifs).

L'article 108, première et deuxième phrases CBE dispose *via* une fiction juridique la formation du recours. La CBE prévoit de nombreuses situations juridiques qui sont gouvernées par des fictions juridiques. Ainsi, par le mécanisme de la fiction juridique du retrait de la demande de brevet européen en cas de non-paiement de taxes (par exemple, pour les taxes de dépôt et de recherche, article 78(2) CBE ; pour la taxe annuelle, article 86(1) CBE ; pour la taxe d'examen, article 94(2) CBE) ou lorsqu'un acte n'a pas été accompli (par exemple, traduction de la demande de brevet européen dans une des langues officielles de l'OEB non fournie, article 14(2), troisième phrase CBE ; défaut de réponse à la notification de la division d'examen, article 94(4) CBE ; défaut de réponse à la notification de la Chambre de recours, article 110, ensemble règle 100(3) CBE), le législateur a voulu mettre en place une procédure simplifiée de traitement du dossier, par laquelle une décision de rejet dûment motivée de la demande de brevet en cause n'a pas à être rédigée. Cette mesure de simplification par le jeu de la fiction de retrait de la demande a été introduite tout d'abord dans les systèmes législatifs nationaux des brevets, notamment en Autriche (voir *Verordnung der Bundesregierung vom 12. Juli 1923 über die Vereinfachung der behördlichen Einrichtungen und des Verfahrens auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes*, Artikel 1, Punkt 20, *Bundesgesetzblatt der Republik Österreich* 1923, Seite 1363) et dans les pays nordiques (pour la Suède, voir le paragraphe 5 de la loi concernant les brevets du 16 mai 1884, modifié par la loi n° 192 du 5 juin

1931 (S.F.S. 1931:192), sur proposition n° 136 du 26 février 1931, approuvée par lettre au roi n° 239 du 20 mai 1931) pour être ensuite repris dans les articles ou règles de la CBE (voir aussi Weiss/Ungler, *Die europäische Patentanmeldung und der PCT in Frage und Antwort*, 9. Auflage 2017, Fußnote 60). Le demandeur, titulaire du brevet ou opposant, au lieu de recevoir une décision motivée de rejet de la requête ou de la demande de brevet européen, est informé suite à son inaction délibérée ou involontaire de la perte de droit par voie de notification.

Dans la CBE, c'est la règle 69 CBE 1973 (devenue règle 112 CBE 2000) qui définit cette procédure de constatation de la perte de droit. Par cette procédure simplifiée, générée par la simple inobservation du délai en cause, il peut être mis fin au dossier tout en respectant les droits du demandeur, titulaire du brevet ou opposant. Comme il sera exposé aux points V et X ci-après, lors des premières discussions du futur article 108 CBE ainsi que lors des discussions de la future règle 69 CBE 1973 (devenue règle 112 CBE 2000), le libellé de l'article 108, première et deuxième phrases CBE est conforme à cette volonté du législateur de prévoir, comme il en est par ailleurs le cas pour d'autres situations juridiques, une procédure simplifiée et efficace laquelle s'inscrit dans la finalité générale de la procédure prévue par la CBE.

Lorsqu'il s'agit de la procédure de recours, la mise en œuvre de cette procédure simplifiée de clôture du dossier est confiée aux greffes des chambres de recours. Le Praesidium a, conformément à l'article 6(2) du règlement de procédure des chambres de recours, transféré aux greffes la compétence des chambres de recours de communiquer les pertes de droit selon la règle 112(1) CBE (voir article 2, point 7 de la décision du

Praesidium des chambres de recours du 12 novembre 2007, JO OEB 2008, Supplément 1, 49).

**Conclusion intermédiaire :**

L'interprétation téléologique, c'est-à-dire l'interprétation du sens en fonction de la finalité de l'article 108, première et deuxième phrases CBE aboutit aux mêmes conclusions intermédiaires que celles tirées pour les interprétations littérale et systématique. Par la fiction juridique prévue à la deuxième phrase de l'article 108 CBE et liée au paiement de la taxe de recours, le législateur a voulu, comme cela est prévu dans de nombreuses autres situations juridiques, mettre en place une procédure simplifiée de clôture du dossier. C'est dans ce sens que le libellé prévu pour la formation du recours doit être interprété.

**V Conséquence juridique en cas de non-accomplissement des deux actes ou de l'un des deux actes dans le délai de deux mois de l'article 108 CBE**

L'article 108 CBE ni une quelconque autre disposition de la CBE ou de son règlement d'exécution ne définissent **expressément** la conséquence juridique dans les cas de figure envisagés supra.

Il en est de même des autres dispositions dans la CBE ayant une formulation similaire, par exemple pour la formation de l'opposition (article 99(1) CBE) ou la présentation d'une requête en révision (article 112bis CBE). Ce n'est que pour la formulation de la requête en examen (article 94(1), première et deuxième phrases CBE) que le législateur a prévu expressément à l'article 94(2) CBE que la fiction juridique du

retrait de la demande de brevet s'appliquait, « lorsque la requête en examen n'est pas présentée dans les délais ».

1. La jurisprudence dite « majoritaire » a déduit de ce silence des textes et par simple référence aux travaux préparatoires de l'article 108 CBE (voir ci-dessus J 16/82, point 9 des motifs) que la conséquence juridique à appliquer est que le « recours est réputé non formé ». La jurisprudence dite « minoritaire », par contre, par une analyse des travaux préparatoires de l'article 108 CBE et par la lecture de la règle 65(1) CBE 1973 (devenue règle 101(1) CBE) laquelle renvoie à l'article 108 CBE (voir ci-dessus T 79/01, point 10 des motifs), a retenu « l'irrecevabilité du recours ».

2. Les chambres de recours dans les décisions de saisine T 1553/13 et T 2017/12 précitées ainsi que dans la décision T 1897/17 avaient conclu à l'irrecevabilité du recours par la simple lecture de la partie IV/6.514/61-F (voir plus loin, analyse détaillée) des « travaux préparatoires » qui traite du projet d'article 93 devenu ultérieurement article 108 CBE. Elles statuaient ainsi :

- «... [dass] die Fiktion der nicht erhobenen Beschwerde bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Beschwerdegebühr erwogen wurde, aber weder diese Formulierung, **noch das damit verbundene Verfahren** in die endgültige Fassung des Europäischen Patentübereinkommens übernommen wurden. »  
(voir T 1553/13, point 8.4.3, 4<sup>ème</sup> paragraphe des motifs)  
(langue de la procédure, allemand; gras ajouté) ;
- « ... the provisions and the procedure originally envisaged were different from the ones eventually adopted. In particular the draft article explicitly defined an appeal for which the appeal fee was not paid

*on time as being deemed not to be filed. This definition of what seems to be a special case does not exist in the article as it was finally adopted. There is no record of a discussion of this point with reference to the present wording. Thus it cannot be ruled out that the legislators in fact adopted the present wording because they no longer wished to make the situation of an appeal fee being paid late into such a special case. » (T 2017/12, point 3.4.3, 4ème paragraphe des motifs de la décision ; langue de la procédure, anglais).*

Ces conclusions sont inexactes.

Lorsqu'on interprète des traités internationaux, il est permis de prendre en considération à titre subsidiaire les « travaux préparatoires ». Conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne, il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) laisse le sens ambigu ou obscur, ou : b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable (J 8/82, JO OEB 1984, 155, point 13 des motifs ; J 4/91, JO OEB 1992, 402, point 2.4.2 des motifs ; T 128/82, JO OEB 1984, 164, point 9 des motifs ; G 2/07, JO OEB 2012,130, point 4.3 des motifs et G 1/08, JO OEB 2012, 206, point 4.3 des motifs).

Il ressort clairement de l'analyse des « travaux préparatoires » de l'ancienne règle 69(1) CBE 1973 (actuelle règle 112(1) CBE) et non de l'article 108 CBE que le législateur avait, dans un premier temps, prévu expressément l'effet juridique de la perte de droit « en cas de non-

introduction du recours » dans cette règle, mais que, au cours des discussions de cette règle et dans un souci de simplification, il a préféré retenir dans la version finale de la règle 69(1) CBE 1973 une formulation générale englobant toutes les situations juridiques de pertes de droit.

### 3. Analyse de l'historique de la règle 69(1) CBE 1973

(1) L' « ad article 69, numéro 1 » de l'avant-projet du règlement d'exécution élaboré par le sous-Groupe « Règlement d'exécution » du Groupe de travail I lors de la réunion du 23 au 27 novembre 1970 était libellé comme suit : « (1) *Si l'office européen des brevets constate qu'une demande de brevet européen est réputée retirée, il le notifie au déposant conformément aux dispositions de l'article 161 de la convention. (2) Si le déposant estime que la demande de brevet européen ne doit pas être réputée retirée, il peut, dans un délai de deux mois, à compter de la notification visée au paragraphe 1, requérir une décision ....* » (Voir BR/67 f/70).

(2)

(a) Il ressort du rapport de la réunion de ce sous-Groupe « Règlement d'exécution » qui a eu lieu les 12-14 janvier 1971 ce qui suit au point 40: « *La règle ad article 69, numéro 1 (doc. BR/67/70, page 14) établie par le sous-Groupe ....a pour but de prévoir une procédure simplifiée dans le cas où l'Office constate qu'une demande brevet européen est réputée retirée. L'utilisation d'une telle procédure - qui tout en sauvegardant les droits de recours du demandeur allège la tâche de l'Office - se justifiait par la raison qu'en l'occurrence seules de simples questions de fait étaient en cause, par exemple le paiement d'une taxe en temps voulu. Sur proposition de la Délégation britannique, le sous-Groupe a estimé que cette procédure simplifiée pouvait être étendue à*

*d'autres cas où seules de simples questions de fait étaient également en cause. En conséquence, le sous-Groupe a adopté un texte dans lequel ont été ajoutés quatre cas nouveaux ... »*  
(Voir BR/84 f/71).

(b) Le texte de l' « ad article 69, numéro 1 » devenue « ad article 159, numéro 11 » tel qu'adopté est libellé comme suit :

« (1) Si l'Office européen des brevets **constate que**

a) une demande de brevet européen est, en tout ou en partie, réputée retirée,

b) ....,

c) ....,

d) une opposition est réputée n'avoir pas été formée ou **un recours n'avoir pas été introduit**, ou

e) ....,

**notification est faite** à la personne intéressée, conformément aux dispositions de l'article 161 de la Convention. » (Voir BR/81 f/71) (gras ajouté)

(3) Il ressort du point 24 du rapport de la réunion du Groupe de Travail I qui a eu lieu du 22 au 26 novembre 1971 que, suite à des propositions de la Délégation britannique tenant à prévoir d'autres situations de pertes de droit et adoptées par le groupe, que « ... **la liste**, figurant dans cette disposition, pouvant se révéler **incomplète**, il y aurait éventuellement lieu de rechercher une **formulation générale**, couvrant tous les cas où une requête est considéré comme n'ayant pas été formulée à la suite du défaut de paiement d'une taxe. » (voir BR/144 f/71, point 24 et BR/134 f/71) (gras ajouté).

(4) Cette dernière recommandation a ensuite fait l'objet de délibérations au sein du groupe de travail I et lors de conférence intergouvernementale. Une formulation générale a été soumise à la Conférence Diplomatique de Munich. Le texte de la règle 70(1) (devenue règle 69(1) CBE 1973) est libellé comme suit : « (1) *Si l'Office européen des brevets constate que la perte d'un droit, quel qu'il soit, découle de la convention sans qu'une décision de rejet de la demande de brevet européen, qu'une décision de délivrance, de révocation ou de maintien du brevet européen ou qu'une décision concernant une mesure d'instruction ait été prise, il le notifie à la personne intéressée, conformément aux dispositions de l'article 118.* » .

Ce mécanisme de signification de la constatation de la perte de droit a aussi été mentionné par van Empel, dans *The Granting of European Patents*, Leyden 1975, au point 393 : « *As for the normal sanction to non-payment of fees ... the party concerned will be informed by the EPO of his loss of rights, pursuant to Rule 69 (1). If he disagrees with the finding of the EPO he may, of course, argue his case and may eventually take the case to a Board of Appeal (Rule 69 (2)).* » .

#### **Conclusion provisoire :**

Il est exact - comme l'ont d'ailleurs relevé les décisions de saisine T 1553/13 et T 2017/12 déjà citées ainsi que la décision T 1897/17, précitée que « *.....the legislator in fact elsewhere used explicit wording to specify the consequences of a late-filed request. An example can be found in Article 94(2) EPC, which reads: "If no request for examination has been made in due time, the application shall be deemed to be withdrawn." Consequently, it would appear incorrect to read Article 108, second sentence, EPC in a way it is not worded.* » (voir

T 2017/12, point 3.4.3, 5<sup>ème</sup> paragraphe des motifs, T 1553/13, point 8.4.3, 4<sup>ème</sup> paragraphe ; T 1897/17, point 15, page 15, dernier paragraphe) - que la conséquence « le recours est réputé non formé » n'a pas été expressément inscrite à l'article 108 CBE.

Par une analyse des travaux préparatoires de la règle 69 CBE 1973, le législateur a voulu toutefois fixer expressément à la règle 69(1) CBE 1973 (devenue règle 112 (1) CBE) la conséquence juridique que le recours est réputé non formé, en regroupant dans une seule disposition et dans une formulation à caractère général, toutes les situations juridiques de pertes de droit qui ne sont ni une décision de rejet de la demande de brevet européen, de délivrance, de révocation ou de maintien du brevet européen ou une décision concernant une mesure d'instruction (règle 112(1) CBE : «(1) *Si l'Office européen des brevets constate qu'une perte de droit s'est produite sans qu'une décision de rejet de la demande de brevet européen, de délivrance, de révocation ou de maintien du brevet européen ou une décision concernant une mesure d'instruction n'ait été prise, il le notifie à la partie intéressée.*»). En d'autres termes, le législateur a préféré plutôt que de lister toutes les situations possibles (concernées par la conséquence en forme de fiction juridique du type « réputé » dans les formules telles « demande réputé retirée », « réputé n'avoir pas été produit », « réputé non déposé », « réputé n'avoir pas été effectué », ou enfin « réputé non avenu »), au risque d'en oublier, de les viser en creux par une formulation générale négative qui exclut ainsi dans sa formulation les autres situations, elles bien circonscrites, que sont les décisions de rejet de la demande de brevet, de délivrance, de révocation ou de maintien du

brevet européen ou une décision concernant une mesure d'instruction.

Par conséquent, le non-paiement de taxes, y compris la taxe de recours et *a fortiori* les cas de paiement tardif de la taxe de recours sont notifiés à la partie intéressée (demandeur, titulaire de brevet, opposant, etc.) conformément à cette disposition.

C'est d'ailleurs en ce sens que la Grande Chambre de recours, dans l'affaire G 1/90 (JO OEB 1991, 275, point 8 des motifs) a fait lecture de l'article 99(1), 3<sup>ème</sup> phrase CBE : « *La procédure d'opposition met en cause un brevet qui a déjà été délivré. La perte des droits afférents au brevet comme sanction de l'inobservation par le titulaire des délais qui lui sont impartis n'existe pas dans cette procédure. **Sauf dans le cas du non-paiement de la taxe d'opposition (article 99(1), 3e phrase CBE), il n'est pas prévu de sanction par le jeu d'une fiction.*** » (gras ajouté).

## **VI Cas de figure 1 et 2 - Conclusions intermédiaires**

Au vu de ce qui précède, la réponse à apporter à la question posée pour les cas de figure 1 et 2 est que « le recours est réputé non formé » (fiction de la non formation du recours). Pour mémoire, le cas de figure 1 vise la situation où le recours est formé **DANS** le délai de deux mois requis **ET** la taxe de recours a été acquittée **APRÈS** l'expiration dudit délai de deux mois; dans le cas de figure 2, le recours est formé **APRÈS** l'expiration du délai de deux mois **ET** la taxe de recours est acquittée **APRÈS** l'expiration dudit délai de deux mois (voir tableau, page 12).

## VII Recours réputé non formé - recours irrecevable et règle 101(1) CBE

La Grande de Chambre de recours estime nécessaire, vu les discussions dans les décisions précitées des chambres de recours, de donner son point de vue sur les liens entre l'article 108, première et deuxième phrases CBE et la règle 101 (1) CBE (anciennement règle 65(1) CBE 1973). La jurisprudence dite « minoritaire » a en effet, à partir du libellé de la règle 101(1) CBE, conclu à l'irrecevabilité du recours dans les cas de figure en discussion. Pour mémoire ci-après le libellé de la règle 101(1) CBE : « *Si le recours n'est pas conforme aux articles 106 à 108, à la règle 97 ou à la règle 99, paragraphe 1 b) ou c) ou paragraphe 2, la chambre de recours le rejette comme irrecevable, à moins qu'il n'ait été remédié aux irrégularités avant l'expiration du délai applicable en vertu de l'article 108.* » Ce texte correspond au libellé de la règle 65(1) CBE 1973, à l'exception des renvois aux règles, dont la numérotation a changé.

Les articles 106, 107 et 108 CBE définissent les conditions qui doivent être remplies à l'expiration des délais de deux et quatre mois, pour que le recours puisse être considéré comme formé et jugé recevable. Selon l'article 108, première et deuxième phrases CBE, la procédure de recours est initiée par une première étape, la formation du recours, au cours de laquelle le requérant est tenu de déposer un acte de recours dans un délai de deux mois à compter de la signification de la décision ; ce recours ne sera réputé formé que si la taxe de recours est acquittée. Ce n'est que si ces deux actes ont été effectués dans le délai de deux mois prescrit que le recours est réputé formé, c'est-à-dire que le recours existe. Une fois l'existence du recours établie, se posera, dans un deuxième temps, la question de la recevabilité du recours. Il doit, par exemple, être satisfait à un certain nombre d'exigences et ce

toujours à l'intérieur dudit délai de deux mois, par exemple l'indication de la décision attaquée (article 106, ensemble la règle 99(1) b) CBE), l'indication du requérant (article 107, ensemble la règle 99(1)a) CBE ; voir en ce sens la décision de la Grande Chambre de recours G 1/12, JO OEB 2014, A114, points 17 à 23 des motifs) ou l'indication de l'adresse du requérant (article 107, ensemble règle 99(1)a) CBE). Une autre exigence pour la recevabilité du recours est le dépôt du mémoire exposant les motifs de recours (article 108, troisième phrase CBE), qui lui doit être déposé au plus tard à l'expiration du délai de quatre mois. Si ces exigences ne sont pas observées à l'expiration de ces délais, le recours est rejeté comme irrecevable, conformément à la règle 101(1) CBE, à moins qu'il n'ait été remédié aux irrégularités avant l'expiration du délai applicable en vertu de l'article 108 CBE. Cette approche en deux étapes pour introduire la procédure de recours (actes conditionnant la formation du recours, actes nécessaires pour que le recours soit recevable) a été analysée et retenue dans un certain nombre de décisions des chambres de recours, voir par exemple T 445/98, précitée, points 5 à 7 des motifs ; T 1954/13, précitée, point 43, deuxième paragraphe. En d'autres termes, la recevabilité du recours ne peut être examinée que si le recours est valablement formé. Dans ce contexte, le terme « recours » à la règle 101(1) CBE doit être lu dans le sens de « recours formé » (« *Si le recours **formé** n'est pas conforme aux articles 106 à 108 ...* ») (gras ajouté). La mention à la règle 101(1) CBE de l'article 108 CBE (sans indication des phrases de cet article) renvoie, par conséquent à la troisième phrase de cette disposition ; le recours sera rejeté comme irrecevable si le mémoire de recours n'est pas déposé ou est déposé hors délai.

## VIII Remboursement de la taxe de recours

La CBE prévoit le remboursement de la taxe de recours à la règle 103 CBE (anciennement règle 67 CBE 1973). Les cas d'ouverture y sont clairement fixés et ne visent pas les situations juridiques envisagées par la question posée par le Président de l'Office à la Grande Chambre de recours.

Parmi les deux issues possibles à la question soumise à la Grande Chambre de recours (« recours réputé non formé » ou « irrecevabilité du recours »), le remboursement de la taxe de recours ne se pose que si la Grande Chambre de recours conclut à l'inexistence du recours ou, en d'autres termes, que le recours est réputé non formé. Comme explicité ci-dessus, cette conclusion est celle apportée aux cas de figure 1 et 2.

En matière de paiement de taxes à l'OEB, et en particulier s'il s'agit de déterminer la date d'exigibilité des taxes, il convient de se reporter à l'article 4(1) du Règlement relatif aux taxes (RRT) qui disposent que *« (l)es taxes dont la date d'exigibilité ne découle pas des dispositions de la convention, du PCT et de leurs règlements d'exécution sont exigibles à compter du dépôt de la demande d'exécution de la prestation de service assujettie à une taxe. »* Selon cet article, la « date d'exigibilité » ne désigne pas le dernier jour du délai fixé pour le paiement d'une taxe, comme cela est le cas dans de nombreuses législations nationales ou internationales, mais le premier jour à compter duquel un paiement peut être valablement effectué. Comme précisé à l'article 4 RRT (voir ci-dessus), celle-ci découle, en règle générale, des dispositions de la CBE ou, à défaut, du dépôt de la demande d'exécution de la prestation de service assujettie à une taxe. Sauf exceptions expressément prévues (par exemple pour le

paiement de la taxe annuelle européenne), une taxe ne peut être valablement acquittée avant sa date d'exigibilité. Si celle-ci devait être acquittée avant le fait générateur qui entraîne son exigibilité, il devra être procédé à son remboursement, le paiement effectué ayant eu lieu sans cause. En d'autres termes, si, au moment du paiement de la taxe, une procédure donnée (par exemple la procédure d'opposition devant l'OEB) n'a pas encore été introduite (par exemple par l'acte d'opposition), le paiement de la taxe (taxe d'opposition selon l'exemple retenu) qui a été effectué sera traité comme un paiement sans base légale, justifiant ainsi d'office son remboursement.

Concernant la procédure de recours devant les chambres de recours, la date d'exigibilité de la taxe de recours est la date à laquelle l'acte de recours est déposé (voir à ce sujet Gall, Münchner Gemeinschaftskommentar, 10. Lfg. 1986, Art. 51 CBE, Rdnr. 86, 105 et jurisprudence constante depuis les décisions J 21/80, J 16/82 et T 778/00, précitées). Cela signifie que la taxe de recours n'est exigible que par le dépôt de l'acte de recours. Si aucun acte de recours n'est déposé, tout paiement de la taxe de recours ne repose sur aucune base légale, le paiement effectué devant être considéré comme un paiement sans cause et, comme confirmé par la jurisprudence constante depuis la décision T 41/82, JO OEB 1982, 256, point 1 des motifs, cette taxe doit être d'office remboursée. Si l'acte de recours a été déposé en temps voulu ou après ledit délai, et que la taxe de recours est certes devenue exigible, mais a été acquittée après le délai de deux mois, la procédure de recours sera considérée comme n'ayant pas été introduite. Comme l'acte de recours est réputé n'avoir pas été déposé ou produit, la taxe de recours n'est plus

exigible et doit donc être remboursée, le paiement effectué devant être considéré comme un paiement sans cause.

**Conclusions intermédiaires :**

Au vu de ce qui précède, pour les cas de figure 1 et 2, pour lesquels il a été conclu que le recours est réputé non formé c'est-à-dire à l'inexistence du recours, le remboursement de la taxe de recours doit être ordonné d'office, le paiement ayant été effectué sans cause.

**IX Cas de figure 3 - conclusions intermédiaires**

Pour mémoire, le cas de figure 3 vise la situation juridique suivante : La taxe de recours est acquittée DANS le délai de deux mois requis ET le recours est formé APRÈS l'expiration dudit délai de deux mois.

Dans ce cas de figure, la taxe de recours a été acquittée dans le délai de deux mois requis, mais avant même son exigibilité. Comme explicité ci-dessus, la taxe de recours ne devient exigible que lors du dépôt de l'acte de recours et, par conséquent, si celui-ci intervient après l'expiration dudit délai de deux mois, elle n'est exigible qu'à la date du dépôt de l'acte de recours ou concomitamment à son dépôt. Le cas de figure 3 est donc similaire au cas de figure 2, à savoir que les deux actes (dépôt de l'acte de recours et paiement de la taxe de recours) ont été accomplis après le délai de deux mois, la date de paiement de la taxe de recours étant reportée à la date de dépôt de l'acte de recours soit après le délai de deux mois. Comme conclu ci-dessus à propos du cas de figure 2, le recours étant inexistant, il devra être procédé au

remboursement de la taxe de recours, le paiement effectué étant sans cause.

**X « Travaux préparatoires » de l'article 108, première et deuxième phrases CBE**

Il a été renvoyé pour la première fois dans la décision J 16/82 en date du 2 mars 1983, précitée (voir point II 2.(1) de l'avis) à la genèse de l'article 108, deuxième phrase CBE, mais d'une manière très sommaire par une simple référence à la « *Entstehungsgeschichte* ». C'est dans la décision T 79/01 en date du 25 mars 2003 (point 10 des motifs) que la chambre a étayé, par une analyse du document IV/6.514/61-F datant du 26 septembre 1961, sa position selon laquelle la taxe de recours ne devait pas être remboursée, le recours devant être rejeté comme irrecevable. Dans la première édition de son ouvrage « *Europäisches Patentübereinkommen* », 1989, Art. 108, par. 5, Singer a également mentionné ce document pour conclure à la conséquence juridique du « recours réputé non formé » en cas de non-paiement de la taxe de recours. Par les décisions T 2017/12 en date du 24 février 2014 et T 1553/13 en date du 20 février 2014 (décisions de saisine G 1/14 et G 2/14), les deux chambres de recours ont analysé les textes (notamment le document IV/6.514/61-F) et les discussions qui ont conduit à la mouture des dispositions finalement adoptées lors de la Conférence Diplomatique de Munich en octobre 1973. Cette analyse a été commentée par Teschemacher dans les *Mitteilungen der Patentanwälte* 2018, page 314 et suivantes. La décision T 1897/17, précitée (voir le mémoire de saisine et point I 1. de l'avis) a repris les analyses et conclusions des décisions T 2017/12 et T 1553/13, précitées.

La Grande Chambre de recours estime nécessaire, vu que les jurisprudences dites « majoritaire » comme « minoritaire » se sont appuyées sur les « travaux préparatoires » pour étayer les motifs de leurs décisions, d'analyser d'une manière détaillée les projets d'articles ainsi que les discussions en cause.

(1) Projet de convention Haertel articles 1 à 100, encore appelé « Projet Haertel » (document dans sa version française portant la cote IV/5569/61-F) – projets d'articles 93, paragraphe 1 et 97, paragraphe 1

(a) Projet d'article 93, paragraphe 1 et discussion :

(•) Le « Projet Haertel » a proposé un projet d'article 93, lequel deviendra ultérieurement l'article 108 CBE. Le paragraphe 2, deuxième phrase de ce projet d'article 93 énonce que « *si la taxe de recours n'est pas acquittée dans ledit délai [deux mois fixé au paragraphe 1] [« ledit délai » est traduit par « rechtzeitig » dans la version allemande], le recours est considéré comme non formé.* » [crochets ajoutés].

A la page 9 de ce projet, il est indiqué en tant que « Remarques » sur le paragraphe 2 de ce projet d'article 93 ce qui suit : « *Le paragraphe 2 traite du versement de la taxe de recours qui est nécessaire pour réduire le nombre des recours arbitraires .... La constatation qu'un recours formé est considéré comme non venu faute de paiement de la taxe de recours dans les délais prévus devra être signifiée au requérant par une décision qui pourra elle-même faire l'objet d'un recours. Il ne semble pas nécessaire d'énoncer ce principe dans la Convention même. Il y aura lieu de décider par la suite s'il convient de prévoir une disposition à cet effet dans le règlement d'exécution de la Convention.*»

(•) Discussion du projet d'article 93 - IV/6.514/61-F :

Ce projet d'article 93 a été discuté à Bruxelles lors de la troisième réunion du Groupe de travail « Brevets » qui s'est tenue du 25 septembre au 6 octobre 1961. Lors de la journée du 25 septembre 1961, il ressort du rapport de cette réunion (voir page 3 du document IV/6.514/61-F, « Discussion de l'article 93 de l'avant-projet de Convention ») que : « *Le groupe marque son accord sur le fond de l'alinéa 2 de l'article 93. M. Van Benthem demande si la Convention prévoit un recours contre la constatation que le recours est considéré comme non formé par suite du non-paiement de la taxe. Le Président lui répond que, dans ce cas, un recours en droit devrait être possible devant le tribunal européen des brevets.* ». Il a été ensuite décidé de renvoyer le projet d'article 93 au comité de rédaction.

(b) Projet d'article 97, paragraphe 1 et discussion :

(•) Le projet d'article 97, paragraphes 1 et 2 est libellé comme suit :

*« 1) Si le recours n'est pas admissible ou s'il n'a pas été formé dans les formes ou dans le délai prescrits, la chambre de recours le rejette comme non recevable. » « 2) Si le recours n'est pas matériellement fondé, la chambre de recours le rejette comme non fondé. »*

Seul le paragraphe 1 concerne les questions de recevabilité du recours. A la page 17 de ce projet, il est précisé, à ce sujet, en tant que « Remarques » de ces paragraphes 1 et 2 de ce projet d'article 97 ce qui suit : « *Les paragraphes 1 et 2 établissent une distinction terminologique entre l'échec d'un recours parce que certaines conditions de forme ne sont pas remplies et l'échec d'un recours faute d'un fondement matériel.*

*Dans le premier cas [paragraphe 1], le recours est "rejeté comme non recevable". Il en est ainsi, par exemple, lorsque le recours a été formé par une personne dont les intérêts ne sont pas lésés par la décision attaquée ou encore lorsque le recours a été formé tardivement mais que la taxe de recours a été versée dans les délais. (Toutefois, si la taxe de recours n'a pas été versée ou a été versée tardivement, le recours est, en vertu de l'article 93, paragraphe 2, considéré comme "non formé"). » [crochets ajoutés].*

(•) Discussion du projet d'article 97 - IV/6.514/61-F :

Le texte du projet d'article 97, lequel était un projet d'article devenu ultérieurement l'article 111 CBE, a été discuté le 26 septembre 1961 lors de la troisième réunion du Groupe de travail « Brevets » (voir page 6 du document IV/6.514/61-F, "Discussion de l'article 97 de l'avant-projet de Convention"). Il ressort du rapport que :

*« Le président expose que les trois premiers alinéas de l'article règlent les cinq façons possibles pour la Chambre de recours de se prononcer sur le recours.*

- 1. La Chambre peut constater que la requête est irrecevable par suite du non-paiement de la taxe (article 93, al. 2).*
- 2. Si le recours n'est pas matériellement fondé, la chambre de recours le rejette comme non fondé.*
- 3. Si le recours est fondé en tout ou en partie, la chambre de recours annule en tout ou en partie la décision attaquée et peut soit statuer elle-même sur le fond ou renvoyer l'affaire pour suite à donner à l'instance qui avait pris la décision attaquée. » .*

Le point 1 n'a fait l'objet d'aucune discussion. Il a été ensuite décidé de renvoyer le projet d'article 97 au comité de rédaction.

(c) Conclusions tirées des contenus et discussions des projets d'articles 93 et 97 :

- Le projet d'article 93 dans sa première mouture prévoit que le recours « *est considéré comme non formé* » en cas de non-paiement de la taxe de recours. Lors des discussions de ce projet d'article, le groupe avait donné son accord à la formulation proposée. D'après les « Remarques » concernant le projet d'article 93, il est précisé qu'il sera décidé ultérieurement des modalités de contestation de la « *constatation qu'un recours formé est considéré comme non venu faute de paiement de la taxe de recours...* ». C'est dans ce sens que réponse fut donnée par le président de séance à M. Van Benthem lors de la discussion de ce projet d'article.
- Dans le «Projet Haertel», partie « Remarques » du projet d'article 97, il apparaît clairement et ce, en faisant référence au projet d'article 93, paragraphe 2 que le défaut de paiement de la taxe de recours ou le retard dans le paiement de la taxe de recours a comme conséquence juridique que « *le recours est .... considéré comme "non formé"* ».
- Le projet d'article 97, paragraphe 1 prévoit que le recours sera rejeté comme irrecevable, s'il n'a pas été formé dans le délai prescrit ; dans les « Remarques » il est précisé à titre d'exemple que ceci sera le cas, si la taxe a été acquittée en temps voulu, mais que le recours a été formé après le délai prévu. D'autre part, lors de la discussion de cette disposition, le président de séance a présenté le projet d'article 97 comme prévoyant

l'irrecevabilité du recours en cas de non-paiement de la taxe de recours tout en mentionnant le projet d'article 93, paragraphe 2, ce qui semble contradictoire avec le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 93.

(d) Projets d'articles 93 et 97 - suite des discussions

Suite à cette première discussion de ces projets d'articles, le comité de rédaction a élaboré une nouvelle version des projets d'articles 93 et 97 (voir document IV/5569/1/61 - F - en date du 26 et 28 septembre 1961). Les dispositions pour former recours (projet d'article 93) ont été regroupées en un seul paragraphe, la deuxième phrase étant formulée comme suit : « *Le recours n'est réputé comme formé qu'après le paiement de la taxe de recours prescrite dans le règlement relatif aux taxes pour cette convention.* » Le paragraphe 1 du projet d'article 97 est reformulé comme suit : « *Si le recours n'est pas conforme aux prescriptions des articles 91 à 93 ou à celles du règlement d'exécution de la présente convention, la chambre de recours le rejette comme non recevable.* » Ces nouveaux libellés n'ont été modifiés que d'une manière minimale et correspondent aux versions futures de l'article 108, deuxième phrase et de la règle 65(1) telles qu'adoptées à la Conférence Diplomatique de Munich de 1973.

(2) Interprétation des « travaux préparatoires » dans les décisions citées dans le mémoire de saisine, à savoir les décisions T 79/01 et T 1897/17 qui cite la décision T 2017/12 (courant jurisprudentiel dit « minoritaire »)

(a) T 79/01, point 10 des motifs : pour conclure à l'irrecevabilité du recours, la Chambre de recours fait référence aux «travaux préparatoires» et au document IV/6.514/61-D, et aux "*Entscheidungsmöglichkeiten der Beschwerdekammer*" selon lesquelles "*Die Kammer kann*

*feststellen, dass die Beschwerde wegen Nichtentrichtung der Gebühr unzulässig ist*". La Chambre renvoie donc au seul résumé fait par le président de séance de la troisième réunion du groupe de travail « Brevet » en guise d'introduction à la discussion du projet d'article 97, et omet, d'une part, d'indiquer l'article 93 (2) mentionné par le président (voir ci-dessus) qui prévoit expressément comme sanction juridique que le recours est réputé non formé. Elle omet, d'autre part, de relever par la référence à l'article 93 (2) la contradiction évidente dans les issues possibles des décisions (irrecevabilité et « réputé non formé »). Elle ne mentionne, enfin, aucun autre élément de texte ou de discussion des dispositions en cause. Par conséquent, la Grande Chambre de recours considère la décision erronée sur ce point.

(b) T 1897/17 citant la décision T 2017/12, point 3.4.3 des motifs : La chambre de recours, en référence au document IV/6.514/61-D (voir ci-dessus), a conclu que: « *It is thus clear that the provisions and the procedure originally envisaged were different from the ones eventually adopted. In particular the draft article explicitly defined an appeal for which the appeal fee was not paid on time as being deemed not to be filed. This definition of what seems to be a special case does not exist in the article as it was finally adopted. There is no record of a discussion of this point with reference to the present wording. Thus it cannot be ruled out that the legislators in fact adopted the present wording because they no longer wished to make the situation of an appeal fee being paid late into such a special case.* » .

La conclusion de la chambre est inexacte et n'est pas supportée par le cours des discussions : suite à la discussion des projets d'articles 93 et 97 (voir ci-dessus), la fiction juridique de « *recours ... considéré comme non venu ...* » a

bel et bien été maintenu par le comité de rédaction (voir ci-dessus document IV/5569/1/61-F) dans le nouveau libellé du projet d'article 93 et la suppression du mot «*dans les délais*» («*rechtzeitig*» dans la version allemande) laisse supposer que le législateur a voulu intégrer au-delà du cas du paiement tardif, le défaut de paiement de la taxe de recours, sans exclure que ladite sanction juridique (le recours est réputé non avenu) soit communiquée au requérant (voir dans le même sens Teschemacher in *Mitteilungen der Patentanwälte* 2018, 314, 318). Par conséquent, conclure - comme indiqué dans les décisions T 1897/17 et T 2017/12 - que le législateur a voulu écarter que le cas du paiement tardif de la taxe de recours ne soit plus traité comme un cas particulier (avec comme conséquence que le recours est réputé non formé) semble une interprétation allant au-delà des discussions et projets d'articles adoptés.

### **Conclusions :**

Il ressort des « travaux préparatoires » que :

1. La fiction juridique « *le recours est considéré comme non formé* » en cas de non-paiement de la taxe de recours ou de paiement tardif de la taxe de recours avait été retenu par le législateur dès 1961 et que celle-ci a été maintenue après discussion et nouvelle rédaction des dispositions (voir les projets d'article 93, « Remarques » du projet d'article 97).
2. Lors de la discussion du projet d'article 97, le point 1 du résumé introductif du président de séance concernant les types de décisions des chambres de recours envisageables est contradictoire ; il mentionne l'irrecevabilité du recours **et** la fiction juridique prévue à l'article 93 (2). Il ne saurait donc être tiré une quelconque conclusion quant à

l'irrecevabilité du recours en cas de non-paiement de la taxe de recours.

3. Le libellé du projet d'article 97, paragraphe 1 combiné avec les « Remarques » au projet d'article 97 (irrecevabilité du recours) ne semble viser que la situation où la taxe de recours est acquittée dans le délai requis et le recours formé après le délai requis, laquelle ne peut être appliquée par analogie aux autres cas de figure en discussion.

## **XI Jurisprudence des chambres de recours en cas de non-paiement de la taxe d'opposition**

L'article 99 (1), dernière phrase CBE prévoit, dans un libellé similaire à l'article 108, deuxième CBE, le paiement de la taxe d'opposition pour que l'opposition soit formée.

Les chambres de recours techniques ont été amenées à traiter la question de « l'opposition réputée formée » dans un certain nombre de décisions (la liste ci-après n'est pas exhaustive) : T 47/88 - 3.3.1 en date du 17 octobre 1988 ; T 473/93 - 3.3.2 en date du 1<sup>er</sup> février 1994 ; T 748/93 - 3.3.3 en date 19 avril 1994 ; T 806/99 - 3.4.2 en date du 24 octobre 2000 ; T 1048/00 - 3.2.3 en date du 18 juin 2003 ; T 1200/01 - 3.5.2 en date du 6 novembre 2002 ; T 1530/06 - 3.4.02 en date du 10 septembre 2008 ; T 1265/10 - 3.2.04 en date 15 avril 2011 ; T 1644/10 - 3.3.05 en date du 26 octobre 2011.

De l'ensemble de ces décisions, les chambres de recours ont conclu qu'à défaut de paiement de la taxe dans le délai de neuf mois ou de paiement tardif de ladite taxe, l'opposition devait être considérée comme non formée et que si la taxe avait été acquittée tardivement, son remboursement était ordonné. Aucune de ces décisions n'ont explicité dans leurs

motifs pour quelles raisons elles ont retenu cette conséquence juridique. Ce n'est que dans la décision T 748/93 précitée, point 6 des motifs, que la chambre a tiré un parallèle entre la situation juridique de la formation d'une opposition et celle d'un recours. Se référant à la décision G 1/86, précitée, elle a estimé nécessaire de préciser que la procédure d'opposition n'existe que lorsque l'acte d'opposition a été déposé et la taxe d'opposition acquittée : « ... *before a prospective appellant has lodged the appeal and paid the appeal fee, or equally before a prospective opponent has effectively filed a notice of opposition and paid the opposition fee, he does not assume the role of a party, because the respective proceedings are not yet in existence.* » (langue de la procédure, anglais).

De ce fait, à la lumière de la jurisprudence des chambres de recours concernant la formation de l'opposition, force est de conclure que quels que soient les cas de figure, il y a unanimité de jurisprudence en la matière, c'est-à-dire la procédure d'opposition est clôturée par la fiction selon laquelle « l'opposition est réputée retirée » et qu'il y a lieu au remboursement de la taxe d'opposition. Cette jurisprudence ne fait que conforter les conclusions intermédiaires précédentes.

## **C CONCLUSION**

Au vu de ce qui précède, la Grande Chambre de recours arrive à la conclusion que, quels que soient les cas de figure retenus, la jurisprudence des chambres de recours dite « majoritaire » doit être appliquée et que la jurisprudence dite « minoritaire » n'a plus à s'appliquer.

Il est répondu comme suit à la question de droit soumise à la Grande Chambre de recours par le Président de l'OEB :

1. Le recours est réputé non formé dans les cas suivants :

a) lorsque l'acte de recours est déposé dans le délai de deux mois tel que prévu à l'article 108, première phrase CBE ET que la taxe de recours a été acquittée après l'expiration dudit délai de deux mois ;

b) lorsque l'acte de recours est déposé après le délai de deux mois tel que prévu à l'article 108, première phrase CBE ET que la taxe de recours a été acquittée après l'expiration dudit délai de deux mois ;

c) lorsque la taxe de recours a été acquittée dans le délai de deux mois tel que prévu à l'article 108, première phrase CBE pour le dépôt de l'acte de recours ET que l'acte de recours a été déposé après l'expiration dudit délai de deux mois.

2. Pour les réponses 1a) à 1c), le remboursement de la taxe de recours est ordonné d'office.

3. Lorsque la taxe de recours a été acquittée dans ou après le délai de deux mois tel que prévu à l'article 108, première phrase CBE pour le dépôt de l'acte de recours ET que l'acte de recours n'a pas été déposé, la taxe de recours est remboursée.

Le Greffier :

Le Président :

N. Michaleczek

C. Josefsson