CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 23 janvier 2007 [1]

I — Introduction

1. Les accords mixtes ont été décrits comme constituant une complication inévitable parce qu'ils contribuent à organiser une réalité politique qui est elle aussi complexe [2]. Le renvoi préjudiciel formé par le Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) (juridiction suprême portugaise) remue le fer dans la plaie de cette complexité, paradoxalement à travers deux questions concises qu'il est facile de lire et de comprendre, mais qui recèlent néanmoins toute la charge émotionnelle des dissensions latentes qui resurgissent en raison de leur caractère incontournable.

2. Le contexte de cette affaire est bien connu, puisqu'il s'agit de l'accord ADPIC, qui s'inscrit parmi les accords signés en 1994 dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce [3]. Bien que cette affaire concerne une nouvelle fois la compétence de la Cour d'interpréter une norme concrète et l'éventuel effet direct de celle-ci, elle comporte une nouveauté par rapport aux cas antérieurs, puisque le renvoi ne concerne pas le droit des marques mais celui des brevets.

3. Il faut donc procéder à une analyse approfondie des arguments avancés dans le premier de ces domaines pour déterminer s'il suffit de les adapter, s'ils doivent faire l'objet d'une modulation plus importante, voire même s'ils requièrent une révision complète. En toute hypothèse, il faut souligner les importantes conséquences pratiques découlant de cette jurisprudence qui a modifié la forme d'exercer la politique

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Dashwood, A., «Why continue to have mixed agreements at all?», dans Bourgeois, H.-J., Devost, J.-L., et Gaiffe, M.-A., (coordinateurs), *La Communauté européenne et les accords mixtes: quelles perspectives?* Collège d'Europe, Bruges, 1997, p. 98.

3 — Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après l'«accord ADPIC»), qui figure à l'annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'«accord OMC»), approuvé au nom de la Communauté, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), (JO L 336, p. 1, l'accord ADPIC figure à la p. 213).

extérieure communautaire en évitant en particulier les négociations d'accords mixtes [4].

II — Le cadre juridique

A — *L'accord ADPIC*

4. En vue d'harmoniser en partie les droits de la propriété intellectuelle en raison de leur influence occasionnelle sur le commerce international, l'accord ADPIC contient une série de notions applicables aux différentes variétés de propriété intellectuelle. J'énumérerai ci-dessous celles qui ont une incidence sur les brevets et servent à trancher la problématique dont la Cour est saisie.

5. Ainsi, l'article 33 de cet accord, figurant dans la section 5 de la partie II, qui traite des normes relatives à la portée et à l'exercice des droits de propriété intellectuelle, est libellé comme suit sous l'intitulé «Durée de la protection»:

«La durée de la protection offerte ne prendra pas fin avant l'expiration d'une période de 20 ans à compter de la date du dépôt.»

6. De plus, dans la partie VII de l'annexe, qui porte sur les dispositions institutionnelles et finales, l'article 70 dispose sous le titre «Protection des objets existants»:

«1. Le présent accord ne crée pas d'obligations pour ce qui est des actes qui ont été accomplis avant sa date d'application pour le membre en question.

2. Sauf disposition contraire [...], celui-ci crée des obligations pour ce qui est de tous les objets existant à sa date d'application pour le membre en question, et qui sont protégés dans ce membre à cette date, ou qui satisfont ou viennent ultérieurement à satisfaire aux critères de protection définis dans le présent accord. [...]

[...]»

4 — Rosas, A., «The European Union and mixed Agreements», dans Dashwood, A., Hillion, Ch., *The General Law of EC External Relations*, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, p. 216 et suiv.

B — *Le droit national*

7. L'ancienne législation en matière de brevets au Portugal figurait dans le décret nº 30.679, du 24 août 1940, qui a approuvé la même année le code de la propriété industrielle (ci-après le «code de 1940»). Son article 7 disposait que ces droits immatériels tombaient dans le domaine public au terme d'une période de quinze ans à compter de la date de délivrance du brevet.

8. Le décret-loi nº 16/95 a approuvé un nouveau texte législatif, en vigueur depuis le 1er juin 1995 (ci-après le «code de 1995»), dont l'article 94 concerne la validité du brevet pour une période de 20 ans depuis la demande.

9. Toutefois, pour faire face aux situations relevant du droit transitoire, l'article 3 du code de 1995 est libellé comme suit:

«Les brevets pour lesquels les demandes ont été déposées avant l'entrée en vigueur du présent décret-loi conservent la durée de validité qui leur était conférée par l'article 7 du code [de 1940].»

10. L'article 3 du code de 1995 a été abrogé ultérieurement sans effet rétroactif par l'article 2 du décret-loi nº 141/96, du 23 août 1996, acte qui est entré en vigueur le 12 septembre 1996. En vertu de l'article 1er de cette disposition de droit national:

«Les brevets pour lesquels les demandes ont été déposées avant l'entrée en vigueur du décret-loi nº 16/95, du 24 janvier 1995, en vigueur au 1er janvier 1996 ou délivrés après cette date, relèvent des dispositions de l'article 94 du code de [1995] [...]»

11. Cet article 94 a allongé de cinq ans la durée de la protection de ces droits de propriété immatérielle.

12. L'actuel code de la propriété intellectuelle a été adopté le 5 mars 2003 par le décret-loi nº 36/2003; son article 99 dispose:

«Durée

La durée de validité du brevet est de 20 ans à compter de la date à laquelle la demande correspondante a été déposée.»

III — Les faits qui ont donné lieu au litige

13. Merck & Co. Inc. (ci-après «Merck») est titulaire du brevet d'invention nº 70.542, délivré par décision du 8 avril 1981 avec priorité à compter du 11 décembre 1978, intitulé «procédé de préparation de dérivés d'acides aminés comme hypertenseurs», en vue de préparer la composition chimique «Enalapril» et fabriquer le «Maléate d'Enalapril». Le médicament litigieux est commercialisé depuis le 1er janvier 1985 sous la marque «Renitec».

14. Merck Sharp & Dohme Lda (ci-après «MSD») a obtenu une licence d'exploitation de ce brevet pour utiliser, vendre ou disposer de n'importe quelle façon des produits Renitec au Portugal, ainsi que les pouvoirs de défense correspondants.

15. En 1996, Merck Genéricos-Productos Farmacêuticos Lda (ci-après «Merck Genéricos») a mis sur le marché un médicament sous la marque «Enalapril Merck» qu'elle commercialise à des prix sensiblement inférieurs à celui de la marque Renitec et dont elle a affirmé, dans le cadre de la promotion auprès des médecins, qu'il s'agissait du même médicament que ce dernier.

16. Merck et MSD ont introduit un recours pour que Merck Genéricos s'abstienne d'utiliser directement ou indirectement (importation, fabrication, préparation, manipulation, emballage ou vente) sans leur autorisation expresse et formelle au Portugal ou d'exporter le médicament Enalapril Merck, même sous une autre dénomination commerciale, contenant les substances actives «Enalapril» ou «Maléate d'Enalapril». Elles ont aussi réclamé l'indemnisation des préjudices moraux et matériels subis à concurrence de 32 500 000 PTE.

17. Merck Genéricos a fait valoir pour sa défense que le brevet nº 70.542 était tombé dans le domaine public le 8 avril 1996 à l'expiration du délai de quinze ans visé à l'article 7 du code de 1940, en vertu du régime transitoire prévu à l'article 3 du code de 1995.

18. MSD s'est fondée sur l'article 33 de l'accord ADPIC pour soutenir que le brevet était resté valable jusqu'au 4 décembre 1999.

19. Le recours a été rejeté en première instance.

20. Au deuxième degré de juridiction, le Tribunal da Relação (juge d'appel) de Lisboa a accueilli la demande des requérantes et a condamné Merck Genéricos à indemniser le préjudice causé par la violation du brevet

n° 70.542, étant donné que, en vertu de l'article 33 de l'accord ADPIC, qui bénéficie de l'effet direct, le délai de protection n'était pas arrivé à échéance le 9 avril 1996, comme le soutenait la défenderesse en première instance, mais bien cinq années plus tard.

21. Merck Genéricos a formé un recours en cassation contre cet arrêt devant le Supremo Tribunal de Justiça en contestant l'effet direct attribué à l'article 33 précité.

22. La haute juridiction portugaise observe que, même si l'article 94 du code de 1995 a porté à 20 ans la durée de validité des brevets, cette disposition n'était pas applicable à l'affaire en cause, parce que le brevet n° 70.542 était arrivé à expiration le 8 avril 1996, à l'issue des 15 années visées par l'article 7 du code de 1940. De ce fait, l'application de l'article 33 de l'accord ADPIC, qui accorde un délai minimal de protection de 20 ans aux brevets, impliquerait qu'il faut faire droit aux prétentions de MSD.

23. Le Supremo Tribunal considère que, conformément aux principes qui régissent l'interprétation des traités internationaux au Portugal, l'article 33 de l'accord ADPIC a un effet direct et peut être invoqué entre particuliers dans le litige.

24. Toutefois, nourrissant des doutes sur l'extrapolation éventuelle de la jurisprudence communautaire sur l'accord ADPIC en matière de marque au domaine des brevets, tant sur le fond que sur le pouvoir d'interprétation de la Cour, le juge de renvoi a suspendu la procédure et lui a posé les questions préjudicielles suivantes en application de l'article 234 CE:

«1) La Cour de justice des Communautés européennes est-elle compétente pour interpréter l'article 33 de l'accord TRIPs?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, les juridictions nationales doivent-elles appliquer l'article précité, d'office ou à la demande de l'une des parties, dans les litiges pendants devant elles?»

IV — La procédure devant la Cour

25. La décision de renvoi a été enregistrée au greffe de la Cour le 5 décembre 2005.

26. Des observations écrites ont été déposées dans le délai fixé par l'article 23 du statut de la Cour de justice par Merck et MSD conjointement, ainsi que par Merck Genéricos, les gouvernements portugais et français et la Commission des Communautés européennes.

27. Les représentants des parties au litige au principal, ainsi que ceux du gouvernement français, du Royaume-Uni et de la Commission ont comparu à l'audience du 28 novembre 2006 pour présenter leurs arguments oralement.

V — Analyse des questions préjudicielles

A — *Exposé*

28. En posant sa première question, le juge de renvoi souhaite savoir si la Cour est compétente pour interpréter l'accord ADPIC et, en particulier, son article 33.

29. Conformément à une jurisprudence constante [5], Merck et MSD prétendent dans leurs observations écrites que cette question n'est pas objectivement nécessaire pour trancher le litige au principal, mais elles ne semblent pas mettre sa recevabilité en doute, puisqu'elles proposent uniquement de ne pas en tenir compte.

30. On pourrait partager ce point de vue, mais en partie seulement, puisqu'il n'est pas indispensable d'aborder cette question en tant que telle, non pas en raison de l'argument avancé par les deux entreprises précitées, mais parce que la Cour doit examiner d'office sa compétence dans les affaires portant sur des accords internationaux mixtes.

31. De plus, comme l'étude de la jurisprudence communautaire le montrera ci-dessous, le Supremo Tribunal aurait la compétence litigieuse si la Cour déclinait la sienne.

32. La première question déférée ne s'analyse donc pas comme une tentative de satisfaire la curiosité du juge de renvoi, mais comme une invitation faite à la Cour d'examiner d'office sa propre compétence.

5 — Arrêts du 17 mai 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783, point 14); du 5 octobre 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Rec. p. I-2883, point 45); du 9 octobre 1997, Grado et Bashir (C-291/96, Rec. p. I-5531, point 2), et du 18 juin 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949, point 27).

B — *Sur la compétence de la Cour pour interpréter l'accord ADPIC*

33. La compétence de la Cour pour se prononcer sur les traités internationaux mixtes, à savoir ceux qui affectent les pouvoirs partagés par les Communautés et les États membres, a déjà été étudiée, ce que prouve une abondante jurisprudence. Toutefois, loin d'être exempts de méandres, les développements successifs ont aménagé une voie large et tortueuse dont le tracé complexe requerrait certaines corrections pour favoriser le cheminement de ses utilisateurs perplexes.

1. La réponse d'après la jurisprudence de la Cour

a) Origines

34. Le parcours commence avec l'arrêt Haegeman [6], dont la jurisprudence a été confirmée par l'arrêt Demirel [7]; depuis lors, ces traités mixtes sont soumis à la compétence d'interprétation de la Cour, celle-ci considérant qu'il s'agit d'actes approuvés par les organes communautaires [8]; en vertu du parallélisme avec les pouvoirs de la Communauté, les accords mixtes en relèvent aussi, comme reflet du principe essentiel de droit communautaire de la compétence d'attribution, qui figure à l'article 5 CE et est ébauché à l'article 220 CE [9].

35. Dans son arrêt Demirel [10], la Cour a déclaré que ces accords ont le même statut dans l'ordre juridique communautaire que les accords purement communautaires, s'agissant de domaines attribués à la Communauté [11]. L'arrêt se référait certes à l'accord d'association avec la République de Turquie [12], dont il affirme qu'il fait pleinement partie des matières couvertes par le traité CE, ce qui n'invalide cependant pas le caractère général de l'affirmation précédente [13].

36. Abordant le fond du litige, il faut constater que l'interprétation de l'accord ADPIC a été soumise à diverses reprises à la Cour. Il ne faut cependant pas oublier

6 — Arrêt du 30 avril 1974 (181/73, Rec. p. 449).

7 — Arrêt du 30 septembre 1987 (12/86, Rec. p. 3719, point 7).

8 — Arrêt Haegeman précité, points 4 à 6.

9 — Wegener, B., «Artikel 220», dans Callies, Ch., et Ruffert, M., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, éd. Luchterhand, 2e éd. revue et augmentée, Neuwied/Kriftel, 2002, p. 1991, point 17.

10 — Point 9.

11 — Cette jurisprudence a notamment été confirmée par l'arrêt du 19 mars 2002, Commission/Irlande (C-13/00, Rec. p. I-2943, point 14).

12 — Accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie, signé à Ankara le 12 septembre 1963 (JO 1964, 217, p. 3687), approuvé au nom de la Communauté par la décision 64/732/CEE du Conseil, du 23 décembre 1963 (JO 1964, 217, p. 3685).

13 — Jurisprudence de l'arrêt du 26 octobre 1982, Kupferberg (104/81, Rec. p. 3641, point 13).

l'avis 1/94 [14], qui a été rendu à la demande de la Commission en vue de clarifier la portée des attributions de la Communauté européenne pour conclure toutes les parties de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'«OMC»), même s'il ne concernait pas les compétences de la Cour.

37. Ainsi, lorsqu'elle a examiné la nature, exclusive ou partagée, de ces attributions, la Cour s'est fondée sur l'arrêt AETR [15] pour aborder les actes de droit dérivé des institutions communautaires qui pourraient être affectés par la participation des États membres à l'accord ADPIC comme condition d'existence des pouvoirs de la Communauté. La Cour a indiqué que l'harmonisation des droits de propriété intellectuelle couverts par l'annexe C de l'accord OMC avait jusqu'à cette date été incomplète, en soulignant l'absence de réglementation communautaire applicable en matière de brevets [16].

38. C'est ainsi que s'est dessinée une jurisprudence défendant l'existence d'une réglementation communautaire comme critère déterminant du pouvoir de la Cour d'interpréter les accords internationaux mixtes.

b) Décisions relatives à l'accord ADPIC

39. Par la suite, l'arrêt Hermès [17] a confirmé cette approche; l'article 99 du règlement sur la marque communautaire [18], en vigueur un mois avant l'approbation de l'Acte final et de l'accord OMC [19], a servi à la Cour à déduire la compétence de la Communauté, au travers de la marque communautaire, du fait que celle-ci bénéficie d'une protection juridictionnelle dans les termes de l'article 50 de l'accord ADPIC, ce qui établit la compétence de la Cour pour interpréter cette dernière disposition [20].

40. Des critiques se sont élevées sur le fait que le litige ayant donné lieu à la question préjudicielle dans l'affaire Hermès concernait une marque Benelux et non une marque communautaire et que, en toute hypothèse, l'article 99 du règlement nº 40/94 renvoie au droit national [21], mais la Cour a confirmé sa jurisprudence dans l'arrêt Dior e.a. [22], dans la mesure où, au point 39, elle a étendu sa

14 — Avis rendu conformément à l'article 228, paragraphe 6, du traité CE (devenu, après modification, article 300, paragraphe 6, CE), Rec. p. I-5267.

15 — Arrêt du 31 mars 1971, Commission/Conseil, dit «AETR» (22/70, Rec. p. 263).

16 — Point 103 de l'avis 1/94, qui intéresse le litige au principal.

17 — Arrêt du 16 juin 1998 (C-53/96, Rec. p. I-3603).

18 — Règlement (CE) nº 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993 (JO 1994, L 11, p. 1).

19 — Arrêt Hermès précité, point 25.

20 — Arrêt Hermès, points 26 à 29.

21 — Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Schieving-Nijstad e.a. (arrêt du 13 septembre 2001, C-89/99, Rec. p. I-5851), point 40. Voir aussi Heliskoski, J., «The jurisdiction of the European Court of Justice to give preliminary rulings on the interpretation of mixed agreements», dans *Nordic Journal of International Law*, vol. 69, nº 4/2000, p. 402 et suiv., et Cebada Romero, A., *La Organiszacion Mundial del Comercio y la Union Europea*, Ed. La Ley, Madrid, 2002, p. 358.

22 — Arrêt du 14 décembre 2000 (C-300/98 et C-392/99, Rec. p. I-11307).

compétence d'interprétation de l'article 50 de l'accord ADPIC, outre aux marques, aux droits de propriété intellectuelle restants.

41. Son argumentation se ramenait principalement à dire que, constituant une disposition procédurale qui a vocation à s'appliquer de la même manière dans toutes les situations relevant de son champ d'application et qui est susceptible de s'appliquer aussi bien à des situations relevant du droit national qu'à des situations relevant du droit communautaire, l'obligation de coopération (de l'article 10 CE) nécessite, tant pour des raisons pratiques que juridiques, que les instances des États membres et de la Communauté adoptent une interprétation uniforme de l'article 50 de l'accord ADPIC [23].

42. C'est ainsi qu'est apparue la nécessité de cette *interprétation uniforme* comme corollaire de l'obligation de coopération loyale, l'une des idées centrales défendues par l'avocat général Tesauro dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Hermès, que l'on ne retrouve pas dans l'arrêt, pour conforter la compétence de la Cour en matière d'accords mixtes comme l'accord ADPIC [24]; je m'étendrai ci-dessous sur cette opinion.

43. Toutefois, au lieu d'élever cette nécessité au rang d'«exigence fondamentale», comme le proposait l'avocat général précité, ce qui lui permettrait de s'ériger en garante unique de l'interprétation correcte des accords mixtes conclus par la Communauté, la Cour s'est limitée à déduire de cet argument sa compétence pour examiner l'article 50 de l'accord ADPIC, comme elle l'avait déjà fait dans l'arrêt Hermès, mais sans renvoyer à ce dernier. C'est ainsi qu'il faut s'interroger sur la portée du renvoi à l'article 10 CE dans l'arrêt Dior e.a., dans la mesure où la Cour a maintenu le même raisonnement que dans l'arrêt Hermès [25] en aménageant son pouvoir d'interpréter les traités internationaux mixtes selon qu'il existe ou non une réglementation européenne applicable.

c) Modulation

44. La jurisprudence de la Cour a confirmé cette ligne de pensée dans l'arrêt Commission/Irlande [26] sur l'adhésion à la convention de Berne [27] en matière de propriété intellectuelle, qui révèle, dans le cadre d'un recours en manquement, l'utilisation d'une méthodologie identique pour délimiter les pouvoirs communautaires; l'arrêt Étang de Berre [28] et

23 — Arrêt Dior e.a., précité à la note 22, point 37.

24 — Conclusions présentées le 13 novembre 1997 (Rec. 1998 p. I-3606).

25 — Eeckhout, P., *External relations of the European Union — Legal and constitutional foundations*, Oxford University Press, 2004, p. 242.

26 — Arrêt du 19 mars 2002 (C-13/00, Rec. p. I-2943, concrètement aux points 15 à 20).

27 — Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Acte de Paris du 24 juillet 1971.

28 — Arrêt du 7 octobre 2004, Commission/France (C-239/03, Rec. p. I-9325).

l'arrêt plus récent relatif à l'usine MOX [29] s'inscrivent dans le sillage de l'arrêt Hermès, dans la mesure où ils examinaient les pouvoirs de la Cour en fonction de la présence d'actes normatifs communautaires.

45. L'arrêt Étang de Berre a cependant apporté une petite nuance en précisant que la circonstance qu'une matière concrète, dans un domaine largement couvert par la législation communautaire, n'a pas encore fait l'objet d'une réglementation de l'Union n'empêche pas que l'affaire relève aussi de la compétence communautaire [30]. L'arrêt relatif à l'usine MOX se réfère expressément à celui qui l'a précédé [31] en répétant donc une importante exception introduite dans le syllogisme déductif de son pouvoir d'interprétation.

46. Dès lors, si l'on maintient la jurisprudence actuelle pour apprécier si la Cour a le pouvoir d'examiner les accords mixtes et, en particulier, l'accord ADPIC en matière de brevets, il faudrait examiner l'éventuelle législation communautaire dans cette branche de la propriété industrielle sans perdre de vue la «clause de modulation» précitée de l'arrêt Étang de Berre.

d) Application au présent cas d'espèce

47. La liste de mesures de la Communauté, fournie par la Commission dans ses observations écrites, serait ainsi pertinente. Elle comprend le règlement (CEE) nº 1768/92, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments [32]; le règlement (CE) nº 2100/94, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales [33]; le règlement (CE) nº 1610/96, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les produits phytopharmaceutiques [34]; la directive 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques [35]; la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique [36]; la proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire [37]; la proposition de décision du Conseil attribuant à la Cour de justice la compétence pour statuer sur les litiges relatifs au brevet communautaire [38], et la proposition de règlement du Conseil instituant le Tribunal

29 — Arrêt du 30 mai 2006, Commission/Irlande (C-459/03, Rec. p. I-4635).

30 — Arrêt Étang de Berre, précité, points 29 et 30. Cette affaire concernait les rejets d'eau douce et de limon en milieu marin, qui n'avaient pas fait l'objet de dispositions communautaires, même s'ils se retrouvaient dans une abondante réglementation environnementale harmonisée.

31 — Point 95 de l'arrêt.

32 — Règlement du Conseil, du 18 juin 1992 (JO L 182, p. 1).

33 — Règlement du Conseil, du 27 juillet 1994 (JO L 227, p. 1).

34 — Règlement du Parlement européen et du Conseil, du 23 juillet 1996 (JO L 198, p. 30).

35 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998 (JO L 213, p. 13).

36 — COM (2004) 737 final, et SEC (2004) 1348.

37 — COM (2000) 412 final (JO C 337 E, p. 278).

38 — COM (2003) 827 final.

du brevet communautaire et concernant les pourvois formés devant le Tribunal de première instance [39].

48. À la différence des marques, domaine dans lequel ont été approuvés à la fois la directive 89/104/CEE [40] et le règlement nº 40/94 sur la marque communautaire, le panorama normatif européen en matière de brevets est loin d'offrir une réponse aussi claire sur l'éventuelle compétence de la Cour pour examiner l'accord ADPIC. Parmi la liste d'actes énumérés au point précédent, certains comme celui relatif aux obtentions végétales ne peuvent même pas être assimilés aux brevets, comme le reconnaît elle-même la Commission. En revanche, d'autres n'ont pas abouti lors de la phase préparatoire et n'ont pas été promulgués.

49. En effet, il n'existe pas de norme harmonisatrice et la création d'un brevet communautaire s'est heurtée à une farouche résistance au Conseil. C'est à ce stade que s'effondre la jurisprudence Hermès modulée par l'arrêt Étang de Berre, qui exige des normes applicables, bien que des doutes surgissent immédiatement sur les paramètres permettant de déterminer le niveau d'activité normative suffisant pour établir l'existence d'une compétence communautaire et, partant, de la Cour.

50. La présente procédure préjudicielle ne concerne pas l'exercice des prérogatives attribuées à la Communauté, qu'il s'agisse de celles que lui confère article 95 CE, notamment en ce qui concerne les différents types de titres de propriété immatérielle dans le cadre du marché intérieur, ou de celles qui découlent pour elle de l'article 308 CE, par exemple pour obtenir le brevet communautaire, projet qui n'a pas abouti. Il faut souligner dans ce contexte que, pour la Communauté, l'usage de ses pouvoirs est une question complexe.

51. Ainsi, la convention de 1973 sur la délivrance de brevets européens (ci-après la «convention de Munich»), à laquelle les États membres ont adhéré successivement, a créé un instrument paneuropéen qui coexiste avec les législations nationales. La proposition sur le brevet communautaire visait à parvenir à une symbiose entre les systèmes communautaire et internes, objectif qui requiert l'adoption du règlement sur le brevet communautaire, la due prise en compte de la convention de Munich et du statut de l'Office européen des brevets, l'adhésion de la Communauté à la convention de Munich, ainsi que la coordination future des évolutions correspondantes du règlement et de la convention. De plus, la convention de Munich ne permet pas à l'Office d'assumer ces fonctions, de sorte qu'elle doit être modifiée [41].

39 — COM (2003) 828 final.

40 — Première directive du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1).

41 — Point 2.3 de la proposition de règlement sur le brevet communautaire.

52. Il paraît difficile de déterminer, dans ce cadre, s'il serait injuste de reprocher à la Communauté de n'avoir pas mené à bien ses projets, surtout dans une procédure soumise à la règle de l'unanimité [42]. L'auteur qui a écrit à propos des accords mixtes que, lorsque la compétence s'érige en critère pour déterminer la juridiction, elle la transforme en otage de sa complexité n'a sans doute pas tort [43]. Avec l'augmentation graduelle des compétences partagées dans les domaines nombreux et divers qui se «communautarisent», on prédit une avalanche de questions à la Cour pour qu'elle se prononce sur sa propre capacité à cet égard sans pouvoir, à chaque reprise, éluder l'examen de la législation communautaire pertinente.

53. En somme, en appliquant au pied de la lettre la jurisprudence précitée, on pourrait conclure que la Cour n'est pas compétente en l'absence de dispositions communautaires; on pourrait cependant aussi considérer, comme le suggère la Commission, qu'elle l'est, pourvu que l'on conçoive la propriété intellectuelle comme un secteur unique, complété par les marques, les modèles et les autres types de droits visés par l'accord ADPIC, dans lequel il y a des carences législatives communautaires, comme en ce qui concerne la durée de la protection accordée en vertu des brevets d'invention, ce qui, selon l'arrêt Étang de Berre, n'affecte pas pour autant le pouvoir d'interprétation de la Cour.

42 — Le projet de règlement sur le brevet communautaire a été présenté sur la base de l'article 308 CE, qui nécessite l'unanimité au Conseil. Lors de l'audience, la Commission, interrogée sur la raison de l'échec du projet au Conseil, a évoqué le régime linguistique comme le principal obstacle à son approbation.

43 — Eeckhout, P., op. cit., p. 237.

2. Proposition alternative

54. Devant les difficultés de la jurisprudence évoquée, dans lesquelles la Cour s'est elle-même empêtrée, je préfère défendre une thèse qui permette de dépasser la position si fermement ancrée et m'attacher à une mission rénovatrice au nom de l'intérêt du droit communautaire en défendant l'idée que la Cour dispose d'une compétence globale pour interpréter l'accord ADPIC pour les raisons suivantes.

55. En premier lieu, il faut accorder une plus grande attention que cela n'a été le cas jusqu'à présent au fait que les accords OMC s'inscrivent dans le contexte du droit international, dans lequel les conventions sont ratifiées avec l'intention de les respecter de bonne foi. Il faut souligner de la même façon la mutation qu'a connue le GATT, affaiblissant son caractère «contractuel» initial, pour le transformer en un cadre pratiquement «constitutionnel» pour le commerce mondial en l'alignant complètement sur les standards des traités internationaux conformément à la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [44] (ci-après la «convention de Vienne»). Il serait donc opportun de conserver le point de départ des arrêts Haegeman et Demirel, précités,

44 — En vigueur depuis le 27 janvier 1980 [UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331]. Pescatore, P., «Opinion 1/94 on 'conclusion' of the WTO Agreement: is there an escape from a programmed disaster?», dans *Common Market Law Review*, volume 36, 1999, p. 400.

dans le cas des accords mixtes pour considérer qu'ils sont intégrés à l'ordre juridique communautaire.

56. En deuxième lieu, les conventions conclues conjointement par la Communauté et les États membres révèlent l'objectif commun qu'ils poursuivent et qui les oblige face aux pays tiers qui en sont parties; le principe de loyauté inscrit à l'article 10 CE oblige les États membres à coopérer non seulement durant les phases de négociations et de signature de ces accords, mais aussi dans celle de leur exécution [45], ce qui doit être lu conformément à l'obligation d'assurer l'effet utile du droit communautaire, non seulement dans le domaine législatif, mais aussi au niveau exécutif et judiciaire [46].

57. En troisième lieu, la meilleure façon de respecter les conventions internationales avec des tiers et de parvenir à la nécessaire harmonie dans l'interprétation des accords mixtes consiste à garantir leur interprétation uniforme, idée que confirment les liens qui peuvent exister entre les dispositions de l'accord, comme l'a soutenu l'avocat général Tesauro [47]; dans cette droite ligne, la Cour serait le seul organe capable d'assumer cette mission, toujours avec l'aide inestimable des juges nationaux au travers du mécanisme préjudiciel de l'article 234 CE. De plus, cette sensibilité pour l'harmonie dans l'interprétation du droit communautaire se retrouve dans l'avis 1/91 relatif à l'accord sur l'Espace économique européen, qui a renforcé la thèse selon laquelle il ne faut pas disperser le pouvoir d'interprétation des textes communautaires, ce qui constitue une garantie de sa cohérence [48].

58. En quatrième lieu, le fait que la Cour considère qu'elle a le pouvoir d'examiner les accords mixtes et, en particulier, l'accord ADPIC n'aurait pas pour effet de transférer à la Communauté les compétences législatives nationales, pas plus que celles qui reviennent aux États membres en raison de l'absence d'intervention des institutions communautaires. Au contraire, en bénéficiant d'une interprétation uniforme contraignante pour tous, même dans les domaines où la Communauté n'a pas adopté de mesures, les États membres pourraient se conformer plus facilement à l'article 10 CE en faisant usage de ces prérogatives.

59. En cinquième et dernier lieu, la situation générée par la jurisprudence actuelle sur les accords mixtes surprend, puisque nier à la Cour le pouvoir d'analyser un accord de cette nature qui a été ratifié par la Communauté tant qu'aucune législation n'a été adoptée sur certaines matières est tout aussi

45 — Avis 1/94, précité, point 108.

46 — Kahl, W., «Artikel 10», dans Callies, Ch., Ruffert, M., op. cit., p. 451 et suiv.

47 — Points 20 et 21 des conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Hermès, précitée.

48 — Avis rendu le 14 décembre 1991 en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE (avis 1/91, Rec. p. I-6079, points 43 à 45).

illogique que le serait l'interdiction faite à un organe juridictionnel national d'interpréter une loi-cadre jusqu'à ce que les autorités auxquelles est déléguée la fonction normative l'aient exercée.

60. Ainsi, la Cour devrait donc être consciente des déficiences de sa jurisprudence et tenter de mettre fin à la sempiternelle angoisse relative à son pouvoir d'apprécier les accords mixtes en osant changer de cap et en assumant ses responsabilités, à la fois pour reformuler sa jurisprudence et l'adapter aux principes fondamentaux du droit international et pour lui donner la sécurité juridique réclamée par les opérateurs institutionnels au niveau intracommunautaire. L'arrêt Dior e.a., précité, a déjà fait un pas dans cette direction, la Cour ayant intégré à son raisonnement la référence à l'article 10 CE, mais ayant commis l'erreur de ne pas lui accorder la portée que je propose.

61. À la lumière de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus, je me permets de suggérer à la Cour de se déclarer compétente pour interpréter l'accord ADPIC et, par conséquent, son article 33.

C — Sur l'effet direct de l'article 33 de l'accord ADPIC

62. Si, dans la partition des problèmes juridiques liés aux relations extérieures de la Communauté, l'interprétation des accords mixtes est devenue une ritournelle, l'effet utile constitue la partie vocale qui est indissolublement liée, de sorte que l'une ne se présente jamais sans l'autre. La comparaison n'est pas gratuite parce que, comme nous le verrons ci-dessous, les arguments de la jurisprudence communautaire révèlent d'importantes coïncidences méthodologiques.

63. La formulation de la question du Supremo Tribunal de Justiça suscite des malentendus et semble faire allusion à la fois à l'effet direct et à la possibilité d'invoquer les dispositions des accords OMC par les parties dans les litiges pendants devant les juridictions nationales, mais la lecture de la décision de renvoi et les observations déposées dans la présente procédure mettent l'accent sur l'applicabilité directe immédiate de l'article 33 de l'accord ADPIC.

64. Il convient donc de commencer par aborder les hypothèses à la base de la jurisprudence de la Cour pour déduire la réponse pertinente, en la modulant en fonction de certaines réflexions.

1. La réponse d'après la jurisprudence de la Cour

a) De Hermès à Van Parys

65. Dans son arrêt Demirel, la Cour a considéré qu'une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec des pays tiers est d'application directe lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution, à l'intervention d'aucun acte ultérieur [49].

66. Bien que l'arrêt Hermès ne se prononce pas sur cet aspect, l'avocat général Tesauro se montre enclin à accepter l'effet direct des accords OMC en se fondant sur la circonstance que les réticences de la Cour sur le GATT ont été dépassées par l'accord qui lui a succédé [50]. Il précise néanmoins que l'accord ADPIC peut être invoqué par les particuliers «relativement aux dispositions qui le permettent», ce qui rappelle l'arrêt Demirel reproduit au point précédent, puisque «ce qui compte [...] est de savoir si la disposition en question est en soi propre à être appliquée, ce qui se vérifie à chaque fois *qu'elle ne nécessite aucun acte ultérieur pour pouvoir produire ses effets*» [51].

67. La Cour a exposé son opinion dans l'affaire Portugal/Conseil [52], dont les circonstances de fait étaient étrangères à l'accord ADPIC dans la mesure où ce qui faisait l'objet du recours, c'est la validité de deux traités, l'un avec la République de l'Inde et l'autre avec la République islamique du Pakistan, sur l'accès au marché des produits textiles, l'État membre requérant alléguant que la décision relative à la signature de ces traités était illégale [53], parce qu'elle méconnaissait les règles et les principes fondamentaux de l'OMC.

68. L'arrêt a donné lieu à une abondante doctrine, en majorité très critique [54]; je vais l'exposer sommairement pour ne pas allonger les présentes conclusions. Ainsi, bien qu'elle reconnaisse que les accords OMC comportent des différences notables par rapport aux dispositions du GATT de 1947, notamment en raison du renforcement du régime de sauvegarde et du mécanisme de règlement des différends [55], la Cour a souli-

49 — Arrêt précité à la note 7, point 14.

50 — Conclusions présentées dans l'affaire Hermès, précitée à la note 17, point 30, deuxième alinéa.

51 — Ibidem, point 37, je mets en italique.

52 — Arrêt du 23 novembre 1999 (C-149/96, Rec. p. I-8395, points 42 à 47).

53 — Décision 96/386/CE du Conseil, du 26 février 1996, relative à la conclusion des mémorandums d'accord entre la Communauté européenne et la République islamique du Pakistan et entre la Communauté européenne et la République de l'Inde concernant des arrangements dans le domaine de l'accès au marché des produits textiles (JO L 153, p. 47).

54 — Elle a été parfaitement résumée dans Cebada Romero, A., op. cit., paragraphe 467 et suiv.

55 — Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (annexe 2 de l'accord OMC).

gné le rôle de négociateur des États pour déduire qu'accepter l'effet direct de ce traité aurait pour conséquence de priver les organes législatifs ou exécutifs des parties contractantes de la possibilité, offerte par l'article 22 dudit mémorandum, de trouver, fût-ce à titre temporaire, des solutions négociées [56].

69. La Cour a ajouté que la finalité des accords OMC n'est pas de déterminer les moyens de droit propres à assurer leur exécution de bonne foi dans l'ordre juridique interne des parties contractantes [57], de sorte que les normes de ces accords ne servent pas à contrôler la légalité des actes des institutions de l'Union [58].

70. Elle a cependant évoqué deux cas dans lesquels elle avait reconnu l'effet direct aux dispositions du GATT, à savoir lorsque la Communauté se propose de respecter une obligation assumée dans le cadre de l'OMC (affaire Fediol/Commission [59]) ou lorsque l'acte communautaire renvoie expressément aux accords OMC (affaire Nakajima/Conseil [60]), hypothèses dans lesquelles il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles de l'OMC et qui représentent les deux seules exceptions à la règle générale, comme cela ressort de l'arrêt Van Parys [61].

71. Dans ce dernier arrêt, la négation de l'effet direct des dispositions de l'OMC revêt un aspect absolu, dans la mesure où la Cour a interdit d'invoquer devant une juridiction d'un État membre l'incompatibilité d'une réglementation communautaire avec certaines règles de l'OMC, même lorsque l'Organe de règlement des différends [62] s'est prononcé dans le sens de l'incompatibilité [63]. On aurait pu méconnaître le principe pacta sunt servanda, inscrit à l'article 26 de la convention de Vienne [64], pour ignorer les décisions d'un organe dont les pouvoirs ont été acceptés par la Communauté lorsqu'elle a signé les accords OMC; par ailleurs, l'arrêt Van Parys surprend néanmoins, parce que la Cour a toujours veillé à ce que ses arrêts soient respectés à tous les niveaux nationaux, dans les domaines administratif, législatif ou judiciaire.

b) Les séquelles de l'arrêt Dior e.a.

72. À la différence de l'arrêt Hermès, l'arrêt Dior e.a. n'a pas éludé les questions des

56 — Arrêt Portugal/Conseil, précité à la note 52, points 36 à 40.

57 — Ibidem, point 41.

58 — Ibidem, point 47.

59 — Arrêt du 22 juin 1989 (70/87, Rec. p. 1781, points 19 à 22).

60 — Arrêt du 7 mai 1991 (C-69/89, Rec. p. I-2069, point 31).

61 — Arrêt du 1er mars 2005 (C-377/02, Rec. p. I-1465, points 39 et 40).

62 — Prévu à l'article 2, paragraphe 1, du mémorandum d'accord précité.

63 — Arrêt Van Parys, précité à la note 61, point 54.

64 — Laget-Annamayer, A., «Le Statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire: en attendant la consécration de l'invocabilité», dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 42 (2), avril/juin 2006, p. 281 et suiv.

juridictions néerlandaises sur l'effet juridique direct de l'accord ADPIC. La Cour ne s'est cependant pas prononcée dans le sens proposé par l'avocat général Tesauro dans l'affaire Hermès, mais elle a maintenu sa position sur la répartition des compétences entre les États membres et la Communauté.

73. À l'instar de ce qu'elle avait déclaré au point 14 de l'arrêt Demirel, précité, et après avoir rappelé que les particuliers ne peuvent pas invoquer les dispositions de l'OMC devant les tribunaux nationaux (arrêt Portugal/Conseil), elle a distingué les domaines régis par le droit européen de ceux dans lesquels la Communauté n'a pas encore exercé ses pouvoirs [65]. Dans les premiers cités, elle a répété qu'il fallait interpréter l'accord ADPIC à la lumière de son texte et de sa finalité [66]; dans le cas des deuxièmes, elle a estimé que, n'étant pas régis par le droit communautaire, celui-ci «ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un État membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement» sur l'accord ADPIC.

74. En somme, conformément à cette jurisprudence, la compétence communautaire ou nationale pour appliquer la disposition concrète et décider à qui il incombe d'apprécier l'invocabilité retrouve son sens. En transposant cette idée au présent cas d'espèce, il serait opportun de souligner que, si l'article 33 de l'accord ADPIC était rangé parmi les matières communautaires, le pouvoir de porter cette appréciation reviendrait à la Cour et que, s'il relevait des attributions nationales, les juridictions des États membres seraient alors compétentes [67].

75. Comme dans le cas de la première question, cette approche de la Cour, qui se concentre sur les compétences respectives de la Communauté et de ses États membres, ne me convainc pas non plus, étant donné qu'elle contraint une nouvelle fois à examiner si l'Union a fait usage de ses attributions de façon suffisante; c'est ainsi que resurgissent le manque de prévisibilité pour les opérateurs institutionnels et le rôle excessif de la Cour qui tranche le litige en se fondant sur la répartition des compétences. Toutefois et surtout, on met en péril l'unité et la cohérence de l'interprétation du droit communautaire, en ce compris des traités internationaux auxquels sont parties les États membres avec la Communauté, ce qui semble faire appel à une autre méthodologie.

2. Proposition alternative

76. Le fil conducteur de ma thèse est très simple et il souligne la nécessité de respecter les accords internationaux de l'Union selon

65 — Arrêt Dior e.a., précité à la note 22, points 47 et 48.

66 — D'après l'arrêt Hermès, précité à la note 17, point 28.

67 — Voir aussi arrêt Schieving-Nijstad e.a., précité à la note 21, points 51 à 55.

le principe de bonne foi qui doit toujours présider et à l'intervention des États, mais aussi à celle des organisations qui opèrent dans l'ordre mondial, et à l'interprétation des engagements qu'ils souscrivent [68], conformément aux articles 26 et 31 de la convention de Vienne.

77. Je crois ne pas me tromper en inscrivant l'arrêt Demirel dans cette même philosophie lorsque, dans son point 14 précité, il a soumis l'applicabilité directe des accords conclus par la Communauté, d'une part, à leurs termes, à leur objet et à leur nature et, d'autre part, à l'existence d'une obligation claire et précise ainsi qu'inconditionnelle. Ces deux critères successifs doivent devenir un meilleur guide dans l'examen de l'effet direct que la jurisprudence exposée ci-dessus.

78. Toutefois, tandis que persistent les thèses de l'arrêt Portugal/Conseil, qui ont été confirmées en dernier lieu dans l'arrêt Van Parys, on n'aperçoit aucune option pour abandonner le système dualiste que la Cour, se fondant sur la base juridique incertaine, a créé en ce qui concerne la réception du ius gentium et des accords OMC dans la Communauté pour se soustraire à ses devoirs [69]. Une disposition de ce type n'aura donc jamais d'effet direct dans l'Union européenne, sauf dans les cas visés dans les arrêts Fediol/Commission et Nakajima/Conseil, précités.

79. Étant donné que les arguments de la Cour relèvent davantage de la sphère politique que juridique [70], il est inutile de creuser le débat et il faut que les critiques doctrinales vaincront la résistance à accepter la position de l'avocat général Saggio; selon lui, une règle issue d'une convention internationale, en raison de son contenu clair, précis et inconditionnel, peut en principe être un critère du contrôle de légalité des actes communautaires et les particuliers peuvent uniquement l'invoquer devant les juridictions nationales lorsque cela résulte du contexte général de l'accord [71].

80. Il ne me reste plus qu'à ébaucher deux réflexions supplémentaires dans cette controverse, qui a apparemment été tranchée par une jurisprudence constante.

81. En premier lieu, si la véritable raison pour la Cour de nier l'effet direct des accords OMC trouve son origine dans son intention de ne pas interférer dans les prérogatives des

68 — Dupuy, P. M., *Droit international public*, Dalloz, 4e éd., Paris, 1998, p. 284.

69 — Pescatore, P., «Free World Trade and the European Union», dans Pérez van Kappel, A., et Heusel, W. (coordinateurs), *Free World Trade and the European Union — The Reconciliation of Interest and the Review of the Understanding on Dispute Settlement in the Framework of the World Trade Organisation*, Académie de Droit Européen, volume 28, Trèves, p. 12.

70 — Laget-Annamayer, A., op. cit., p. 278; voir aussi Cebada Romero, A., op. cit., p. 490.

71 — Conclusions présentées dans l'affaire Portugal/Conseil, précitée à la note 52, point 18.

institutions politiques communautaires lorsqu'elles agissent dans le respect de la marge de négociation que leur confère le mémorandum d'accord [72], cette approche servirait uniquement dans les domaines où il existe véritablement une possibilité de négociation.

82. Bien que le mémorandum d'accord englobe l'accord ADPIC dans les matières auxquelles il s'applique, la nature de la réglementation qu'il prétend harmoniser, à savoir les droits de propriété intellectuelle et industrielle, se concilie mal avec le mécanisme de règlement des différends, puisque, par définition, ces droits appartiennent aux individus et non aux États [73].

83. L'essence de cette annexe de l'accord OMC se distingue notablement de celle de l'accord général sur lequel la Cour a élaboré les prémisses de son raisonnement dans l'arrêt Portugal/Conseil; il est difficile de mettre sur un pied d'égalité, sans forcer les choses, des standards minimaux de protection, comme la durée des brevets, avec les règles qui, par exemple, exigent la réduction ou la suppression des tarifs douaniers pour faciliter l'accès des produits au marché. Je doute que ces différents types de règles offrent la même souplesse pour parvenir à un compromis. Il faudrait donc prêter davantage d'attention à la disposition que l'on interprète pour déterminer si l'on peut écarter son application par la négociation.

84. En deuxième lieu, l'importance que donne l'approche de la Cour au système de règlement des différents de l'OMC s'avère démesurée en ce qu'elle accorde la priorité à l'option consistant à se soustraire aux responsabilités assumées en vertu de l'accord OMC par rapport à sa valeur contraignante comme traité international multilatéral.

85. Il est vrai que cet accord n'a pas prévu de remèdes comme celui du recours en manquement de l'article 226 CE et encore moins comme celui des mesures coercitives visées à l'article 228 CE, mais cela ne permet pas de renverser les termes de la convention internationale en attribuant à la méthode de règlement des différends le rang de subterfuge légal et d'alternative à l'impératif de respect de bonne foi du droit international. On ne peut pas lui accorder cette prépondérance en dénaturant ce qui doit constituer une exception. De plus, l'issue négociée revêt toujours un caractère provisoire [74] et elle doit tendre au respect de l'accord [75], ce qui conforte la thèse de ceux qui soulignent la singularité du mécanisme de règlement des conflits.

72 — Eeckhout, P., op. cit., p. 306.

73 — Paragraphe 4 de l'exposé des motifs de l'accord ADPIC.

74 — Article 22, paragraphe 1, du mémorandum d'accord.

75 — C'est ce qui résulte de l'article 3, paragraphe 7, du mémorandum d'accord, d'après lequel «une solution mutuellement acceptable pour les parties et *compatible avec les accords visés* est nettement préférable [...]»; j'ajoute les italiques.

86. De même, bien que l'article IX de l'accord OMC accorde la compétence exclusive à la Conférence ministérielle et au Conseil général pour interpréter l'accord et les accords commerciaux multilatéraux, ce pouvoir doit être exercé à la majorité de trois quarts des membres. Compte tenu du nombre élevé de parties à l'OMC, il est difficile d'atteindre cette majorité, raison pour laquelle je ne me range pas à l'opinion de ceux qui prétendent que cette faculté de l'article IX atténue le caractère juridictionnel du mécanisme de règlement des différends[76], puisqu'il n'a jamais été utilisé à ce jour[77].

87. Les réflexions qui précèdent permettent d'éviter le premier écueil relatif à l'essence et au contexte de l'accord que l'on prétend analyser. Il suffirait donc d'interpréter l'article 33 de l'accord ADPIC pour examiner la question de son effet immédiat.

88. Étant donné que je soupçonne cependant que la proposition formulée à la lumière de la jurisprudence visée sous 1 de la section V-C des présentes conclusions manquerait d'intérêt pour le juge de renvoi qui cherche en réalité des critères d'interprétation l'aidant à identifier l'effet direct de la disposition litigieuse, il conviendrait de l'étudier dans un troisième titre qui, d'un point de vue méthodologique, doit être considéré comme étant commun aux deux autres. La logique le commande, étant donné que les deux voies portent à conclure que l'applicabilité immédiate entraîne son analyse minutieuse.

76 — Timmermans, C. W. A., «L'Uruguay Round: sa mise en œuvre par la Communauté européenne», dans *Revue du Marché Unique Européen*, nº 4/1994, p. 178.

77 — D'après des informations orales émanant de la division des affaires juridiques de l'OMC.

3. Examen de l'article 33 de l'accord ADPIC

89. Plusieurs parties ont signalé, dans les observations qu'elles ont déposées dans la présente procédure préjudicielle, que la notion litigieuse est claire en se fondant sur une lecture trop superficielle de son texte.

90. Je ne partage pas ce point de vue. L'article 33 de l'accord ADPIC comporte deux prémisses: l'une, la durée minimale de protection des brevets, qu'elle fixe à 20 ans; l'autre, la majeure, qui s'en remet au libre arbitre du législateur national.

91. La rédaction n'est pas nette et elle a entraîné son interprétation erronée. Dans son sens correct, la disposition est conçue comme un mandat pour les États signataires en vue d'adapter leur législation sur les brevets à la première prémisse en prévoyant une protection de ces droits de propriété industrielle d'une durée minimale de 20 ans

depuis la demande. En échange, la seconde prémisse leur accorde un pouvoir discrétionnaire pour fixer la durée maximale.

92. On pourrait défendre un effet direct «asymétrique» de la première prémisse pour les hypothèses comme celle du présent cas d'espèce, lorsque l'infraction résulte du fait d'avoir maintenu la portée des droits immatériels de cette nature en dessous de la limite de temps décrite à l'issue de la période transitoire autorisée par l'accord ADPIC lui-même. Il semble indiscutable que l'obligation des États remplit les conditions nécessaires à son application immédiate. Ainsi, les personnes lésées par l'inactivité régulatrice seraient en droit d'invoquer la norme litigieuse à l'encontre de l'État fautif. Cette sanction est de la sorte confortée par les développements que la Cour a consacrés à l'effet direct vertical des directives.

93. La reconnaissance d'un effet direct horizontal suscite de plus grands doutes en l'absence de limite maximale. La fin du délai de protection de ces propriétés spéciales n'a pas seulement une incidence sur leur titulaire, mais aussi, en particulier, sur les tiers et le domaine public qui représente dans cette matière l'intérêt général. Les concurrents, mais aussi les personnes chargées de la gestion adéquate de ces droits, doivent savoir quand prend fin la protection du brevet dans l'ordre juridique national.

94. Si le pouvoir législatif n'exerce pas cette faculté, il est impossible de déterminer concrètement à la simple lecture de l'article 33 le moment où prend fin le monopole légalement accordé. En particulier, décider qu'il suffit de choisir l'option minimale de 20 ans équivaudrait à s'arroger une prérogative du législateur, ce qui ne pourrait pas être opposé aux tiers.

95. Dès lors, l'article 33 de l'accord ADPIC est dépourvu d'effet direct, dans la mesure où il est subordonné au pouvoir du législateur national qui doit fixer la durée exacte de la protection accordée aux brevets conformément à son ordre juridique interne.

96. Il faut enfin ajouter que l'article 70 de l'accord ADPIC, qui concerne la protection des objets existants et a été invoqué pour défendre l'effet direct de l'article 33 précité, a pour but d'assurer aux droits existants lors de l'entrée en vigueur de l'accord ADPIC la même portée que ceux accordés en vertu des législations approuvées par les États parties en vue de mettre cet accord en œuvre. Il s'agit donc d'étendre la nouvelle protection aux anciens brevets, ce qui n'a aucun lien avec l'effet direct des dispositions nationales.

VI — Conclusion

97. Au regard des éléments qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles déférées par le Supremo Tribunal de Justiça:

«L'article 33 de l'accord sur les aspects des droits de propriété qui touchent au commerce, qui figure à l'annexe 1 C de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce, est dépourvu d'effet direct et il ne peut donc pas être invoqué devant les juridictions nationales à l'encontre d'autres particuliers, dans la mesure où il est subordonné à une intervention régulatrice ultérieure du législateur national en vue de fixer la durée exacte de la protection accordée aux brevets.»