CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER van 23 januari 2007 [1]

I — Inleiding

1. Over gemengde overeenkomsten is geschreven dat zij een onvermijdelijke complicatie vormen omdat zij ertoe bijdragen een politieke realiteit te organiseren die eveneens complex is. [2] Het Supremo Tribunal de Justiça (hoogste Portugese rechtscollege) legt de vinger juist op deze wonde, paradoxaal genoeg met twee beknopte, gemakkelijk te lezen en te begrijpen vragen, waarachter evenwel onvermijdelijk gevoelige meningsverschillen schuilgaan.

2. De context van de prejudiciële vraag is welbekend: het gaat om de TRIPs-overeenkomst, een van de overeenkomsten die in 1994 in het kader van de Wereldhandelsorganisatie zijn ondertekend. [3] Hoewel de discussie andermaal betrekking heeft op de bevoegdheid van het Hof van Justitie om een concrete bepaling uit te leggen en op de eventuele rechtstreekse werking van deze bepaling, verschilt deze zaak van vroegere zaken, aangezien het prejudiciële verzoek geen betrekking heeft op het merkenrecht, maar op het octrooirecht.

3. Bijgevolg is een diepgaande analyse vereist van datgene wat op eerstgenoemd gebied is vastgesteld, om uit te maken of het volstaat om de conclusies op dit gebied aan te passen, dan wel of een grondige wijziging, of zelfs een volledige herziening hiervan, nodig is. Hoe dan ook dient te worden gewezen op de belangrijke praktische gevolgen van deze rechtspraak, die ertoe heeft geleid dat de Gemeenschap haar extern beleid op een

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Dashwood, A., „Why continue to have mixed agreements at all?", in Bourgeois, H. J., Dewost, J. L., en Gaiffe, M. A., (red.) *La Communauté européenne et les accords mixtes: quelles perspectives?*, Europacollege, Brugge, 1997, blz. 98.

3 — Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: „TRIPs-overeenkomst"), opgenomen in bijlage 1 C bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (WTO), die voor de Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguay-Ronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB L 336, blz. 1; de TRIPs-overeenkomst is afgedrukt op blz. 213 e.v.).

andere wijze is gaan voeren en met name vermijdt om gemeenschappelijke overeenkomsten te sluiten.[4]

II — Toepasselijke bepalingen

A — *TRIPs-overeenkomst*

4. De TRIPs-overeenkomst strekt ertoe de intellectuele eigendomsrechten gedeeltelijk te harmoniseren wegens de occasionele invloed die zij uitoefenen op de internationale handel. Daartoe bevat zij een reeks voorschriften die van toepassing zijn op de verschillende soorten intellectuele eigendom. Ik zal die voorschriften noemen die relevant zijn op het gebied van octrooien en die ons kunnen helpen bij het oplossen van de onderhavige zaak.

5. Zo bepaalt artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst, „Duur der bescherming", dat deel uitmaakt van titel 5 van deel II, dat normen bevat betreffende de reikwijdte en de gebruikmaking van rechten uit hoofde van de intellectuele eigendom, het volgende:

„De duur der bescherming eindigt niet voor het verstrijken van een tijdvak van 20 jaar te rekenen vanaf de datum van indiening."

6. Verder bepaalt artikel 70, „Bescherming van bestaande onderwerpen", dat is opgenomen in deel VII van de bijlage, dat institutionele regelingen en slotbepalingen bevat, het volgende:

„1. Deze overeenkomst schept geen verplichtingen met betrekking tot handelingen die zich hebben voorgedaan vóór de datum van toepassing van de overeenkomst voor het lid in kwestie.

2. Behalve indien [...] anders is bepaald, schept deze overeenkomst verplichtingen met betrekking tot alle onderwerpen die bestonden op de datum van toepassing van deze overeenkomst voor het lid in kwestie en die op genoemde datum in dat lid zijn beschermd, of die voldoen of later gaan voldoen aan de criteria voor bescherming ingevolge deze overeenkomst. [...]

[...]"

4 — Rosas, A., „The European Union and mixed agreements", in Dashwood, A., en Hillion, Ch., *The General Law of E. C. External Relations*, Sweet & Maxwell, Londen, 2000, blz. 216 e.v.

B — *Nationaal recht*

7. De Portugese wetgeving inzake octrooien was oorspronkelijk vervat in decreet nr. 30.679 van 24 augustus 1940, houdende goedkeuring van het wetboek van industriële eigendom (hierna: „wetboek van 1940"). Volgens artikel 7 vervielen deze immateriële rechten na het verstrijken van een termijn van 15 jaar te rekenen vanaf de verlening van het octrooi.

8. Bij wetsdecreet nr. 16/95 werd een nieuwe wet afgekondigd, die van kracht is sinds 1 juni 1995 (hierna: „wetboek van 1995"). Volgens artikel 94 van deze wet is een octrooi 20 jaar geldig vanaf de datum van aanvraag.

9. Artikel 3 van het wetboek van 1995 voorzag evenwel in de volgende overgangsbepaling:

„Octrooien die vóór de inwerkingtreding van het onderhavige wetsdecreet zijn aangevraagd, behouden hun bij artikel 7 van het wetboek [van 1940] vastgestelde geldigheidsduur."

10. Artikel 3 van het wetboek van 1995 is later zonder terugwerkende kracht ingetrokken bij artikel 2 van wetsdecreet nr. 141/96 van 23 augustus 1996, dat op 12 september 1996 in werking is getreden. Artikel 1 van dit wetsdecreet luidt als volgt:

„Octrooien die vóór de inwerkingtreding van wetsdecreet nr. 16/95 van 24 januari 1995 zijn aangevraagd en die op 1 januari 1996 nog geldig waren of na die datum zijn verleend, vallen onder de bepalingen van artikel 94 van het wetboek [van 1995]."

11. Dit artikel 94 verlengde de beschermingsduur voor deze immateriële eigendomsrechten met 5 jaar.

12. Op 5 maart 2003 werd bij wetsdecreet nr. 36/2003 het huidige wetboek van industriële eigendom vastgesteld, waarvan artikel 99 luidt als volgt:

„Duur

De geldigheidsduur van het octrooi bedraagt 20 jaar te rekenen vanaf de datum van indiening van de betrokken aanvraag."

III — Feiten

13. Merck & Co. Inc. (hierna: „Merck") is houdster van octrooi nr. 70.542, verleend bij besluit van 8 april 1981, ingeschreven met rangorde 11 december 1978, genaamd „procedé voor de bereiding van derivaten van aminozuren als middel tegen hoge bloeddruk". Dit procedé heeft geleid tot de ontwikkeling van de chemische verbinding „Enalapril" en de productie van „Maleato de Enalapril". De betrokken farmaceutische verbinding wordt vanaf 1 januari 1985 verkocht onder de merknaam Renitec.

14. Merck Sharp & Dohme L.[da] (hierna: „MSD") verkreeg een gebruikslicentie op dit octrooi om de Retinec-producten in Portugal te gebruiken, te verkopen of anderszins hierover te beschikken, alsook de bevoegdheid om het betrokken octrooi te verdedigen.

15. In 1996 heeft Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos L.[da] (hierna: „Merck Genéricos") onder de merknaam Enalapril Merck een geneesmiddel op de markt gebracht dat veel goedkoper was dan Renitec. Bij de promotie ervan bij de geneesheren vertelde zij dat het ging om hetzelfde geneesmiddel.

16. Merck en MSD vorderden dat Merck Genéricos verbod zou worden opgelegd om zonder hun uitdrukkelijke en formele toestemming het geneesmiddel Enalapril Merck, dat de werkzame stoffen „Enalapril" of „Maleato de Enalapril" bevatte, direct of indirect in Portugal of met het oog op de export te gebuiken (in te voeren, te produceren, te bereiden, te behandelen, in te pakken of te verkopen), zelfs onder een andere handelsnaam. Zij vorderden tevens een vergoeding van 32 500 000 PTE voor de geleden materiële en immateriële schade.

17. Merck Genéricos voerde als verweer aan dat octrooi nr. 70.542 op 8 april 1996 was vervallen aangezien de termijn van 15 jaar van artikel 7 van het wetboek van 1940 ingevolge de overgangsregeling van artikel 3 van het wetboek van 1995 was verstreken.

18. MSD stelde onder verwijzing naar artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst dat het octrooi pas op 4 december 1999 was vervallen.

19. In eerste aanleg werd de vordering verworpen.

20. In hoger beroep willigde het Tribunal da Relação de Lisboa de vordering van verzoeksters in en veroordeelde het Merck Genéricos tot vergoeding van de schade veroorzaakt door de inbreuk op octrooi nr. 70.542 op

grond dat dit octrooi ingevolge artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst, dat rechtstreekse werking heeft, niet op 9 april 1996 was vervallen, zoals geïntimeerde stelde, maar vijf jaar later.

21. Merck Genéricos stelde tegen dit arrest hogere voorziening in bij het Supremo Tribunal de Justiça. Zij betwist dat artikel 33 rechtstreekse werking heeft.

22. Het Supremo Tribunal merkt op dat artikel 94 van het wetboek van 1995 de geldigheidsduur van octrooien weliswaar tot 20 jaar heeft verlengd, maar dat deze bepaling niet van toepassing is op het onderhavige geval, zodat octrooi nr. 70.542 was vervallen op 8 april 1996, na het verstrijken van de in artikel 7 van het wetboek van 1940 vastgestelde termijn van vijftien jaar. De toepassing van artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst, volgens hetwelk octrooien een minimale geldigheidsduur van 20 jaar hebben, zou aldus tot gevolg hebben dat de vordering van MSD dient te worden toegewezen.

23. Het Supremo Tribunal is van oordeel dat, gelet op de beginselen die in Portugal de uitlegging van internationale overeenkomsten beheersen, artikel 33 van de TRIPS-overeenkomst rechtstreekse werking heeft en door een particulier voor de rechter kan worden ingeroepen tegen een andere particulier.

24. Aangezien er evenwel twijfel bestaat over de vraag of de communautaire rechtspraak inzake de TRIPs-overeenkomst op het gebied van merken ook van toepassing is op octrooien, zowel ten gronde als wat de uitleggingsbevoegdheid van het Hof van Justitie betreft, heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en krachtens artikel 234 EG de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bevoegd om artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst uit te leggen?

2) In geval van bevestigend antwoord op de eerste vraag, dienen de nationale rechters dit artikel ambtshalve of op verzoek van een van de partijen toe te passen in een bij hen aanhangig geding?"

IV — Procesverloop voor het Hof

25. De verwijzingsbeslissing is op 5 december 2005 ingeschreven ter griffie van het Hof.

26. Merck en MSD hebben binnen de in artikel 23 van het Statuut van het Hof gestelde termijn gezamenlijk schriftelijke opmerkingen ingediend. Ook Merck Genéricos, de Portugese en de Franse regering en de Commissie hebben tijdig schriftelijke opmerkingen ingediend.

27. Ter terechtzitting van 28 november 2006 hebben de vertegenwoordigers van de partijen in het hoofdgeding, van de Franse regering, van de regering van het Verenigd Koninkrijk en van de Commissie hun mondelinge opmerkingen gemaakt.

V — Beoordeling van de prejudiciële vragen

A — *Probleemstelling*

28. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Hof van Justitie bevoegd is om de TRIPs-overeenkomst en met name artikel 33 ervan uit te leggen.

29. Merck en MSD stellen in hun schriftelijke opmerkingen onder verwijzing naar vaste rechtspraak [5] dat de beantwoording van deze vraag niet objectief noodzakelijk is ter beslechting van het hoofdgeding, maar zij lijken niet de ontvankelijkheid ervan in twijfel te trekken, aangezien zij enkel voorstellen om deze vraag buiten beschouwing te laten.

30. Dit standpunt kan worden bijgetreden, maar enkel ten dele: het is niet absoluut noodzakelijk de vraag als zodanig te behandelen, evenwel niet om de door de twee bovengenoemde ondernemingen aangevoerde reden, maar omdat het Hof zijn bevoegdheid op het gebied van gemengde internationale overeenkomsten ambtshalve dient te onderzoeken.

31. Verder zou, zoals uit het verdere onderzoek van de communautaire rechtspraak zal blijken, het Portugese Supremo Tribunal bevoegd zijn indien het Hof zich onbevoegd zou verklaren.

32. De eerste vraag wordt dus niet geanalyseerd met de bedoeling om de nieuwsgierigheid van de verwijzende rechter te bevredigen, maar om de eigen bevoegdheid van het Hof ambtshalve te onderzoeken.

5 — Arresten van 17 mei 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Jurispr. blz. I-1783), punt 14; 5 oktober 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Jurispr. blz. I-2883), punt 45; 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949), punt 27, en 9 oktober 1997, Grado en Bashir (C-291/96, Jurispr. blz. I-5531), punt 2.

B — *Bevoegdheid van het Hof van Justitie tot uitlegging van de TRIPs-overeenkomst*

33. De bevoegdheid van het Hof om zich uit te spreken over gemengde internationale overeenkomsten, dat wil zeggen die welke de gedeelde bevoegdheden van de Gemeenschappen en de lidstaten betreffen, is reeds in het verleden onderzocht. Hierover bestaat een overvloedige rechtspraak. De ontwikkeling van deze rechtspraak is evenwel verlopen via een lang en kronkelig pad, zodat het traject enigszins dient te worden aangepast om de tocht voor de rechtzoekende te vergemakkelijken.

1. Beantwoording volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie

a) Oorsprong

34. De rechtspraak gaat terug op het arrest Haegeman [6], dat is bevestigd door het arrest Demirel [7]. Sindsdien vallen gemengde overeenkomsten, die worden beschouwd als handelingen die zijn goedgekeurd door de gemeenschapsinstellingen [8], onder de uitleggingsbevoegdheid van het Hof. Gemengde overeenkomsten vallen ook, ingevolge het parallellisme met de bevoegdheden van de Gemeenschappen, als uitdrukking van het in artikel 5 EG vervatte fundamentele gemeenschapsrechtelijke beginsel van de toegewezen bevoegdheden, waarop ook in artikel 220 EG wordt gealludeerd, onder deze uitleggingsbevoegdheid. [9]

35. In het arrest Demirel [10] is vastgesteld dat deze overeenkomsten in de communautaire rechtsorde dezelfde status hebben als zuiver communautaire overeenkomsten, aangezien zij betrekking hebben op gebieden die onder de bevoegdheid van de Gemeenschap vallen. [11] Dit arrest betrof weliswaar de Associatieovereenkomst met Turkije [12], die volgens het Hof integrerend deel uitmaakt van de door het EG-Verdrag geregelde materies, maar dit doet niet af aan het algemene karakter van deze vaststelling. [13]

36. Wat de grond van de zaak betreft, dient te worden vastgesteld dat het Hof herhaaldelijk is verzocht de TRIPs-overeenkomst uit te leggen. Er mag evenwel niet worden voor-

6 — Arrest van 30 april 1974 (181/73, Jurispr. blz. 449).

7 — Arrest van 30 september 1987 (12/86, Jurispr. blz. 3719), punt 7.

8 — Punten 4-6 van arrest Haegeman, reeds aangehaald.

9 — Wegener, B., „Artikel 220", in Callies, Ch., en Ruffert, M., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Ed. Luchterhand, tweede herziene en uitgebreide uitgave, Neuwied/Kriftel, 2002, blz. 1991, punt 17.

10 — Punt 9.

11 — Onder meer bevestigd door het arrest van 19 maart 2002, Commissie/Ierland (C-13/00, Jurispr. blz. I-2943), punt 14.

12 — Overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Economische Gemeenschap en Turkije, ondertekend te Ankara op 12 september 1963 en goedgekeurd namens de Gemeenschap bij besluit van de Raad van 23 december 1963 (PB 1964, 217, blz. 3687).

13 — Arrest van 26 oktober 1982, Kupferberg (104/81, Jurispr. blz. 3641), punt 13.

bijgegaan aan advies 1/94 [14], dat op verzoek van de Commissie is uitgebracht om nadere toelichting te geven over de omvang van de bevoegdheden van de Europese Gemeenschap om alle onderdelen van de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (hierna: „WTO") te sluiten, ook al had dit advies geen betrekking op de bevoegdheden van het Hof.

37. In het kader van de beoordeling of deze bevoegdheden exclusief dan wel gedeeld zijn, is het Hof in dit advies bij het onderzoek van de op gemeenschapsniveau vastgestelde handelingen van afgeleid recht die zouden kunnen worden aangetast door de deelneming van de lidstaten aan de TRIPs-overeenkomst, waarop de bevoegdheden van de Gemeenschap berusten, uitgegaan van het AETR-arrest. [15] Het Hof stelde vast dat de harmonisatie van de door bijlage C bij de WTO-overeenkomst beschermde intellectuele-eigendomsrechten tot op dat ogenblik onvolledig was en dat er geen communautaire regelgeving was op het gebied van octrooien [16], waar het in het hoofdgeding om gaat.

38. Op deze wijze ontwikkelde zich de rechtspraak volgens welke het bestaan van communautaire regelgeving het beslissende criterium is om uit te maken of het Hof bevoegd is om gemengde internationale overeenkomsten uit te leggen.

14 — Advies, uitgebracht krachtens artikel 228, lid 6, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 300 EG) (advies 1/94, Jurispr. blz. I-5267).

15 — Arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad (22/70, Jurispr. blz. 263).

16 — Punt 103 van advies 1/94.

b) Rechtspraak betreffende de TRIPs-overeenkomst

39. Deze benadering werd later door het arrest Hermès [17] bevestigd. Op basis van artikel 99 van de verordening inzake het gemeenschapsmerk [18], dat één maand vóór de ondertekening van de slotakte en de WTO-overeenkomst in werking is getreden [19], leidde het Hof uit de bevoegdheid van de Gemeenschap inzake deze eenvormige industriële eigendomstitel af dat deze in aanmerking kwam voor rechterlijke bescherming in de zin van artikel 50 van de TRIPs-overeenkomst en stelde het vast dat het bevoegd is om deze bepaling uit te leggen. [20]

40. Dit arrest lokte kritiek uit op grond van het feit dat het geschil dat aan de oorsprong lag van de prejudiciële vraag in de zaak Hermès, betrekking had op een Beneluxmerk en niet op een gemeenschapsmerk en dat artikel 99 van verordening nr. 40/94 hoe dan ook verwijst naar het nationale recht [21], maar het Hof heeft deze rechtspraak bevestigd in het arrest Dior. [22] In punt 39 van dit

17 — Arrest van 16 juni 1998 (C-53/96, Jurispr. blz. I-3603).

18 — Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1).

19 — Arrest Hermès, reeds aangehaald, punt 25.

20 — Arrest Hermès, punten 26-29.

21 — Aldus advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 september 2001, Schieving Nijstad e.a. (C-89/99, Jurispr. blz. I-5851), punt 40. Zie ook Heliskoski, J., „The jurisdiction of the European Court of Justice to give preliminary rulings on the interpretation of mixed agreements", in *Nordic Journal of International Law*, deel 69, nr. 4/2000, blz. 402 e.v.; zie eveneens Cebada Romero, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, Ed. La Ley, Madrid, 2002, blz. 358.

22 — Arrest van 14 december 2000 (C-300/98 en C-392/98, Jurispr. blz. I-11307).

arrest heeft het zijn bevoegdheid tot uitlegging van artikel 50 van de TRIPs-overeenkomst uitgebreid en vastgesteld dat deze niet alleen betrekking heeft op merken, maar ook op de overige intellectuele-eigendomsrechten.

41. De redenering van het Hof kwam er in wezen op neer dat, aangezien artikel 50 van de TRIPs-overeenkomst een procedurevoorschrift is dat gelijkelijk toepassing dient te vinden op alle situaties die binnen de werkingssfeer ervan vallen, die zowel van nationaalrechtelijke als van gemeenschapsrechtelijke aard kunnen zijn, de (in artikel 10 EG neergelegde) samenwerkingsplicht om praktische en juridische redenen vereist dat de autoriteiten van de lidstaten en van de Gemeenschap deze bepaling uniform uitleggen. [23]

42. Aldus ontsproot aan de verplichting tot loyale samenwerking deze noodzaak tot *uniforme uitlegging*, wat een van de basisideeën was waarop advocaat-generaal Tesauro in zijn conclusie in de zaak Hermès de bevoegdheid van het Hof inzake gemengde overeenkomsten zoals de TRIPs-overeenkomst had gebaseerd [24], een idee die in dat arrest niet is overgenomen. Ik zal hier verder dieper op ingaan.

23 — Arrest Dior e.a., punt 37.

24 — Conclusie van 13 november 1997 (Jurispr. 1998, blz. I-3606).

43. In plaats van deze noodzaak te verheffen tot een „fundamenteel vereiste", zoals advocaat-generaal Tesauro had voorgesteld, wat het Hof de gelegenheid zou hebben gegeven zich op te werpen als enige instantie die de correcte uitlegging van door de Gemeenschap gesloten gemengde overeenkomsten kan waarborgen, heeft het evenwel uit dit argument louter afgeleid dat het bevoegd is om artikel 50 van de TRIPs-overeenkomst te onderzoeken, zoals het reeds in het arrest Hermès had gedaan, zonder evenwel naar deze premisse te verwijzen. Aldus rijst de vraag naar de draagwijdte van de verwijzing naar artikel 10 EG in het arrest Dior, voor zover het Hof daarin dezelfde redenering heeft gevolgd als in het arrest Hermès [25] en het zijn bevoegdheid om gemengde internationale overeenkomsten uit te leggen laat afhangen van de geldende Europese regelgeving.

c) Nuancering

44. Deze redenering is bevestigd in het arrest Commissie/Ierland [26] betreffende de toetreding tot de Berner Conventie [27] inzake intellectuele eigendom. In deze niet-nakomingszaak hanteerde het Hof dezelfde methode om de bevoegdheden van de Gemeenschap af te bakenen. Ook het arrest Étang de Berre [28] en het recentere arrest

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

26 — Arrest van 19 maart 2002 (C-13/00, Jurispr. blz. I-2943), meer bepaald punten 15-20.

27 — Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Akte van Parijs van 24 juli 1971).

28 — Arrest van 7 oktober 2004, Commissie/Frankrijk (C-239/03, Jurispr. blz. I-9325).

betreffende de MOX-fabriek [29] liggen in de lijn van het arrest Hermès voor zover daarin bij het onderzoek van de bevoegdheden van het Hof wordt uitgegaan van het al dan niet bestaan van communautaire regelgeving.

45. In het arrest Étang de Berre heeft het Hof evenwel een kleine nuance aangebracht door te verklaren dat de omstandigheid dat nog geen communautaire regelgeving bestaat over een specifieke materie binnen een gebied waarop veel communautaire wetgeving bestaat, niet kan verhinderen dat zij eveneens onder de bevoegdheid van de Gemeenschap valt. [30] Het arrest betreffende de MOX-fabriek verwijst uitdrukkelijk naar het voorgaande arrest [31] en neemt aldus de belangrijke uitzondering over die deel uitmaakt van de redenering waarop de uitleggingsbevoegdheid van het Hof is gebaseerd.

46. Indien we dus bij de beoordeling van de bevoegdheid van het Hof om gemengde overeenkomsten en met name de TRIPs-overeenkomst op het gebied van octrooien te onderzoeken, de bestaande rechtspraak volgen, moeten we nagaan welke communautaire regelgeving binnen deze tak van de industriële eigendom bestaat, zonder bovengenoemde „versoepeling" die voortvloeit uit het arrest Étang de Berre uit het oog te verliezen.

d) Toepassing op het onderhavige geval

47. De lijst van communautaire maatregelen die de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft genoemd, is aldus relevant. Deze lijst omvat: verordening (EEG) nr. 1768/92 betreffende de invoering van een aanvullend beschermingscertificaat voor geneesmiddelen [32]; verordening (EG) nr. 2100/94 inzake het communautaire kwekersrecht [33]; verordening (EG) nr. 1610/96 betreffende de invoering van een aanvullend beschermingscertificaat voor gewasbeschermingsmiddelen [34]; richtlijn 98/44/EG betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen [35]; het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verlening van dwanglicenties voor octrooien inzake de vervaardiging van farmaceutische producten voor uitvoer naar landen met volksgezondheidsproblemen [36]; het voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het gemeenschapsoctrooi [37]; het voorstel voor een besluit van de Raad houdende toekenning aan het Hof van Justitie van de bevoegdheid uitspraak te doen in geschillen betreffende het gemeenschapsoctrooi [38], en het voorstel voor een besluit

29 — Arrest van 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, Jurispr. blz. I-4635).

30 — Arrest Étang de Berre, reeds aangehaald, punten 29-30. Deze zaak had betrekking op lozingen van zoet water en slib in het mariene milieu, waaromtrent geen communautaire regelgeving was vastgesteld, maar wel veel geharmoniseerde milieuwetgeving bestond.

31 — Punt 95 van het arrest.

32 — Verordening van de Raad van 18 juni 1992 (PB L 182, blz. 1).

33 — Verordening van de Raad van 27 juli 1994 (PB L 227, blz. 1).

34 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 1996 (PB L 198, blz. 30).

35 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 (PB L 213, blz. 13).

36 — COM(2004) 737 def. en SEC (2004) 1348.

37 — COM(2000) 412 def. (PB C 337 E, blz. 278).

38 — COM(2003) 827 def.

van de Raad tot instelling van het gemeenschapsoctrooigerecht en betreffende beroepen bij het Gerecht van eerste aanleg. [39]

48. Anders dan de regelgeving inzake merken, die zowel richtlijn 89/104/EEG [40] als verordening nr. 40/94 inzake het gemeenschapsmerk omvat, levert de Europese regelgeving inzake octrooien geen duidelijk antwoord op de vraag of het Hof bevoegd is om de TRIPs-overeenkomst uit te leggen. Van de in het vorige punt genoemde handelingen houden er sommige, zoals die inzake het kwekersrecht, zelfs geen verband met octrooien, zoals de Commissie zelf toegeeft. Andere regelgeving is in de voorbereidende fase blijven steken en is niet afgekondigd.

49. Er ontbreekt in feite een harmoniserende regeling en de invoering van een gemeenschapsoctrooi stuitte op onoverkomelijke weerstand in de Raad. De in het arrest Hermès geformuleerde en door het arrest Étang de Berre genuanceerde regel, die het bestaan van geldende voorschriften vereist, helpt ons hier niet verder, al rijzen er meteen twijfels over de parameters op basis waarvan kan worden vastgesteld hoeveel regelgeving er moet zijn vastgesteld om te kunnen concluderen dat de Gemeenschap, en dus het Hof van Justitie, bevoegd is.

50. Aan de orde in de onderhavige prejudiciële procedure is niet de uitoefening van de aan de Gemeenschap toegekende bevoegdheden, of het nu gaat om de bevoegdheden die bij artikel 95 EG zijn verleend, met name met betrekking tot de verschillende soorten immateriële eigendomsrechten in het kader van de interne markt, of om de bevoegdheden die voortvloeien uit artikel 308 EG, bijvoorbeeld de bevoegdheid om een gemeenschapsoctrooi in te voeren, waar de Gemeenschap niet in is geslaagd. In dit verband dient te worden beklemtoond hoe complex het voor de Gemeenschap is om haar bevoegdheden uit te oefenen.

51. Zo heeft het Verdrag betreffende de verlening van Europese octrooien van 1973 (hierna: „Verdrag van München"), waartoe de lidstaten achtereenvolgens zijn toegetreden, een pan-Europees instrument geschapen, dat naast de nationale instrumenten bestaat. Het voorstel voor een verordening betreffende het gemeenschapsoctrooi beoogde te komen tot een symbiose tussen het communautaire systeem en de nationale systemen. Daarvoor is vereist dat de verordening betreffende het gemeenschapsoctrooi wordt vastgesteld, dat naar behoren rekening wordt gehouden met het Verdrag van München en het statuut van het Europees Octrooibureau, dat de Gemeenschap toetreedt tot het Verdrag van München en dat de toekomstige ontwikkelingen van de verordening en het verdrag worden gecoördineerd. Bovendien staat het Verdrag van München het Octrooibureau niet toe deze taken te vervullen, zodat het dient te worden gewijzigd. [41]

39 — COM(2003) 828 def.

40 — Eerste richtlijn van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB L 40, blz. 1).

41 — Punt 2.3 van het voorstel voor een verordening betreffende het gemeenschapsoctrooi, reeds aangehaald.

52. Het is moeilijk uit te maken of het in deze omstandigheden onrechtvaardig zou zijn om de Gemeenschap te verwijten dat zij haar project niet tot een goed einde heeft kunnen brengen, temeer daar het gaat om een procedure die eenparigheid van stemmen vereist. [42] De auteur die met betrekking tot gemengde overeenkomsten schreef dat, wanneer de bevoegdheid wordt gehanteerd als criterium om de rechterlijke bevoegdheid te beoordelen, deze beoordeling al te complex wordt, had wellicht gelijk. [43] Met het geleidelijk toenemende aantal gedeelde bevoegdheden op de vele verschillende gebieden die worden „gecommunautariseerd", valt te voorzien dat het Hof zal worden overspoeld met verzoeken om zich over zijn eigen bevoegdheid uit te spreken, waarbij het er niet steeds omheen zal kunnen de relevante gemeenschapswetgeving te onderzoeken.

53. Kortom, indien de aangehaalde rechtspraak letterlijk wordt toegepast, zou kunnen worden gesteld dat het Hof bij gebreke van communautaire bepalingen niet bevoegd is. Men zou evenwel, zoals de Commissie suggereert, evengoed van mening kunnen zijn dat het wel bevoegd is, indien men de intellectuele eigendom als één gebied beschouwt, dat merken, modellen en de andere soorten rechten waarop de TRIPs-overeenkomst betrekking heeft, omvat en waarop de gemeenschapswetgeving hiaten vertoont, bijvoorbeeld wat de beschermingsduur van octrooien betreft, wat evenwel volgens het arrest Étang de Berre niet afdoet aan de uitleggingsbevoegdheid van het Hof.

2. Alternatief voorstel

54. Gelet op de moeilijkheden die de aangehaalde rechtspraak meebrengt en waarin het Hof zichzelf heeft verstrikt, lijkt het mij verkieslijk een stelling te verdedigen die de mogelijkheid biedt los te komen uit deze zo sterk verankerde positie en in het belang van de Gemeenschap een poging tot vernieuwing te ondernemen, door te stellen dat het Hof over een onbeperkte bevoegdheid beschikt om de TRIPs-overeenkomst uit te leggen, en dit om de volgende redenen.

55. In de eerste plaats dient meer aandacht te worden besteed dan tot nu toe is gedaan aan het feit dat de WTO-overeenkomsten deel uitmaken van het internationale recht, in het kader waarvan overeenkomsten worden geratificeerd met de bedoeling ze te goeder trouw uit te voeren. Ik wil er tevens op wijzen dat de GATT een verandering heeft ondergaan waarbij haar oorspronkelijk „contractuele" karakter is afgezwakt en zij volledig in overeenstemming is gebracht met de normen waaraan internationale verdragen volgens het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969 moeten beantwoorden, waardoor zij is omgevormd tot een haast „constitutioneel" kader voor de wereldhandel. [44] Het is dus aangewezen om bij de beoordeling van gemengde overeenkomsten de arresten Haegemann en Demirel

42 — Het voorstel voor een verordening betreffende het gemeenschapsoctrooi werd ingediend op basis van artikel 308 EG, dat vereist dat de Raad met eenparigheid van stemmen beslist. Ter terechtzitting heeft de Commissie op de vraag waarom het voorstel niet door de Raad is aanvaard, het taalregime als voornaamste reden opgegeven.

43 — Eeckhout, P., op. cit., blz. 237.

44 — In werking sinds 27 januari 1980 [U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331]. Pescatore, P., „Opinion 1/94 on ‚conclusion' of the WTO Agreement: is there an escape from a programmed disaster?", in *Common Market Law Review*, deel 36, 1999, blz. 400.

te handhaven als vertrekpunt en ervan uit te gaan dat deze overeenkomsten deel uitmaken van de communautaire rechtsorde.

56. In de tweede plaats blijkt uit de overeenkomsten die de Gemeenschap en de lidstaten gezamenlijk hebben gesloten, het door hen nagestreefde gemeenschappelijke doel dat hen verbindt ten opzichte van de derde landen die partij zijn bij deze overeenkomsten. Op grond van het in artikel 10 EG neergelegde beginsel van loyale samenwerking dienen de lidstaten niet alleen in de fase van de onderhandelingen en van de ondertekening van dergelijke overeenkomsten, maar ook bij de uitvoering ervan hun medewerking te verlenen [45], dit in overeenstemming met de verplichting de nuttige werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren, niet alleen op wetgevend gebied, maar ook op uitvoerend niveau en op het gebied van de rechtspraak. [46]

57. In de derde plaats is de beste manier om internationale overeenkomsten met derde landen te sluiten en te zorgen voor de noodzakelijke coherentie bij de uitlegging ervan, de eenvormige uitlegging ervan te verzekeren, een idee die wordt bevestigd door het feit dat bepalingen van de overeenkomst aan elkaar gekoppeld kunnen zijn, zoals advocaat-generaal Tesauro heeft gesteld. [47] De enige instantie die deze taak kan vervullen, is het Hof van Justitie, met dien verstande dat de hulp die de nationale rechters via de prejudiciële procedure van artikel 234 EG verlenen van onschatbare waarde is. Dit streven naar eenvormigheid in de uitlegging van het gemeenschapsrecht kwam duidelijk tot uiting in advies 1/91 betreffende de Overeenkomst tot instelling van een Europese Economische Ruimte, waarin de stelling werd bekrachtigd dat de coherentie vereist dat de bevoegdheid tot uitlegging van de communautaire regelgeving niet wordt opgesplitst. [48]

58. In de vierde plaats zou het feit dat het Hof zich bevoegd acht om gemengde overeenkomsten en met name de TRIPs-overeenkomst uit te leggen, niet tot gevolg hebben dat nationale wetgevende bevoegdheden aan de Gemeenschap worden overgedragen, ook niet die welke naar de lidstaten terugvloeien omdat de gemeenschapsinstellingen deze niet hebben uitgeoefend. Integendeel, indien er een eenvormige, voor eenieder bindende uitlegging bestond, ook op gebieden waar er nog geen communautaire regelgeving is, zouden de lidstaten gemakkelijker aan artikel 10 EG kunnen voldoen wanneer zij deze bevoegdheden uitoefenen.

59. In de vijfde plaats, ten slotte, wekt de door de huidige rechtspraak geschapen situatie verbazing, aangezien het even onlogisch is het Hof de bevoegdheid te ontzeggen om een dergelijke door de Gemeenschap geratificeerde overeenkomst te onderzoeken zolang er op bepaalde gebieden geen regelgeving is vastgesteld, als om een nationale

45 — Advies 1/94, reeds angehaald, punt 108.

46 — Kahl, W., „Artikel 10", en Callies, Ch., en Ruffert, M., op. cit., blz. 451 e.v.

47 — Punten 20 en 21 van zijn conclusie in de zaak Hermès, reeds aangehaald.

48 — Advies, uitgevaardigd op 14 december 1991 krachtens artikel 228, lid 1, EEG-Verdrag (advies 1/91, Jurispr. blz. I-6079), punten 43-45.

rechterlijke instantie te verbieden een kaderwet uit te leggen zolang de autoriteiten waaraan de wetgevende bevoegdheid is gedelegeerd, deze bevoegdheid niet hebben uitgeoefend.

60. Het Hof zou zich dus bewust moeten zijn van de gebreken van zijn rechtspraak en moeten proberen een einde te maken aan de eeuwige onzekerheid over zijn bevoegdheid om gemengde overeenkomsten te onderzoeken. Daartoe moet het durven zijn koers te wijzigen en zijn verantwoordelijkheid op zich te nemen. Het dient zowel zijn rechtspraak te herformuleren en aan te passen aan de grondbeginselen van het internationale recht, als te zorgen voor de rechtszekerheid die de instellingen op intracommunautair niveau verlangen. Het heeft reeds een stap in die richting gezet met het arrest Dior, door artikel 10 EG in zijn overwegingen te betrekken, maar het heeft hier ten onrechte niet de door mij voorgestelde draagwijdte aan verleend.

61. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging, zich bevoegd te verklaren tot uitlegging van de TRIPs-overeenkomst en dus van artikel 33 ervan.

C — Rechtstreekse werking van artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst

62. Zo de uitlegging van gemengde overeenkomsten in de partituur van rechtsproblemen in verband met de externe betrekkingen van de Gemeenschap het herhalingsrefrein vormt, is de rechtstreekse werking de onlosmakelijk hiermee verbonden vocale partij, zodat het ene probleem nooit rijst zonder het andere. De vergelijking is niet willekeurig, aangezien, zoals wij verder zullen zien, de argumenten waarop de communautaire rechtspraak is gebaseerd, grote methodologische overeenstemming vertonen.

63. De door het Supremo Tribunal de Justiça geformuleerde vraag is dubbelzinnig en lijkt zowel betrekking te hebben op de rechtstreekse werking als op de mogelijkheid voor partijen in een geding voor de nationale rechter om zich op de voorschriften van de WTO-overeenkomsten te beroepen, maar de verwijzingsbeschikking en de in de onderhavige prejudiciële procedure gemaakte opmerkingen leggen de nadruk op de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst.

64. Ik zal dus, uitgaande van de redenering die aan de rechtspraak van het Hof ten gronde ligt, proberen een antwoord te verschaffen en dit vervolgens op basis van een aantal overwegingen nuanceren.

1. Beantwoording volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie

a) Van het arrest Hermès tot het arrest Van Parys

65. Volgens het arrest Demirel is een bepaling van een door de Gemeenschap met derde landen gesloten overeenkomst rechtstreeks toepasselijk wanneer zij, gelet op haar bewoordingen en op het doel en de aard van de overeenkomst, een duidelijke en nauwkeurig omschreven verplichting behelst voor de uitvoering waarvan geen verdere handeling vereist is. [49]

66. Het Hof heeft zich in het arrest Hermès weliswaar niet over dit punt uitgesproken, maar advocaat-generaal Tesauro was geneigd om de rechtstreekse werking van de WTO-overeenkomsten te aanvaarden op grond van het feit dat de door het Hof ten opzichte van de GATT geuite bezwaren waren overwonnen door de overeenkomst die erop volgde. [50] Hij preciseerde evenwel dat de TRIPs-overeenkomst door particulieren kan worden ingeroepen „met betrekking tot de bepalingen waarvoor zulks mogelijk is", hetgeen herinneringen oproept aan het in het vorige punt aangehaalde arrest Demirel, aangezien „het erom gaat of de betrokken bepaling op zich kan worden toegepast, hetgeen het geval is wanneer *zij haar gevolgen kan sorteren zonder dat daartoe enigerlei latere handeling noodzakelijk is*" [51].

67. Het Hof formuleerde zijn standpunt in de zaak Portugal/Raad [52]. De feiten van deze zaak hadden niets te maken met de TRIPs-overeenkomst, aangezien deze zaak betrekking had op de geldigheid van twee overeenkomsten, een met India en de andere met Pakistan, betreffende de toegang tot de markt voor textielproducten. Deze geldigheid werd betwist op grond dat het besluit betreffende de sluiting van deze overeenkomsten [53] onwettig was wegens schending van bepaalde regels en fundamentele beginselen van de WTO.

68. Dit arrest heeft vele — meestal zeer kritische — commentaren in de rechtsleer uitgelokt. [54] Om deze conclusie niet al te lang te maken, zal ik het arrest kort samenvatten. Hoewel het Hof erkende dat de WTO-overeenkomsten aanzienlijk verschillen van de GATT van 1947, vooral door de versterking van de vrijwaringsregeling en de regeling voor geschillenbeslechting [55], beklemtoonde het de onderhandelingsrol van de

49 — Arrest Demirel, punt 14.

50 — Conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest Hermès, aangehaald in voetnoot 17, punt 30, tweede alinea.

51 — Ibidem, punt 37 (cursivering van mij).

52 — Arrest van 23 november 1999 (C-149/96, Jurispr. blz. I-8395), punten 42-47.

53 — Besluit 96/386/EG van de Raad van 26 februari 1996 betreffende de sluiting van memoranda van overeenstemming tussen de Europese Gemeenschap en de Islamitische Republiek Pakistan en tussen de Europese Gemeenschap en de Republiek India inzake regelingen op het gebied van de toegang tot de markt voor textielproducten (PB L 153, blz. 47).

54 — Treffend samengevat in Cebada Romero, A., op. cit., blz. 467 e.v.

55 — Memorandum van overeenstemming inzake de regels en procedures betreffende de beslechting van geschillen (bijlage 2 bij de WTO-overeenkomst).

lidstaten en leidde het hieruit af dat, indien de rechtstreekse werking van deze overeenkomsten werd aanvaard, dit tot gevolg zou hebben dat de wetgevende of uitvoerende organen van de contractsluitende partijen de door artikel 22 van het memorandum van overeenstemming geboden mogelijkheid werd ontnomen om via onderhandelingen tot — zij het ook tijdelijke — oplossingen te komen. [56]

69. Het Hof voegde hieraan toe dat in de WTO-overeenkomsten, uitgelegd naar hun doel, niet is vastgelegd met welke maatregelen rechtens deze overeenkomsten in de interne rechtsorde van de verdragsluitende partijen te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gelegd [57], waaruit het afleidde dat de wettigheid van de handelingen van de gemeenschapsinstellingen niet aan de bepalingen van deze overeenkomsten kan worden getoetst. [58]

70. Het verwees evenwel naar twee gevallen waarin het de rechtstreekse werking van de GATT-regels had erkend, namelijk wanneer de Gemeenschap uitvoering wil geven aan een in het kader van de WTO aangegane verplichting (arrest Fediol) [59] of wanneer de gemeenschapshandeling uitdrukkelijk naar specifieke bepalingen van de WTO-overeenkomsten verwijst (arrest Nakajima) [60]. In deze gevallen, die, zoals uit het arrest Van Parys [61] blijkt, de enige uitzonderingen op de algemene regel vormen, dient het Hof de wettigheid van de betrokken gemeenschapshandeling aan de WTO-regels te toetsen.

71. In laatstgenoemd arrest heeft het Hof de rechtstreekse werking van de WTO-regels in absolute termen afgewezen, aangezien het heeft geoordeeld dat het niet mogelijk is om voor een rechterlijke instantie van een lidstaat aan te voeren dat een gemeenschapsregeling onverenigbaar is met de WTO-regels, ook niet wanneer het Orgaan voor geschillenbeslechting [62] heeft verklaard dat dit het geval is. [63] Daarmee is mogelijkerwijs het in artikel 26 van het Verdrag van Wenen neergelegde beginsel pacta sunt servanda geschonden [64], doordat wordt voorbijgaan aan de beslissingen van een instantie waarvan de Gemeenschap door de ondertekening van de WTO-overeenkomsten de bevoegdheid heeft aanvaard. Het arrest Van Parys wekt bovendien enige bevreemding omdat het Hof er steeds op heeft toegezien dat zijn arresten op alle nationale niveaus, zowel op wetgevend en bestuurlijk niveau als op het gebied van de rechtspraak, in acht worden genomen.

b) Gevolgen van het arrest Dior

72. Anders dan in het arrest Hermès heeft het Hof in het arrest Dior de door de

56 — Arrest Portugal/Raad, aangehaald in voetnoot 52, punten 36-40.

57 — Ibidem, punt 41.

58 — Ibidem, punt 47.

59 — Arrest van 22 juni 1989, Fediol/Commissie (70/87, Jurispr. blz. 1781), punten 19-22.

60 — Arrest van 7 mei 1991, Nakajima/Raad (C-69/89, Jurispr. blz. I-2069), punt 31.

61 — Arrest van 1 maart 2005 (C-377/02, Jurispr. blz. I-1465), punten 39 en 40.

62 — Ingesteld bij artikel 2, lid 1, van bovengenoemd memorandum van overeenstemming.

63 — Arrest Van Parys, punt 54.

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

Nederlandse rechters gestelde vragen over de rechtstreekse werking van de TRIPs-overeenkomst niet omzeild. Het heeft deze evenwel niet beantwoord in de door advocaat-generaal Tesauro in de zaak Hermès voorgestelde zin, maar volhard in zijn standpunt betreffende de verdeling van bevoegdheden tussen de lidstaten en de Gemeenschap.

73. Onder verwijzing naar punt 14 van het reeds aangehaalde arrest Demirel en na eraan te hebben herinnerd dat particulieren zich niet voor de nationale rechter op de WTO-regels kunnen beroepen (arrest Portugal/Raad), maakte het Hof een onderscheid tussen de gebieden die door het communautaire recht worden beheerst en die waarop de Gemeenschap haar bevoegdheden nog niet heeft uitgeoefend. [65] Wat eerstgenoemde gebieden betreft, herinnerde het aan de verplichting om de TRIPs-overeenkomst in het licht van de bewoordingen en het doel ervan uit te leggen. [66] Met betrekking tot laatstgenoemde gebieden was het van oordeel dat, aangezien zij niet door het gemeenschapsrecht worden beheerst, dit laatste „niet [verlangt], maar [...] evenmin [uitsluit], dat de rechtsorde van een lidstaat particulieren het recht toekent om zich rechtstreeks op [...] de TRIPs-overeenkomst te beroepen".

74. Kortom, volgens deze rechtspraak wordt de — communautaire of nationale — bevoegdheid om de concrete bepaling toe te passen en om uit te maken wie dient te beoordelen of deze bepalingen kunnen worden ingeroepen, opnieuw relevant. Toegepast op de onderhavige zaak betekent dit dat, indien artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst een gemeenschapsrechtelijke aangelegenheid betreft, het Hof van Justitie bevoegd is om deze beoordeling te verrichten, en dat, indien het onder de nationale bevoegdheden valt, de rechterlijke instanties van de lidstaten bevoegd zijn. [67]

75. Zoals reeds gezegd bij de bespreking van de eerste vraag, kan deze aanpak van het Hof, die de klemtoon legt op de respectieve bevoegdheden van de Gemeenschap en de lidstaten, mij niet overtuigen, aangezien zij andermaal vereist dat wordt onderzocht of de Unie haar bevoegdheden op voldoende wijze heeft uitgeoefend, wat er wederom toe leidt dat er onvoldoende rechtszekerheid is voor de instellingen en dat het Hof van Justitie, dat het geding beslecht op basis van het criterium van de bevoegdheidsverdeling, een te belangrijke rol speelt. Bovenal evenwel komt de eenheid en de coherentie bij de uitlegging van het gemeenschapsrecht, daaronder begrepen de internationale overeenkomsten waarbij de lidstaten samen met de Gemeenschap partij zijn, in het gedrang, wat lijkt te pleiten voor een andere methode.

2. Alternatief voorstel

76. De rode draad van mijn redenering is eenvoudiger: de Unie dient haar internationale verbintenissen na te komen overeen-

65 — Arrest Dior e.v., punten 47 en 48.

66 — Zie arrest Hermès, punt 28.

67 — Zie ook arrest Schieving Nijstad e.a., aangehaald in voetnoot 21, punten 51-55.

komstig het beginsel van goede trouw, dat overeenkomstig de artikelen 26 en 31 van het reeds aangehaalde Verdrag van Wenen steeds het optreden van de lidstaten, maar ook van wereldwijd opererende organisaties, alsook de uitlegging van de door hen gesloten overeenkomsten dient te beheersen. [68]

77. Ik vergis me wellicht niet wanneer ik stel dat het Hof in het arrest Demirel dezelfde gedachte aanhangt, voor zover het in het reeds meermaals aangehaalde punt 14 de rechtstreekse toepasselijkheid van de door de Gemeenschap gesloten overeenkomsten afhankelijk heeft gesteld van de bewoordingen, het doel en de aard van deze overeenkomsten, enerzijds, en van de voorwaarde dat zij een duidelijke, nauwkeurig omschreven en onvoorwaardelijke verplichting behelzen, anderzijds. Deze twee criteria dienen, eerder dan de aangehaalde rechtspraak, de leidraad te zijn bij het onderzoek naar de rechtstreekse werking.

78. Zolang evenwel de in het arrest Portugal/Raad vervatte opvatting, die laatstelijk door het arrest Van Parys is bevestigd, blijft bestaan, zie ik geen mogelijkheid om afstand te nemen van het dualistische systeem dat het Hof op basis van een onzekere rechtsgrondslag aan de hand van de integratie van het volkenrecht en de WTO-overeenkomsten in de Gemeenschap heeft uitgewerkt om zijn verplichtingen te ontlopen. [69] Een regel zoals de bovengenoemde zal dus buiten de in de arresten Fediol y Nakajima genoemde gevallen nooit rechtstreekse werking hebben in de Europese Unie.

79. Aangezien de overwegingen van het Hof eerder van politieke dan van juridische aard zijn [70], heeft het weinig zin om diep op de kwestie in te gaan en erop te vertrouwen dat de kritiek in de rechtsleer de weerstand tegen het standpunt van advocaat-generaal Saggio zal overwinnen. Volgens deze laatste kan een bepaling van een internationale overeenkomst, wanneer zij duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk is, in beginsel een maatstaf voor de wettigheid van gemeenschapshandelingen zijn en kunnen particulieren zich enkel in rechte op deze bepaling beroepen wanneer uit de algemene context van de overeenkomst blijkt dat dit mogelijk is. [71]

80. Rest mij enkel nog om twee opmerkingen te maken met betrekking tot deze controverse, die kennelijk door vaste rechtspraak is beslecht.

81. In de eerste plaats wil ik erop wijzen dat, indien de werkelijke reden voor het Hof om de WTO-overeenkomsten rechtstreekse werking te ontzeggen daarin gelegen is dat

68 — Dupuy, P. M., *Droit international public*, Dalloz, 4e ed., Parijs, 1998, blz. 284.

69 — Pescatore, P., „Free World Trade and the European Union", in Pérez van Kappel, A., en Heusel, W., (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, deel 28, Trier, 2000, blz. 12.

70 — Laget-Annamayer, A., op. cit., blz. 287; zie ook Cebada Romero, A., op. cit., blz. 490.

71 — Conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest Portugal/Raad, aangehaald in voetnoot 52, punt 18.

het niet wil ingrijpen in de bevoegdheid van de politieke organen van de Gemeenschap om te handelen binnen de onderhandelingsmarge die hun door het memorandum inzake geschillenbeslechting wordt geboden [72], deze reden enkel opgaat voor de gebieden waarin werkelijk een schikking mogelijk is.

82. Hoewel het memorandum van overeenstemming onder meer van toepassing is op de TRIPs-overeenkomst, is de aard van de regelgeving die deze beoogt te harmoniseren, namelijk intellectuele en industriële eigendomsrechten, moeilijk verenigbaar met het mechanisme van geschillenbeslechting, aangezien deze rechten per definitie toebehoren aan particulieren en niet aan de staten. [73]

83. In wezen verschilt deze bijlage bij de WTO-overeenkomst inhoudelijk aanzienlijk van de algemene overeenkomst, waarop het Hof in het arrest Portugal/Raad zijn redenering heeft gebaseerd. Het is moeilijk om, zonder de zaken te forceren, minimale beschermingsnormen, zoals de duur van octrooien, op gelijke voet te stellen met bijvoorbeeld voorschriften die de vermindering of de afschaffing van douanetarieven vereisen om de markttoegang van producten te vergemakkelijken. Ik betwijfel of deze verschillende soorten regels dezelfde soepelheid hebben die nodig is om tot een compromis te komen. Er dient dus meer aandacht te worden besteed aan het uit te leggen voorschrift teneinde vast te stellen of hiervan door middel van onderhandelingen kan worden afgeweken.

84. In de tweede plaats wordt in de benadering van het Hof al te veel belang gehecht aan de geschillenbeslechtingsregeling van de WTO, aangezien de optie om zich te onttrekken aan de in het kader van de WTO-overeenkomst opgenomen verantwoordelijkheden voorrang krijgt boven de bindende kracht ervan als multilateraal internationaal verdrag.

85. Deze overeenkomst voorziet weliswaar niet in een remedie zoals het beroep wegens niet-nakoming van artikel 226 EG en nog minder in dwangmaatregelen zoals die van artikel 228 EG, maar dat betekent nog niet dat men de termen ervan mag omdraaien door de methode voor geschillenbeslechting te beschouwen als wettelijk achterdeurtje en alternatief voor de verplichting het internationale recht te goeder trouw in acht te nemen. Men kan deze regeling niet een dergelijk doorslaggevend belang toekennen door oneigenlijk gebruik te maken van wat een uitzondering hoort te zijn. Verder heeft een oplossing die door onderhandelingen wordt bereikt, steeds een voorlopig karakter [74] en moet zij gericht zijn op de inachtneming van de overeenkomst [75], wat pleit voor het standpunt van degenen die het uitzonderlijke karakter van de geschillenbeslechtingsregeling beklemtonen.

72 — Eeckhout, P., op. cit., blz. 306.

73 — Vierde overweging van de preambule van de TRIPs-overeenkomst.

74 — Artikel 22, lid 1, van het memorandum van overeenstemming.

75 — Dit volgt uit artikel 3, lid 7, van het memorandum van overeenstemming, volgens hetwelk „[...] [e]en oplossing die wederzijds aanvaardbaar is voor de partijen bij het geschil *en die verenigbaar is met de vermelde overeenkomsten*, [...] duidelijk de voorkeur [verdient] [...]" (cursivering van mij).

86. Verder bepaalt artikel IX van de WTO-overeenkomst weliswaar dat de Ministeriële Conferentie en de Algemene Raad uitsluitend bevoegd zijn om de overeenkomst en de multilaterale handelsovereenkomsten uit te leggen, maar hiervoor is een drievierde meerderheid van de leden vereist. Gelet op het grote aantal partijen bij de WTO-overeenkomst is het moeilijk om een dergelijke meerderheid te bereiken. Ik deel dan ook niet het standpunt dat deze mogelijkheid van artikel IX het jurisdictionele karakter van de geschillenbeslechtingsregeling afzwakt [76], aangezien er tot op heden nooit gebruik van is gemaakt. [77]

87. Op basis van de bovenstaande overwegingen kunnen we de eerste hindernis, betreffende de inhoud en de context van de te onderzoeken overeenkomst, achter ons laten. Rest ons dus nog enkel de taak artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst uit te leggen om uit te maken of deze bepaling rechtstreekse werking heeft.

88. Aangezien ik evenwel vermoed dat het voorstel dat ik in het licht van de rechtspraak in punt 1 van deel V, C, van deze conclusie heb geformuleerd, niet nuttig is voor de verwijzende rechter, die in werkelijkheid uitleggingsregels zoekt om te kunnen uitmaken of de litigieuze bepaling rechtstreekse werking heeft, zal ik deze bepaling onderzoeken in een derde punt, dat vanuit methodologisch oogpunt één geheel vormt met de vorige twee punten. Dit is logisch, aangezien beide pistes samen leiden tot de conclusie dat de rechtstreekse toepasselijkheid van de norm grondig dient te worden onderzocht.

3. Onderzoek van artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst

89. In verschillende van de opmerkingen die in de onderhavige prejudiciële procedure zijn ingediend, is op basis van een al te oppervlakkige lezing van de tekst van deze bepaling gesteld dat deze duidelijk is.

90. Ik deel deze mening niet. Artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst berust op twee premissen: ten eerste, de minimale beschermingsduur van octrooien, die wordt vastgesteld op 20 jaar, ten tweede, de maximale beschermingsduur, die vrij door de nationale wetgever kan worden bepaald.

91. De tekst is niet duidelijk en is dan ook verkeerd uitgelegd. De bepaling dient te worden opgevat als een opdracht aan de lidstaten om hun wetgeving inzake octrooien aan de eerste premisse aan te passen door voor deze industriële eigendomsrechten te voorzien in een bescherming van minstens 20 jaar vanaf de aanvraag. Wat de tweede

76 — Timmermans, C.W.A., „L'Uruguay Round: sa mise en oeuvre par la Communauté européenne", in *Revue du Marché Unique Européen*, nr. 4/1994, blz. 178.

77 — Volgens de mondelinge inlichtingen verstrekt door de juridische dienst van de WTO.

premisse betreft, beschikken zij daarentegen over een discretionaire bevoegdheid om de maximumduur te bepalen.

92. De eerste premisse kan in gevallen als het onderhavige worden geacht „asymmetrische" rechtstreekse werking te hebben wanneer de inbreuk hierin bestaat dat de beschermingsduur van de betrokken immateriële rechten na het verstrijken van de door de TRIPs-overeenkomst vastgestelde overgangsperiode nog steeds korter is dan de wettelijk voorgeschreven minimumduur. Het lijkt mij buiten kijf te staan dat de verplichting van de lidstaten voldoet aan de voorwaarden om rechtstreeks toepasselijk te zijn. Aldus kunnen degenen die worden getroffen door het stilzitten van de wetgever, zich tegenover de staat die zijn verplichtingen niet nakomt, beroepen op het betrokken voorschrift. Deze vaststelling vindt steun in de rechtspraak van het Hof betreffende de verticale rechtstreekse werking van richtlijnen.

93. Grotere twijfel bestaat er met betrekking tot de vraag of de betrokken bepaling ook horizontale rechtstreekse werking heeft, gelet op het feit dat niet in een maximumduur is voorzien. Het einde van de bescherming van deze bijzondere eigendomsrechten raakt niet enkel de houder ervan, maar ook in het bijzonder derden en de overheid, die op dit gebied het algemeen belang vertegenwoordigt. De concurrenten, maar ook de instanties die met het adequate beheer van deze rechten belast zijn, dienen te weten wanneer de bescherming van het octrooi in de nationale rechtsorde eindigt.

94. Wanneer de wetgever deze bevoegdheid niet uitoefent, is het onmogelijk om louter op basis van de tekst van artikel 33 het juiste tijdstip vast te stellen waarop het wettelijke monopolie vervalt. Zou men, meer in het bijzonder, beslissen dat het volstaat om te opteren voor de minimumduur van 20 jaar, dan zou dit erop neerkomen dat men zich een bevoegdheid toe-eigent die toebehoort aan de wetgever. Een dergelijke beslissing zou niet kunnen worden tegengeworpen aan derden.

95. Bijgevolg heeft artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst geen rechtstreekse werking, aangezien de nationale wetgever bevoegd is om de exacte beschermingsduur van octrooien in zijn eigen rechtsorde vast te leggen.

96. Ten slotte wil ik erop wijzen dat artikel 70 van de TRIPs-overeenkomst, betreffende de „bescherming van bestaande onderwerpen", dat is aangevoerd ter ondersteuning van de stelling dat artikel 33 rechtstreekse werking heeft, ertoe strekt te verzekeren dat de ten tijde van de inwerkingtreding van de TRIPs-overeenkomst bestaande rechten dezelfde bescherming genieten als die welke worden verleend krachtens de wetgeving die de verdragsluitende staten ter uitvoering van deze overeenkomst hebben vastgesteld. Het gaat er dus om dat de nieuwe bescherming ook geldt voor reeds bestaande octrooien, wat niets te maken heeft met de rechtstreekse werking van de betrokken bepalingen.

VI — Conclusie

97. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging, de door het Supremo Tribunal de Justiça gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„Artikel 33 van de TRIPs-overeenkomst heeft geen rechtstreekse werking en kan dus niet voor de nationale rechter tegenover andere particulieren worden ingeroepen, aangezien het verder regelgevend optreden van de nationale wetgever met het oog op de vaststelling van de exacte beschermingsduur van octrooien vereist."