

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

## CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

**PEDRO CRUZ VILLALÓN**

**Présentées le 31 janvier 2013**

**Affaire C-414/11**

**Daiichi Sankyo Co. Ltd**

**Sanofi-Aventis Deutschland GmbH**

**contre**

**DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon**

demande de décision préjudicielle formée par le Polymeles Protodikeio Athinon (Grèce)

«Accord ADPIC – Interprétation de son effet direct – Compétence de l'Union ou des États membres – Brevet concernant des médicaments – Produits pharmaceutiques et procédés de production – Article 207, paragraphe 1, TFUE – «Aspects commerciaux de la propriété intellectuelle» – Arrêt Merck Génériques»

1. Dans le contexte d'une procédure nationale concernant des questions relatives à la brevetabilité de produits pharmaceutiques, soulevées par l'entrée en vigueur de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après l'«accord ADPIC») (2), la Cour a l'occasion de se prononcer sur la portée de la compétence exclusive de l'Union en matière de politique commerciale commune (article 3, paragraphe 1, TFUE) puisque cette politique comprend désormais, en vertu de l'article 207, paragraphe 1 TFUE, «les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle».
2. Selon moi, il s'agit de la question centrale de la présente affaire, à savoir si, depuis qu'elle relève d'une compétence exclusive de l'Union, cette notion joue un rôle différent de celui qui était le sien sous l'empire de l'article 133 TFUE.
3. Plus concrètement, la question est de savoir si la jurisprudence tirée de l'arrêt du 11 septembre 2007, Merck Génériques, (3) relative à la «compétence principale» des États membres dans le domaine régi par l'accord ADPIC est toujours d'application.

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

4. Les autres questions ne sont formulées que pour le cas où la jurisprudence Merck Génériques ne serait plus applicable. Dans la mesure où il me semble qu'elles présentent moins de difficultés, je concentrerai mon analyse sur la première.

5. Conscient de l'extraordinaire difficulté d'interprétation que, comme vous le verrez, la présente question préjudicielle soulève, je proposerai à la Cour de répondre au Polymeles Protodikeio Athinon que, dans l'état actuel de développement du droit de l'Union, le domaine régi par l'article 27 de l'accord ADPIC («objet brevetable») ne relève pas des «aspects commerciaux de la propriété intellectuelle et industrielle», au sens de l'article 207, paragraphe 1, TFUE, avec les effets qui s'ensuivent en ce qui concerne la compétence pour interpréter cette disposition.

6. Subsidiairement, et au cas où la Cour considérerait que, en définitive, il lui appartient d'interpréter l'article 27 de l'accord ADPIC, je proposerai à la Cour, en application de sa jurisprudence consolidée, renforcée en l'espèce par les caractères du mandat contenu dans cette disposition, de constater que cette disposition est dépourvue d'effet direct.

7. En outre, et au cas où la Cour accueillerait les motifs pour procéder à une modification de sa jurisprudence, je me permettrai cependant de proposer à la Cour de constater que le brevet sur un procédé de fabrication d'un produit pharmaceutique n'acquiert pas en plus le caractère d'un brevet sur le produit pharmaceutique, du seul fait qu'au moment du dépôt de la demande de brevet de fabrication, et alors qu'il était prohibé de breveter des produits pharmaceutiques, la demande de brevet portait également sur le produit en tant que tel.

8. Enfin, quelle que soit l'interprétation que la Cour retiendra, et s'agissant de l'effet dans le temps de son arrêt, je proposerai que l'interprétation en cause, eu égard aux spécificités de l'espèce, n'ait pas de conséquences sur les situations consolidées par une décision judiciaire définitive.

## **I – Cadre normatif**

### *A – L'accord ADPIC*

9. Sous l'intitulé «Objet brevetable», l'article 27 de l'accord ADPIC dispose ce qui suit:

«1. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3, un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 65, du paragraphe 8 de l'article 70 et du paragraphe 3 du présent article, des brevets pourront être obtenus et il sera possible de jouir de droits de brevet sans

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale.

2. Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation.

3. Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité:

a) les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux;

b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques [...]

10. Quant à l'article 70 de l'accord ADPIC, sous l'intitulé «Protection des objets existants», celui-ci dispose:

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

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

[...]

6. Les Membres ne seront pas tenus d'appliquer l'article 31, ni la prescription énoncée au paragraphe 1 de l'article 27 selon laquelle des droits de brevet seront conférés sans discrimination quant au domaine technologique, à l'utilisation sans l'autorisation du détenteur du droit, dans les cas où l'autorisation pour cette utilisation a été accordée par les pouvoirs publics avant la date à laquelle le présent accord a été connu.

7. Dans le cas des droits de propriété intellectuelle pour lesquels l'enregistrement est une condition de la protection, il sera permis de modifier les demandes de protection en suspens à la date d'application du présent accord pour le Membre en question en vue de demander une protection accrue au titre des dispositions du présent accord. Ces modifications n'introduiront pas d'éléments nouveaux.

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

8. Dans les cas où un Membre n'accorde pas, à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, la possibilité de bénéficier de la protection conférée par un brevet correspondant à ses obligations au titre de l'article 27, ce Membre:

a) nonobstant les dispositions de la Partie VI, offrira, à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, un moyen de déposer des demandes de brevet pour de telles inventions;

b) appliquera à ces demandes, à compter de la date d'application du présent accord, les critères de brevetabilité énoncés dans le présent accord comme s'ils étaient appliqués à la date de dépôt de la demande dans ce Membre ou, dans les cas où une priorité peut être obtenue et est revendiquée, à la date de priorité de la demande; et

c) accordera la protection conférée par un brevet conformément aux dispositions du présent accord à compter de la délivrance du brevet et pour le reste de la durée de validité du brevet fixée à partir de la date de dépôt de la demande conformément à l'article 33 du présent accord, pour celles de ces demandes qui satisfont aux critères de protection visés à l'alinéa b).

[...]».

#### B – *Dispositions nationales*

11. La République hellénique a ratifié la convention de Munich en 1986 avec une réserve, au sens de l'article 167, paragraphe 2, sous a), de la convention sur le brevet européen (ci-après la «CBE»), concernant les produits pharmaceutiques. En vertu de l'article 167, paragraphe 3, de la CBE, cette réserve a expiré le 7 octobre 1992.

12. En 1995, la République hellénique a également ratifié l'accord ADPIC.

13. En Grèce, le domaine des brevets est en outre régi par la loi n° 1733/1987, relative au transfert de technologies, aux inventions, à l'innovation technologique et à l'institution d'une commission pour l'énergie atomique, en vigueur depuis le 22 avril 1987.

14. L'article 5 de la loi n° 1733/1987 dispose qu'un produit, un procédé ou une application peuvent faire l'objet d'un brevet et, en vertu de l'article 7 de la loi, il incombe au demandeur d'indiquer l'objet de la protection demandée.

15. Conformément à l'article 11 de la loi n° 1733/1987, la durée de la protection conférée par le brevet est de vingt ans et débute le lendemain du dépôt de la demande de brevet.

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

16. L'article 25, paragraphe 3, de la loi n° 1733/1987 disposait que tant qu'était maintenue la réserve formulée par la Grèce, en vertu de l'article 167, paragraphe 2, sous a), de la CBE, il n'était pas délivré de brevet européen pour des produits pharmaceutiques.

17. Les juridictions ont interprété la loi n° 1733/1987 en ce sens qu'elle interdisait la délivrance de brevets nationaux pour les produits pharmaceutiques et que seul était autorisée la délivrance de brevets pour protéger l'invention d'un procédé de fabrication d'un produit pharmaceutique. Cette restriction, qui a pris fin le 7 octobre 1992, était déjà prévue dans la loi n° 2527/1920, qui a précédé la loi n° 1733/1987.

## II – Faits

18. Daiichi Sankyo Co. Ltd. (ci-après «Daiichi Sankyo») est une société dont le siège est à Tokio (Japon) qui a été titulaire, en Grèce, d'un brevet national, délivré le 21 octobre 1986, relatif au composé chimique «levofloxaciné hemihydraté» utilisé comme principe actif dans des traitements antibiotiques. La demande en vue de l'obtention de ce brevet avait été déposée le 20 juin 1986 et contenait une revendication de protection tant pour le composé en tant que tel que pour son procédé de fabrication.

19. La protection offerte par le brevet, laquelle allait expirer le 20 juin 2006, a été prolongée par un certificat complémentaire de protection (ci-après le «CCP») en vertu du règlement n° 1768/92. Conformément à l'article 13 de ce règlement, la durée de validité du CCP ne pouvait être supérieure à cinq ans, de sorte que la jouissance par Daiichi Sankyo du brevet en cause a donc pris fin au cours de l'année 2011.

20. La levofloxaciné hemihydraté figure comme principe actif dans un médicament original dénommé «TAVANIC», lequel est distribué en Grèce par la société Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (ci-après «Sanofi-Aventis») qui dispose à cet effet d'une licence exclusive de commercialisation. Cette licence, pour des produits pharmaceutiques originaux ayant comme principe actif la levofloxaciné hemihydraté, a été donnée par l'autorité compétente hellénique le 17 février 1999.

21. La même autorité a, les 22 septembre 2008 et 22 juillet 2009, octroyé à DEMO AVEE Farmakon (ci-après «DEMO») des autorisations de mise sur le marché de produits pharmaceutiques génériques ayant comme principe actif la levofloxaciné hemihydraté. DEMO a commercialisé un tel produit sous la dénomination «TALERIN».

22. Le 23 septembre 2009, Daiichi Sankyo et Sanofi-Aventis ont introduit un recours contre DEMO devant la juridiction de renvoi visant la cessation de toute commercialisation par cette dernière de TALERIN ou de tout autre produit ayant comme principe actif la «levofloxaciné hemihydraté» jusqu'à la date d'expiration du CCP.

## III – Questions posées

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

23. Dans le cadre de la procédure introduite par Daiichi Sankyo et Sanofi-Aventis, le Polymeles Protodikeio Athinon pose les questions suivantes:

«1. L'article 27 de l'accord ADPIC, qui détermine le cadre de la protection des brevets, relève-t-il ou non d'un domaine pour lequel les États membres continuent à être compétents à titre principal et, en cas de réponse affirmative, les États membres eux-mêmes peuvent-ils reconnaître ou non un effet direct à la disposition précitée et la juridiction nationale peut-elle ou non appliquer directement, dans les conditions prévues par le droit national, ladite disposition?

2. Au sens de l'article 27 de l'accord ADPIC, les produits chimiques et pharmaceutiques peuvent-ils ou non faire l'objet d'un brevet dès lors qu'ils remplissent les conditions de brevetabilité et, en cas de réponse affirmative, quelle est l'étendue de la protection dont ils bénéficient?

3. Au sens des articles 27 et 70 de l'accord ADPIC, les brevets qui relèvent de la réserve de l'article 167, paragraphe 2, de la Convention de Munich de 1973, qui avaient été délivrés avant le 7 février 1992, soit avant l'entrée en vigueur de l'accord précité, et qui portaient sur des inventions de produits pharmaceutiques mais qui, en raison de la réserve précitée, avaient été délivrés uniquement pour protéger leur procédé de fabrication, relèvent-ils de la protection prévue pour tous les brevets, en application des dispositions de l'accord ADPIC et, en cas de réponse affirmative, quelle est l'étendue et le contenu de cette protection? En d'autres termes, après l'entrée en vigueur de l'accord précité, faut-il considérer que les produits pharmaceutiques eux-mêmes sont également protégés ou bien que seule la protection du procédé de fabrication continue à être applicable; ou bien faut-il opérer une distinction, en fonction du contenu de la demande de brevet, pour savoir si, par le biais de la description de l'invention et des revendications qui y figurent, seule la protection du produit a été demandée à l'origine, ou bien celle du procédé ou bien les deux?»

24. La juridiction de renvoi explique que la solution du litige dont elle est saisie dépend du fait de savoir si le brevet de Daiichi Sankyo ne couvre que le procédé de fabrication du principe actif «levofloxacine hemihydrate» (le «procédé de fabrication du produit pharmaceutique») ou s'il couvre également le principe actif en tant que tel (le «produit pharmaceutique»). Dans cette deuxième hypothèse, il suffirait aux requérantes d'apporter la preuve que le TAVANIC et le TALERIN contiennent le même principe actif. Si, au contraire, l'objet de la protection était le procédé, le fait que les deux médicaments contiennent le même principe actif ne laisserait place qu'à une présomption selon laquelle le générique aurait été fabriqué à partir du procédé protégé par le brevet et DEMO pourrait renverser cette présomption en démontrant que son produit était fabriqué moyennant un procédé différent.

25. Le Polymeles Protodikeio Athinon souligne que les produits pharmaceutiques n'étaient pas brevetables en Grèce avant le 7 octobre 1992, de sorte que le brevet accordé à Daiichi Sankyo en 1986 ne protégeait pas initialement le principe actif

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

«levofloxacin hemihydrate» en tant que tel. Toutefois, selon la juridiction de renvoi, dès lors que l'article 27 de l'accord ADPIC impose la brevetabilité des produits pharmaceutiques, le principe actif litigieux est protégé par le brevet de Daiichi Sankyo depuis l'entrée en vigueur de cet accord, point sur lequel les juridictions helléniques ne sont pas constantes.

#### IV – Procédure devant la Cour

26. La demande préjudicielle a été inscrite au greffe de la Cour le 8 août 2011.

27. Outre Daiichi Sankyo et DEMO, les gouvernements britannique, hellénique, italien et portugais, ainsi que la Commission ont présenté des observations.

28. Lors de l'audience du 5 juin 2012, les représentants de Daiichi Sankyo, des gouvernements allemand, britannique, finlandais, hellénique, néerlandais, portugais et suédois, ainsi que de la Commission ont présenté leurs observations orales. Dans la convocation à l'audience, les parties avaient été invitées à prendre position quant aux observations écrites de la Commission reprises au point 30 des présentes conclusions.

#### V – Arguments

29. Sans formuler une exception de recevabilité, DEMO soutient que le litige au principal a perdu son objet puisque tant le brevet que le CCP sont arrivés à expiration.

30. S'agissant de la première des questions posées, toutes les parties, à l'exception de la Commission, ont soutenu dans leurs observations écrites que l'article 27 de l'accord ADPIC couvre un champ dans lequel les États membres restent compétents à titre principal, de sorte que son applicabilité directe dépend de ce que dit, cas par cas, le droit national en cause. Ce point de vue, basé sur la jurisprudence tirée de l'arrêt du 11 septembre 2007, Merck Génériques (4), n'est pas partagé par la Commission, laquelle soutient que le fondement de cette jurisprudence n'est plus valable depuis l'entrée en vigueur du TFUE dont l'article 207 dispose que «les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle» (l'objet même de l'accord ADPIC) sont un des éléments sur lesquels se fonde la politique commerciale commune. L'Union disposerait donc désormais d'une compétence qu'elle n'avait pas lorsque l'arrêt Merck Génériques a été rendu et, par conséquent, ce serait à elle qu'il appartiendrait de répondre à la question de savoir si l'article 27 de l'accord ADPIC est directement applicable ou non. Question à laquelle, selon la Commission, et au regard de la jurisprudence de la Cour relative à l'accord sur l'OMC, il conviendrait de répondre par la négative.

31. Invitées à exposer leur point de vue sur ce problème lors de l'audience, tant Daiichi Sankyo que les gouvernements allemands, finlandais, helléniques, néerlandais, portugais et suédois ont contesté la position défendue par la Commission. En substance, les gouvernements ont unanimement signalé que, indépendamment de son intitulé, l'accord ADPIC avait un objet plus vaste que les seuls «aspects de la propriété

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

intellectuelle» visés à l'article 207 TFUE. Selon eux, il convenait donc d'examiner cas par cas le domaine visé dans chacune de ses dispositions et c'est ainsi que, s'agissant des articles 27 et 70 de l'accord ADPIC, force était de constater que leur objet visait davantage le droit matériel des brevets que les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle. Par conséquent, toujours selon eux, la situation normative et en matière de compétence n'a pas changé par rapport à celle qui prévalait lorsque l'arrêt Merck Génériques a été rendu, et donc il y aurait lieu d'appliquer actuellement l'interprétation retenue à l'époque. Pour sa part, la Commission a insisté sur l'idée selon laquelle, après le traité de Lisbonne, le domaine objet de l'accord ADPIC relevait exclusivement de la compétence de l'Union.

32. S'agissant de la deuxième question, Daiichi Sankyo et les gouvernements britannique, hellénique, italien et portugais soutiennent qu'il ressort incontestablement de la teneur de l'article 27 de l'accord ADPIC que, sous réserve des exceptions prévues à cet article, un produit pharmaceutique en tant que tel peut faire l'objet d'un brevet. La Commission, quant à elle, soutient que, s'il était conclu que la disposition est applicable, il conviendrait de constater que les produits pharmaceutiques et chimiques peuvent être brevetés dès lors qu'ils respectent les conditions générales de délivrance d'un brevet et que l'extension de la protection dont ils bénéficient est celle visée à l'article 28 de l'accord ADPIC.

33. Enfin, s'agissant de la dernière question, Daiichi Sankyo soutient qu'il ressort de la lecture combinée des articles 27, paragraphe 1 et 70, paragraphe 2 de l'accord ADPIC que les brevets existant lors de l'entrée en vigueur de cet accord protègent, à partir de cette date, les produits pharmaceutiques pour lesquels une protection a été demandée lors de la demande de délivrance desdits brevets. DEMO et le gouvernement hellénique soutiennent quant à eux que les deux dispositions doivent être interprétées en ce sens qu'un brevet antérieur à l'entrée en vigueur de l'accord ADPIC est régi par les règles de celui-ci à partir de son entrée en vigueur, mais qu'il ne couvre pas un produit pharmaceutique qu'il n'a jamais protégé. Le gouvernement italien soutient que les brevets délivrés avant le 7 février et qui portaient sur des inventions de produits pharmaceutiques mais qui, en raison de la réserve visée à l'article 167, paragraphe 2, de la CBE, avaient été délivrés uniquement pour protéger leur procédé de fabrication bénéficient, à la suite de l'entrée en vigueur de l'accord précité, de la protection – étendue aux produits eux-mêmes, en plus de celle du procédé de fabrication – prévue pour tous les brevets, en application des dispositions de l'accord ADPIC. À cet effet, le gouvernement italien soutient qu'il conviendra d'examiner cas par cas la teneur de la demande en cause. Le gouvernement portugais soutient que la protection conférée par un brevet est déterminée par les revendications figurant dans la demande en cause et, en dehors de l'hypothèse décrite à l'article 70, paragraphe 7, de l'accord ADPIC, la modification a posteriori de ces revendications dans le sens d'une extension de la protection initialement demandée n'est pas permise. Par conséquent, un brevet sur un procédé, délivré avant l'application de l'accord ADPIC, ne saurait se transformer ensuite en brevet sur un produit, d'autant plus qu'il était irrecevable de revendiquer un brevet sur un produit relevant de la réserve de l'article 167, paragraphe 2, sous a), du



**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

CBE alors que celle-ci était en vigueur. Le gouvernement britannique insiste sur l'incompétence de la Cour, eu égard à l'absence de législation substantielle de l'Union en la matière, pour interpréter, du point de vue du droit matériel, l'article 27 de l'accord ADPIC. Subsidiairement, il soutient que dans un cas tel que celui de l'espèce, l'article 70 de l'accord ADPIC ne permet pas de voir la portée d'un brevet s'étendre au produit pharmaceutique en tant que tel. Enfin, la Commission estime que vu l'absence d'effet direct de l'accord ADPIC, son entrée en vigueur n'a pas eu pour effet d'étendre automatiquement aux produits la protection conférée par les brevets couvrant des procédés de fabrication.

## VI – **Appréciation**

### A – *Considérations liminaires*

#### 1. Sens et portée des questions posées

34. Le Polymeles Protodikeio Athinon demande à la Cour, tout d'abord, si l'article 27 de l'accord ADPIC «relève [...] d'un domaine pour lequel les États membres continuent à être compétents à titre principal». Au cas où tel serait le cas, la juridiction nationale demande alors si les États membres peuvent reconnaître ou non un effet direct à cette disposition. S'agissant des deuxième et troisième questions, elles visent spécialement l'interprétation de la teneur et des effets des articles 27 et 70 de l'accord ADPIC, de sorte que, en les posant, la juridiction de renvoi part du principe que la réponse à la première sera négative, à savoir que l'article 27 de l'accord ADPIC relève d'un secteur dans lequel la compétence n'appartient plus aux États membres, mais à l'Union.

35. Selon moi, les trois questions soulèvent trois problèmes très concrets. Premièrement, la question est de savoir quelle est la portée de l'article 207 TFUE sur la compétence de la Cour en matière d'interprétation de l'accord ADPIC. C'est cette question que pose la juridiction de renvoi lorsqu'elle demande si l'article 27 de l'accord ADPIC relève d'un secteur dans lequel la compétence n'appartient plus aux États membres, mais à l'Union. Comme je l'ai exposé au point 31, les considérations de la Commission à cet égard ont conduit la Cour à inviter les parties à faire valoir leur point de vue sur la portée du nouvel article 207 TFUE en ce qui concerne la compétence en matière d'interprétation de l'accord ADPIC au cours de l'audience.

36. Deuxièmement, la question relative à la brevetabilité des produits chimiques et pharmaceutiques au titre de l'article 27 de l'accord ADPIC doit être, selon moi, reformulée. En effet, comme les parties l'ont signalé, il s'agit d'une question qui, dans sa formulation littérale, ne pose pas de problème. Toutefois, cette question renferme implicitement une autre qui, elle, est bien plus importante puisqu'il s'agit de l'effet direct des accords de l'OMC. Plus précisément, et comme nous le verrons, l'expression «effet direct» utilisée pose en fait de nouveau la question de savoir si les accords de l'OMC peuvent être invoqués dans le cadre du droit de l'Union.

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

37. Enfin, troisièmement, et en visant directement le problème débattu dans l'affaire a quo, il est demandé s'il convient de considérer que les personnes qui ont demandé un brevet concernant un procédé et un brevet concernant un produit pharmaceutique, mais qui n'ont obtenu que le premier parce que la réglementation alors applicable ne permettait que cela, ont également obtenu, en conséquence de l'accord ADPIC, le brevet concernant le produit. La question est, en définitive, de savoir ce qu'il convient d'entendre par «existant à sa date d'application» au sens de l'article 70, paragraphe 2, de l'accord ADPIC.

## 2. Pertinence de la question préjudicielle

38. Sans aller jusqu'à formuler explicitement une exception d'irrecevabilité de la présente question préjudicielle, DEMO a signalé que, dans la mesure où le brevet de Daiichi Sankyo ainsi que le CCP avaient expiré, la procédure au principale était, selon elle, dépourvue d'objet, de sorte que, quelle que soit la réponse de la Cour, celle-ci n'affecterait pas substantiellement la décision qui serait prise finalement par la juridiction de renvoi.

39. Il convient d'opposer à cela le fait que, comme il est exposé dans la décision de renvoi, la législation nationale prévoit que le titulaire du brevet puisse, une fois l'atteinte aux droits protégés par le brevet constatée, exiger la réparation du préjudice subi. Cette seule circonstance suffirait pour considérer que la présente demande de décision préjudicielle n'est pas dépourvue de pertinence, puisque la réponse aux questions posées par la juridiction hellénique lui permettra, à tout le moins, de déterminer s'il y a eu une atteinte aux droits protégés par le brevet susceptible de fonder une action en réparation du préjudice. Il ne s'agit donc pas de statuer simplement sur une infraction en cours, mais sur une infraction éventuellement commise dans le passé et qui a pu entraîner un préjudice dont la personne lésée peut demander réparation après l'expiration du titre juridique lui permettant d'opposer aux tiers la protection garantie par le droit des brevets.

*B – Première question: la compétence de la Cour en matière d'interprétation de l'accord ADPIC après le traité de Lisbonne*

40. Comme j'ai eu l'occasion de le signaler, la présente affaire porte essentiellement sur la mesure dans laquelle le domaine régi par l'accord ADPIC – et donc l'interprétation du droit correspondant – relève aujourd'hui de la compétence exclusive de l'Union en matière de politique commerciale en tant qu'«aspects commerciaux de la propriété intellectuelle» (article 207, paragraphe 1, TFUE). En bref, pour la Commission, ce domaine entre entièrement, presque par définition, dans le champ de cet article. Pour les États, au contraire, seul un examen cas par cas de la teneur des différents éléments de l'accord permettra éventuellement de les qualifier d'«aspect commercial»: en tout état de cause, pour ces derniers, l'article 27 («matière protégée») et, par conséquent, l'article 70 («matière existante») de l'accord ADPIC n'ont pas cette qualité

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

41. Il est constant que, au moment de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la compétence de la Cour et des juridictions nationales en matière d'interprétation de l'accord ADPIC était déterminée en fonction du fait que le domaine spécifiquement concerné s'inscrivait dans le champ des compétences de l'Union ou de celui des États membres (5). Ce critère, fixé dans la jurisprudence de la Cour depuis d'arrêt du 16 juin 1998 Hermès (6) et constant jusqu'à l'arrêt Meck Généricos, a fait que la complexité du régime de répartition des compétences matérielles entre l'Union et les États membres s'est transposée, nécessairement, dans le champ de la juridiction (7).

42. Lorsqu'elle a abordé le cœur de la question, au point 47 de l'arrêt Merck Généricos, la Cour a énoncé que, s'agissant de l'article 33 de l'accord ADPIC – et elle aurait pu dire la même chose pour beaucoup d'autres –, celui-ci «rel[evait] d'un domaine dans lequel, à ce stade de l'évolution du droit communautaire, les États membres rest[ai]ent *principalement compétents*» (8). Il convient simplement de préciser que le problème n'est pas que la présence de la propriété intellectuelle dans la législation de l'Union, par l'intermédiaire de l'harmonisation, a changé considérablement par rapport à ce qu'elle était au moment où l'arrêt a été rendu, ce qui n'est pas le cas, mais le fait que les «aspects commerciaux de la propriété intellectuelle» ne sont plus traités de la même manière depuis le traité de Lisbonne.

43. Le problème étant ainsi posé, il y a lieu de signaler que, particulièrement lors de l'audience, et comme je viens de l'observer, deux fronts se sont opposés, la Commission, d'une part («unique voix discordante», selon le représentant de la République portugaise dans le procès-verbal d'audience) et les États membres qui sont intervenus dans cette affaire, d'autre part.

44. Très brièvement, la thèse des États est que le traité de Lisbonne n'a pas modifié la nature de la compétence partagée qui existait déjà en matière de propriété intellectuelle qui relève actuellement de l'article 4, paragraphe 2, sous a), TFUE («marché intérieur»), une matière qui est plus ou moins harmonisée (article 114 TFUE) et à laquelle d'importantes dispositions supplémentaires sont consacrées, notamment concernant la création d'un brevet unifié (article 118 TFUE).

45. Dans ce contexte, l'article 207, paragraphe 1, TFUE élèverait au niveau de compétence exclusive, en tant que partie de la politique commerciale commune, les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, entendus comme une partie pouvant être parfaitement séparée dans la réglementation en la matière, dont, en tout état de cause, l'article 27 de l'accord ADPIC ne ferait pas partie. La compétence partagée des États en la matière serait de surcroît expressément garantie par l'article 207, paragraphe 6, TFUE, qui prohibe formellement toute harmonisation non permise par le traité.

46. S'agissant de la Commission, sa thèse est que l'article 207, paragraphe 1, TFUE renvoie implicitement, mais clairement, au domaine régi par l'accord ADPIC. Le parallélisme très clair qu'il y a entre la rédaction de l'article 207 TFUE et l'intitulé de l'accord conduirait en pratique à tirer cette conclusion. En substance, tel est tout

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

simplement son argument, à savoir qu'il n'y a pas lieu d'imaginer que le législateur ait voulu autre chose que de faire relever de la compétence exclusive de l'Union un domaine, les «aspects commerciaux de la propriété industrielle», que l'article 133 CE régissait assez différemment (9). Par conséquent, ce qui figure – et il convient d'ajouter ce qui pourrait figurer – dans l'accord ADPIC «est», de ce seul fait, un «aspect commercial de la propriété intellectuelle» au sens de l'article 207, paragraphe 1, TFUE. Pour le reste, la Commission ne semble pas voir dans cette interprétation le moindre problème par rapport à la compétence partagée en matière de propriété intellectuelle en tant que telle.

47. Il convient d'observer tout de suite, en termes généraux, que l'interprétation de la Commission jouit d'un soutien important dans la doctrine et, de surcroît, souvent sur la base du même argument, à savoir l'évidence (10).

48. Je pense que, avant d'entrer dans l'analyse des différentes positions susmentionnées, il convient de rappeler, même très brièvement, premièrement, en quoi consiste le droit de la propriété intellectuelle et, deuxièmement, ce que régit ou contient, ou simplement ce qu'«est» l'accord ADPIC.

49. S'agissant du premier point, et comme la Cour l'a énoncé dans l'avis 1/94 (11), précité, «Les droits de propriété intellectuelle permettent à leurs titulaires d'empêcher les tiers d'accomplir certains actes. Pouvoir interdire l'usage d'une marque, la fabrication d'un produit, la copie d'un modèle, la reproduction d'un livre, d'un disque ou d'une vidéocassette a inmanquablement des effets sur le commerce. Les droits de propriété intellectuelle sont d'ailleurs précisément conçus pour produire ces effets.» (avis 1/94, point 57).

50. Ainsi, il convient de souligner d'emblée que la réalité juridique de cette propriété intellectuelle ne se limite pas à ces effets, elle comprend également, par nécessité, son ensemble normatif représentant des droits reconnus et garantis par l'ordre juridique. Pour ainsi dire, l'effet économique d'une institution juridique est précédé, comme un fait autonome, par la création de l'institution elle-même et par la définition de son statut (12).

51. S'agissant du second point, c'est-à-dire ce qu'«est» l'ADPIC, il y a lieu de considérer que l'accord ADPIC est le plus petit dénominateur commun au niveau international concernant le droit de la propriété intellectuelle. Comme on peut le voir aisément, les signataires de l'accord ont établi des principes de base communs dans le domaine juridique de la propriété intellectuelle. En ce sens, nombre de ses dispositions sont des dispositions de base de toute réglementation, nationale ou non, concernant la propriété intellectuelle (13).

52. Bien entendu, l'accord ADPIC contient aussi, évidemment, diverses clauses visant spécifiquement le commerce de produits. Les États en ont cité certaines lors de l'audience. Mais il convient de souligner que ces clauses ne sont pas le cœur ni la partie

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

la plus importante de l'accord ADPIC. En tout état de cause, celles-ci ne posent pas de problème. Il n'y a pas lieu de penser que la compétence exclusive de l'Union pour conclure des clauses de ce type, dans le cadre de la politique commerciale commune, soit contestée, et ce sans qu'une référence dans l'article 207, paragraphe 1, TFUE soit nécessaire.

53. Le problème est en fait les dispositions matérielles, voire même «indéniablement» matérielles, de tout droit de la propriété intellectuelle que les traités de ce type contiennent presque inévitablement et, dans le cas de l'accord ADPIC, dont il faut bien admettre qu'elles constituent le cœur et pour ainsi dire la «teneur essentielle».

54. En ce sens, je pense pouvoir affirmer déjà que, du moins dans une certaine mesure et jusqu'à un certain point, le fondement de la rédaction de l'article 207, paragraphe 1, TFUE qui nous occupe est *précisément* ce type de dispositions. Comme je viens de le souligner, pour légitimer la compétence de l'Union en matière de conclusion de clauses relatives au commerce extérieur caractéristiques, il n'était absolument pas besoin de modifier le droit primaire.

55. Les différentes positions et leurs conséquences étant exposées, il est temps d'exposer ma propre analyse. Ainsi, et d'emblée, selon moi les États ont raison et la Commission aussi.

56. Les États ont raison. L'argumentation nominaliste de la Commission n'est clairement pas satisfaisante. Les différences textuelles minimales entre l'article 207, paragraphe 1, TFUE et l'intitulé de l'accord ne remettent certes pas en cause la thèse de la Commission (14), mais seulement pour ce qu'elle vaut.

57. Et la valeur de cette argumentation n'est pas suffisante eu égard aux conséquences de la thèse. Premièrement, s'agissant du fait que le champ d'une compétence exclusive de l'Union serait déterminé par la teneur actuelle ou potentielle d'une convention internationale déterminée ou d'autres d'une teneur semblable: il conviendrait presque d'opposer à cela une opposition de principe.

58. En effet, je pense que la notion d'«aspects commerciaux de la propriété intellectuelle», au sens de l'article 207, paragraphe 1, TFUE doit incontestablement être considérée comme une notion autonome du droit de l'Union qu'il appartient exclusivement à la Cour d'interpréter et qu'elle ne doit pas dépendre de ce qui ressort, de manière plus ou moins stable ou plus ou moins cohérente, des accords ADPIC – ou autres semblables – dont l'Union est partie. En revanche, dégager cette notion pose clairement problème et il faudra d'emblée renoncer à toute interprétation in abstracto ou ex ante. Elle devra plutôt être définie graduellement, comme je le proposerai pour la présente espèce.

59. Deuxièmement, dans la mesure où cette thèse fait manifestement fi de ce qu'une interprétation systématique de cette disposition laisse immédiatement apparaître: la

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

propriété intellectuelle relève d'une compétence partagée, et cela doit rester vrai, non seulement dans la lettre du droit primaire, ce qui est le cas, mais aussi, à l'évidence, dans son interprétation.

60. Et il est clair qu'inclure globalement et immédiatement le domaine régi par l'accord ADPIC dans la notion d'«aspects commerciaux» tend à déplacer le cœur du droit de la propriété industrielle vers le champ de la compétence exclusive de l'Union et à permettre de réaliser une sorte d'harmonisation «indirecte» voire de «désactiver» la compétence partagée. Par ailleurs, voir dans cette notion une compétence «externe» exclusive, pouvant exister à côté d'une compétence «interne» partagée, sous réserve de ce que j'exposerai plus loin, ne mène qu'à une impasse.

61. Si nous nous limitons à ce à quoi nous pouvons nous limiter, à savoir à la teneur de l'article 27 de l'accord ADPIC, il est clair que cet article, concernant la définition de l'objet protégé, comme celui qui suit, concernant les «droits conférés», sont la partie essentielle de tout régime substantiel de la propriété intellectuelle, dont il convient tout d'abord de définir et de préciser la valeur ou la teneur. Régir l'«objet brevetable», comme dans l'article 27 de l'accord ADPIC, c'est s'occuper, selon moi, d'un aspect de la propriété intellectuelle qui concerne directement le régime juridique des droits sur cette propriété spéciale qu'un ordre juridique reconnaît et garantit. S'il s'agit d'un «aspect commercial» et d'une compétence exclusive, cela a sûrement des conséquences sur la compétence partagée des États (15).

62. Les États ont donc raison lorsqu'ils soutiennent qu'une partie du domaine régi par l'accord ADPIC et, en particulier, celui visé à l'article 27, ne relève pas de la compétence exclusive de l'Union. En ce sens, il est difficile de ne pas répondre que l'arrêt Merck Génériques reste substantiellement valable.

63. Mais la Commission a, en partie, aussi raison. D'emblée, l'argument de «l'évidence» n'est pas très satisfaisant. Mais on ne saurait nier l'influence du fait qu'une autorité comme la Commission, soutenue par la doctrine, et dans des termes rhétoriques, pense que sa thèse est «évidente».

64. Dans cet effort pour me rendre à l'«évidence», je dois commencer par reconnaître que cette expression particulière, «aspects commerciaux» n'aurait pas trouvé sa place dans le droit primaire sans l'existence, depuis plus de dix ans, d'un accord international nommé précisément «ADPIC». En d'autres termes, il y a, mentalement parlant, un lien très important entre la formulation de l'article 207, paragraphe 1, TFUE et l'intitulé de l'accord ADPIC.

65. Tout comme je dois reconnaître que dès lors que l'on s'éloigne du terrain connu du «renvoi», c'est-à-dire du renvoi à l'accord ADPIC, des problèmes d'interprétation sont à craindre. Si l'on admet que la notion d'«aspects commerciaux» doit nécessairement dépasser le domaine des clauses spécifiquement commerciales pour entrer dans celui de la réglementation matérielle, il sera difficile d'en éliminer les plus

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

basiques, puisque ce sont les plus importantes. Dans un accord international a minima sur ce qu'est et sur la qualité de la propriété intellectuelle, les points abordés ne sont pas précisément des questions annexes. En ce sens, il n'y a pas meilleur exemple que l'accord ADPIC.

66. Au regard de ce qui précède, l'effet utile de cette expression est clairement favorable à ce que certaines normes substantielles de la propriété intellectuelle incluses dans des conventions de ce type soient couvertes par l'expression utilisée dans cet article. En un mot, l'article 207, paragraphe 1, TFUE doit ajouter quelque chose à ce qu'il y avait auparavant. Et je pense que ce «quelque chose» concerne les dispositions substantielles du droit de la propriété intellectuelle, lesquelles, toutefois, peuvent parfois avoir une position «stratégique» étant donné leurs répercussions sur le trafic commercial.

67. De nouveau, de ce point de vue, les domaines tels que ceux couverts par l'article 27 de l'accord ADPIC (objet protégé) ne pourraient échapper à l'influence de l'article 207, paragraphe 1, TFUE sans que l'effet utile de cette disposition soit dans une certaine mesure remis en cause.

68. Pour résumer les difficultés posées dans cette affaire: le seul fait qu'une certaine disposition matérielle soit pertinente en matière de commerce international n'est pas de nature à légitimer la compétence exclusive de l'Union à régir celui-ci. La fonctionnalité ne peut être érigée en critère unique ni même prépondérant. Elle doit impérativement être conjuguée à une interprétation systématique. Et l'interprétation systématique laisse immédiatement apparaître que l'article 207, paragraphe 1, TFUE n'est pas seul dans ce domaine. La règle de l'interprétation systématique impose clairement une interprétation pour ainsi dire «topographique», voire «compartimentée», de la formulation de l'article 207, paragraphe 1, TFUE. Il faut qu'il y ait au moins une partie du droit de la propriété intellectuelle qui «résiste» à l'empire des aspects commerciaux.

69. Cependant, une interprétation «topographique» ou «compartimentée» porterait démesurément atteinte à l'effet utile de la modification qui s'est opérée dans le droit primaire par l'article 207, paragraphe 1, TFUE. De même qu'une interprétation pour ainsi dire «fonctionnelle» qui renverrait immédiatement et sans la moindre réserve à ce que prévoit, cas par cas, l'accord ADPIC, ou tout autre semblable, annihilerait purement et simplement, du moins potentiellement, le caractère partagé que le domaine de la propriété intellectuelle conserve indubitablement, et la priverait également de son propre effet utile.

70. En somme, la logique fonctionnelle et la logique systématique sont apparemment irréconciliables. Les deux semblent revendiquer, en faveur de l'une ou des autres, la compétence sur les éléments fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle.

71. Eu égard à ce qui précède, les éléments qui, comme je le faisais observer, donnent également raison à la Commission, ne m'amèneront pas à conclure que, à la

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la compétence en matière d'interprétation d'une disposition telle que l'article 27 de l'accord ADPIC appartient désormais à la Cour et, par conséquent, il y a lieu de confirmer la jurisprudence selon laquelle les juridictions nationales sont chargées d'interpréter l'accord ADPIC à titre principal. Mais pour cela il faut trouver un moyen de sortir du dilemme.

72. Selon moi, il n'est possible de sortir de ce dilemme qu'en analysant les différentes conséquences qui, toujours en termes d'effet utile, découlent du choix de l'une ou l'autre des thèses en jeu. En d'autres termes, il s'agirait d'atteindre le plus haut degré d'optimisation des dispositions normatives sur lesquelles l'une et l'autre thèses s'appuient.

73. Énoncé ainsi, cet effort d'interprétation doit aller dans deux directions, une pour ainsi dire «spatiale» et une temporelle. La première est facile à exposer. Il s'agit de renoncer à appliquer la règle de concordance sur la portée de la rédaction de l'article 207, paragraphe 1, TFUE ou sur l'accord ADPIC dans son ensemble. À cet effet, je peux renvoyer à ce qui a été dit précédemment. La question concerne l'article 27 de l'accord ADPIC.

74. La délimitation temporelle, qui ne peut à l'évidence viser que le moment présent, demande davantage d'explications. Certes, l'article 207, paragraphe 1, TFUE est une compétence «externe» caractéristique, notamment si on l'examine à la lumière de ce qu'était sa version précédente, celle de l'article 130 CE, et s'il l'on tient compte du «caveat» en matière de compétence que représente l'article 207, paragraphe 6, TFUE. Mais cela ne saurait nous inciter à penser que la réponse devrait être une approche selon laquelle la compétence externe de l'Union pourrait coexister paisiblement avec la compétence interne des États. Je crois plutôt que cette coexistence, en l'absence d'instrument définissant la portée de chacune, n'est conceptuellement pas viable sur le long terme.

75. En revanche, il en va autrement de ses possibilités actuelles, à savoir dans les phases initiales de cette nouvelle compétence exclusive. Selon moi, il est possible de soutenir que la compétence exclusive externe de l'Union suppose une certaine «éclipse» ou perte d'importance de la compétence partagée externe des États. Mais cela ne saurait intervenir en privilégiant brusquement la première au détriment de la seconde.

76. Sans jamais perdre de vue l'effet utile, l'atteinte à l'effet utile de l'article 207 TFUE que peut produire le fait de choisir de constater qu'une disposition telle que l'article 27 de l'accord ADPIC demeure dans la sphère de compétences des États membres est, actuellement, moindre que celle qui résulterait du choix inverse. L'Union dispose à l'heure actuelle d'un large champ d'action dans le domaine de l'harmonisation et de la création d'un titre unique. En revanche, les États membres n'ont qu'une compétence partagée. Actuellement, il y a donc de bonnes raisons d'éviter un déploiement général et immédiat d'une interprétation de l'article 207, paragraphe 1, TFUE liée à la teneur d'accords internationaux tels que l'ADPIC. En ce sens, pour ne



**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

citer qu'une hypothèse, il ne semble pas viable d'«expulser» de manière générale et immédiate les États membres des négociations relatives à ces accords.

77. Mais je pense également qu'il convient d'assurer dès le départ un certain effet utile à l'article 207, paragraphe 1, TFUE. En d'autres termes, il convient très clairement de rejeter une interprétation qui viderait le changement intervenu dans le droit primaire à la suite de cette disposition de toute substance.

78. Cela signifie, premièrement, et dès lors qu'il est constaté que la propriété intellectuelle reste une compétence partagée, celle-ci doit être interprétée de sorte à faciliter le plus possible l'exercice par l'Union de sa compétence exclusive sur les aspects commerciaux. Il conviendrait donc d'éviter une interprétation des «aspects commerciaux» excessivement régie par la dynamique règle et exception. En d'autres termes, il conviendrait d'éviter une interprétation trop stricte des «aspects commerciaux».

79. Deuxièmement, je pense que l'effet utile de l'article 207, paragraphe 1, TFUE pourrait donner toute sa mesure si cet article était interprété comme donnant implicitement mandat d'harmoniser progressivement la propriété intellectuelle. La légitimité de l'article 207, paragraphe 1, TFUE serait aussi renforcée par les avancées effectives sur le terrain de l'harmonisation.

80. J'achèverai l'exposition de mon point de vue en disant que je considère inutile de faire des «raccourcis», surtout si, paradoxalement, ceux-ci prennent la forme d'un «contournement». Il faut reconnaître que le droit des brevets fait depuis toujours face à des difficultés en ce qui concerne son harmonisation dans l'Union. Et on peut sans doute comprendre que, en réaction à ces difficultés, on ait pu voir dans la nouvelle compétence exclusive de l'Union un moyen indirect d'atteindre l'harmonisation des brevets désirée. Mais s'il y a une chose dépourvue d'ambiguïté dans l'article 207, paragraphe 1, TFUE c'est bien l'affirmation selon laquelle la compétence exclusive de l'Union concerne les seuls «aspects commerciaux de la propriété intellectuelle» et non la «propriété intellectuelle» tout court. Il reste un champ de la «propriété intellectuelle» qui va sans conteste au-delà des «aspects commerciaux», pour l'harmonisation duquel il existe plusieurs instruments. Mais l'article 207, paragraphe 1, TFUE n'en fait pas partie.

81. En conclusion, je considère que, dans l'état actuel du droit de l'Union, l'article 27 de l'accord ADPIC ne régit pas un domaine compris dans les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle au sens de l'article 207, paragraphe 1, TFUE et, partant, s'agissant de son interprétation, la jurisprudence de la Cour qui lie la portée de la compétence de la Cour en matière d'interprétation des dispositions des traités internationaux à la compétence matérielle sur le domaine régi reste valable.

82. Toutefois, et au cas où la Cour parviendrait à une autre conclusion, je m'occuperai ci-dessous, subsidiairement, de l'effet de cette disposition.

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

C – *Deuxième question: l'éventuel «effet direct» de l'article 27 de l'accord ADPIC*

83. Lorsque la juridiction de renvoi demande si les États membres peuvent reconnaître un «effet direct» à l'article 27 de l'accord ADPIC, elle demande en réalité si le juge national peut appliquer cette disposition de l'accord. En fait, dans la dernière partie de sa première question, le juge utilise l'expression «appliquer directement».

84. Selon moi, l'expression «effet direct» n'est pas utilisée à bon escient dans cette décision même si son usage est très répandu. Je rejoins ici ce que l'avocat général Poiares Maduro a exposé dans ses conclusions dans l'affaire FIAMM (16), la distance qui sépare l'«effet direct» des traités de l'«effet direct» du droit de l'Union est si grande «tant par leur notion que par leur portée» que je considère qu'il serait judicieux, «pour éviter toute malencontreuse confusion», «d'user de termes différents pour les désigner et, partant, de ne plus parler que de l'invocabilité des accords internationaux» (17).

85. Selon moi, la question ici posée concerne surtout l'invocabilité juridictionnelle de l'accord ADPIC, ce qui impose donc d'évoquer la jurisprudence consolidée de la Cour concernant l'invocabilité des accords de l'OMC (18).

86. Cette jurisprudence, dont les origines remontent à l'arrêt du 12 décembre 1972, *International Fruit Company* (19), a été réitérée à de nombreuses reprises concernant un grand nombre d'actes de l'OMC (20).

87. Certes, cette approche présente des points faibles, comme l'a démontré une partie de la doctrine (qui critique ce qu'elle considère comme une conception fragile du principe de légalité ou le caractère politique de l'argument de la réciprocité ou, enfin, l'absence de protection juridique que cela entraîne pour les particuliers) (21). Toutefois, les arguments de ceux qui critiquent l'approche de la Cour méritent également quelques objections, comme l'ont également souligné des voix moins hostiles à la jurisprudence (qui opposent aux critiques le fait qu'ils ne démontrent pas le fondement démocratique des normes de l'OMC ni ne précisent le niveau juridictionnel atteint par le droit du commerce international et qui brandissent l'argument de la réciprocité comme s'il s'agissait d'un véritable principe constitutionnel ou rappellent que la doctrine de l'effet direct n'a de sens que dans le contexte de la création d'un marché commun) (22).

88. En tout état de cause, comme l'expliquait l'avocat général Poiares Maduro dans les conclusions FIAMM (23), je n'admets l'effet direct d'une norme internationale qu'à la double condition que «les termes, la nature et l'économie de celui-ci ne fassent pas obstacle à son invocabilité et que les stipulations invoquées apparaissent, à la lumière tant de l'objet et du but de l'accord que de son contexte, suffisamment précises et inconditionnelles, c'est-à-dire comportent une obligation claire et précise subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur» (24).

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

89. Selon moi, l'article 27 de l'accord ADPIC et, par extension, l'article 70 de cet accord, ne sont pas «suffisamment précis et inconditionnels», c'est-à-dire qu'ils ne comportent pas une «obligation claire et précise, subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte extérieur».

90. C'est ce que démontre, selon moi, l'expérience des juridictions nationales qui ont été saisies de la question de l'applicabilité directe de l'accord ADPIC.

91. Jusqu'à présent, les juridictions nationales ont été compétentes pour statuer sur l'éventuel effet direct de l'accord ADPIC en ce qui concerne la brevetabilité des médicaments et sur l'éventuelle extension aux médicaments eux-mêmes des brevets sur leurs procédés de fabrication. Naturellement, la pratique de ces tribunaux peut s'avérer maintenant très utile à la Cour pour décider de la solution qu'il convient de donner à cet égard dans le cadre de l'Union.

92. Il n'y a pas de décision sur la question dans les États qui ont admis les brevets sur les médicaments avant les années 80 du siècle dernier (25). Il n'y en a pas davantage dans ceux dont la législation sur les brevets est très récente (26). La pratique judiciaire pertinente ne vient donc que des pays qui disposaient d'une législation sur les brevets antérieure à la convention sur le brevet européen (1973) et à l'accord ADPIC (1994), mais qui ne permettaient pas de breveter des médicaments à l'époque de l'entrée en vigueur de ces normes internationales. C'est parfaitement logique puisque l'article 70 de l'accord ADPIC vise précisément ces derniers pays.

93. Dans trois États membres (Finlande, Portugal et Slovénie), les juridictions ont énoncé que l'article 70 de l'accord ADPIC n'était pas applicable au motif que la teneur de cette disposition n'était pas suffisamment précise.

94. Les juridictions autrichiennes, espagnoles et helléniques (dont les États avaient adopté la réserve de l'article 167 de la convention de Munich) se sont prononcées en faveur de l'applicabilité de l'article 70 de l'accord ADPIC aux brevets déjà existants qui avaient pour objet des procédés de fabrication de médicaments, mais qui, au moment de leur délivrance, ne pouvaient pas comprendre, en vertu de la législation nationale, le médicament en tant que tel.

95. Dans le cas espagnol, l'Audiencia Provincial de Madrid (2006) et le Juzgado Mercantil n° 3 de Barcelone (2007) ont constaté que l'accord ADPIC s'appliquait tant aux demandes de brevet en cours au moment de son entrée en vigueur qu'aux brevets déjà existants. La Cour Suprême espagnole a confirmé cette interprétation (2011) et a ajouté que l'accord ADPIC avait abrogé les effets de la réserve de la convention de Munich.

96. Par ailleurs, l'Audiencia Provincial de Madrid a déclaré que l'article 70, paragraphe 7, de l'accord ADPIC (modification des demandes en cours) avait un effet direct (27).

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

97. S'agissant de l'expérience autrichienne, la Cour suprême (2008) a admis l'effet direct de l'accord ADPIC et a énoncé que la protection conférée par l'article 70 de l'accord était la protection prévue par le droit autrichien. En application du droit autrichien, elle a conclu que les brevets sur des procédés de fabrication ne pouvaient pas s'étendre aux médicaments tant qu'ils ne pouvaient pas faire l'objet d'un brevet en Autriche.

98. Dans le cas de la Grèce, il convient de signaler les deux interprétations retenues par le tribunal de grande instance d'Athènes qui, en 2009, a admis que l'accord ADPIC avait un effet direct rétroactif, de sorte que toutes les demandes de brevet pour des médicaments étaient valables rétroactivement au 9 février 1995 et pour une durée de 20 ans à compter de la date du dépôt de la demande. Toutefois, en 2011, il est revenu sur cette interprétation et a considéré que la rétroactivité exigeait l'existence d'un titre valable et en vigueur depuis l'origine.

99. Les solutions retenues par les États membres sont donc loin d'être homogènes, ce qui impose à la Cour d'adopter une solution selon ses propres critères.

100. Selon moi, la compétence reconnue de l'Union pour se prononcer sur l'effet des articles 27 et 70 de l'accord ADPIC ne peut se traduire, par définition, que par la conclusion selon laquelle cet effet ne peut en aucun cas être direct. Et ce pour deux raisons

101. Premièrement, pour une raison inhérente au droit de l'Union dans l'état actuel de son développement. Deuxièmement, pour une raison qui découle de la teneur même de l'article 27 de l'accord ADPIC.

102. S'agissant de la première, il suffit de signaler que l'article 27 de l'accord ADPIC établit des principes et des critères de «brevetabilité» qui, à l'évidence, s'adressent aux pouvoirs publics chargés de la législation matérielle sur le droit des brevets. Il n'est pas utile ici de débattre de qui doit être ce pouvoir public: il suffit de dire qu'il doit y avoir une action législative.

103. En fait, l'article 27 de l'accord ADPIC est, selon moi, un mandat donné au législateur compétent en matière de brevets auquel il impose de mettre en place un régime des brevets qui prévoit, par principe, et pour ce qui nous concerne, la «brevetabilité» des médicaments. Si le législateur compétent à titre principal du point de vue matériel reste le législateur national, alors l'Union ne peut, le cas échéant, tirer de ce mandat qu'un droit des particuliers à ce que les États membres admettent les brevets sur les médicaments dès lors qu'ils ne se sont pas saisis de la possibilité d'exclure la «brevetabilité» de certaines inventions pour des raisons d'ordre public, de moralité, de protection de la santé, de la vie ou de l'environnement (article 27, paragraphe 2). Si, en revanche, la compétence en question relève désormais de l'Union, ce mandat aura pour destinataire ses institutions (28).

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

104. En conclusion, l'article 27 de l'accord ADPIC, en liaison avec l'article 70 de ce même accord, est dépourvu, selon moi, d'effet direct en ce sens qu'il ne s'agit pas d'une disposition pouvant être opposée directement par les particuliers, que ce soit aux pouvoirs publics ou, comme en l'espèce, à d'autres particuliers.

105. Toutefois, et au cas où la Cour en tirerait une autre conclusion, je passe maintenant à l'analyse de la troisième question que nous pose la juridiction de renvoi.

*D – Troisième question: l'interprétation l' «objet existant à la date d'entrée en vigueur de l'accord ADPIC» au sens de l'article 70, paragraphe 2, de cet accord*

106. Tout d'abord, il convient de ne pas oublier qu'un brevet sur un produit et un brevet sur un procédé sont deux choses distinctes, soumises à des règles différentes. On constate une certaine tendance à soutenir que l' «objet» existant dans le cas d'un brevet sur un procédé comprend déjà, dans une certaine mesure, le produit lui-même. Il suffit de signaler que la protection est différente. En vertu de l'article 28, paragraphe 1, de l'accord ADPIC, le brevet pour un «produit» est plus avantageux pour son titulaire puisqu'il lui permet d'empêcher les concurrents de «fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer» le produit en cause. À l'inverse, un brevet pour un «procédé» ne permet pas d'empêcher les concurrents de fabriquer le même produit moyennant un procédé différent (29).

107. En tout état de cause, il peut tout d'abord être répondu à cette question en la reliant aux considérations qui précèdent concernant la nécessité d'un développement législatif.

108. En fin de compte, le problème en cause dans l'affaire au principal c'est le fait de savoir si, en vertu du jeu combiné des articles 27 et 70 de l'accord ADPIC, l'entrée en vigueur de cet accord permet au brevet délivré pour un procédé, alors qu'il n'était pas possible de breveter un médicament, de s'étendre à celui-ci dès la levée de l'interdiction en dépit de laquelle le brevet pour le produit avait été demandé.

109. Il convient ici de tenir compte du fait que, dans le cas de la Grèce, l'interdiction de breveter des médicaments était uniquement due à la réserve faite au titre de l'article 167 de la convention de Munich, réserve dont l'expiration a rouvert la possibilité d'appliquer la législation nationale qui permettait de breveter des médicaments avant qu'elle n'existe. Une fois la réserve expirée, le 7 octobre 1992, plus rien n'empêchait de demander un brevet pour des médicaments et il n'était plus nécessaire de faire appel à l'article 70, paragraphe 8, de l'accord ADPIC.

110. Cet article dispose que «[d]ans les cas où un Membre n'accorde pas, à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, la possibilité de bénéficier de la protection conférée par un brevet correspondant à ses obligations au titre de l'article 27, ce Membre [...] offrira, à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, un moyen de déposer des demandes de brevet pour de telles inventions [...]».

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

111. En Grèce, à la date d'entrée en vigueur de l'accord ADPIC, il n'était pas nécessaire de mettre en œuvre «un moyen de déposer des demandes de brevet» pour des médicaments puisque, comme je l'ai dit, une fois les effets de la réserve faite au titre de l'article 167 de la convention de Munich expirés, le régime commun des brevets qui existait avant cette réserve s'est pleinement appliqué et celui-ci permettait de breveter des médicaments.

112. Donc, selon moi, il ressort de l'article 70, paragraphe 8, de l'accord ADPIC que cet accord se fonde sur le principe selon lequel, en tout état de cause, *il faut qu'il y ait une demande expresse* de brevet. Demande qui sera traitée via la procédure exigée par le paragraphe 8 *ou via la procédure normale d'un brevet* lorsque la législation nationale n'a pas besoin d'étendre le régime commun aux médicaments, ce qui est justement le cas en Grèce.

113. Par conséquent, je considère que l'accord ADPIC ne prévoit nullement la sorte d'«extension automatique» du brevet d'un procédé au produit pharmaceutique que demande Daiichi Sankyo. Pas plus que la possibilité d'une «délivrance différée» d'un brevet pour un médicament demandé à une époque où il ne pouvait pas être délivré. En définitive, pour des raisons de sécurité que je considère élémentaires dans un domaine aussi sensible que celui du brevet et de la commercialisation de médicaments qui s'ensuit, il convient de considérer que le brevet délivré pour un produit pharmaceutique ne peut être que l'aboutissement d'une procédure spécifique d'examen et de contrôle qui doit commencer par une demande expresse.

114. En conclusion, au cas où la Cour considérerait qu'il lui appartient d'interpréter l'article 27 de l'accord ADPIC – et par conséquent, l'article 70 de cet accord – et que cette disposition est d'application directe, je propose qu'il soit constaté que la seule entrée en vigueur de cet accord n'a pas eu pour effet que les personnes qui détenaient des brevets sur la production d'un produit pharmaceutique à cette époque en vertu d'une législation qui ne permettait pas de breveter des produits pharmaceutiques en tant que tels, ont obtenu un brevet sur le produit en tant que tel, même si, au moment du dépôt de la demande de brevet sur le procédé, ils avaient déposé une demande de brevet pour le produit en tant que tel.

## VII – Effets dans le temps

115. Dans mon analyse subsidiaire de l'interprétation de l'accord ADPIC que l'on demande à la Cour, il ne doit pas manquer une considération sur les effets dans le temps de son arrêt, et ce quel que soit le sens de la réponse à la troisième question.

116. La première chose à retenir est que, en tout état de cause, il y a une date butoir: la date d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

117. Selon moi, il est clair que la décision de la Cour ne peut porter que sur l'effet de la disposition à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2009, c'est-à-dire à partir de la date d'entrée en

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

vigueur du traité de Lisbonne, dont les articles 3 et 207 attribuent à l'Union la compétence en vertu de laquelle la Cour serait en droit d'arrêter cette décision.

118. Jusqu'à cette date, en vertu de la jurisprudence de la Cour elle-même, les États membres étaient les seuls compétents pour décider si l'article 27 de l'accord ADPIC pouvait ou non être directement applicables dans leur ordre juridique respectif.

119. La modification résultant de la nouvelle répartition des compétences prévue au traité de Lisbonne fait que les États membres n'ont désormais plus l'autorité pour résoudre cette question. Mais il est clair que, ne serait-ce que pour une raison de cohérence, cela ne peut pas porter atteinte aux effets produits jusqu'alors dans les ordres juridiques nationaux en raison de la solution adoptée à cet égard par leurs organes juridictionnels respectifs

120. La décision que prendra la Cour ne peut donc pas avoir d'effet sur les situations nées dans le domaine matériel visé par l'article 27 de l'accord ADPIC avant le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

121. Mais ce n'est peut-être pas suffisant: l'important contentieux, sa variété, pour une bonne partie déjà tranché, justifie de tenir compte de considérations très élémentaires de sécurité juridique. Selon moi, étant donné l'incertitude justifiée qui règne jusqu'à présent quant à l'importance de la modification résultant du traité de Lisbonne dans ce domaine – comme le prouve le fait même qu'il y ait cette demande préjudicielle et le débat sur ce sujet entre les parties – la décision de la Cour sur l'effet direct ou indirect de l'article 27 de l'accord ADPIC ne devrait produire des effets qu'à partir de la date de publication de l'arrêt mettant fin à cette affaire. En tout état de cause, l'intangibilité des décisions de justice ayant force de chose jugée à la date de publication de l'arrêt de la Cour mettant fin à cette procédure doit être garantie. Selon moi, il y aurait dans ce cas des «considérations impérieuses de sécurité juridique» qui, dans la jurisprudence de la Cour, justifient qu'elle exerce son «pouvoir d'appréciation» pour sauvegarder le caractère définitif des décisions rendues avant un arrêt qui, comme ce serait le cas en l'espèce, modifie radicalement le contexte normatif en vigueur et dans une certaine mesure de manière inattendue (30).

## VIII – Conclusion

122. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre à la question posée dans les termes suivants:

A – *À tire principal*

«1) L'article 27 de l'accord ADPIC, qui détermine le cadre de la protection des brevets, relève d'un domaine pour lequel les États membres continuent à être compétents à titre principal.

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

2) Par conséquent, il n'est pas utile de répondre aux autres questions posées par le Polymeles Protodikeio Athinon».

B – *À tire subsidiaire*

Au cas où la Cour considérerait que l'article 27 de l'accord ADPIC relève d'un domaine pour lequel l'Union est compétente à titre principal et donc, qu'il appartient à la Cour de décider si cette disposition a ou non un effet direct:

«L'article 27 de l'accord ADPIC est dépourvu d'effet direct».

C – *À tire encore plus subsidiaire*

Au cas où la Cour considérerait que l'article 27 de l'accord ADPIC – et par voie de conséquence, l'article 70 de cet accord – est directement applicable:

«La seule entrée en vigueur de l'accord ADPIC n'a pas eu pour effet que les personnes qui détenaient des brevets sur la production d'un produit pharmaceutique en vertu d'une législation qui ne permettait pas de breveter des produits pharmaceutiques, obtiennent un brevet sur le produit en tant que tel, même si, au moment du dépôt de la demande de brevet sur le procédé, ils avaient déposé une demande de brevet pour le produit pharmaceutique».

---

1 – Langue originale: l'espagnol.

---

2– L'annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'«accord sur l'OMC»), signé à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords de négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO L 336, p. 1).

---

3– Affaire C-431/05, Recueil 2008, p. I-7001.

---

4– Affaire C-431/05, Rec. p. I-7001.

---



**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

5 – Merck Genéricos, points 46 et 47.

---

6– Affaire C-53/96, Rec. p. I-3603.

---

7 – Comme le dit Piet Eeckhout, *EU External Relations Law*, 2<sup>e</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 279, «[i]f competence is the criterion for jurisdiction, the latter will be the hostage of the complexity of the former.»

---

8– C'est moi qui souligne.

---

9 – La différence par rapport à l'article 133 CE (post Nice) est que l'article 207 TFUE inscrit spécifiquement «les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle et industrielle» dans les domaines dans lesquels «[l]a politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes», c'est ainsi que l'article 133, paragraphe 5, CE se limitait à prévoir que les dispositions de ses paragraphes 1 à 4 s'appliquaient également «à la négociation et à la conclusion d'accords dans les domaines du commerce des services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, dans la mesure où ces accords [n'étaient] pas visés par lesdits paragraphes», le premier prévoyant que la politique commerciale commune était basée sur des principes uniformes. L'article 133 incluait donc déjà ce domaine et, en principe, la dimension extérieure des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle. L'article 207 TFUE l'inclut tout simplement directement et intégralement, outre la dimension purement extérieure. En ce sens, l'avocat général Kokott a considéré dans ses conclusions dans l'affaire Commission contre Conseil (C-13/07), point 63 que l'article 133, paragraphe 5, CE, n'avait pas conféré à la Communauté une compétence exclusive «pour le commerce des services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle» et que ce pas n'avait été franchi «qu'avec le traité de Lisbonne: l'article 207, paragraphe 1, du TFUE assimile expressément les 'nouveaux' domaines de la politique commerciale aux domaines classiques et la politique commerciale commune dans son ensemble est expressément rangée dans les compétences exclusives de l'Union [article 3, paragraphe 1, sous e), du TFUE]». Cela ne veut cependant pas dire que l'article 207 TFUE a conféré à l'Union une compétence exclusive en matière de droit de propriété intellectuelle.

---

10 – Voir, notamment, Eeckhout, P, *EU External Relations Law*, citation, p. 285; Dimopoulos, A., «The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

parallelism between internal and external economic relations?», en *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 4 (2008), pages 108 et 109; Hahn, M., «Art. 207», in: Callies, Ch./Ruffert, M., *EUV/AEUV*, 4<sup>e</sup> éd., Ch. Beck, Munich, 2011, n° en marge 2 et 16.

---

11 – Avis du 15 novembre 1994, Rec. p. I-5217.

---

12 – La preuve de la mesure dans laquelle la propriété (en particulier intellectuelle) est intimement liée au commerce – ou, si l'on préfère, que ses «aspects commerciaux» peuvent être considérés comme déterminant sa notion – est précisément dans l'accord ADPIC. Ainsi qu'il ressort de l'histoire interne de sa préparation, les parties contractantes n'interprétaient pas de la même manière la portée de l'expression «aspects touchant au commerce», en effet, alors que les États en voie de développement soutenaient une interprétation stricte (centrée pour ainsi dire sur l'aspect «purement commercial»), les États développés soutenaient qu'il convenait de retenir une notion plus large, couvrant le domaine de la propriété en tant que tel, parce qu'une protection insuffisante de la propriété porterait inévitablement atteinte au commerce. Voir, notamment, Negotiating Group on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, Meeting of 25 March 1987, MTN.GNG/NG11/1, points 6 et suivants. Meeting of the Negotiating Group of 10 June 1987, MTN.GNG/NG11/2, points 4 et 5. Negotiating Group on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, Suggestion by the United States for Achieving the Negotiating Objective, MTN.GNG/NG11/W/14. D'une certaine manière, comme nous le verrons, les deux positions finiront par s'imposer: la première donnant le titre à l'accord et la seconde le contenu. La procédure de négociation de l'accord ADPIC et l'inclusion de la propriété dans le domaine du GATT sont décrites dans H. P. Hestermeyer, *Human Rights and the WTO*, Oxford, OUP, 2007, pages. 33 à 48.

---

13 – Il convient de rappeler que, comme il est énoncé dans l'avis 1/94, point 58, l'objectif premier de l'accord ADPIC est de «renforcer et d'harmoniser la protection de la propriété intellectuelle à l'échelle mondiale» et dans la mesure où il «fixe des règles dans des domaines où il n'y a pas de mesures d'harmonisation communautaire, sa conclusion permettrait de réaliser, dans le même temps, une harmonisation à l'intérieur de la Communauté et, par là, de contribuer à l'établissement et au fonctionnement du marché commun».

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

---

14 – Il n’y a clairement pas correspondance exacte entre l’intitulé de l’accord («sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce») et ce qui est énoncé dans l’article 207, paragraphe 1, TFUE («aspects commerciaux de la propriété intellectuelle»). En ce sens, voir Krajewski, M., «The Reform of the Common Commercial Policy», in: Biondi, A./Eeckhout, P./Ripley, S., *EU Law After Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 301.

---

15 – La «brevetabilité» vise les conditions qu’un produit ou un procédé doit remplir pour être l’objet d’un droit protégé. La définition et la réglementation de ces conditions sont des actes normatifs qui relèvent clairement du droit substantiel ou matériel des brevets, à savoir d’un domaine relatif à leur «constitution» en tant que réalités juridiques pouvant faire l’objet d’une commercialisation et donc pouvant produire des effets (commerciaux) dans ce domaine qu’un grand nombre de dispositions, mais pas toutes, de l’accord ADPIC vise à régir.

---

16 – Affaires jointes C-120/06 P et C-121/06 P (FIAMM e.a. contre Commission e.a., Rec. p. I-6513.

---

17 – Conclusions C-120/06 P et 121/06 P, point 31.

---

18 – Il convient de rappeler que, traditionnellement, la Cour ne reconnaît pas d’effet direct (l’invocabilité) aux normes de l’OMC (tant des traités conclus au sein de cette organisation que des décisions de ses organismes). Un refus qui se fonde sur la souplesse du système de l’OMC qui le prive d’un système juridique suffisamment sophistiqué pour bénéficier de l’effet direct de l’Union. Tant le GATT que, plus tard, l’OMC sont le résultat d’un compromis politique visant à maintenir un équilibre entre les parties, équilibre obtenu moyennant des négociations diplomatiques. Pour une analyse générale de cette ligne jurisprudentielle, voir I. Blázquez Navarro, *Integración europea y diferencias comerciales en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pages 357 et suivantes.

---

19– Affaires jointes 21/72 à 24/72, Rec. p. 1219.

---

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

20 – Au point que des questions préjudicielles sur cette question ont été répondues par voie d’ordonnance au titre de l’ancien article 104 du règlement de procédure. Ainsi l’ordonnance du 2 mai 2001, OGT Fruchthandelsgesellschaft (C-307/99, Rec. p. I-3159).

---

21 – Voir, notamment, S. Griller, «Judicial Enforceability of WTO Law in European Union», *Journal of International Economic Law*, 3(3) 2000; J.-V. Louis, «Some Reflections on the Implementation of WTO Rules in the European Community Legal Order», en M. Bronckers y R. Quick (éd.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, La Haya – Londres – Boston, Kluwer Law International, 2000.

---

22 – Par exemple, A. von Bogdandy, «Legal Effects of World Trade Organisation Decisions Within European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages Under Article 288(2) EC», in *Journal of World Trade*, 39 (19) 2005.

---

23 – Conclusions C-120/06 Pety 121/06 P, points 27 à 41.

---

24 – Conclusions C-120/06 P et 121/06 P, point 27, avec citation, notamment, des arrêts du 29 avril 1982, Pabst & Richard (17/81, Rec. p. 1331), point 27, et du 26 octobre 1982, Kupferberg (104/81, Rec. p. 3641), points 22 et 23.

---

25 – Allemagne, Belgique, Danemark, France, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suède.

---

26 – Bulgarie, Slovaquie, Estonie, Lettonie, Lituanie, République tchèque et Roumanie.

---

27 – Après la décision de l’Audiencia Provincial (*Ratiopharm*), L’Office européen des brevets a émis deux communiqués (4 et 7/2007) dans lesquels il affirmait: a) qu’il appartenait aux juridictions espagnoles de décider si les dispositions transitoires de

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

l'accord ADPIC étaient directement applicables en Espagne; b) que l'article 70, paragraphe 7, de l'accord ne s'appliquait, par définition, qu'aux demandes en cours; c) que l'article 70, paragraphes 1 et 3, de l'accord prévoyait clairement que l'accord n'était pas rétroactif, et d) que l'article 123 de la convention de Munich excluait la possibilité d'obtenir la protection de l'accord dès lors que le brevet est délivré et pendant la période d'opposition. Pour l'office, la demande de brevet déposée avant l'expiration de la réserve faite par l'Espagne pouvait être étendue, tant qu'elle était en cours, afin d'obtenir la protection prévue par l'accord ADPIC et, notamment, par l'article 27, paragraphe 1. Quant à l'OMC, elle considère que l'article 70 de l'accord n'est pas rétroactif, mais qu'il s'applique aux brevets existants (qui résultent d'actes consommés avant l'entrée en vigueur de l'accord).

---

28 – C'est la situation qui a conduit l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer à conclure, dans l'affaire Merck Genéricos, que l'article 33 de l'accord ADPIC n'avait pas d'effet direct.

---

29 – Voir C. M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Oxford, OUP, 2007.

---

30 – En ce sens, arrêt du 8 septembre 2010, Winner Wetten (C-409/06), point 67. Il est également pertinent de citer les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Banca Popolare di Cremona (C-475/03).