FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 23. januar 2007 [1]

I — Indledning

1. Det er om blandede aftaler blevet anført, at de nødvendigvis er komplicerede, fordi de bidrager til at strukturere en politisk virkelighed, som også er kompliceret [2]. Med de præjudicielle spørgsmål i denne sag insisterer Supremo Tribunal de Justiça (den portugisiske højesteret) på at sætte fingeren på det ømme punkt, som denne kompleksitet udgør, og den gør det paradoksalt nok med to helt ukomplicerede spørgsmål, som er enkle at læse og forstå, men som rummer alle følelserne bag de latente stridigheder, som kommer frem i lyset igen, fordi de ikke er til at komme uden om.

2. Baggrunden for forelæggelsen er velkendt, nemlig TRIPs-aftalen, som er indeholdt i de aftaler, der blev indgået i 1994 inden for rammerne af Verdenshandelsorganisationen [3]. Det er endnu en gang Domstolens kompetence til at fortolke en konkret bestemmelse og bestemmelsens eventuelle direkte virkning, der diskuteres, men i forhold til de tidligere sager er det nyt, at forelæggelsen ikke vedrører varemærkeretten, men patentretten.

3. Der skal derfor foretages en grundig analyse af den argumentation, der er fremført inden for det førstnævnte af disse områder, med henblik på at afgøre, om det er tilstrækkeligt at tilpasse denne, om den skal justeres i videre omfang, eller om den skal fuldstændig ændres. Under alle omstændigheder skal der gøres opmærksom på de store praktiske konsekvenser af den pågældende retspraksis, som har ændret Fælles-

1 — Originalsprog: spansk.

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

3 — Aftale om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (TRIPs), der er indeholdt i bilag 1 C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, som er indgået på Fællesskabets vegne for så vidt angår de områder, der hører under dets kompetence, ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22.12.1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (EFT L 336, s. 1; TRIPs-aftalen er optrykt på s. 213 ff.).

skabets politik vedrørende dets forbindelser udadtil, således at det navnlig undgår at forhandle blandede aftaler [4].

»Beskyttelsen er gældende indtil udløbet af en periode af tyve års varighed regnet fra datoen for arkivføringen.«

II — Retsforskrifter

6. I bilagets afsnit VII vedrørende institutionelle arrangementer og afsluttende bestemmelser fastsætter artikel 70, under overskriften »Beskyttelse af eksisterende forhold«, desuden følgende:

A — *TRIPs-aftalen*

»1. Denne aftale indebærer ingen forpligtelser i forbindelse med handlinger, der er foretaget før den dato, på hvilken det pågældende medlem tager aftalen i anvendelse.

4. Med henblik på at gennemføre en delvis harmonisering på området for intellektuelle ejendomsrettigheder, fordi disse rettigheder nogle gange har betydning for den internationale samhandel, er der i TRIPs-aftalen fastsat en række bestemmelser, som finder anvendelse på de forskellige former for intellektuelle ejendomsrettigheder. I det følgende nævnes de bestemmelser, der vedrører patenter, og som er relevante for sagen her.

2. Medmindre andet er fastsat i denne aftale, medfører denne aftale forpligtelser med hensyn til alle forhold, der eksisterer den dato, på hvilken det pågældende medlem tager aftalen i anvendelse, og som er beskyttet hos det pågældende medlem den nævnte dato, eller som opfylder eller senere kommer til at opfylde kriterierne for beskyttelse i henhold til denne aftale [...].

5. Artikel 33 i denne aftale, som findes i afsnit 5 i del II om normer vedrørende de intellektuelle ejendomsrettigheders dækningsområde og anvendelse, har overskriften »Beskyttelsens varighed« og lyder således:

[...]«

4 — A. Rosas, »The European Union and mixed agreements«, i A. Dashwood, Ch. Hillion, *The General Law of E.C. External Relations*, Sweet & Maxwell, London, 2000, s. 216 ff.

B — *National ret*

7. De tidligere gældende regler for patenter i Portugal fandtes i dekret nr. 30.679 af 24. august 1940 om vedtagelsen samme år af lov om industriel ejendomsret (herefter »loven af 1940«). I henhold til denne lovs artikel 7 udløb patenter efter 15 år regnet fra datoen for meddelelsen af patentet.

8. Ved lovdekret nr. 16/95 blev der vedtaget en ny lovtekst, som har været i kraft siden den 1. juni 1995 (herefter »loven af 1995«), og som i artikel 94 bestemmer, at et patents gyldighedsperiode er 20 år fra indgivelsen af patentansøgningen.

9. For at undgå problemer med, hvilke regler der skulle gælde i overgangsperioden, blev artikel 3 i loven af 1995 imidlertid affattet som følger:

»Patenter, som er meddelt inden dette lovdekrets ikrafttræden, er gyldige i den periode, der er fastsat i artikel 7 i loven [af 1940].«

10. Artikel 3 i loven af 1995 blev senere ophævet uden tilbagevirkning ved artikel 2 i lovdekret nr. 141/96 af 23. august 1996, som har været i kraft siden den 12. september 1996. Artikel 1 i denne nationale retsakt bestemmer følgende:

»Patenter, som er meddelt inden ikrafttrædelsen af lovdekret nr. 16/95 af 24. januar 1995, og som var i kraft den 1. januar 1996 eller meddelt efter denne dato, er omfattet af artikel 94 i loven [af 1995] [...]«

11. Den nævnte artikel 94 forlængede patentbeskyttelsesperioden med fem år.

12. Den 5. marts 2003 blev den nugældende lov om industriel ejendomsret vedtaget ved lovdekret nr. 36/2003. I artikel 99 heri bestemmes følgende:

»Varighed

Patentet er gyldigt i 20 år regnet fra datoen for indgivelsen af patentansøgningen.«

III — De faktiske omstændigheder i hovedsagen

13. Merck & Co. Inc. (herefter »Merck«) er indehaver af opfinderpatent nr. 70.542 udstedt den 8. april 1981 med prioritetsvirkning fra den 11. december 1978 under betegnelsen »proces til tilvirkning af derivater af aminosyrer til blodtryksregulerende medicin« med henblik på udvikling af det kemiske stof »Enalapril« og fremstilling af »Maleato de Enalapril«. Det pågældende lægemiddel har været markedsført siden den 1. januar 1985 under varemærket Renitec.

14. Merck Sharp & Dohme L[da] (herefter »MSD«) har opnået licens til kommerciel udnyttelse af dette patent og har herved fået tilladelse til at anvende, sælge eller i enhver henseende råde over Renitec-produkter i Portugal samt ret til at forbyde tredjemand at udnytte dette patent kommercielt.

15. I 1996 lancerede Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos L[da] (herefter »Merck Genéricos«) et lægemiddel under varemærket Enalapril Merck til en væsentligt lavere pris end prisen for Renitec. Selskabet reklamerede for produktet ved henvendelser til læger og oplyste, at der var tale om det samme lægemiddel.

16. Merck og MSD anlagde sag mod Merck Genéricos med påstand om, at dette selskab blev dømt til at afholde sig fra enhver direkte eller indirekte brug (import, fremstilling, tilvirkning, ændring, pakning og salg) i Portugal eller i forbindelse med eksport af lægemidlet under varemærket Enalapril Merck, og under enhver anden handelsbetegnelse, indeholdende de aktive stoffer »Enalapril« eller »Maleato de Enalapril«, såfremt Merck og MSD ikke har givet udtrykkeligt og formelt samtykke hertil. Merck og MSD krævede også en erstatning på 32 500 000 PTE for den ikke-økonomiske og økonomiske skade, som de var blevet påført.

17. Merck Genéricos anførte til sit forsvar, at patent nr. 70.542 i henhold til overgangsbestemmelsen i artikel 3 i loven af 1995 var udløbet den 8. april 1996, hvor den periode på 15 år, der var fastsat i artikel 7 i loven af 1940, sluttede.

18. MSD gjorde under henvisning til TRIPs-aftalens artikel 33 gældende, at patentet først var udløbet den 4. december 1999.

19. Merck og MSD fik ikke medhold i første instans.

20. I anden instans gav Tribunal da Relação de Lisboa (appelretten) appellanterne medhold og dømte Merck Genéricos til at betale erstatning for den skade, som krænkelsen af patent nr. 70.542 havde forvoldt, idet

patentet, henset til TRIPs-aftalens artikel 33, som retten tillagde direkte virkning, ikke udløb den 9. april 1996, som hævdet af den appelindstævnte, men først fem år senere.

21. Merck Genéricos iværksatte kassationsanke af denne dom ved Supremo Tribunal de Justiça, hvorunder selskabet gjorde gældende, at TRIPs-aftalens artikel 33 ikke har direkte virkning.

22. Den portugisiske højesteret bemærker, at artikel 94 i loven af 1995 ganske vist har forlænget patenters gyldighedsperiode til 20 år, men denne bestemmelse finder ikke anvendelse i det foreliggende tilfælde, og patent nr. 70.542 udløb derfor den 8. april 1996 efter 15 år, som fastsat i artikel 7 i loven af 1940. En anvendelse af TRIPs-aftalens artikel 33, hvorefter patenter har en gyldighedsperiode på mindst 20 år, vil således føre til, at MSD skal gives medhold.

23. Supremo Tribunal er af den opfattelse, at henset til de principper, der i portugisisk ret gælder for fortolkningen af internationale traktater, har TRIPs-aftalens artikel 33 direkte virkning og kan påberåbes af en privat part i en tvist.

24. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt den praksis vedrørende TRIPs-aftalen, som Fællesskabets retsinstanser har fastlagt på varemærkeområdet, også kan anvendes på det patentretlige område, både hvad angår det materielle aspekt og hvad angår Domstolens fortolkningskompetence, og den har derfor udsat sagen og forelagt følgende præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 234 EF:

»1) Har De Europæiske Fællesskabers Domstol kompetence til at fortolke TRIPs-aftalens artikel 33?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, skal de nationale retter da i de for dem verserende sager anvende førnævnte bestemmelse ex officio eller på begæring af en af parterne?«

IV — Retsforhandlingerne for Domstolen

25. Forelæggelseskendelsen blev registreret på Domstolens Justitskontor den 5. december 2005.

26. Der er inden for den frist, der er fastsat i artikel 23 i Domstolens statut, indgivet skriftlige indlæg af Merck og MSD (i fællesskab), af Merck Genéricos, af den portugisiske og den franske regering samt af Kommissionen.

27. Under retsmødet, der blev afholdt den 28. november 2006, afgav repræsentanterne for parterne i hovedsagen, den franske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen mundtlige indlæg.

V — Gennemgang af de præjudicielle spørgsmål

A — *Problemstillingen*

28. Den forelæggende ret ønsker med sit første spørgsmål oplyst, om Domstolen har kompetence til at fortolke TRIPs-aftalen og særligt artikel 33 heri.

29. Merck og MSD har under henvisning til fast retspraksis [5] i deres skriftlige indlæg anført, at en besvarelse af dette spørgsmål ikke er objektivt nødvendig for at afgøre tvisten i hovedsagen. De drager dog tilsyneladende ikke spørgsmålets antagelighed i tvivl, idet de blot anfører, at det ikke er nødvendigt at besvare det.

30. Denne opfattelse ville — delvist — kunne tiltrædes, idet det ikke er nødvendigt at behandle spørgsmålet som sådant, dog ikke af den grund, som de to selskaber har anført, men fordi Domstolen ex officio skal efterprøve sin kompetence i sager vedrørende blandede internationale aftaler.

31. Som det vil fremgå af undersøgelsen på et senere sted af Fællesskabets retspraksis, vil kompetencen desuden tilfalde den portugisiske højesteret, såfremt Domstolen erklærer, at den ikke er kompetent.

32. Det første præjudicielle spørgsmål skal derfor ikke undersøges for at give den forelæggende ret et svar, men med henblik på en prøvelse ex officio af Domstolens kompetence.

5 — Dom af 17.5.1994, sag C-18/93, Corsica Ferries, Sml. I, s. 1783, præmis 14, af 5.10.1995, sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Sml. I, s. 2883, præmis 45, af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 27, og af 9.10.1997, sag C-291/96, Grado og Bashir, Sml. I, s. 5531, præmis 12.

B — *Om Domstolens kompetence til at fortolke TRIPs-aftalen*

33. Domstolens kompetence til at fortolke blandede internationale traktater, dvs. traktater, der berører områder, hvor Fællesskabet og medlemsstaterne deler kompetencen, er allerede tidligere blevet undersøgt, og der foreligger en omfattende retspraksis. Denne praksis er imidlertid alt andet end ligetil, og dens udvikling har fulgt en lang og snoet vej, hvis komplicerede linjeføring nok skal rettes lidt ud, hvis de rådvilde rejsende skal kunne følge den.

1. Svaret ifølge Domstolens praksis

a) Oprindelig retspraksis

34. Retspraksis starter med Haegeman-dommen [6], som blev bekræftet ved Demirel-dommen [7]. Domstolen har siden da haft kompetence til at fortolke sådanne blandede traktater, idet de anses for at være retsakter, der er godkendt af Fællesskabets institutioner [8]. Blandede aftaler omfattes også af Domstolens fortolkningskompetence i kraft af paralleliteten med Fællesskabets beføjelser, som udtryk for det grundlæggende fællesskabsretlige princip om, at Fællesskabet handler inden for rammerne af de beføjelser, der er tillagt det; dette princip er fastsat i artikel 5 EF og afspejlet i affattelsen af artikel 220 EF [9].

35. Domstolen fastslog i Demirel-dommen [10], at blandede aftaler har samme status i fællesskabsretten som rent fællesskabsretlige aftaler, når der er tale om områder, der henhører under Fællesskabets kompetence [11]. Denne dom vedrørte ganske vist associeringsaftalen med Tyrkiet [12], som blev anset for fuldt ud at være omfattet af EF-traktaten, men dette ændrer ikke ved den generelle karakter af Domstolens udtalelse [13].

36. Hvad angår spørgsmålet i den foreliggende sag skal det bemærkes, at Domstolen flere gange er blevet anmodet om at fortolke

6 — Dom af 30.4.1974, sag 181/73, Sml. s. 449.

7 — Dom af 30.9.1987, sag 12/86, Sml. s. 3719, præmis 7.

8 — Haegeman-dommen, præmis 4-6.

9 — B. Wegener, »Artikel 220«, i Ch. Callies og M. Ruffert, *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Luchterhand, anden ændrede og udvidede udgave, Neuwied/Kriftel, 2002, s. 1991, punkt 17.

10 — Præmis 9.

11 — Dette er bekræftet i bl.a. dom af 19.3.2002, sag C-13/00, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 2943, præmis 14.

12 — Aftale om oprettelse af en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet, som blev undertegnet den 12.9.1963 i Ankara, og som blev godkendt på Fællesskabets vegne ved Rådets afgørelse af 23.12.1963 (Samling af Aftaler indgået af De Europæiske Fællesskaber, bind 3, s. 541).

13 — Jf. retspraksis i henhold til dom af 26.10.1982, sag 104/81, Kupferberg, Sml. s. 3641, præmis 13.

TRIPs-aftalen. Man skal dog ikke glemme udtalelse 1/94 [14], afgivet efter anmodning fra Kommissionen med henblik på en afklaring af rækkevidden af Fællesskabets kompetence til at indgå alle dele af overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen (herefter »WTO«). Udtalelsen vedrørte dog ikke Domstolens beføjelser.

37. Ved undersøgelsen af, om Fællesskabets kompetence havde karakter af en enekompetence eller en delt kompetence, tog Domstolen udgangspunkt i AETR-dommen [15] og udtalte, at en forudsætning for Fællesskabets kompetence var, at der fandtes bestemmelser i afledt ret vedtaget af fællesskabsinstitutionerne, som ville kunne blive berørt, hvis medlemsstaterne deltog i TRIPs-aftalen. Det blev i udtalelsen anført, at der på det pågældende tidspunkt kun var gennemført en delvis harmonisering af de intellektuelle ejendomsrettigheder, som er omfattet af bilag C til WTO-overenskomsten, og — af relevans i forhold til den nu verserende hovedsag — at der ikke var vedtaget fællesskabsregler om patenter [16].

38. Der blev således indledt en retspraksis, som gjorde forekomsten af fællesskabsbestemmelser til det afgørende kriterium for Domstolens kompetence til at fortolke blandede internationale overenskomster.

14 — Udtalelse af 15.11.1994 i henhold til EF-traktatens artikel 228, stk. 6 (efter ændring nu artikel 300 EF) (udtalelse 1/94, Sml. I, s. 5267).

15 — Dom af 31.3.1971, sag 22/70, Kommissionen mod Rådet, Sml. 1971, s. 41, org.ref.: Rec. s. 263.

16 — Præmis 103 i udtalelse 1/94.

b) Afgørelser vedrørende TRIPs-aftalen

39. Ovennævnte retspraksis blev senere bekræftet i Hermès-dommen [17]. I denne dom udledte Domstolen af artikel 99 i forordningen om EF-varemærker [18], som var trådt i kraft en måned inden undertegnelsen af slutakten og WTO-overenskomsten [19], at Fællesskabets kompetence, som fulgte af denne industrielle ejendomsrettigheds enhedskarakter, medførte, at den var omfattet af den retlige beskyttelse, som er omhandlet i TRIPs-aftalens artikel 50; Domstolen fastslog følgelig, at den havde kompetence til at fortolke denne bestemmelse [20].

40. Det gav anledning til kritik, at den tvist, som lå til grund for det præjudicielle spørgsmål i Hermès-sagen, vedrørte et Benelux-varemærke og ikke et EF-varemærke, og at artikel 99 i forordning nr. 40/94 under alle omstændigheder henviser til national ret [21]. Domstolen bekræftede imidlertid sin opfattelse i dommen i sagen Dior m.fl. [22], hvori den i præmis 39 fastslog, at dens kompetence

17 — Dom af 16.6.1998, sag C-53/96, Sml. I, s. 3603.

18 — Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 (EFT 1994 L 11, s. 1).

19 — Hermès-dommen, præmis 25.

20 — Præmis 26-29.

21 — Generaladvokat Jacobs udtaler sig herom i sit forslag til afgørelse i sagen Schieving-Nijstad m.fl. (dom af 13.9.2001, sag C-89/99, Sml. I, s. 5851), punkt 40. Jf. også J. Heliskoski, »The jurisdiction of the European Court of Justice to give preliminary rulings on the interpretation of mixed agreements« *Nordic Journal of International Law*, bind 69, nr. 4/2000, s. 402 ff., og A. Cebada Romero, *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2002, s. 358.

22 — Dom af 14.12.2000, forenede sager C-300/98 og C-392/98, Sml. I, s. 11307.

til at fortolke TRIPs-aftalens artikel 50 foruden varemærkerettigheder også omfattede de øvrige intellektuelle ejendomsrettigheder.

41. Domstolens argumentation gik navnlig på, at da TRIPs-aftalens artikel 50 er en processuel bestemmelse, som skal anvendes på samme måde i alle situationer inden for sit anvendelsesområde, og som både kan finde anvendelse på situationer henhørende under national ret og på situationer henhørende under fællesskabsretten, indebærer samarbejdsforpligtelsen (i artikel 10 EF) både af praktiske og af retlige grunde et krav om, at medlemsstaternes og Fællesskabets instanser anlægger en ensartet fortolkning af bestemmelsen [23].

42. Som en naturlig følge af forpligtelsen til loyalt samarbejde opstod der således et behov for en sådan *ensartet fortolkning*. Dette er et af de centrale synspunkter, som generaladvokat Tesauro giver udtryk for i sit forslag til afgørelse i Hermès-sagen, men som ikke blev taget op i dommen, og hvormed han begrunder, at Domstolen er kompetent til at fortolke blandede aftaler som TRIPs-aftalen [24]. Jeg skal vende tilbage til denne opfattelse senere.

43. Domstolen ophøjede imidlertid ikke, som generaladvokaten, dette hensyn til at være et »grundlæggende krav«, således at den ville kunne optræde som enegarant for den rette fortolkning af blandede aftaler indgået af Fællesskabet, men nøjedes med at udlede af argumentet, at den havde kompetence til at fortolke TRIPs-aftalens artikel 50, hvilket den allerede havde fastslået i Hermès-dommen, dog uden at anvende dette argument. Spørgsmålet er derfor, hvor stor en betydning man skal tillægge henvisningen til artikel 10 EF i dommen i sagen Dior m.fl., når Domstolen anvendte den samme argumentation som i Hermès-dommen [25] og udledte sin kompetence til at fortolke blandede internationale traktater af forekomsten af fællesskabsbestemmelser på området.

c) Nuancering

44. I retspraksis er denne tankegang blevet bekræftet i dommen i sagen Kommissionen mod Irland [26] vedrørende tiltrædelsen af Bernerkonventionen [27] hvad angår immaterialrettigheder. Der var tale om en traktatbrudssag, og Domstolen anvendte her en identisk metode til afgrænsning af Fællesskabets beføjelser. Også den såkaldte Étang de Berre-dom [28] og den nyere dom vedrø-

23 — Dommen i sagen Dior m.fl., præmis 37.

24 — Fremsat den 13.11.1997 (Sml. 1998 I, på s. 3606).

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

26 — Dom af 19.3.2002, sag C-13/00, Sml. I, s. 2943, især præmis 15-20.

27 — Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (Paris-akten af 24.7.1971).

28 — Dom af 7.10.2004, sag C-239/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 9325.

rende MOX-anlægget [29] lægger sig på linje med Hermès-dommen, idet Domstolens kompetence knyttes sammen med tilstedeværelsen af fællesskabsretsakter.

45. I Étang de Berre-dommen foretog Domstolen dog en lille nuancering ved at fastslå, at det forhold, at et konkret emne inden for et område, som i vidt omfang er omfattet af fællesskabslovgivningen, ikke er gjort til genstand for en fællesskabsregulering, ikke er til hinder for, at dette emne også henhører under Fællesskabets kompetence [30]. I dommen vedrørende MOX-anlægget henviste Domstolen direkte til Étang de Berre-dommen [31] og bekræftede således den vigtige undtagelse, som den havde indført vedrørende den syllogisme, ved hjælp af hvilken den udleder sin fortolkningskompetence.

46. Hvis undersøgelsen af, om Domstolen har kompetence til at fortolke blandede aftaler, og nærmere bestemt TRIPs-aftalen hvad angår patenter, foretages på grundlag af den nuværende retspraksis, skal det derfor undersøges, om der findes fællesskabslovgivning inden for denne gren af den industrielle ejendomsret, samtidig med at der tages hensyn til den nævnte »fleksibilitetsklausul« i Étang de Berre-dommen.

d) Anvendelse af retspraksis i den foreliggende sag

47. I denne forbindelse er listen over fællesskabsforanstaltninger, som Kommissionen har fremlagt i sit skriftlige indlæg, relevant. Denne liste omfatter forordning (EØF) nr. 1768/92 om indførelse af et supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler [32], forordning (EF) nr. 2100/94 om EF-sortsbeskyttelse [33], forordning (EF) nr. 1610/96 om indførelse af et supplerende beskyttelsescertifikat for plantebeskyttelsesmidler [34], direktiv 98/44/EF om retlig beskyttelse af bioteknologiske opfindelser [35], forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om tvangslicens til udnyttelse af patenter vedrørende fremstilling af farmaceutiske produkter med henblik på eksport til lande med folkesundhedsproblemer [36], forslag til Rådets forordning om EF-patenter [37] samt forslag til Rådets afgørelse om tildeling af kompetence til Domstolen til at afgøre tvister om EF-patenter [38] og forslag til Rådets afgørelse om

29 — Dom af 30.5.2006, sag C-459/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 4635.

30 — Étang de Berre-dommen, præmis 29 og 30. Sagen vedrørte ferskvands- og slamudledning i havmiljøet; der var ikke vedtaget fællesskabsbestemmelser vedrørende sådanne udledninger, men der fandtes imidlertid en omfattende harmoniseret lovgivning på miljøområdet.

31 — Dommens præmis 95.

32 — Rådets forordning af 18.6.1992, EFT L 182, s. 1.

33 — Rådets forordning af 27.7.1994, EFT L 227, s. 1.

34 — Europa-Parlamentet og Rådets forordning af 23.7.1996, EFT L 198, s. 30.

35 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 6.7.1998, EFT L 213, s. 13.

36 — KOM(2004) 737 endelig og SEK(2004) 1348.

37 — KOM(2000) 412 endelig, EFT C 337 E, s. 278.

38 — KOM(2003) 827 endelig.

oprettelse af EF-Patentretten og om appel til Retten i Første Instans [39].

48. Til forskel fra hvad der gælder på varemærkerettens område, hvor man har vedtaget både direktiv 89/104/EØF [40] og forordning nr. 40/94 om EF-varemærker, giver fællesskabsbestemmelserne på patentområdet langt fra et klart svar på spørgsmålet om Domstolens eventuelle kompetence til at fortolke TRIPs-aftalen. Nogle af de retsakter, som er opregnet i punktet ovenfor, som f.eks. forordningen om sortsbeskyttelse, vedrører slet ikke patentbeskyttelse, hvilket Kommissionen også har medgivet. Andre er strandet i den forberedende fase og er ikke blevet vedtaget.

49. Der findes ikke harmoniseringsforskrifter, og indførelsen af et EF-patent er stødt på uovervindelig modstand i Rådet. På dette trin bringer den retspraksis, som blev fastlagt ved Hermès-dommen og nuanceret ved Étang de Berre-dommen, og hvorefter der skal foreligge gældende bestemmelser, os således ikke videre, men umiddelbart opstår spørgsmålet om, efter hvilke kriterier det afgøres, om lovgivningsaktiviteten er tilstrækkelig til, at Fællesskabet — og dermed Domstolen — kan anses for at have kompetence.

50. I denne præjudicielle forelæggelse er udøvelsen af de beføjelser, som er tildelt Fællesskabet, ikke omtvistet, og dette gælder både beføjelserne i medfør af artikel 95 EF, herunder også vedrørende de forskellige former for immaterialrettigheder inden for det indre marked, og de beføjelser, der følger af artikel 308 EF, f.eks. til at indføre EF-patentet — et projekt, som ikke lykkedes. Det skal i denne forbindelse understreges, at det er meget indviklet og vanskeligt for Fællesskabet at udnytte sine beføjelser.

51. Ved konventionen om meddelelse af europæiske patenter af 1973 (herefter »München-konventionen«), som medlemsstaterne efterhånden har tiltrådt, blev der således skabt et fælleseuropæisk instrument, som eksisterer side om side med de nationale bestemmelser. Med forslaget til en forordning om EF-patenter forsøgte man at opnå en symbiose mellem EF-systemet og det mellemstatslige system, hvilket kræver vedtagelse af forordningen om EF-patenter, passende hensyntagen til München-konventionen og Den Europæiske Patentmyndigheds status, Fællesskabets tiltrædelse af München-konventionen og en fremtidig koordinering af ændringer i forordningen og konventionen. Desuden tillader München-konventionen ikke Den Europæiske Patentmyndighed at overtage disse funktioner, og konventionen må derfor ændres [41].

39 — KOM(2003) 828 endelig.

40 — Rådets første direktiv af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, EFT 1989 L 40, s. 1.

41 — Punkt 2.3 i forslaget til forordning om EF-patenter.

52. Det er svært at afgøre, om det på denne baggrund vil være urimeligt at laste Fællesskabet for ikke at have haft succes med sine projekter, især når der er tale om en procedure, som kræver enstemmighed [42]. Det er måske med rette, at en forfatter har skrevet om blandede aftaler, at når Fællesskabets beføjelser gøres til kriterium for den retlige kompetence, bliver denne et gidsel af deres kompleksitet [43]. Med den gradvise udvidelse af delte kompetencer inden for de mange og forskellige områder, som bliver lagt ind under Fællesskabet, må man forvente en lavine af spørgsmål til Domstolen vedrørende dens kompetence, og den kan ikke hver gang undlade at undersøge de relevante fællesskabsbestemmelser.

53. Ved en bogstavelig anvendelse af den nævnte retspraksis ville man kort sagt kunne fastslå, at Domstolen ikke har kompetence, fordi der ikke findes fællesskabsbestemmelser på området. Man kunne imidlertid også — som Kommissionen antyder — komme til det resultat, at Domstolen faktisk har kompetence, idet man betragter immaterialretten som ét enkelt område, som omfatter varemærker, mønstre og de øvrige former for ejendomsrettigheder, som er omhandlet i TRIPs-aftalen, og hvor der på visse punkter ikke er vedtaget fællesskabsbestemmelser, som f.eks. hvad angår varigheden af patentbeskyttelsen; sådanne manglende bestemmelser er ifølge Étang de Berre-dommen ikke til hinder for Domstolens fortolkningskompetence.

2. Alternativt forslag

54. I lyset af de problemer, som Domstolen har skabt for sig selv med ovennævnte retspraksis, vil jeg gerne gøre mig til talsmand for en anskuelse, som vil kunne træde i stedet for den så fast forankrede opfattelse, og — i Fællesskabets interesse — indlede en fornyelse. Ifølge denne anskuelse har Domstolen en overordnet kompetence til at fortolke TRIPs-aftalen af de nedenfor anførte grunde.

55. For det første skal der — i større grad, end det hidtil er sket — lægges vægt på det forhold, at WTO-aftalerne hører til folkeretten, på hvis område traktater indgås på grundlag af et princip om opfyldelse i god tro. Der skal også gøres opmærksom på den forandring, som GATT-aftalen har undergået; den »kontraktlige« karakter, som denne aftale oprindeligt havde, er blevet svækket, og den udgør nu en næsten »konstitutionel« ramme for verdenshandelen, idet den fuldt ud er i overensstemmelse med de standarder for internationale traktater, som gælder ifølge Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatretten (herefter »Wienerkonventionen«) [44]. Det ville derfor være hensigtsmæssigt fortsat at gå ud fra udgangspunktet i Haegemann-dommen og Demirel-dommen

42 — Forslaget til forordning om EF-patenter blev fremsat på grundlag af artikel 308 EF, som kræver enstemmighed i Rådet. Under retsmødet henviste Kommissionen som svar på et spørgsmål om årsagerne til, at forslaget ikke kunne samle enighed i Rådet, til sprogordningen som den vigtigste forhindring.

43 — P. Eeckhout, nævnt i fodnote 25, s. 237.

44 — I kraft siden den 27.1.1980 (U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331). P. Pescatore, »Opinion 1/94 on »conclusion« of the WTO Agreement: is there an escape from a programmed disaster?«, *Common Market Law Review*, bind 36, 1999, s. 400.

hvad angår blandede aftaler og anse sådanne aftaler for at være omfattet af fællesskabsretsordenen.

56. For det andet viser de overenskomster, som Fællesskabet og medlemsstaterne indgår i fællesskab, at de forfølger et fælles mål, som forpligter dem i forhold til tredjelande, som også er parter i overenskomsterne. Princippet om loyalt samarbejde i artikel 10 EF forpligter medlemsstaterne til at samarbejde ikke alene under forhandlings- og tiltrædelsesfasen, men også i forbindelse med opfyldelsen af en aftale [45]; dette skal ses i sammenhæng med forpligtelsen til at sikre den effektive virkning af fællesskabsretten, ikke blot på lovgivningsniveau, men også på det udøvende og det dømmende niveau [46].

57. For det tredje sikres opfyldelsen af internationale forpligtelser i forhold til tredjeparter og den nødvendige harmoni i fortolkningen af blandede aftaler bedst ved hjælp af en ensartet fortolkning — en opfattelse, som også underbygges af det forhold, at der kan være en indbyrdes sammenhæng mellem bestemmelserne i aftalen, således som generaladvokat Tesauro har anført [47]. Det eneste organ, som ville være i stand til at varetage denne opgave, er Domstolen, som altid med uvurderlig hjælp fra de nationale retter gennem den præjudicielle procedure i henhold til artikel 234 EF. Denne opmærksomhed på hensynet til en ensartet fortolkning af fællesskabsretten kom også til udtryk i udtalelse 1/91 vedrørende aftalen om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, hvori Domstolen betonede vigtigheden af ikke at sprede kompetencen til at fortolke fællesskabsbestemmelserne for at sikre sammenhængen i disse [48].

58. Hvis Domstolen anser sig for kompetent til at fortolke blandede aftaler, og herunder navnlig TRIPs-aftalen, vil det for det fjerde ikke indebære, at national lovgivningskompetence, eller beføjelser, som tilfalder medlemsstaterne, fordi fællesskabsinstitutionerne ikke har udøvet dem, overføres til Fællesskabet. En ensartet fortolkning, som er bindende for alle, også på områder, hvor Fællesskabet endnu ikke har vedtaget foranstaltninger, ville tværtimod gøre det nemmere for medlemsstaterne at overholde artikel 10 EF ved udøvelsen af deres beføjelser.

59. For det femte og sidste er det en besynderlig situation, som er opstået på grund af den nuværende retspraksis vedrørende blandede aftaler, for hvis Domstolen ikke skulle have kompetence til at undersøge en aftale af denne art, som Fællesskabet har ratificeret, så længe der ikke er vedtaget bestemmelser om visse emner, ville det være

45 — Udtalelse 1/94, præmis 108.

46 — W. Kahl, »Artikel 10«, i Ch. Callies og M. Ruffert, nævnt i fodnote 9, s. 451 ff.

47 — Punkt 20 og 21 i forslaget til afgørelse i Hermès-sagen.

48 — Udtalelse af 14.12.1991 i medfør af EØF-traktatens artikel 228, stk. 1, andet afsnit (udtalelse 1/91, Sml. I, s. 6079), præmis 43-45.

lige så ulogisk som at forbyde en national ret at fortolke en rammelov, indtil de myndigheder, som har fået delegeret den normative kompetence, har udøvet denne.

60. Domstolen bør således være opmærksom på uhensigtsmæssighederne i sin praksis og forsøge at afklare den vedvarende usikkerhed om dens kompetence til at fortolke blandede aftaler ved at vove at skifte kurs og leve op til sit ansvar, både for at få retspraksis tilbage på sporet og bragt i overensstemmelse med de grundlæggende folkeretlige principper og for at sikre, at den opfylder de retssikkerhedskrav, som de institutionelle aktører stiller inden for Fællesskabet. Domstolen har allerede taget et skridt i denne retning i dommen i sagen Dior m.fl., hvori den i sin begrundelse henviste til artikel 10 EF, men den tog fejl ved ikke at tillægge denne bestemmelse den rækkevidde, som jeg mener, den bør have.

61. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen erklærer sig kompetent til at fortolke TRIPs-aftalen og følgelig artikel 33 heri.

C — *Om den direkte virkning af TRIPs-aftalens artikel 33*

62. Hvis fortolkningen af blandede aftaler ses som ritornellen i det partitur, som udgøres af de juridiske problemer i forbindelse med Fællesskabets forbindelser udadtil, er den direkte virkning sangstemmen, som er uløseligt forbundet hermed, således at de altid følges ad. Sammenligningen er ikke ubegrundet, for — som det vil fremgå af det følgende — er der et betydelig metodologisk sammenfald i argumenterne i Domstolens praksis.

63. Supremo Tribunal de Jutiças formulering af spørgsmålet kan give anledning til misforståelser, og spørgsmålet vedrører tilsyneladende både den direkte virkning og parternes mulighed for at påberåbe sig bestemmelserne i WTO-aftalerne i sager for de nationale retter, men i forelæggelseskendelsen og i de indlæg, der er afgivet i sagen, lægges hovedvægten på spørgsmålet om den direkte og umiddelbare anvendelighed af TRIPs-aftalens artikel 33.

64. Jeg skal følgelig indlede med at redegøre for præcedens i henhold til Domstolens praksis og på grundlag heraf udlede et svar, som jeg herefter vil nuancere i overensstemmelse med visse overvejelser.

1. Svaret ifølge Domstolens praksis

a) Fra Hermès-dommen til Van Parys-dommen

65. I Demirel-dommen fastslog Domstolen, at en bestemmelse i en aftale indgået af Fællesskabet med et tredjeland må anses for umiddelbart anvendelig, når der af dens ordlyd samt af aftalens formål og karakter kan udledes en klar og præcis forpligtelse, hvis opfyldelse ikke er betinget af, at der udstedes yderligere retsakter [49].

66. Hermès-dommen tog ikke stilling til dette aspekt, men generaladvokat Tesauro var tilbøjelig til at anerkende den direkte virkning af WTO-aftalerne under henvisning til, at Domstolens indvendinger vedrørende GATT-aftalen måtte betragtes som bortfaldet i forbindelse med den overenskomst, som efterfulgte den [50]. Generaladvokaten tilføjede dog, at TRIPs-aftalen kan påberåbes af borgerne »for så vidt angår de bestemmelser, der tillader det«, hvilket leder tanken hen på citatet fra Demirel-dommen i det foregående punkt, idet »det, der tæller, er, om bestemmelsen er egnet til anvendelse, hvilket er tilfældet, når der *ikke kræves nogen yderligere foranstaltning, for at den kan udfolde sine virkninger*« [51].

67. Domstolen gav udtryk for sin opfattelse i dommen i sagen Portugal mod Rådet [52], som efter sagens faktiske omstændigheder ikke vedrørte TRIPs-aftalen, men gyldigheden af to aftaler, den ene med Indien og den anden med Pakistan, vedrørende markedsadgang for tekstilvarer. Portugal gjorde gældende, at afgørelsen om indgåelsen af aftalerne [53] var ulovlig, fordi den indebar en tilsidesættelse af WTO's grundlæggende bestemmelser og principper.

68. Denne dom har givet anledning til megen debat i den juridiske litteratur, som overvejende har været kritisk [54]. For ikke at gøre dette forslag til afgørelse længere end nødvendigt, skal jeg blot kortfattet redegøre for den. Domstolen medgav ganske vist, at WTO-aftalerne er væsentligt forskellige fra GATT 1947, bl.a. på grund af de udbyggede beskyttelsesregler og reglerne for bilæggelse af tvister [55], men samtidig fremhævede den

49 — Demirel-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 14.

50 — Forslaget til afgørelse i Hermès-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 17, punkt 30, andet afsnit.

51 — Punkt 37, min fremhævelse.

52 — Dom af 23.11.1999, sag C-149/96, Sml. I, s. 8395, præmis 42-47.

53 — Rådets afgørelse 96/386/EF af 26.2.1996 om indgåelsen af aftalememoranda mellem Det Europæiske Fællesskab og Republikken Indien og mellem Det Europæiske Fællesskab og Den Islamiske Republik Pakistan om arrangementer for markedsadgang for tekstilvarer (EFT L 153, s. 47).

54 — Glimrende sammenfattet af A. Cebada Romero, nævnt i fodnote 21, s. 467 ff.

55 — Aftalememorandum vedrørende regler og procedurer for bilæggelse af tvister (bilag 2 til WTO-overenskomsten).

staternes forhandlingsrolle, og på denne baggrund fastslog den, at såfremt man anerkendte den direkte virkning af overenskomsten, ville det være ensbetydende med, at de kontraherende parters lovgivningsmagt eller forvaltning mistede den efter artikel 22 i aftalememorandum vedrørende bilæggelse af tvister bestående mulighed for, om end kun midlertidigt, at nå frem til forhandlingsløsninger [56].

69. Domstolen tilføjede, at WTO-aftalerne ikke gennem deres formål fastlægger de retsmidler, hvorigennem deres opfyldelse i god tro i de kontraherende parters retsordener kan sikres [57], og heraf udledte den, at reglerne i disse aftaler ikke indgår ved efterprøvelsen af lovligheden af fællesskabsinstitutionernes retsakter [58].

70. Domstolen henviste imidlertid til to situationer, hvor den har tillagt GATT-bestemmelser direkte virkning, nemlig når Fællesskabet har ønsket at opfylde en forpligtelse, det har påtaget sig inden for rammerne af WTO (sagen Fediol mod Kommissionen) [59], og når den pågældende fællesskabsretsakt udtrykkeligt henviser til WTO-aftalerne (sagen Nakajima mod Rådet) [60]. I disse tilfælde tilkommer det Domstolen at prøve den pågældende fællesskabsretsakts lovlighed efter WTO-bestemmelserne, og som det fremgår af Van Parys-dommen, udgør disse situationer de to eneste undtagelser til hovedreglen [61].

71. I sidstnævnte dom var afvisningen af at tillægge WTO-bestemmelserne direkte virkning klar og ubetinget, idet Domstolen fastslog, at en person ikke for en medlemsstats domstole kan påberåbe sig, at en fællesskabsbestemmelse er uforenelig med WTO-aftalerne, heller ikke selv om WTO's tvistbilæggelsesorgan [62] har erklæret, at dette er tilfældet [63]. Der er muligvis tale om en tilsidesættelse af princippet om pacta sunt servanda, som er opstillet i Wienerkonventionens artikel 26 [64], for så vidt som der ikke blev taget hensyn til afgørelser truffet af et organ, som Fællesskabet har anerkendt ved undertegnelsen af WTO-aftalerne. Van Parys-dommen er imidlertid også overraskende, fordi Domstolen altid har stræbt efter, at dens egne domme overholdes på alle nationale niveauer, både på det administrative og det lovgivningsmæssige niveau og på domstolsniveau.

b) Følgerne af dommen i sagen Dior m.fl.

72. I modsætning til i Hermès-dommen veg Domstolen i dommen i sagen Dior m.fl. ikke

56 — Dommen i sagen Portugal mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 36-40.

57 — Præmis 41.

58 — Præmis 47.

59 — Dom af 22.6.1989, sag 70/87, Sml. s. 1781, præmis 19-22.

60 — Dom af 7.5.1991, sag C-69/89, Sml. I, s. 2069, præmis 31.

61 — Dom af 1.3.2005, sag C-377/02, Sml. I, s. 1465, præmis 39 og 40.

62 — Oprettet ved artikel 2, stk. 1, i det ovennævnte aftalememorandum.

63 — Van Parys-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 61, præmis 54.

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

uden om de nederlandske retters spørgsmål vedrørende TRIPs-aftalens direkte virkning. Domstolen udtalte sig imidlertid ikke i den retning, som generaladvokat Tesauro havde foreslået i sit forslag til afgørelse i Hermès-sagen, men valgte fortsat at lægge vægten på kompetencefordelingen mellem medlemsstaterne og Fællesskabet.

73. Domstolen henviste til præmis 14 i Demirel-dommen og erindrede desuden om, at borgerne ikke kan påberåbe sig WTO-bestemmelserne for de nationale retter (dommen i sagen Portugal mod Rådet), hvorefter den sondrede mellem områder, som fællesskabsretten regulerer, og områder, hvor Fællesskabet endnu ikke har udøvet sine beføjelser [65]. For så vidt angår førstnævnte områder gentog Domstolen, at TRIPs-aftalen skal fortolkes i lyset af sin ordlyd og sit formål [66]. Hvad angår sidstnævnte områder udtalte Domstolen, at eftersom disse ikke er reguleret af fællesskabsretten, »hverken påbyder eller udelukker [fællesskabsretten], at en medlemsstats retsorden anerkender, at borgerne støtter direkte ret på [TRIPs-aftalen]«.

74. Kort sagt indebærer denne retspraksis, at det igen er af betydning, om det er Fællesskabet eller medlemsstaterne, der har kompetence til at anvende en konkret bestemmelse og til at afgøre, hvem der skal tage stilling til spørgsmålet om dens umiddelbare anvendelighed. Når dette synspunkt anvendes på den foreliggende sag, skal det bemærkes, at hvis TRIPs-aftalens artikel 33 hører til de områder, som er reguleret af fællesskabsretten, vil det tilkomme Domstolen at foretage denne stillingtagen, og hvis bestemmelsen henhører under medlemsstaternes kompetenceområde, er det retterne i medlemsstaterne, som skal foretage den [67].

75. Som det også var tilfældet i forbindelse med det første spørgsmål, er jeg ikke tilhænger af den metode, som Domstolen anvender, nemlig at tage udgangspunkt i Fællesskabets og medlemsstaternes respektive beføjelser, fordi metoden også her gør det nødvendigt at undersøge, om Unionen i tilstrækkeligt omfang har udøvet sine beføjelser. Problemet med den manglende forudsigelighed for de institutionelle aktører og den alt for dominerende rolle, som Domstolen får ved at skulle afgøre spørgsmålet om kompetencefordelingen, opstår dermed på ny. Endnu værre er det dog, at den ensartede og sammenhængende fortolkning af fællesskabsretten, og herunder de internationale traktater, som medlemsstaterne har tiltrådt sammen med Fællesskabet, bringes i fare. Der er derfor noget, der taler for at anvende en anden metode.

2. Alternativt forslag

76. Ledetråden i min tese er enklere og ligger i nødvendigheden af Unionens overholdelse af sine internationale forpligtelser i

65 — Dommen i sagen Dior m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 47 og 48.

66 — Således som det følger af Hermès-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 28.

67 — Jf. ligeledes dommen i sagen Schieving-Nijstad m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 51-55.

overensstemmelse med princippet om god tro, som altid bør gælde for medlemsstaternes og også de internationale organisationers handlinger og for fortolkningen af de aftaler, som de undertegner [68], jf. Wienerkonventionens artikel 26 og 31.

77. Jeg tror ikke, jeg tager fejl ved at påstå, at Demirel-dommen passer ind i denne tankegang, for så vidt som Domstolen i den ovenfor citerede præmis 14 fastslog, at den umiddelbare anvendelighed af en aftale, som Fællesskabet har indgået, afhænger dels af aftalens ordlyd, formål og karakter, dels af spørgsmålet, om der kan udledes en klar, præcis og ubetinget forpligtelse af den. Disse to kriterier, snarere end den ovenfor nævnte retspraksis, bør vise vejen ved undersøgelsen af, om en aftale har direkte virkning.

78. Så længe Domstolen fastholder de synspunkter, som kommer til udtryk i dommen i sagen Portugal mod Rådet, og som senest er bekræftet i Van Parys-dommen, er der imidlertid ingen mulighed for at gå væk fra det dualistiske system, som Domstolen — for at unddrage sig sine forpligtelser og på et usikkert retsgrundlag — har skabt med hensyn til receptionen af folkeretten og WTO-aftalerne i Fællesskabet [69]. Sådanne bestemmelser vil derfor aldrig kunne få direkte virkning i Den Europæiske Union, medmindre der foreligger en af de situationer, som er omhandlet i dommen i sagen Fediol mod Kommissionen og i sagen Nakajima mod Rådet.

79. Da Domstolens argumenter ligger mere på det politiske end det juridiske plan [70], kan det ikke nytte at gå dybere ind i diskussionen og tro på, at kritikken i litteraturen vil få bugt med modstanden mod at anerkende generaladvokat Saggios holdning, hvorefter en bestemmelse, der stammer fra en international aftale, på grund af sit klare, præcise og ubetingede indhold kan udgøre et grundlag for prøvelsen af fællesskabsretsakternes lovlighed, og hvorefter borgerne kun har adgang til at påberåbe sig en sådan bestemmelse for de nationale retter, såfremt dette følger af den almindelige sammenhæng, som aftalen indgår i [71].

80. Herefter skal jeg blot fremsætte yderligere to betragtninger vedrørende denne tvist, som tilsyneladende allerede er afgjort i retspraksis.

81. Jeg skal for det første bemærke, at hvis den egentlige grund til Domstolens afvisning af at tillægge WTO-aftalerne direkte virkning er, at den ikke ønsker at gribe ind i de

68 — P.M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, 4. udg., Paris, 1998, s. 284.

69 — P. Pescatore, »Free World Trade and the European Union«, i A. Pérez van Kappel og W. Heusel (red.), *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*, Academy of European Law, bind 28, Trier, 2000, s. 12.

70 — A. Laget-Annamayer, nævnt i fodnote 64, s. 287; jf. ligeledes A. Cebada Romero, nævnt i fodnote 21, s. 490.

71 — Forslag til afgørelse i sagen Portugal mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 52, punkt 18.

forhandlingsbeføjelser, som Fællesskabets politiske institutioner er tildelt i henhold til aftalememorandummet vedrørende bilæggelse af tvister [72], ville denne kun gælde for de områder, hvor der reelt er mulighed for at nå frem til en forhandlingsløsning.

82. Selv om aftalememorandummet også finder anvendelse på TRIPs-aftalen, kan karakteren af den lovgivning, som den skal harmonisere, og som vedrører intellektuelle og industrielle ejendomsrettigheder, dårligt passes ind i tvistbilæggelsesmekanismen, fordi disse rettigheder pr. definition tilhører private og ikke staterne [73].

83. Dette bilag til WTO-overenskomsten er grundlæggende meget forskelligt fra den almindelige overenskomst, som udgjorde grundlaget for Domstolens argumentation i dommen i sagen Portugal mod Rådet. Minimumsstandarder for beskyttelse, som f.eks. bestemmelser om patenters varighed, kan vanskeligt ligestilles med bestemmelser om f.eks. nedsættelse eller afskaffelse af told for at lette markedsadgangen for varer. Jeg tvivler på, at disse forskellige typer bestemmelser giver lige fleksible muligheder for at opnå et kompromis. Der bør derfor være større fokus på, hvilken konkret bestemmelse der fortolkes, ved afgørelsen af, om den kan tilsidesættes ved en forhandlingsløsning.

84. For det andet tillægger Domstolen WTO's tvistbilæggelsessystem uforholdsmæssig stor betydning, idet den mener, at muligheden for at undlade at opfylde forpligtelserne i henhold til WTO-overenskomsten opvejer dens bindende karakter som en international multilateral traktat.

85. WTO-overenskomsten omfatter ganske vist ikke et retsmiddel som traktatbrudssøgsmålet i henhold til artikel 226 EF og da slet ikke sådanne tvangsforanstaltninger, som er omhandlet i artikel 228 EF, men dette indebærer ikke, at det er tilladt at vende op og ned på bestemmelserne i overenskomsten ved at bruge tvistbilæggelsesmetoden som et juridisk påskud og som et alternativ til kravet om opfyldelse i god tro af folkeretlige forpligtelser. Der kan ikke lægges så stor vægt på tvistbilæggelsen, som herved vil miste den karakter af undtagelse, som er tiltænkt den. En forhandlingsløsning er desuden altid foreløbig [74] og skal så vidt muligt være forenelig med aftalen [75], hvilket underbygger påstanden om, at der skal lægges vægt på den særlige karakter af tvistbilæggelsesmekanismen.

72 — P. Eeckhout, nævnt i fodnote 25, s. 306.

73 — Fjerde betragtning til TRIPs-aftalen.

74 — Artikel 22, stk. 1, i aftalememorandummet.

75 — Dette fremgår af aftalememorandummets artikel 3, stk. 7, som lyder således: »[...] En løsning på en tvist, der kan accepteres af parterne, *og som er forenelig med de omfattede aftaler*, er klart at foretrække. [...]« (min fremhævelse).

86. Jeg bemærker ligeledes, at det ganske vist bestemmes i WTO-overenskomstens artikel IX, at alene Ministerkonferencen og Det Almindelige Råd har beføjelse til at fortolke overenskomsten og de multilaterale handelsaftaler, men beslutningen om en fortolkning skal træffes med tre fjerdedeles flertal af medlemmernes stemmer. På grund af det store antal kontraherende parter i WTO-overenskomsten er det vanskeligt at opnå et sådant flertal, og jeg er derfor ikke enig i, at beføjelsen efter artikel IX afsvækker den retslige karakter af tvistbilæggelsesmekanismen [76], for den er endnu aldrig blevet udnyttet [77].

87. Disse bemærkninger gør det muligt at sejle uden om det første skær vedrørende karakteren af den aftale, der skal undersøges, og den sammenhæng, hvori den indgår. Herefter skal der blot tages stilling til fortolkningen af TRIPs-aftalens artikel 33 med henblik på en afgørelse af spørgsmålet om dens umiddelbare virkning.

88. Jeg fornemmer dog, at den forelæggende ret ikke vil være særligt interesseret i den besvarelse, som jeg har givet på baggrund af retspraksis, og som er anført i punkt 1 i underafsnit C i afsnit V i dette forslag til afgørelse, fordi den i virkeligheden ønsker fortolkningsretningslinjer, som kan hjælpe den til at afgøre, om den omhandlede bestemmelse har direkte virkning. Jeg skal derfor undersøge denne bestemmelse i et punkt 3, som metodologisk skal anses for at høre under såvel punkt 1 som punkt 2. Dette er den logiske konsekvens af, at de to veje mødes på det sted, hvor spørgsmålet om den umiddelbare anvendelighed kræver en nøje undersøgelse af bestemmelsen.

3. TRIPs-aftalens artikel 33

89. I flere af de indlæg, som er afgivet under denne præjudicielle procedure, er den omtvistede bestemmelse — efter en lidt for overfladisk læsning — blevet beskrevet som klar.

90. Jeg deler ikke denne opfattelse. TRIPs-aftalens artikel 33 indeholder to dele, hvoraf den ene vedrører minimumsperioden for patentbeskyttelsen, som fastsættes til 20 år, og den anden maksimumsperioden, som det overlades til den nationale lovgiver at fastsætte.

91. Affattelsen er ikke klar og har givet anledning til fejlfortolkninger. Efter den rigtige forståelse af bestemmelsen er denne affattet som et krav til signatarstaterne: De skal tilpasse deres patentlovgivning efter den første delbestemmelse, således at beskyttelsen af de omhandlede industrielle ejendomsrettigheder får en varighed på mindst 20 år regnet fra indgivelsen af ansøgningen.

76 — C.W.A. Timmermans, »L'Urugay Round: sa mise en oeuvre par la Communauté européenne«, *Revue du Marché Unique Européen*, nr. 4/1994, s. 178.

77 — Ifølge mundtlige oplysninger fra WTO's juridiske afdeling.

Den anden delbestemmelse giver dem derimod et skøn med hensyn til fastsættelsen af maksimumsperioden for beskyttelsen.

92. Den første del af bestemmelsen kunne, med henblik på situationer som den foreliggende, anses for at have en »asymmetrisk« direkte virkning, når overtrædelsen skyldes, at patentbeskyttelsens varighed fortsat er kortere end det foreskrevne minimum efter udløbet af den overgangsperiode, som er fastsat i TRIPs-aftalen. Det må være uden for diskussion, at den forpligtelse, som er pålagt staterne, opfylder betingelserne for umiddelbar anvendelighed. Personer, som er berørt af passivitet fra lovgivers side, ville således kunne påberåbe sig den omtvistede bestemmelse over for den forsømmelige stat. Dette ville være i overensstemmelse med Domstolens retspraksis vedrørende direktivers vertikale direkte virkning.

93. Spørgsmålet om en eventuel horisontal direkte virkning er vanskeligere, fordi der ikke er fastsat en maksimumsgrænse. Beskyttelsesperiodens ophør har ikke kun betydning for indehaveren af rettigheden, men i særdeleshed også for tredjemand og offentligheden, som i denne sammenhæng repræsenterer almenhedens interesse. Konkurrenterne, men også de kompetente registreringsmyndigheder, skal vide, hvornår patentbeskyttelsen udløber efter national ret.

94. Hvis lovgiver ikke udøver denne beføjelse, er det umuligt alene ud fra ordlyden af artikel 33 at fastslå det nøjagtige tidspunkt, hvor den ved lov indrømmede eneret ophører. En beslutning om, at det er tilstrækkeligt at anvende minimumsbeskyttelsesperioden på 20 år, ville indebære, at man tilranede sig lovgivers beføjelse, og ville ikke kunne gøres gældende over for tredjemand.

95. Følgelig har TRIPs-aftalens artikel 33 ikke direkte virkning, for så vidt som bestemmelsen forudsætter, at den nationale lovgiver udnytter sin beføjelse til at fastsætte den nøjagtige varighed af patentbeskyttelsen i henhold til national ret.

96. Det skal endelig tilføjes, at formålet med TRIPs-aftalens artikel 70 vedrørende »Beskyttelse af eksisterende forhold«, som er blevet påberåbt til støtte for påstanden om, at artikel 33 har direkte virkning, er at give rettigheder, som eksisterede på tidspunktet for TRIPs-aftalens ikrafttræden, den samme beskyttelse som rettigheder, der indrømmes efter de regler, som de kontraherende parter vedtager med henblik på at gennemføre aftalen. Formålet er således at sikre, at den nye beskyttelse også kommer til at omfatte ældre patenter, og bestemmelsen har derfor ingen relevans i forhold til spørgsmålet om direkte virkning.

VI — Forslag til afgørelse

97. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Portugals Supremo Tribunal de Justiça, således:

»TRIPs-aftalens artikel 33 forudsætter yderligere regulering fra den nationale lovgivers side med henblik på fastsættelse af den nøjagtige varighed af patentbeskyttelsen, og den har følgelig ikke direkte virkning og kan ikke påberåbes over for andre borgere ved de nationale domstole.«