

La Convention sur le brevet européen (CBE), la juridiction unifiée du brevet et la loi fondamentale (Grundgesetz) allemande

Discours du professeur Siegfried Bross à la cérémonie d'ouverture du bureau des agents en brevets et avocats Cohausz et Florack à Munich

Remarque préliminaire :

On trouvera ci-après une analyse juridique plus détaillée sur le thème énoncé ci-dessus, sur laquelle est basé le discours de 30 minutes prononcé lors de la soirée. Cela permettra une réflexion autonome et distanciée sur cette question.

A. Introduction

1. Le gouvernement fédéral a présenté le 13 février 2017 le projet de loi de ratification de l'accord du 19 février 2013 relatif à une juridiction unifiée du brevet (BTDRs 18/11137). Selon l'exposé des motifs (A. Problème et objet), cette convention est censée constituer la clé de voûte de la réforme du système européen des brevets qui était attendue depuis les années soixante du siècle dernier. Cette réforme est censée renforcer durablement l'environnement dans lequel évolue l'industrie innovatrice au sein du marché intérieur européen à travers une meilleure protection des inventions. Toujours selon l'exposé des motifs, cette mesure revêtirait une importance économique particulière, en permettant à l'avenir une protection par brevet unitaire sur l'ensemble du territoire européen. Une telle protection pourrait être obtenue à moindres frais et pourrait être mise en œuvre efficacement dans une procédure devant une juridiction unifiée du brevet s'appliquant à tous les États membres de l'UE participants.

2. C'est donc une nouvelle union d'États à l'échelle européenne qui est planifiée. Dans la mesure où les unions d'États ne sont pas ce qui manque en Europe et dans le monde entier, il est indispensable de se demander d'abord ce que sont les bases objectives des unions d'États. Cela suppose de procéder à un inventaire sérieux et honnête, dégagé des influences orientées de la politique et des lobbies, de ce qui « existe déjà dans le monde » et des effets en retour que l'on peut attendre du projet et qu'il convient par conséquent raisonnablement de prendre en compte dans l'évaluation d'une « plus-value » du projet.

3. Pour développer cette vaste analyse préalable des unions d'États, je m'appuie sur de nombreuses études et observations antérieures et récentes. Je ne peux plus citer chacune d'elles et je ne fais donc référence ci-après qu'à certaines d'entre elles (on trouvera des indications et références plus précises dans les archives Bross de l'association bavaroise des avocats [BayerischerAnwaltVerband] et dans la bibliothèque du Tribunal constitutionnel fédéral) :

Überlegungen zu den Grundlagen von Staatenverbindungen, Festschrift für Herbert Landau (Réflexions sur les fondements des unions d'États, plaquette pour Herbert Landau), Tübingen 2016, pp. 29 sqq. ; Wenn rechtsstaatlich-demokratische Ordnungsrahmen stören oder hinderlich sind – Überlegungen zur Entstehung von Parallelwelten –, Festschrift für Wolfgang

Krüger (Quand les cadres démocratiques de l'État de droit gênent ou font obstacle, plaquette pour Wolfgang Krüger), Munich 2017, pp. 533 sqq. ; Die Patenterteilungspraxis nach dem EPÜ – Erosion des Rechtsstaates? (La pratique de la délivrance des brevets selon la CBE - Érosion de l'État de droit ?), GRUR Int. 2017, pp. 670 sqq. ; Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit (accords de libre-échange, quelques réflexions sur la question de la procédure d'arbitrage privée). Dans : Reihe Mitbestimmungsförderung, Report Nr 4, éditeur : Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf, janvier 2015 ; TTIP und CETA. Überlegungen zur Problematik der geplanten Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit den Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada (Le TTIP et le CETA. Réflexions sur la question du projet d'accord de libre-échange entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique et le Canada), Schriften zur kommunalen Daseinsvorsorge, Heft 4, Berliner Wassertisch, 2015 ; Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht im europäischen Integrationsprozess – verfassungsrechtliche Perspektive (Brevet unitaire et juridiction unifiée du brevet dans le processus d'intégration européen au regard du droit constitutionnel), Zeitschrift für Geistiges Eigentum 2014, pp. 1 sqq. ; Grundrechte und Grundwerte in Europa (Droits fondamentaux et valeurs fondamentales en Europe), JZ 2003, pp. 429 ssq. ; Überlegungen zum gegenwärtigen Stand des europäischen Einigungsprozesses – Probleme, Risiken und Chancen (Réflexions sur l'état actuel du processus d'unification européen - Problèmes, risques et chances), EuGRZ 2002, pp. 574 sqq. ; Nationaler und europäischer Schutz der Bürger- und Menschenrechte (Protection nationale et européenne des droits civils et des droits de l'homme), conférence du 3 septembre 2010 à Rastatt, Erstes Gustav-Heinemann-Forum, publié en 2011 (Humanistische Union) ; Europa – Gesellschaft im Wandel (La société européenne en évolution), conférence du 28 septembre 2012, Fribourg-en-Brigau, DAAD-Alumnitreffen ; Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Gerichtshof für Kompetenzkonflikte (Tribunal constitutionnel fédéral - Cour de justice de l'Union européenne - Cour de justice pour les conflits de compétence), VerwArch 92 (2001), pp. 425 sqq. ; Rechtsschutzprobleme im Mehrebenensystem (Problèmes de la protection juridique dans un système à plusieurs niveaux), VerwArch 97 (2006), pp. 332 sqq.

4. Dans ce contexte, il convient d'abord d'examiner l'exposé des motifs de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet et la compatibilité de ces motifs avec les bases appropriées et objectives des unions d'États. C'est ce que j'appellerai ci-dessous le niveau de l'examen global, qui est toujours défini et examiné en premier dans les problématiques similaires (B.). Ensuite, au niveau de l'examen de détail, seront abordés certains éléments structurels sélectionnés de l'accord (C.). L'exposé se conclura par un examen des perspectives (D.).

B. Niveau de l'examen global

I. Dans l'exposé des motifs de l'accord, ce sont essentiellement les considérants cités ci-dessous qui méritent réflexion au regard de notre sujet :

– Considérant que la fragmentation du marché des brevets et les variations importantes entre les systèmes juridictionnels nationaux sont préjudiciables à l'innovation, en particulier pour les petites et moyennes entreprises, qui ont des difficultés à faire respecter leurs brevets et à se défendre contre des actions non fondées et des actions relatives à des brevets qui devraient être annulés ;

- Considérant que la Convention sur le brevet européen (ci-après dénommée « CBE »), qui a été ratifiée par tous les États membres de l'Union européenne, prévoit une procédure unique pour la délivrance de brevets européens par l'Office européen des brevets ;
- Désireux d'améliorer le respect des brevets, de renforcer les moyens permettant de se défendre contre des actions non fondées et des brevets qui devraient être annulés et d'accroître la sécurité juridique par la création d'une juridiction unifiée du brevet pour le contentieux lié à la contrefaçon et à la validité des brevets ;
- Considérant que la Cour de justice de l'Union européenne doit veiller à l'uniformité de l'ordre juridique de l'Union et à la primauté du droit de l'Union européenne ;
- Rappelant les obligations qui incombent aux États membres contractants en vertu du traité sur l'Union européenne (TUE) et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), y compris l'obligation de coopération loyale énoncée à l'article 4, paragraphe 3, du TUE et l'obligation d'assurer, par la création de la juridiction unifiée du brevet, la pleine application et le respect du droit de l'Union sur leurs territoires respectifs, ainsi que la protection juridictionnelle des droits conférés par ce droit aux particuliers ;
- Considérant que, comme toute juridiction nationale, la juridiction unifiée du brevet est tenue de respecter et d'appliquer le droit de l'Union et, en collaboration avec la Cour de justice de l'Union européenne qui est la gardienne du droit de l'Union, de veiller à sa bonne application et à son interprétation uniforme; la juridiction unifiée du brevet est, en particulier, tenue de coopérer avec la Cour de justice de l'Union européenne aux fins de l'interprétation correcte du droit de l'Union en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour et en saisissant celle-ci de demandes préjudicielles conformément à l'article 267 du TFUE ;
- Rappelant la primauté du droit de l'Union, qui comprend le TUE, le TFUE, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les principes fondamentaux du droit de l'Union tels que développés par la Cour de justice de l'Union européenne, et en particulier le droit à un recours effectif devant un tribunal et le droit à ce qu'une cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et le droit dérivé de l'Union ;
- Considérant que le présent accord devrait être ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'Union européenne; les États membres qui ont décidé de ne pas participer à la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet peuvent participer au présent accord pour ce qui concerne les brevets européens délivrés pour leur territoire respectif ;

1a. Les considérants de l'exposé des motifs sélectionnés ici offrent plusieurs éléments de réflexion concernant les fondements généraux des unions d'États. Sur un plan théorique, la première réflexion doit porter sur le niveau auquel sera placée la nouvelle union d'États créée à travers la juridiction unifiée du brevet. À cet égard, il est indispensable de clarifier le contexte de cette nouvelle union d'États et sa position parmi les unions d'États existantes, sur lesquelles la nouvelle union d'États aura des effets. À cet effet, il convient d'identifier et d'évaluer objectivement les niveaux d'unions d'États concernés, ainsi que les interdépendances et obligations existant entre celles-ci, notamment les effets politiques dans les relations des États entre eux, y compris en dehors de toute relation juridique. C'est seulement ensuite que l'on pourra « se mettre au travail » d'une manière raisonnable et adaptée, avec la distance requise, à l'abri des influences extérieures au système.

b. À l'étape suivante, il y aura lieu d'aborder les réflexions à l'égard des membres potentiels de la nouvelle union d'États. À cet effet, il est indispensable d'examiner d'abord, pour chaque État membre potentiel, sa situation de départ et les intérêts déterminants pour lui qui en résultent. S'il semblerait logique qu'un tel examen aboutisse à la constatation d'une large concordance entre les États membres potentiels, il n'est cependant pas assuré qu'il en soit ainsi.

Ce problème n'est souvent pas pris en compte avec l'attention nécessaire et on ne discerne généralement pas ou seulement à grand peine une attitude responsable des acteurs à cet égard. Personne n'a à gagner à ce que la volonté politique ignore ce problème et les états de fait qui en découlent. Cela peut notamment conduire à grever inutilement une idée intéressante en elle-même ou à en diminuer la force de conviction. Il en résulte un risque potentiel de désintégration au moins partielle.

On peut en citer comme preuve l'exemple de la sortie de la Grande-Bretagne de l'Union européenne, mais la grave crise de l'euro a également son origine dans le fait que les acteurs politiques ont gravement manqué à leur devoir en ne parvenant pas à justifier et poursuivre correctement la construction de l'Union européenne pour n'avoir pas pris en compte les réflexions explicites qui avaient pu être conduites concernant la conclusion d'union d'États. C'est ce que révèle encore trop souvent l'emploi de formules creuses et de lieux communs tels que « la finalité de l'Europe », « un processus dynamique irréversible », ainsi que « l'absence d'alternative » pour expliquer et défendre l'action politique. Ces formules et lieux communs ne font que trahir désarroi et impuissance.

c. En ce qui concerne les États membres potentiels, il faut tenir compte du fait que les nombreuses unions d'États qui existent déjà entraînent des doubles ou multiples appartenances. Cela pose un problème de coordination. Mais ce n'est pas tout. Dans une telle situation, il faut en effet, dès la « phase antérieure à la fondation », se demander très attentivement, raisonnablement et consciencieusement si, dans certaines conditions, les différentes appartenances aux unions d'États existantes ne sont pas, à l'égard de la nouvelle union d'États envisagée, une source d'incohérences, de frictions, voire d'incompatibilités qui pourraient se révéler après la fondation de l'union. Il ne sert à rien de se contenter de réaliser une telle union d'États affectée de tels « vices cachés » dans le vague espoir que personne ne s'en apercevra où qu'il n'y aura pas d'effet concret.

On peut prendre pour exemple la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les États membres de l'Union européenne sont aussi membres de cette convention, mais de nombreux autres États en sont également membres. Les États membres de l'Union européenne sont liés au regard du droit international et tous les États membres de cette union d'États sont en droit d'attendre, que chaque État membre respecte sans réserve ses obligations au titre de la Convention. On ne voit donc pas quelle « plus-value » l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales apporterait. Au contraire : il en résulterait inévitablement des problèmes de coordination et d'harmonisation. Ces problèmes ne peuvent plus être maîtrisés d'une façon convaincante au regard des principes de l'État de droit, parce que les obligations des États membres de l'Union européenne envers celle-ci et envers la Convention européenne des droits de l'homme ne peuvent plus s'appliquer de façon autonome les unes par rapport aux autres.

Logiquement, en cas d'adhésion de l'union d'États qu'est l'Union européenne à la Convention des droits de l'homme, la constatation par la Cour européenne des droits de l'homme d'une violation de cette convention devrait simultanément entraîner une imputation

à tous les États membres de l'Union européenne en tant que « porteurs » de cette union, tant que l'Union européenne ne peut pas être considérée comme un État fédéral européen englobant tous ses États membres. Tel n'est pas le cas jusqu'ici en raison du principe structurel central d'attribution des compétences. Il convient de se référer également à l'avis de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014 (C-2/13).

2. Au niveau de l'examen global, il convient de distinguer deux domaines extérieurement séparés, mais néanmoins étroitement imbriqués par l'action d'effets réciproques. Tout en suivant des règles propres à chacun, ces domaines doivent être regroupés et par conséquent considérés juridiquement comme une unité pour l'évaluation finale de l'union d'États qu'est l'Organisation européenne des brevets :

Le domaine qui se situe régulièrement au centre de l'intérêt des parties concernées et de l'opinion publique concerne l'objet de l'union d'États. Le projet découle, en effet, en dernier ressort de cet objet. Pour l'Organisation européenne des brevets, il s'agit de la procédure de délivrance d'un brevet. Une grande attention, pas toujours l'attention requise, y est en tout cas portée, alors que l'importance d'autres domaines également non négligeables lors de la conclusion d'une union d'États sont sous-estimés, négligés ou sont totalement ignorés par les acteurs responsables. Si l'on procède à un examen objectif et responsable, force est de reconnaître que pour beaucoup d'unions d'États il s'agit même de leur « pièce maîtresse », c'est-à-dire des agents de l'union d'États qu'il s'agit de créer et de la configuration de leur statut sur le plan institutionnel et sur le plan du droit du travail.

a. Cela fait des décennies que cet aspect laisse beaucoup à désirer. Lors de la conclusion d'unions d'États, ce domaine n'est pas suffisamment pris en compte, ainsi que les décisions du Tribunal constitutionnel fédéral sur EuroControl (voir à cet égard Bross, VerwArch 97 (2006) pp. 332 sqq.) et les recours constitutionnels, qui ont, toutefois, jusqu'ici également échoué, contre les décisions des Chambres de recours et de la Grande Chambre de recours de l'Office européen des brevets (OEB) le montrent sur les plans normatif et structurel. Les États membres se soustraient tout simplement à la responsabilité qui leur incombe de garantir les droits de l'homme et de les protéger efficacement, notamment à travers des contrôles juridictionnels à cet effet.

Ce contrôle institutionnel doit être mis en place au sein de la future union d'États. Par le passé, il est déjà arrivé que cela soit oublié, par exemple lors de la création d'EuroControl. Les États membres d'une telle union d'États sont soumis, en dessous du niveau du droit mondial des Nations Unies, à de nombreux engagements internationaux relatifs au respect et à la protection des droits de l'homme. Il y a d'abord la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies, qui, indépendamment de son autorité et de son champ d'application, ne doit pas être négligée lors de la conclusion de telles unions d'États, surtout de la part des démocraties fondées sur l'État de droit qui revendiquent une prétention à l'universalité et un rôle d'exemple à l'égard des autres États. Depuis des décennies, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales vient s'y ajouter au niveau européen. Pour les États membres de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux européenne est également opposable depuis longtemps.

Ces engagements internationaux devraient déjà sensibiliser les États qui se regroupent au sein d'une union pour accomplir en commun une mission étatique en raison des effets internationaux de cette mission au fait qu'un tel projet ne saurait aboutir à une dispense du respect et de la protection des normes en matière de droits de l'homme applicables dans le monde entier à l'égard des personnes entrant au service d'une telle organisation. Bien au contraire, les règles susmentionnées imposent à chaque État membre, en vertu de la

responsabilité individuelle qui lui incombe en application du droit international, de mettre en place au sein de la nouvelle union d'États des institutions conformes à ces règles au regard du droit du travail, des règles sociales et d'une protection juridique efficace, mais aussi de surveiller efficacement lesdites institutions conformément aux principes démocratiques de l'État de droit. Ils y sont également tenus en application de leurs constitutions nationales respectives. Ces engagements ne sont pas accessoires, ainsi que le rappellent, par exemple, clairement, pour la République fédérale d'Allemagne, l'article 1, paragraphe 3, avec l'obligation d'une protection sans réserve de la dignité humaine, l'article 20, paragraphes 1 et 3, avec le principe de l'État de droit et de l'État social, ainsi que l'article 79, paragraphe 3, de la loi fondamentale avec le caractère immuable des principes définis à ses articles 1 et 20.

b. Il est évident, qu'il n'est pas compatible avec une telle situation de départ de transférer la garantie des droits et la protection juridique des agents d'une telle union d'États à une autre union d'États extérieure, qui, de son côté, n'est précisément pas placée sous le contrôle de l'union d'États qui procède à un tel transfert. De cette manière, la situation des agents de l'union d'États et la garantie de leur statut au regard des droits de l'homme deviennent accessoires. Or, le respect des droits de l'homme n'est pas à la discrétion d'un État. Il ne saurait « échapper » à ses engagements en la matière par la participation à une union d'États et par la configuration correspondante de la structure de cette union.

Prenons un exemple pour illustrer ce problème. Depuis de nombreuses années, ce sont précisément l'Union européenne et ses États membres qui exhortent au respect et à la protection des droits de l'homme dans de nombreux États aux quatre coins du monde, mais qui, lorsqu'une telle exhortation n'apparaît pas opportune sur le plan économique, n'évoquent plus les droits de l'homme qu'en passant, quand ils ne les mettent pas totalement « entre parenthèses ». Récemment, de terribles catastrophes avec des centaines de morts à cause de conditions de travail inhumaines dans des pays lointains dans le cadre de travaux pour des entreprises du monde occidental ont conduit à s'interroger sur le degré de responsabilité éventuelle des entreprises opérant à une échelle transnationale en matière de respect des droits fondamentaux des personnes qui travaillent pour elles dans ces pays. À cet égard, il n'est en tout cas plus possible désormais d'ignorer, voire d'éluder totalement la contradiction fondamentale que révèlent le comportement et l'action individuelle des États d'Europe qui sont soumis aux nombreux engagements internationaux et nationaux, non facultatifs, qui ont été indiqués.

c. La jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral n'est pas d'une grande aide à cet égard, ainsi que je l'ai démontré dans un contexte plus large dans VerwArch 92 (2001) pp. 425 sqq. et VerwArch 97 (2006) pp. 332 sqq. et dans FS Krüger, pp. 29 sqq. Concernant la procédure de recours constitutionnel pendante, dans ce contexte, devant le Tribunal constitutionnel fédéral, il convient de souligner ce qui suit :

Il faut examiner d'abord l'arrêt du deuxième Sénat du 13 octobre 2016 dans la procédure relative à la constitutionnalité de la loi de ratification de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (BVerfGE 143, 65). Il s'agit d'une procédure en vue de l'octroi d'une mesure provisoire. Pour le contexte qui nous intéresse ici, un passage relatif à l'appréciation des éléments plaidant pour ou contre l'octroi d'une mesure provisoire mérite tout d'abord notre attention.

Le Tribunal constitutionnel fédéral expose à cet égard, en introduction, que si l'autorisation de l'application provisoire de cet accord était refusée au gouvernement fédéral, cela porterait gravement atteinte à la liberté d'appréciation, en principe étendue, du gouvernement fédéral

dans le cadre de la politique européenne, extérieure et économique internationale (BVerfGE 143, 65, p. 91).

Il convient d'abord de relever qu'il s'agit ici manifestement de la question de savoir comment sont combinés le niveau du droit international, le niveau européen et le niveau national des États parties à l'accord, ce qui dépend du stade actuel des négociations du traité. Il est avant tout erroné (cf. la décision citée, sous BVerfGE 80, 74, pp. 79 sqq.) de vouloir faire application de principes du droit international aux relations nationales internes au niveau européen.

C'est justement ce que montre bien l'accord de libre-échange. D'une part, le mandat de négociation que les États membres ont confié à la Commission de l'UE n'a pas été rédigé en des termes suffisamment précis et dépourvus d'ambiguïté et les États membres n'ont pas suivi les démarches et l'activité de la Commission avec l'attention requise par les principes de l'État de droit démocratique. Le fait que l'action de la Commission ait été cachée y compris aux parlementaires est suffisamment éloquent et ne contribue pas à éviter le risque d'une situation peu acceptable au regard du droit international. La participation à un échelon international, y compris donc au niveau de l'UE, ne saurait légitimer l'abandon des principes démocratiques de l'État de droit, la sape du principe démocratique et enfin le mépris des droits de l'homme.

Par ailleurs, les considérants du deuxième Sénat du Tribunal constitutionnel fédéral sont riches d'enseignement, même s'ils ne sont pas satisfaisants. S'agissant des considérations relatives à la possibilité d'octroyer une mesure provisoire interdisant la participation de la République fédérale d'Allemagne à la promotion de l'accord de libre-échange avec le Canada, les motifs qui, selon le Tribunal constitutionnel, plaident contre une telle possibilité méritent d'être examinés de plus près. Le Tribunal constitutionnel fédéral indique à cet égard :

« L'étendue du pouvoir d'appréciation dans le domaine international est justifiée par le fait que la configuration des relations internationales et du déroulement des événements internationaux ne peut être déterminée uniquement par la volonté de la République fédérale d'Allemagne, mais dépend souvent de circonstances échappant à son contrôle. Pour permettre la réalisation des objectifs politiques respectifs de la République fédérale d'Allemagne dans le cadre autorisé par le droit international et la constitution, la loi fondamentale accorde donc aux organes de politique extérieure une large marge dans l'appréciation des circonstances de politique extérieure à prendre en compte telles que l'opportunité d'une attitude possible..... Cette marge d'appréciation et de prospective dont dispose le gouvernement fédéral à l'égard des conséquences éventuelles d'un accord commercial entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et le Canada, d'autre part, basé sur le projet de CETA qui a été négocié, par rapport aux autres scénarios prédisant le comportement du Canada en cas d'échec du CETA ne peut faire l'objet que d'un contrôle limité par la juridiction constitutionnelle. » (BVerfGE 143, 65 <91>).

Les considérants suivants du Tribunal constitutionnel fédéral ne sont pas non plus de nature à lever des doutes essentiels sur son jugement, lorsqu'il continue ainsi :

« Cela s'applique aussi d'une manière similaire à l'Union européenne. Un échec, même seulement provisoire, du CETA serait susceptible non seulement de peser sur les relations commerciales entre l'Union européenne et le Canada, mais encore d'avoir des effets profonds sur la négociation et la conclusion de futurs accords commerciaux. Il apparaît donc évident que l'octroi d'une mesure provisoire aurait des effets négatifs sur la politique de commerce extérieur européenne et sur la position internationale de l'Union européenne d'une manière

générale. Cela est notamment vrai de l'action politique que l'Union et ses États membres conduisent afin d'exercer une influence sur la configuration des relations commerciales internationales afin de renforcer l'efficacité internationale des valeurs ancrées dans l'ordre juridique de l'Union. La capacité de négociation de l'Union européenne par rapport au Canada, mais aussi par rapport à d'autres États avec lesquels des accords pourraient être passés, ainsi que la capacité de l'Union à faire adopter ses positions dans d'autres contextes économiques internationaux se trouveraient considérablement affaiblies si une application provisoire, correspondant aux usages internationaux et déjà pratiquée à de nombreuses reprises par l'Union européenne, devait échouer à la suite d'une mesure provisoire octroyée par le Tribunal constitutionnel fédéral. » (BVerfGE 143, 65 <91 sqq.>).

Ces considérations font clairement apparaître les malentendus que recouvre la conclusion d'unions d'États. Il est manifestement difficile d'identifier les mécanismes d'action et les connexions et les autres effets des différents niveaux dans les relations juridiques internationales et donc d'en déterminer, selon leur signification et leur teneur, les effets pour la communauté internationale en général, mais aussi pour les personnes en particulier et pour la protection des droits de l'homme à laquelle toutes les personnes peuvent prétendre dès l'origine, afin d'apporter auxdits effets l'attention nécessaire et de pouvoir ainsi protéger les personnes.

d. Cela vaut de la même manière pour les projets d'accords de libre-échange de l'Union européenne que pour la CBE et pour l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet. Les considérants du Tribunal constitutionnel fédéral ne s'appliquent pas globalement, mais en partie seulement, à la participation de l'Union européenne, ainsi que, par voie de conséquence, même si c'est seulement dans une mesure de plus en plus réduite, à la République fédérale d'Allemagne. Concernant les projets de l'Union européenne, il ne faut pas oublier qu'elle ne participe pas à la négociation d'accords de libre-échange de façon autonome au regard des relations juridiques internationales. Elle est liée par le mandat de négociation que lui ont confié les États membres et l'objet de ce mandat est limité aux relations commerciales et économiques (article 207 du TFUE). Cela est, cependant, loin d'englober toutes les questions dont la Commission se mêle lors des négociations, comme, par exemple, la protection des investisseurs, l'arbitrage et la coopération réglementaire. Ces objets de négociation n'ont manifestement rien à voir avec les compétences limitées transférées à l'Union européenne selon le principe d'attribution des compétences. Il s'agit bien plus d'un contournement et d'une sape du principe démocratique et de l'État de droit visant à créer un État partiellement fédéral régi par des lobbies économiques occultes et des juridictions arbitrales non étatiques. Les États membres de l'Union européenne se voient ainsi dérober une part non négligeable de leur souveraineté et du pouvoir d'État qui n'a pas été transféré. À cet égard, l'Union européenne ne répond pas aux normes démocratiques de l'État de droit parce qu'elle a également renoncé à tous pouvoirs de contrôle et de correction efficaces. Cela entrave par exemple la fonction de la CJUE en tant que gardienne des traités et cour constitutionnelle de l'UE.

Ces erreurs de conception sont également à l'origine de la CBE, lorsque les États membres se regroupent avec d'autres États au sein d'une union d'États pour accomplir une mission étatique incontestablement importante, notamment sur le plan économique. Il ne s'agit, cependant, pas vraiment de quelconques contraintes politiques liées aux relations juridiques internationales en raison de la situation mondiale, de conflits armés et de situations de détresse subies par des êtres humains, mais au contraire de problèmes que les États membres de l'Union européenne ont seuls « fait apparaître ». Il est évident que l'on n'a pas le droit de créer de cette manière, comme pour les accords de libre-échange, une situation problématique

qui pourrait offrir une occasion de tailles sévères dans les droits de l'homme et les fondements démocratiques de l'État de droit.

La jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral doit donc être corrigée lorsqu'il ne s'agit pas de la pleine participation de la République fédérale d'Allemagne et de l'UE, dans le cadre des relations juridiques internationales, à la solution des problèmes et crises de la communauté internationale ou de certaines parties de cette communauté, mais de la maîtrise en commun de procédures administratives, de situations économiques et des relations juridiques internationales d'une manière générale. De tels projets, même s'ils ne devaient pas déboucher sur la création d'une union d'États, ne sauraient en aucun cas, quelle que soit la pertinence de la forme choisie, légitimer la négligence, voire le mépris des droits de l'homme et des principes démocratiques de l'État de droit communément admis. L'Union européenne dispose à cet effet de suffisamment d'exemples, auxquels elle ne se réfère pas, mais qu'elle s'efforce régulièrement de rappeler à l'ordre : la Pologne, la Hongrie et la Turquie (parmi tant d'autres). Il est assez déconcertant de constater qu'elle n'est pas en mesure de voir les problèmes similaires qui se posent dans sa propre maison. Elle ne peut, de ce fait, se prévaloir que d'une crédibilité et d'une force de conviction limitées.

e. Concernant maintenant l'organisation du statut des fonctionnaires de l'Organisation européenne des brevets, ainsi que de la protection juridique efficace que les règles évoquées en introduction imposent de leur accorder, on peut faire les constatations suivantes. La garantie des droits de l'homme et d'une protection juridique efficace pour les fonctionnaires de l'union d'États est une obligation originelle et substantielle incombant à tout État membre de cette nouvelle union d'États. Cela implique que les États membres ne sauraient « se soustraire » à l'obligation incombant à chacun d'entre eux de garantir à ces fonctionnaires une protection efficace des droits de l'homme d'États en raison de la création d'une union d'États dotée d'une personnalité juridique et bénéficiant d'une immunité. Le transfert des différends entre une union d'États et ses fonctionnaires à l'OIT n'est conforme ni à la Charte européenne des droits fondamentaux, ni à la Convention européenne des droits de l'homme, ni au catalogue national des droits fondamentaux, ni à la position de chaque État membre en tant que partie à un traité.

Il est peut-être difficile de prendre conscience qu'en tant qu'État ou union d'États on n'a pas le droit de sous-traiter la protection des droits de l'homme et ainsi de la privatiser. Le point de vue qui en découle et le système adopté jusqu'ici conduisent précisément à négliger les droits fondamentaux des fonctionnaires et à les exposer à l'arbitraire. De cette manière, chaque État disposerait à sa discrétion de la possibilité, à travers des unions d'États, en l'occurrence l'UE et l'Organisation européenne des brevets, de se soustraire à des engagements élémentaires à l'égard de la protection des personnes. Il s'ensuit également que les décisions susmentionnées du Tribunal constitutionnel fédéral relatives aux unions d'États se situant sous le niveau du droit international des Nations Unies méritent un examen attentif en fonction de leur objet. Lorsque cet objet est lié aux relations commerciales et économiques, elles doivent être reformulées, car dans ce domaine les relations juridiques internationales ne sont pas neutres et surtout ne sont pas alignées sur les principes démocratiques de l'État de droit. Les principes démocratiques de l'État de droit se trouvent ainsi exposés à toutes sortes d'influences et de courants occultes impossibles à maîtriser.

3. Il paraît de prime abord aller de soi que l'exposé des motifs du projet visant à instituer une juridiction du brevet au niveau de l'Union européenne ait uniquement trait directement à cet objet central du traité. Toutefois, compte tenu des principes éthiques de l'UE, il est plus difficile à comprendre et finalement inadmissible que l'UE s'approprie un produit, le brevet

délivré par l'OEB, sans se poser de questions sur le « processus de production » de ce brevet. Cela pose également la question de la responsabilité des États membres de l'UE en tant qu'États membres de l'Organisation européenne des brevets.

Si on prend au sérieux les obligations qu'imposent la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que les constitutions nationales, c'est-à-dire les obligations de respect et de protection de l'inviolabilité de la dignité humaine, de respect et de protection des fonctionnaires dans leur vie professionnelle, ainsi que de respect et de protection de leur droit à se syndiquer, ainsi que de la sphère directement privée dans la vie professionnelle en tant qu'expression de l'inviolabilité de la dignité humaine et que l'on ne traite pas ces obligations uniquement comme de « simples déclarations qui sonnent bien », force est de constater que les représentants des gouvernements des États membres de l'UE auraient dû, à travers le conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets, s'apercevoir d'un certain nombre de dysfonctionnements et d'anomalies. Ils auraient, par exemple, dû s'apercevoir que la structure interne de l'Organisation européenne des brevets est largement défectueuse concernant l'organisation des relations statutaires et qu'en conséquence le produit du processus de travail à l'intérieur de l'OEB ne peut pas servir de base à la nouvelle union d'États au sein de l'UE en raison de contradictions irrémédiables avec les principes éthiques de l'UE dans leur ensemble, mais en particulier avec les principes de la Charte des droits fondamentaux.

Cet aspect résulte clairement et d'une manière intelligible pour tous, y compris pour les profanes, du débat autour du respect des droits de l'homme dans d'autres États et de la question connexe de savoir si les entreprises qui opèrent dans le monde entier et qui font produire, entre autres, dans des pays lointains (cf. la directive relative au détachement de l'UE et les textes similaires) ont la responsabilité de veiller au respect et à la protection des droits de l'homme dans le processus de production et en tout premier lieu au respect de la dignité des personnes employées. Dans ce contexte, le fait, de façon largement irréfléchie, comme on le voit de plus en plus dans le contexte des unions d'États, d'invoquer les contraintes liées à la mondialisation des relations internationales et économiques, ainsi qu'à l'opposition des autres parties à un traité apparaît comme une marque d'impuissance.

Les droits de l'homme et avant tout l'inviolabilité de la dignité humaine ne sont pas accessoires et ne s'appliquent pas sous réserve d'être compatibles avec les intérêts économiques. Beaucoup des contraintes ainsi invoquées ne s'appliquent, par exemple, précisément pas dans le domaine qui nous occupe ici. Le système international des brevets remplit sa fonction sans entrave et on ne saurait discerner aucune nécessité de procéder à de quelconques coupes dans le système de valeurs de l'UE et les principes constitutionnels des États membres participants. Il n'est en aucun cas légitime d'invoquer des frais de gestion comme justification à l'encontre des agents employés par une union d'États et de « minimiser » ainsi le problème inhérent à des structures défectueuses de l'organisation interne du service.

II. Si l'on se tourne maintenant plus directement vers la juridiction unifiée du brevet, il convient d'examiner les problématiques exposées en détail ci-après. Il convient d'indiquer en préambule que le projet d'accord relatif à la juridiction unifiée du brevet au sein de l'UE est condamné dès le départ à échouer, parce qu'il est affecté d'erreurs de conception absolument fondamentales. Cet accord ne porte pas sur le droit des brevets en tant que tel dans son ensemble, mais seulement sur les brevets délivrés en application de la CBE. Cela ne semble pas appeler d'objection à première vue. Cependant, si l'on examine la configuration d'ensemble avec un regard distancié en prenant en compte les aspects techniques et objectifs,

on s'aperçoit que l'accord ne prévoit désormais au sein de l'UE une protection juridictionnelle que pour le cas où une demande de brevet en application de la CBE a été couronnée de succès. Pour le demandeur ayant échoué dans la procédure devant l'OEB, en revanche, aucun accès à la juridiction unifiée du brevet de l'UE n'est prévu. Cette constatation soulève des questions à bien des égards et sème le doute sur la conformité du projet global aux principes démocratique de l'État de droit.

1. En premier lieu, on ne discerne aucun motif rationnel justifiant que le demandeur appartenant à un État membres de l'UE ne soit pas autorisé à bénéficier des « bienfaits » d'une protection juridictionnelle efficace par la juridiction unifiée du brevet prévue. On est donc conduit à supposer un motif arbitraire. Ce simple aspect structurel de l'accord prévu suffit déjà à contredire l'exposé des motifs et à en dévoiler le caractère de « pure rhétorique ». Il est donc difficile de distinguer comment une telle configuration du système des brevets pourrait acquérir une quelconque force de conviction et par voie de conséquence le degré d'acceptation requis. On ignore ainsi totalement que l'essentiel de la procédure en matière de brevets n'est pas le rejet d'une demande de brevet, mais son succès. Par conséquent, si l'objectif, comme l'affirme un des considérants de l'exposé des motifs, est de renforcer l'innovation, en particulier pour les petites et moyennes entreprises, la logique voudrait que la procédure de délivrance des brevets soit organisée de façon transparente, efficace et à la hauteur des enjeux avec un personnel adapté. Un certain nombre d'observations caractéristiques ont déjà été formulées à ce sujet dans la partie I.

La structure prévue de la juridiction unifiée du brevet est, cependant, affectée d'une grave erreur de jugement : les États membres de l'UE au sein de l'Organisation européenne des brevets font dépendre un aspect central de leur politique économique, la protection de la propriété intellectuelle et de la concurrence internationale, d'une union d'États extérieure à l'UE, de sa structure organisationnelle et de son efficacité au regard des principes démocratiques de l'État de droit. Il s'agit là d'une défaillance fondamentale, mais pas nouvelle, dans le cadre de l'union d'États qu'est l'UE. D'une façon analogue, on a, lors de l'introduction de l'euro « sous-traité » des intérêts souverains vitaux et centraux, ainsi que leur définition, à des agences de notation opaques installées à l'extérieur de l'union d'États constituée par la zone euro. On ne peut écarter ces constatations d'un simple revers de la main, en prétendant qu'il s'agirait de conceptions nationales dépassées. Il ne s'agit en effet pas d'autre chose que d'une sape des éléments démocratiques fondamentaux et centraux de l'État de droit au sein de l'UE et de ses États membres, qui sont ainsi livrés à un processus d'érosion, dont la légèreté avec laquelle sont abordées les négociations de l'accord de libre-échange est un exemple supplémentaire.

2. La construction choisie pour la juridiction unifiée du brevet entraîne cependant encore un autre problème fondamental à l'égard de l'État de droit. Cette construction, qui consiste à lier la protection juridictionnelle au brevet délivré en application de la CBE, viole un des principes élémentaires de l'État de droit, à savoir le principe de l'« unité de l'ordre juridique ». C'est ce qui résulte de ce qui suit :

La procédure de demande de brevet suit les règles de la CBE. L'OEB, qui est compétent en la matière, est lié à l'ordre juridique de la CBE. Il s'agit d'un ordre juridique autonome avec 38 États membres, dont, à l'avenir, 27 appartenant à l'UE. Il n'y a donc pas d'identité des États membres et de ce fait la procédure devant l'OEB, dans la mesure où un brevet est délivré en dehors de l'ordre juridique de l'UE, ne fait pas partie d'un ordre juridique uniforme pour les États membres de l'UE. Il en résulte d'autres problèmes, qui ne peuvent être résolus selon les

principes démocratiques de l'État de droit en dehors du processus de légitimation démocratique d'un système parlementaire.

a. Il convient d'abord de relever que l'OEB n'est lié ni par le TUE, ni par le droit dérivé de l'UE, ni par la jurisprudence de la CJUE (qui s'impose aux États membres de l'UE). Sur ce plan également, des malentendus fondamentaux liés au système à plusieurs niveaux et aux unions d'États apparaissent, tels que la clause du recours à des tribunaux arbitraux internationaux dans le cadre d'accords de libre-échange et d'autres traités internationaux ou conventions nationales. La sécurité juridique dans l'ordre juridique de l'État de droit et la protection de la confiance légitime comme base fondamentale de l'activité économique sont en outre remises en cause par le fait que la juridiction unifiée du brevet examine et apprécie un brevet, une fois qu'il a été délivré, selon d'autres critères que ceux appliqués par l'OEB au sein de l'ordre juridique auquel il est soumis.

b. La structure de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet entraîne encore un autre problème fondamental à l'égard de l'État de droit. Pour de nombreux observateurs et protagonistes de l'accord, il s'agit peut-être d'une « subtilité juridique ». Avec l'accord, l'UE se soumet au brevet délivré selon les règles de la CBE. Cela pose donc le problème connu dans un autre contexte lorsqu'il y a référence ou soumission à un dispositif normatif extérieur à sa propre compétence réglementaire, à savoir le problème de la référence statique ou dynamique. On peut citer en exemple, dans l'enseignement universitaire, l'article 140 de la loi fondamentale qui fait référence aux articles de la constitution de la République de Weimar relatifs aux églises dans leur version alors en vigueur. Du fait de la disparition du pouvoir constituant de l'époque, aucune modification ne peut plus être apportée à ces dispositions. Il s'agit donc d'une référence statique. Elle est transparente et intégrée en tant que telle conformément à la volonté du pouvoir constituant actuel. Il pourrait tout au plus se poser un problème de droits d'auteur.

Il en va autrement de l'intégration de dispositifs normatifs qui ne sont pas figés pour l'avenir et sont susceptibles de modifications. C'est le cas de la CBE et des compétences réglementaires des organes de l'Organisation européenne des brevets. À cet égard, le fait qu'à l'avenir 27 États de l'UE soient également membres de l'Organisation européenne des brevets n'y change rien, dès lors que cette dernière possède expressément sa propre personnalité étatique et jouit en outre d'une immunité dans ses actes et décisions. La procédure administrative de demande de brevet qui est « sous-traitée » par l'accord relatif à la juridiction unifiée du brevet n'obéit donc pas à des règles figées et immuables. Les États membres de l'UE n'étant pas les mêmes que l'ensemble des États membres de l'Organisation européenne des brevets, il s'agit là d'une référence dynamique. Ce rattachement illicite à la procédure de l'Organisation européenne des brevets au sein de l'OEB débouche sur un autre défaut structurel irrémédiable qui entraîne l'effondrement du projet.

III. Si on considère le projet d'accord relatif à la juridiction unifiée du brevet au niveau d'un examen global, il n'y a pas besoin de grands efforts de réflexion pour constater qu'il n'apporte aucune « plus-value » par rapport à la CBE existante et à la structure nationale de la protection juridique des brevets par les tribunaux nationaux des États membres. Cela n'a d'ailleurs rien de surprenant a priori, dès lors qu'aucune connexion répondant aux exigences démocratiques de l'État de droit n'est établie entre la CBE et l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet. Cette circonstance est d'autant plus préoccupante que la structure de la CBE présente, aussi bien dans le domaine de la procédure de délivrance d'un brevet qu'à l'égard de la structure organisationnelle par rapport au droit du travail, de très graves insuffisances en matière de droits de l'homme et de respect des principes de l'État de droit et de la démocratie.

Les arguments faisant valoir que la CBE est en vigueur depuis quelque 40 ans sans susciter véritablement de contestation et que ses éventuels défauts ne peuvent donc pas être si graves, sont inopérants et très réducteurs.

Cela faisait déjà plusieurs années que des réclamations étaient régulièrement portées devant la Cour européenne des droits de l'homme et les cours constitutionnelles nationales, notamment des recours constitutionnels devant le Tribunal constitutionnel fédéral. Le rejet de ces recours ne s'accompagnait nullement d'un quelconque « label de qualité » pour la CBE. La plupart des recours échouaient, en effet, en raison d'une argumentation insuffisamment étayée, qui ne caractérisait pas les défauts de la CBE, au niveau de l'examen global et au niveau de l'examen de détail qui doit être abordé ensuite, sous la forme et avec le degré de précision requis par la procédure. La motivation d'une décision de chambre du deuxième Sénat du Tribunal constitutionnel fédéral du 27 avril 2010 (2 BvR 1848/07), à laquelle j'avais pris part, comporte d'ailleurs des indications en ce sens. La problématique globale ayant ainsi été clarifiée, les défauts structurels de la CBE tant au niveau de l'examen global qu'au niveau de l'examen de détail dans les deux domaines, peuvent maintenant être identifiés sans qu'il soit besoin d'éclaircissements supplémentaires.

Un autre aspect vient s'y ajouter. Dans le cadre de son arrêt du 13 octobre 2016 dans la procédure sur la mesure provisoire contre l'accord de libre-échange entre l'UE et le Canada (BVerfGE 143, 65), le deuxième Sénat du Tribunal constitutionnel fédéral a formulé une observation qui coïncide avec les reproches formulés ici à l'encontre de la CBE et de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet. Il a, en effet, indiqué, qu'il ne fallait pas entraver les efforts politiques de l'Union et de ses États membres en vue d'exercer sur la configuration des relations commerciales mondiales une influence décisive afin de renforcer l'efficacité internationale des valeurs consacrées par l'ordre juridique de l'Union (BVerfGE 143, 92). Il est surprenant et déconcertant à la fois que l'on ne discerne au niveau européen, où il n'y a pas à se préoccuper de quelconques « considérations de droit international », aucun effort pour remédier aux graves défauts de la structure juridique du brevet européen qui ont été indiqués.

C. Niveau de l'examen de détail

Au niveau de l'examen de détail, il convient de nouveau de se pencher de façon distincte sur chacun des deux domaines que sont la procédure de délivrance d'un brevet, d'une part, et les « conditions de travail » au sein de l'OEB, d'autre part. Ce dernier domaine a été, depuis de nombreuses années, négligé d'une façon inadmissible par les États membres de la CBE et par le conseil d'administration qui est leur émanation. De graves anomalies, surtout au cours des dernières années, n'ont pas conduit, comme elles l'auraient dû, le Conseil d'administration, ni non plus les gouvernements et parlements des États membres à exercer un contrôle efficace des principes démocratiques de l'État de droit pour protéger les fonctionnaires de l'Organisation européenne des brevets, ainsi que le prestige de l'union d'États constituée par lesdits États membres. À cet égard, j'aborderai d'abord, dans la section suivante, les « conditions de travail » au sein de l'Organisation européenne des brevets.

I. Selon mes observations, la conclusion d'unions d'États se caractérise depuis toujours par l'application, dans la définition du statut des agents, de conceptions erronées qui sont incompatibles avec les fondements, exposés en introduction, des unions d'États. Lorsque des États se regroupent au sein d'unions pour maîtriser des problèmes communs ou pour accomplir efficacement des missions étatiques transfrontalières, comme par exemple avec

EuroControl, mais aussi avec la CBE en raison du caractère international du recours économique à la protection par brevet, les États membres doivent réfléchir aux divers « aspects clés » les plus évidents du projet et choisir ainsi des solutions objectives.

1. Pour une union d'États telle que l'Organisation européenne des brevets, avec des effectifs prévisibles de quelques milliers de fonctionnaires et des structures internes présentant des procédures de travail très différenciées, il convient dès le départ de se demander comment les conditions de travail devront être régies et organisées de façon symétrique. Ne serait-ce qu'en raison du grand nombre d'agents, il n'est pas envisageable de confier les missions dans ce domaine à des institutions extérieures à l'union d'États concernée. L'union d'États, qui est dotée d'une personnalité juridique propre et a à ce titre la capacité d'employeur, ne s'installe pas pour autant sur une « île » où elle serait déconnectée des États membres. Il est donc de la responsabilité absolue des États membres de configurer, à l'intérieur de l'institution qu'ils ont créée pour accomplir les missions étatiques qui incombent à chacun d'entre eux, la vie interne de cette institution dans le respect des principes démocratiques de l'État de droit et des droits de l'homme. C'est seulement ainsi qu'ils peuvent faire respecter les valeurs de l'UE et les droits de l'homme et rendre efficaces les normes de l'UE. C'est la condition sine qua non pour que le niveau de civilisation de l'UE soit préservé dans le domaine du travail.

Cela suppose que chaque État membre de l'union d'États continue d'assumer sa responsabilité envers ses ressortissants qui se mettent au service de cette institution et, au-delà de cela, envers tous les agents et qu'aucun État membre ne puisse s'exonérer de cette responsabilité en optant pour de quelconques constructions alternatives. La solution consistant, au sein de l'Organisation européenne des brevets, à renvoyer les différends entre des fonctionnaires et l'institution à l'OIT, ne respecte pas cette exigence. Ni leur droit constitutionnel national, ni la Charte des droits fondamentaux de l'UE, ni la Convention européenne des droits de l'homme n'autorisent les États membres de la CBE à s'exonérer de leur responsabilité en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ayant recours aux services d'une autre union d'États extérieure. Si l'on pousse le raisonnement jusqu'au bout, cela implique pour chaque État membre qui abrite le siège d'une unité organisationnelle une obligation supplémentaire, qui vient s'y ajouter de façon subsidiaire, en cas, par exemple, de défaillance du pays d'origine d'un fonctionnaire de l'Organisation européenne des brevets qui n'assumerait pas sa responsabilité. La portée et la teneur de ce principe découlent de la constatation qu'à défaut des situations telles que celles qui prévalent à Guantanamo pourraient parfaitement apparaître sur le territoire de l'Union européenne et de la République fédérale d'Allemagne.

2. Dans ce contexte, il convient en outre de relever que l'octroi d'une immunité à une telle union d'États est injustifiable. Une telle immunité n'est pas nécessaire pour permettre le bon accomplissement de la mission collective. Bien au contraire, l'octroi de l'immunité à une telle union d'États recèle le danger de la constitution d'un monde parallèle « libéré » des principes démocratiques de l'État de droit et des droits de l'homme non seulement à l'égard de ses agents, mais aussi à l'égard des destinataires de sa mission publique.

3. La teneur actuelle des clauses de la CBE n'est conforme, en matière de droit du travail, ni à la Charte des droits fondamentaux de l'UE, ni à la Convention européenne des droits de l'homme, ni en tout cas à la plupart des constitutions des États membres, ni au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies. Toutefois, ces derniers temps, ce n'est bien souvent pas tellement ce fait qui dérange, mais celui qui le révèle. À cet égard, il n'est également guère étonnant que, malgré l'exposé des motifs de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet et malgré la prétention de l'UE de faire

respecter ses principes éthiques à l'échelle internationale aussi largement que possible, on ne constate aucun effort pour réaliser cela dans le domaine aisément maîtrisable du système juridique du brevet européen.

II. En ce qui concerne en particulier la procédure de délivrance du brevet, l'organisation interne des formations de jugement de l'OEB fait depuis des années l'objet de nombreuses critiques. Il serait vain de retracer encore une fois cette controverse et d'y ajouter éventuellement tel ou tel point de détail. Je me suis personnellement déjà exprimé à de nombreuses reprises à ce sujet. Quelques observations complémentaires ne seront, néanmoins, pas inutiles.

1. L'impuissance des États membres de l'Organisation européenne des brevets et du Conseil d'administration dont la mission première est le contrôle de l'OEB apparaît avec évidence à bien des égards. Il est par exemple préférable de ne pas qualifier la séparation géographique entre les Chambres de recours et la Grande Chambre de recours, d'une part, du reste de l'OEB, d'autre part. C'est, en effet, un exemple remarquable de comportement médiocre d'une union d'États, qui apparaît totalement dénué de sérieux par rapport aux principes éthiques que l'UE ne cesse d'invoquer à l'intérieur de son territoire et dans le cadre des relations juridiques internationales. Une telle mesure n'est pas non plus conforme à l'exposé des motifs de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet. Il n'est pas indispensable d'approfondir ce point davantage.

2. En nous intéressant maintenant à la « plus-value » décrite dans l'exposé des motifs, nous ne relèverons que deux aspects. La défense d'un brevet délivré est censée être facilitée par la juridiction unifiée du brevet facilitée et être rendue plus économique. Ce dernier aspect révèle une fois de plus les conceptions erronées sur lesquelles repose l'union d'États projetée. Si on a le sens des responsabilités, on ne se lance pas, en effet, dans de tels projets pour des motifs de coûts et c'est bien plutôt la solution optimale d'un problème concret qui est nécessaire et qui doit être au cœur du projet. Les coûts sont accessoires et peuvent être configurés en conséquence. Il est tout simplement illogique de créer une nouvelle organisation pour un problème objectif en raison des coûts occasionnés. Pour des coûts en partie trop élevés qui entravaient l'exercice légitime des droits et contrevenaient au principe d'égalité de traitement, il y avait déjà dans le passé l'aide juridictionnelle, l'assistance judiciaire gratuite et la réduction des frais de justice pour les litiges dont l'objet est digne d'intérêt, etc.

a. Les troubles dans le fonctionnement interne des services de l'OEB n'ont de toute évidence pas contribué à favoriser, c'est le moins que l'on puisse dire, l'efficacité et une exécution optimale de ses fonctions. Des « pertes par frottement » d'une ampleur considérable en ont inévitablement résulté. Selon les principes généraux tirés de l'expérience générale en matière d'organisation et de gestion du personnel, le résultat du travail dépend en grande partie de la satisfaction dans le travail et de l'atmosphère au sein d'un service. Avant tout, on ne peut pas s'attendre à ce qu'une institution durablement empêtrée dans des confrontations publiques soit en mesure de recruter un personnel qualifié et motivé.

L'UE a négligé ce type de conditions lors de la configuration de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, de sorte que si cet accord devait, contre toute attente, finalement entrer en vigueur, il y aurait un prix à payer.

b. Selon un des considérants essentiels, l'accord visé et la mise en place de la juridiction unifiée du brevet sont censés renforcer les petites et moyennes entreprises lorsqu'elles sont parties à un litige en matière de brevet. Lors de la manifestation déjà évoquée à l'Institut Max Planck Luxembourg le 13 octobre 2017, un patron d'une « PME » a pris la parole pour faire

part de sa crainte que des groupes d'examen particuliers (qu'il serait peut-être plus exact de qualifier de « groupes de prise en charge ») pour les entreprises mondiales ne soient mis en place au sein de l'OEB afin d'accélérer l'instruction des dossiers. Il se demandait donc quelle place serait alors réservée aux PME auxquelles on accorde tant d'importance en paroles.

Dans ce contexte, un article de M. Hoops (NVwZ 2017, 1496) à propos d'une décision de chambre du premier Sénat du Tribunal constitutionnel fédéral en matière d'expropriation en faveur de personnes privées donne aussi à réfléchir. Il conclut par une mise en garde contre le risque que certaines configurations puissent aboutir à un traitement privilégié d'entreprises privées disposant de bonnes relations dans les milieux politiques au détriment de tiers.

Dans les événements qui ont marqué les dernières années au sein de l'OEB, on ne peut manquer d'être frappé par une remarquable retenue de la part des « gros demandeurs de brevet ». S'ils ont à pâtir des faibles performances de l'OEB et de ses formations de jugement, l'expérience montre cependant que les effets négatifs sur leur activité sont moindres que pour une PME, pour laquelle un brevet peut-être une question de vie ou de mort de l'entreprise.

3. Pour terminer, il reste encore à examiner de plus près le considérant de l'exposé des motifs qui évoque le droit à un recours effectif devant un tribunal et le droit à ce qu'une cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial. Il s'agit là d'un problème, dont la solution selon les principes de l'État de droit a été oubliée lors de la fondation de l'Organisation européenne des brevets. Au cours des ans, elle a été plus ou moins escamotée et les critiques ont été systématiquement écartés. Les gouvernements des États membres de la CBE et surtout ceux qui sont en même temps des États membres de l'UE ont ignoré des règles impératives telles que la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte européenne des droits fondamentaux. Les observations suivantes s'imposent à cet égard :

a. Si l'on fait abstraction, dans un premier temps, des règles indiquées et des constitutions nationales des États membres, on peut néanmoins être irrité si on se base sur l'exposé des motifs de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, qui fait référence à la CBE avec la procédure de délivrance au sein de l'OEB. Selon cet exposé des motifs, il convient d'examiner essentiellement si, dans le cadre de la procédure de recours interne à l'OEB, les Chambres de recours et la Grande Chambre de recours remplissent les conditions définies par l'UE pour un tribunal indépendant et impartial. Ce n'est manifestement pas le cas.

La direction administrative de l'OEB est en même temps la direction de la sous-organisation au sein de l'OEB en charge des formations de jugement. Le Président est aussi en dernière instance le « surveillant » principal des formations de jugement et de leurs membres. Les modifications organisationnelles récemment intervenues n'y changent rien. Il n'y a pas d'indépendance institutionnelle des formations de jugement avec leur propre budget, leur propre personnalité juridique et une direction autonome, indépendante de la direction de l'OEB. À cet égard, il n'est pas nécessaire d'examiner si les modifications organisationnelles mises en œuvre par le Président de l'OEB avec l'approbation du Conseil d'administration sont conformes à la légitimation démocratique requise selon les règles de l'UE (cf. à cet effet le simple exposé par le Tribunal constitutionnel fédéral des bases d'application générale dans BVerfGE 107, 59). Les États membres de l'UE auraient en l'occurrence été tenus de rejeter en Conseil d'administration les mesures du Président.

b. Il ne s'agit pas de points de détail ou de sensibilités allemandes. Dès la conférence diplomatique pour l'introduction d'une procédure de délivrance d'un brevet européen à

Munich en 1973, la délégation allemande avait tenu à souligner que l'introduction d'une procédure nationale devait être possible non seulement dans les cas où le demandeur subit une perte de droit à la suite de l'omission d'un acte, mais aussi en cas de décision négative de l'OEB. Elle indiquait, cependant, que ces cas soulevaient un problème constitutionnel pour la République fédérale d'Allemagne. Selon la loi fondamentale, en effet, tout acte administratif doit pouvoir être contrôlé par un tribunal. Or, la délégation relevait que les Chambres de recours de l'OEB, malgré leur organisation similaire à celle d'un tribunal, n'étaient pas des tribunaux et qu'en conséquence la possibilité d'avoir accès à un tribunal allemand devait être maintenue.

Des principes démocratiques généraux de l'État de droit sont ici directement en cause. À défaut de séparation institutionnelle entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, l'État de droit n'est plus qu'une farce et les droits de l'homme perdent leur fonction protectrice.

Le Tribunal constitutionnel fédéral a déjà ancré très précocement ce principe pour ainsi dire universellement reconnu dans sa jurisprudence, dans l'arrêt BVerfGE 4, 331, en constatant expressément qu'il était contraire aux principes traditionnels de l'État de droit que l'institution dont les décisions doivent être contrôlées dispose en dernière instance seule de la décision finale sur la désignation des membres de l'organe de contrôle. C'est pour ces raisons qu'en Allemagne, les commissions d'appel et d'opposition des autorités professionnelles, par exemple dans le domaine de la sécurité sociale ou de l'administration des finances, ont été transformées en organes de contrôle internes. Il ne faut pas oublier non plus que la mise en place de la Cour fédérale des brevets allemande (après une modification de la loi fondamentale pour doter la fédération de la compétence correspondante) avait précisément été justifiée par l'imbrication des fonctions administrative et juridictionnelle au sein d'une seule et même autorité avec le président à sa tête. La Cour suprême administrative fédérale s'est exprimée sur ce point dans des considérants détaillés qui n'ont pas perdu de leur actualité (BVerwGE 8, 350).

c. La terre n'a pas arrêté de tourner et l'exigence de tribunaux indépendants et impartiaux a été confirmée de façon toujours plus précise par l'évolution ultérieure des normes de droit à la suite de la conclusion d'unions d'États dans la continuité des fondements démocratiques de l'État de droit qui ont été consacrés depuis des décennies par la jurisprudence allemande.

Le Tribunal constitutionnel fédéral a ainsi déclaré dans son arrêt relatif au traité de Lisbonne en 2009 (BVerfGE 123, 267), entre autres, (paragraphes 415 et 416) que les États membres sont tenus, en application du **droit communautaire** de garantir la possibilité d'un recours juridictionnel efficace qui ne doit pas être entravé par les règles de droit nationales. Selon l'arrêt, l'accès du citoyen à un tribunal ne peut en aucun cas être limité par le droit primaire, ni par le droit communautaire dérivé, ni être entravé par la mise en place de procédures préliminaires non judiciaires.

Il est plus que temps que les États membres de l'UE, s'ils veulent mettre en place un système de brevet de l'UE, ce qui ne soulève aucune objection, prennent conscience des obligations qui leur incombent ne serait-ce qu'en application de la Charte des droits fondamentaux et des principes fondamentaux du Traité sur l'Union européenne, ainsi qu'en application de leurs constitutions nationales, comme la République fédérale d'Allemagne doit prendre conscience des obligations qui lui incombent en application de sa loi fondamentale. Avec la mise en place d'une juridiction unifiée du brevet au niveau de l'UE, le moment ne pourrait être mieux choisi. Cela suppose, toutefois, que des modifications essentielles soient apportées à la structure de l'accord.

D. Perspective ultérieure

En ce qui concerne l'organisation et la structure des « conditions de travail » de l'Organisation européenne des brevets, il convient d'attirer l'attention sur un aspect qui est jusqu'ici resté en dehors du débat actuel. Le Tribunal constitutionnel fédéral a, dans l'arrêt relatif au traité de Lisbonne, souligné à plusieurs reprises les domaines fondamentaux qui ne sauraient être « mis en commun ». Il s'agit des principes de la structure de l'État visés à l'article 20 de la loi fondamentale, c'est-à-dire la démocratie, le principe de l'État de droit et de l'État social, la république, le caractère fédéral de l'État, ainsi que le cœur des droits fondamentaux indispensables au respect de la dignité humaine. De par leur nature fondamentale, ils ne sont susceptibles d'aucune modification et font partie intégrante de l'identité constitutionnelle visée à l'article 79, paragraphe 3, de la loi fondamentale (BVerfGE 123, paragraphes 343 et 344). Dans ce contexte, qui, après plusieurs autres prises de positions figurant dans cet arrêt, concerne notamment les « conditions de travail » et la protection des salariés (par exemple paragraphes 429, 430, y compris la reconnaissance du droit de grève), il convient de prendre en compte le fait que cette « norme » ne peut pas être réduite au niveau européen, faute de quoi la République fédérale d'Allemagne devrait de ce fait renoncer à l'intégration dans une nouvelle structure.

Toute relativisation ou violation de ces normes à travers la conclusion d'une autre union d'États, que ce soit directement ou indirectement à travers l'UE, reviendrait à un contournement, qui serait non seulement contraire à la norme démocratique générale de l'État de droit, mais serait aussi de toute évidence contraire à celle de l'UE, telle qu'elle est en grande partie reprise dans l'exposé des motifs. Pour le traitement et l'organisation des « conditions de travail » et des droits des fonctionnaires de l'Organisation européenne des brevets, le renvoi à un recours juridictionnel devant l'OIT, indépendamment même de la configuration précise de cette organisation et de l'absence d'efficacité d'un tel recours, est donc interdit, ne serait-ce que parce que l'UE et ses États membres, lorsqu'ils créent une nouvelle union d'États spécialisée (y compris l'Organisation européenne des brevets qui y est intégrée à travers la procédure de délivrance des brevets), ont la responsabilité pleine et entière de garantir les droits de l'homme à l'intérieur de l'union d'États qu'ils constituent. L'exigence d'une protection juridique efficace par des tribunaux indépendants et impartiaux est un des éléments relevant de cette responsabilité. Seule une juridiction interne à l'institution peut satisfaire à cette exigence.