

*1) On ne peut comprendre, pour les résoudre objectivement, les questions que soulève le recours constitutionnel concernant le déficit démocratique et les entorses à l'État de droit de la Convention sur le brevet européen (CBE) et de l'Organisation européenne des brevets, qui en est l'émanation, ainsi que de la juridiction unifiée du brevet qui vient s'y ajouter, qu'en examinant sans a priori et avec le recul suffisant la structure de l'Organisation européenne des brevets et de son organe exécutif qu'est l'Office européen des brevets (OEB).*

*Les États signataires de la CBE ont conclu une union d'États sans tenir aucun compte des contraintes auxquelles, dans le cadre d'un tel projet, ils étaient soumis en application de leur droit constitutionnel interne et, pour tous les États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), ainsi que pour les États membres de l'Union européenne, en application, depuis de nombreuses années, de la Charte européenne des droits fondamentaux.*

*Dans le passé, des unions d'États ont été régulièrement conclues, par exemple EuroControl, mais aussi l'Organisation internationale du travail (OIT), selon un modèle d'organisation superficiel : la volonté politique à l'origine de leur création était mise en œuvre sans s'interroger sur les structures devant, dans la nouvelle union des États, garantir le respect de démocratie, des principes de l'État de droit et des droits de l'homme.*

*En ce qui concerne les droits de l'homme, il y a deux niveaux : il s'agit, d'une part, de la situation des droits individuels des personnes concernées à l'extérieur et, à l'intérieur, des fonctionnaires de la nouvelle union d'États. Jusqu'à ce jour, ni les organes constitutionnels nationaux des États membres de l'Organisation européenne des brevets, ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pris conscience du problème que cela pose.*

*J'ai déjà eu l'occasion de souligner que les événements actuels à l'OEB font apparaître une défaillance du Conseil d'administration et que la position adoptée à l'égard des fonctionnaires de l'OEB rendrait possible un « Guantanamo » sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne. C'est ce qu'a clairement laissé entendre le discours du nouveau président du Conseil d'administration le 13 octobre 2017 à Munich.*

*Il a indiqué en substance que les troubles des dernières années au sein de l'OEB, avec des destinées humaines extrêmement préoccupantes, ne se produiraient plus (vraisemblablement) avec la nouvelle présidence. On ne saurait dévoiler plus crûment l'échec des structures démocratiques de l'État de droit qui a ouvert une brèche incontrôlée permettant le mépris des droits de l'homme à l'égard des fonctionnaires de l'institution et la défaillance de l'organe de contrôle.*

*Il n'est donc pas correct de considérer que les règles de la CBE et la structure organisationnelle de l'Organisation européenne des brevets ont fonctionné de façon satisfaisante, voire exemplaire pendant 44 ans. Les fonctionnaires de l'OEB ne disposaient d'aucune protection efficace de leurs droits fondamentaux en raison du renvoi à la juridiction de l'OIT et les formations de jugement n'ont jamais pu être sérieusement considérées comme des tribunaux indépendants. À cela s'opposait dès le départ la structure organisationnelle pour laquelle avaient opté les États membres, qui représentait une fuite devant les obligations démocratiques fondamentales de l'État de droit.*

*Toutefois, il ne faut pas l'ignorer, aucun des intéressés ou des parties concernées, au premier rang desquels les organes constitutionnels des États membres, n'avait pris conscience du problème. Dans le passé et jusqu'à la période actuelle, ils n'ont pas respecté les obligations que leur imposaient la CEDH, la Charte des droits fondamentaux de l'UE et leurs engagements constitutionnels nationaux.*

*Si le tribunal constitutionnel fédéral, comme je le suppose après la décision de chambre du 27 avril 2010, devait se prononcer dans ce sens compte tenu des motifs circonstanciés des recours constitutionnels déjà pendants, ainsi que du nouveau recours constitutionnel, cela n'aurait pas pour conséquence que toutes les décisions rendues par le passé par les Chambres de recours et la Grande Chambre de recours de l'OEB seraient nulles. Le droit allemand n'admet lui aussi la reprise de procédures passées en force de chose jugée que pour les condamnations pénales.*

*2) Le tribunal constitutionnel fédéral doit naturellement, s'il fait droit au recours, donner des indications sur la façon dont les bases légales contestées, y compris la CBE, doivent être conçues. C'est ce qu'exige la sécurité juridique, afin que soient également rétablies le plus vite possible la paix juridique et la sécurité au niveau du droit européen et du droit international.*

*L'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet ne pose aucun problème, car on en resterait alors à la situation du traité en vigueur jusqu'ici. En raison des graves insuffisances de la CBE à l'égard des principes démocratiques de l'État de droit et des droits de l'homme, la République fédérale d'Allemagne doit, en tant qu'État signataire, se voir imposer l'obligation d'agir pour une modification appropriée de la CBE, afin que les formations de jugement soient séparées de l'organisation de l'OEB et dotées d'une autonomie institutionnelle. Pour un professionnel, la définition de ce nouveau mécanisme juridique ne présente même pas de grosses difficultés.*

*3) Le problème que le recours constitutionnel a révélé, non seulement au grand public, qui en a, en réalité, connaissance depuis le début, ainsi que la délégation allemande l'avait souligné instamment en son temps lors des négociations du traité dans le contexte de la création de la Cour fédérale des brevets, mais aussi aux gouvernements et juridictions constitutionnelles des États membres, a toujours été latent. Par commodité et grâce à la mise en place d'un monde parallèle, comme il nous faut l'observer avec une grande inquiétude depuis des décennies dans le domaine du droit international, on n'en est jamais arrivé au « moment de vérité ». Compte tenu des événements internes préoccupants au sein de l'OEB, avec l'absence de protection juridique des fonctionnaires et l'absence de protection de leur sphère privée qui doit être respectée y compris dans le fonctionnement interne du service, il n'est plus possible de temporiser et une décision de clarification dans le cadre du droit constitutionnel national, de la CEDH et de la Charte européenne des droits fondamentaux est désormais indispensable.*

*4) Non.*

*5) Sur ce point, il convient de distinguer : les principes de l'État de droit et de la démocratie ne tolèrent pas davantage que les droits de l'homme des restrictions au nom de considérations d'ordre financier. J'ai, par exemple, été rapporteur au sujet du litige autour de la répartition des bénéfices de la vente aux enchères de quelque 100 milliards de DM de l'UMTS, mais aussi au sujet du consensus sur la sortie du nucléaire. S'il y a des conséquences préjudiciables fondamentales pour le système politique, il incombe au tribunal constitutionnel fédéral de les atténuer en fixant des échéances ou des périodes de transition. Il n'y a pas en l'occurrence de problèmes de cet ordre. Les graves atteintes aux droits fondamentaux, ainsi que les violations substantielles des droits de l'homme doivent être immédiatement empêchées et doivent faire l'objet, pour le passé, d'une indemnisation appropriée, dans la mesure du possible.*

6) La spécialisation, ainsi que le démontre précisément l'Organisation européenne des brevets sans aucun doute possible, peut remettre en cause les droits de l'homme et les bases démocratiques de l'État de droit. Le problème est que des mondes parallèles sont ainsi créés et qu'à travers les unions d'États, le principe démocratique, en premier lieu, et ensuite les droits de l'homme et l'État de droit sont vidés de leur substance et contournés.

Au cours de mes longues années d'expérience de juge à la chambre des brevets de la Cour fédérale de justice et auparavant à la Cour administrative bavaroise dans la chambre de planification compétente pour toute la Bavière en matière de voirie et de gestion de l'eau, le système consistant à consulter les experts les plus qualifiés dans leur domaine de compétence s'est révélé inégalé sous l'angle des principes de l'État de droit.

La formation et l'expérience du juge interviennent ici avec objectivité et recul pour lui permettre de contrôler la plausibilité et la pertinence, ainsi que la clarté d'une expertise. À cet égard, les questions, suggestions et arguments des parties au litige sont précieux. En revanche, les juges ayant une formation spécialisée ne sont pas spontanément exempts de toute partialité et on peut se demander s'ils disposent encore dans leur domaine de compétence professionnelle d'une maîtrise suffisante de l'état de la technique.

7) Le recours constitutionnel que vous évoquez et l'ensemble du contexte problématique ne s'expliquent que par le fait que, malgré les nombreuses critiques, publications dans le passé et malgré, depuis plusieurs années, les graves conflits entre la direction et les fonctionnaires de l'OEB, les États signataires de la CBE, à travers le Conseil d'administration ont été largement défaillants et qu'avec l'accord du « courant dominant » s'est constitué un monde parallèle au regard du droit international.

L'État de droit, la démocratie et les droits de l'homme sont ainsi gravement remis en cause. Je voudrais souligner avec force que le problème est comparable à celui des entreprises opérant dans le monde entier dans des États dans lesquels ils font fabriquer des produits, sans se sentir responsables du respect des droits de l'homme. Dans ce contexte, l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet est dépourvu de base, car la CBE s'écroule dans les deux domaines de la situation des fonctionnaires et de l'organisation de l'activité de jugement.