CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 9 mars 1995 *

1. Par le présent recours, le royaume d'Espagne demande l'annulation du règlement (CEE) n° 1768/92 du Conseil, du 18 juin 1992, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments (ci-après le « règlement ») [1]. Ce règlement prolonge la durée de la protection conférée par un brevet à un médicament pour lequel une autorisation préalable de mise sur le marché est nécessaire. Le royaume d'Espagne soutient, tout d'abord, que la Communauté n'est pas compétente pour agir dans le domaine du droit des brevets et, à titre d'argument subsidiaire, que le règlement n'aurait pu être pris que sur le fondement de l'article 235 du traité, et non pas, comme il l'a été, de l'article 100 A. La Grèce est intervenue à l'appui de l'Espagne, la France et la Commission à l'appui du Conseil.

Le règlement

2. Selon son préambule, le règlement vise un certain nombre d'objectifs différents. Le préambule cite d'abord le fait que l'élaboration d'un médicament suppose une recherche longue et coûteuse, et que, partant, il convient de prévoir un degré de protection suffisant pour encourager cette recherche. L'idée sous-jacente est qu'il existe un risque potentiel d'un déplacement des centres de recherche vers des pays tiers qui nuirait à la création des médicaments en Europe. Avant l'adoption du règlement, selon le gouvernement français, le droit japonais et celui des États-Unis offraient une meilleure protection que ceux de la plupart des États membres. Le problème tient dans le laps de temps qui s'écoule entre le moment où est déposée une demande de brevet et l'autorisation de mise sur le marché, qui réduit la période de protection à une durée insuffisante pour amortir les investissements consacrés à la recherche.

3. Le préambule indique aussi qu'il convient de prévoir une solution uniforme au niveau communautaire étant donné que des disparités entre les législations nationales seraient de nature à entraver la libre circulation des médicaments, et à affecter, de ce fait, directement l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. C'est pourquoi le règlement apparaît comme l'instrument juridique le plus approprié pour édicter des règles concernant:

« [la création d'] un certificat complémentaire de protection pour les médicaments ayant donné lieu à une autorisation de mise sur le marché, qui puisse être obtenu par le

* Langue originale: l'anglais.

1 — JO L 182, p. 1.

titulaire d'un brevet national ou européen selon les mêmes conditions dans chaque État membre... »

4. L'article 2 du règlement prévoit qu'il s'applique à:

« Tout produit protégé par un brevet sur le territoire d'un État membre et soumis, en tant que médicament, préalablement à sa mise sur le marché, à une procédure d'autorisation administrative en vertu de la directive 65/65/CEE [2] ou de la directive 81/851/CEE [3]... »

5. L'article 3 énonce les conditions d'obtention du brevet, à savoir, que le produit soit protégé par un brevet de base en vigueur dans l'État membre où la demande est présentée; qu'il ait obtenu une autorisation de mise sur le marché en cours de validité (telle que définie à l'article 2); que le produit n'ait pas déjà fait l'objet d'un certificat et que l'autorisation susmentionnée soit la première autorisation de mise sur le marché du produit, en tant que médicament.

2 — JO 1965, 22, p. 369. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 89/341/CEE (JO 1989, L 142, p. 11).

3 — JO 1981, L 317, p. 1. Directive modifiée par la directive 90/676/CEE (JO 1990, L 373, p. 15).

6. L'article 4 définit l'objet de la protection accordée par le certificat:

« Dans les limites de la protection conférée par le brevet de base, la protection conférée par le certificat s'étend au seul produit couvert par l'autorisation de mise sur le marché du médicament correspondant, pour toute utilisation du produit, en tant que médicament, qui a été autorisée avant l'expiration du certificat. »

L'article 5 précise les effets du certificat:

« Sous réserve de l'article 4, le certificat confère les mêmes droits que ceux qui sont conférés par le brevet de base et est soumis aux mêmes limitations et aux mêmes obligations. »

L'article 6 dispose que le droit au certificat appartient au titulaire du brevet de base ou à son ayant-droit.

7. L'article 13 fixe la durée du certificat. Il prend effet au terme légal du brevet de base et reste valable pendant une certaine période, calculée par référence à la période écoulée entre la date du dépôt de la demande du bre-

vet de base et la date de la première autorisation de mise sur le marché dans la Communauté: la durée du certificat, qui ne peut être supérieure à cinq ans, est égale à cette période, moins cinq ans.

8. Un exemple fictif (limité à un seul État membre) permettra d'illustrer le fonctionnement du régime. Supposons qu'une demande de brevet de base a été présentée en 1990, le brevet expirant en 2010. Si l'autorisation de mise sur le marché est donnée en 1997, le certificat prendra effet en 2010 pour une période de sept ans moins cinq, et expirera donc en 2012.

9. Le règlement contient un certain nombre d'autres dispositions, mais celles-ci tiennent plus de la procédure, et n'ont donc qu'un intérêt limité dans la présente affaire.

La compétence communautaire

10. Le royaume d'Espagne affirme que la Communauté est dépourvue de toute compétence en ce qui concerne les questions de fond du droit des brevets. Cette conclusion découlerait des articles 36 et 222 du traité, et serait confirmée par la jurisprudence de la Cour, qui distingue entre l'existence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle.

11. A cet égard, le royaume d'Espagne se réfère à l'arrêt rendu dans l'affaire Parke, Davis and Co. [4], où la Cour a établi une distinction, dans le contexte des articles 85 et 86 du traité, entre l'existence des droits aux brevets et l'exercice de ces droits.

De même, dans l'arrêt Deutsche Grammophon, la Cour a indiqué qu'il ressortait clairement de l'article 36 que [5]:

« ... si le traité n'affecte pas l'existence des droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'exercice des ces droits peut cependant relever des interdictions édictées par le traité. »

Le royaume d'Espagne attire aussi l'attention sur une phrase de l'arrêt Consten et Grunding/Commission [6]:

« Les articles 36, 222 et 234 du traité invoqués par les requérants n'excluent pas une

4 — Arrêt du 29 février 1968 (24/67, Rec. p. 81 et notamment p. 110).

5 — Arrêt du 8 juin 1971 (78/70, Rec. p. 487, et notamment p. 499 et 500).

6 — Arrêt du 13 juillet 1966 (56 et 58/64, Rec. p. 429; et notamment p. 499).

influence du droit communautaire sur l'exercice des droits nationaux de propriété industrielle. »

12. Le royaume d'Espagne cite également l'affaire Nold/Commission, où la Cour a déclaré, à propos des droits de propriété en général [7]:

« Dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits. »

13. Enfin, le royaume d'Espagne voit une confirmation de son point de vue dans l'arrêt Commission/Royaume-Uni, où la Cour a constaté que [8]:

« En l'état du droit communautaire, les dispositions relatives aux brevets n'ont pas encore fait l'objet d'une unification dans le cadre de la Communauté ou d'un rapprochement des législations... Dans ces conditions, il appartient au législateur national de déterminer les conditions et les modalités de la protection conférée par le brevet. »

14. Le royaume d'Espagne déduit de cette jurisprudence que la Communauté n'a pas le pouvoir de réglementer ce qu'il appelle les aspects substantiels du droit des brevets, mais est seulement habilitée à en harmoniser les aspects relatifs à l'exercice des droits de propriété industrielle qui sont susceptibles d'avoir quelque influence sur la réalisation des objectifs généraux du traité. L'adoption du règlement excéderait les compétences communautaires en ce qu'elle aurait pour effet d'étendre la durée de protection du brevet, considérée comme relevant de l'aspect substantiel du droit.

15. Pour le royaume d'Espagne, le droit communautaire des brevets a un statut différent des autres droits de propriété intellectuelle, comme les marques. La Communauté n'a pas encore légiféré dans le domaine des brevets, et le règlement constituerait une infraction grave à la souveraineté des États membres, lesquels n'ont jamais accepté de transfert de compétences à la Communauté dans ce domaine. La partie requérante a aussi exposé que la Cour, dans son application des règles du droit communautaire, est beaucoup plus restrictive en ce qui concerne, par exemple, les marques commerciales, qu'à l'égard des brevets, domaine dans lequel elle est plus libérale.

7 — Arrêt du 14 mai 1974 (4/73, Rec. p. 491, point 14).

8 — Arrêt du 18 février 1992 (C-30/90, p. I-829, points 16 et 17). Voir aussi les points 12 et 13 de l'arrêt du 18 février 1992, Commission/Italie (C-235/89, Rec. p. I-777), qui sont identiques.

16. Dans sa réplique au mémoire en défense du Conseil, le royaume d'Espagne souligne aussi que le Tribunal de première instance a constaté que, dans l'État actuel du droit communautaire, il n'y a pas eu de transfert à la Communauté de compétences dans le domaine de la propriété intellectuelle et commerciale [9]. Cette constatation est intervenue dans le cadre de la réponse du Tribunal à des arguments fondés sur une prétendue violation de la convention de Berne, à laquelle la Communauté n'est pas partie.

17. La Grèce, qui intervient à l'appui du royaume d'Espagne, estime également que la Communauté n'a pas de compétences en matière de brevets. Elle ne présente toutefois pas d'arguments supplémentaires.

18. Les arguments de l'Espagne ne nous semblent pas du tout convaincants. Ils nous semblent fondés sur une mauvaise lecture de la jurisprudence de la Cour, ainsi que sur une interprétation erronée des règles délimitant les compétences communautaires.

19. Bien que le royaume d'Espagne semble vouloir faire du droit des brevets un cas particulier, et qu'il admette que la compétence communautaire puisse être plus vaste dans d'autres domaines du droit de la propriété intellectuelle, la jurisprudence qu'il cite ne se limite pas au droit des brevets, et rien *n*'indique qu'elle *ne* s'applique *pas* à l'ensemble de ces droits de propriété intellectuelle. S'il s'avérait, donc, que cette jurisprudence étaye la thèse du défaut de compétence communautaire, toutes les mesures affectant le fond du droit de la propriété intellectuelle seraient concernées. Il s'ensuivrait qu'un certain nombre d'autres actes communautaires seraient aussi entachés d'un défaut de compétence. Nous ne citerons qu'un seul exemple: la directive 93/98/CEE du Conseil harmonise la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits dérivés [10], ce qui, si l'on admet le point de vue du royaume d'Espagne, touche au fond du droit d'auteur et, partant, ne relève pas de la compétence communautaire.

20. La jurisprudence citée par le royaume d'Espagne distingue en effet entre l'existence des droits de propriété intellectuelle et leur exercice. Cette distinction vaut toutefois pour l'application des règles de fond du traité, tels que les articles 30, 36, 85 et 86, et non pas pour déterminer le pouvoir de la Communauté d'harmoniser les législations nationales ou d'introduire de nouvelles règles. Telle est la teneur des arrêts Consten et Grundig/Commission [11], Parke, Davis and Co. [12], Deutsche Grammophon [13], Commission/Royaume-Uni et Commission/Italie [14], ainsi qu'un certain nombre d'autres arrêts qui pourraient être cités et qui, pour

9 — Arrêt du 10 juillet 1991, RTE/Commission (T-69/89 Rec. p. II-485, point 102). Voir aussi l'arrêt du 10 juillet 1991, BBC/Commission (T-70/89, Rec. p. II-535, point 76). Ces affaires sont désignées communément sous le nom d'« affaires Magill ».

10 — JO 1993, L 290, p. 9.

11 — Précité, note 6.

12 — Précité, note 4.

13 — Précité, note 5.

14 — Précités, note 8.

beaucoup, sont traités par la Commission dans ces observations.

21. Ainsi que le Conseil, la Commission et le gouvernement français l'ont souligné à juste titre, rien dans la jurisprudence de la Cour ne donne lieu à penser que la Communauté n'est pas compétente pour réglementer le droit de la propriété intellectuelle au fond.

22. Dans l'importante affaire Simmenthal, la Cour a exposé très clairement que l'article 36 du traité: [15]

« n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres, mais admet que les législations nationales fassent exception au principe de la libre circulation, dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs visés à cet article ».

Il nous semble que les arguments du royaume d'Espagne, dans la mesure où ils sont fondés sur l'article 36, ne sauraient être réfutés plus clairement.

23. Certes, la jurisprudence Simmenthal ne traite que de l'article 36 du traité, et non pas de la compétence communautaire en général. Toutefois, dans son avis du 15 novembre 1994, relatif à la compétence de la Communauté pour conclure l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce [16], la Cour a examiné des arguments de portée plus générale selon lesquels la Communauté était incompétente à l'égard de certaines branches du droit de la propriété intellectuelle. Certains États membres avaient soutenu en fait que les stipulations de l'accord relatif aux aspects qui touchent au commerce des droits de propriété intellectuelle (accord TRIPs) qui concernent les dispositions à prendre afin de garantir la protection effective des droits de propriété intellectuelle — telles que les mesures visant à garantir une procédure loyale et juste, les règles de présentation des preuves, le droit à être entendu, la motivation des décisions, le droit d'appel, les mesures provisoires et l'indemnisation — relevaient de la compétence des États membres. La Cour a réfuté cet argument, de nouveau de façon très claire [17]:

« Si cet argument doit être compris comme signifiant que toutes ces questions entrent dans une sorte de domaine réservé des États membres, il ne peut être accepté. La Communauté a certainement une compétence pour harmoniser les règles nationales sur ces sujets, pour autant qu'elles aient, pour reprendre la formule de l'article 100 du traité, 'une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun'. »

15 — Arrêt du 15 décembre 1976 (35/76, Rec. p. 1871, point 24). Voir aussi les arrêts du 5 octobre 1977, Tedeschi (5/77, Rec. p. 1555, point 34); du 12 juillet 1979, Commission/Allemagne (153/78, Rec. p. 2555, point 5).

16 — Avis 1/94.

17 — Voir le point 104 de l'avis.

24. Certes, cette partie des conclusions n'a pas trait au « fond » des droits de propriété intellectuelle, mais aux questions d'exécution. Il nous semble toutefois que l'avis 1/94 vient appuyer la thèse que, en principe, la Communauté peut réglementer tous les aspects du droit de la propriété intellectuelle, dans la mesure où cela lui apparaît nécessaire pour réaliser l'un de ses objectifs. La Cour ne l'a pas dit expressément, parce que la question était de savoir si la Communauté avait compétence exclusive (et non pas simplement compétence) pour conclure l'accord TRIPs [18]. Mais elle a dit, à une autre partie de l'avis, que [19]

« ... la Communauté dispose, en matière de propriété intellectuelle, d'une compétence d'harmonisation des législations nationales au titre des articles 100 et 100 A et peut se fonder sur l'article 235 pour créer des titres nouveaux qui viennent se superposer aux titres nationaux, comme elle l'a fait avec le règlement sur la marque communautaire [règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1)] ».

25. La compétence législative communautaire a fait aussi l'objet d'une confirmation explicite dans l'affaire IHT Internationale Heiztechnik et Danziger [20], où la Cour avait à examiner si les États membres étaient tenus de prendre une disposition particulière en matière de marques commerciales; la disposition en cause, qui aurait exclu qu'une cession d'une marque commerciale nationale ne soit valable que pour une partie de la Communauté, portait purement et simplement sur la substance du droit. La Cour a dit ce qui suit:

« C'est au législateur communautaire qu'il appartient de prescrire aux États pareille obligation par une directive prise au titre de l'article 100 A du traité CEE, étant donné que l'élimination des obstacles dus à la territorialité des marques nationales est nécessaire pour l'établissement et pour le fonctionnement du marché intérieur, ou d'énoncer lui-même directement la règle dans un règlement pris au titre de la même disposition. »

Comme nous l'avons vu, il n'y a pas de motif de distinguer, en matière de compétence législative de la Communauté, entre le droit des marques commerciales et celui des brevets.

26. Il en découle que l'on ne saurait considérer que la jurisprudence de la Cour confirme le point de vue du royaume d'Espagne selon lequel la Communauté n'est pas compétente pour réglementer le droit des brevets au

18 — Voir aussi le point 14 de l'avis.

19 — Voir le point 59.

20 — Arrêt du 22 juin 1993 (C-9/93, Rec. p. I-2789, point 58).

fond. Cette conclusion est tout à fait conforme aux principes régissant la répartition des pouvoirs entre la Communauté et les États membres. La Communauté ne peut légiférer que dans la limite des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le traité (voir l'article 3 B du traité, inséré par le traité sur l'Union européenne). Le pouvoir communautaire le plus significatif qui vienne à l'esprit à propos de la présente procédure est, bien sûr, celui de l'article 100 A du traité, relatif à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur. Nous reviendrons à cette disposition à la prochaine section, étant donné qu'elle a été utilisée — ce qui est contesté — comme fondement juridique du règlement en cause ici. Nous entendons simplement observer à ce stade que l'application de l'article 100 A débouche généralement sur une législation communautaire concernant les domaines les plus divers du droit national, tel que la protection de l'environnement [21], de la santé publique, du consommateur et, même, de la propriété intellectuelle.

27. Il n'existe pas de dispositions du traité excluant expressément la compétence législative communautaire dans ce domaine. De fait, il y a très peu de dispositions de ce genre dans le traité, et la plupart, sinon toutes, ont été introduites par le traité sur l'Union européenne: voir, par exemple, les articles 127, paragraphe 4 (formation professionnelle), 128, paragraphe 5 (politique culturelle), 129, paragraphe 4 (santé publique), qui tous excluent expressément « toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ». Or, il n'existe pas de dispositions de ce genre en matière de droit des brevets, ou de droit de la propriété intellectuelle en général.

28. Le royaume d'Espagne semble affirmer que l'article 222 du traité devrait être interprété en ce sens qu'il exclurait l'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle *au fond*. L'article 222, rappelons-le, dispose que le traité « ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres ». L'interprétation de cette disposition par le royaume d'Espagne est erronée selon nous. Dans l'affaire Commission/Royaume-Uni [22], le gouvernement du Royaume-Uni avait avancé une argumentation semblable (que le royaume d'Espagne avait soutenue) selon laquelle l'obligation de fabriquer des produits protégés par un brevet sur le territoire national faisait partie d'un régime de propriété (industrielle) au sens de l'article 222 du traité, « les règles se rattachant à l'existence même des droits de propriété industrielle relèvent de la seule compétence du législateur national » [23], et, partant, l'article 30 du traité ne saurait avoir d'influence sur ces règles. La Cour a réfuté cet argument dans les termes suivants [24]:

« ... les dispositions du traité, et notamment celles de l'article 222 ..., ne sauraient être

21 — Ce que la Cour a confirmé dans l'arrêt du 11 juin 1991, Commission/Conseil (C-300/89, Rec. p. I-2867).

22 — Précitée, note 8.

23 — Voir le rapport d'audience dans l'affaire précitée, p. I-830.

24 — Voir le point 18 de l'arrêt; voir aussi les points 8 et 9 des conclusions de l'avocat général M. Van Gerven.

interprétées comme réservant au législateur national, en matière de propriété industrielle et commerciale, le pouvoir de prendre des mesures qui porteraient atteinte au principe de la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun tel qu'il est prévu et organisé par le traité ».

Certes, cette affaire avait trait à l'application des règles de fond du traité au droit national des brevets, et ne concernait pas l'étendue des pouvoirs réglementaires de la Communauté dans le domaine des brevets. Il nous semble toutefois que cette distinction n'est pas pertinente ici. La Cour a dit clairement que la thèse de la compétence nationale exclusive dans les domaines couverts par l'article 222 du traité est fausse, et nous ne voyons pas pour quels motifs cette conclusion ne vaudrait pas également pour l'exercice de la compétence communautaire. Si l'article 222 du traité ne s'oppose pas à ce que certaines règles nationales (notamment, celles qui exigent que, pour bénéficier de la protection conférée par le brevet, un produit soit fabriqué sur le territoire national) soient considérées comme incompatibles avec l'article 30 du traité, et, partant, comme invalides, nous ne voyons pas comment il pourrait empêcher la Communauté d'exercer ses compétences dans le domaine des brevets.

29. La plupart des auteurs semblent admettre que l'article 222 du traité exprime essentiellement sa neutralité à l'égard des « régimes » nationaux de propriété, y compris à l'égard de phénomènes tels que la nationalisation et la privatisation [25]. A cet égard, on se référera à l'article 83 du traité CECA:

« L'institution de la Communauté ne préjuge en rien le régime de propriété des entreprises soumises aux dispositions du présent traité. »

La référence aux entreprises est absente de l'article 222, peut-être parce que le traité CE s'applique aussi aux personnes physiques. Nous pensons néanmoins que les deux dispositions reflètent une conception commune.

30. Dans ses conclusions dans l'affaire Hauer, l'avocat général M. Capotorti a analysé l'article 222 dans le cadre des rapports entre le droit fondamental à la propriété privée et le droit communautaire. C'est là en effet, nous semble-t-il, le vrai domaine d'application de l'article 222. L'avocat général a estimé que [26]

« ... la règle exprimée dans l'article 222 du traité CEE ... ne permet pas de penser que la

25 — Mégret: *Le droit de la CEE*, volume 15, Bruxelles, 1987, p. 421; Groeben, Thiesing, Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, 1991, p. 5577 et 5578; Smit et Herzog: *The Law of the European Economic Community*, New-York, p. 6-216.61; Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, München, chapitre sur l'article 222.

26 — Arrêt du 13 décembre 1979 (44/79, Rec. p. 3727, point 7 des conclusions).

propriété privée est, dans le droit communautaire, plus nettement sauvegardée ou, au contraire, conçue d'une manière restrictive: en vérité — abstraction faite des limites explicitement posées par quelques dispositions des traités, et surtout par le traité instituant la CEEA — l'article précité confirme que les traités n'ont pas voulu imposer aux États membres ou introduire dans l'ordre juridique communautaire *aucune* nouvelle conception ou réglementation de la propriété ».

31. Il convient aussi de noter que le règlement en cause ne « préjuge » pas des règles des États membres régissant la propriété: il ne fait que prolonger la protection du brevet dans le cas des médicaments assujettis à une autorisation de mise sur le marché. De surcroît, il ne le fait que pour compenser la période plus brève de protection effective découlant de l'obligation d'obtenir l'autorisation de mise sur le marché.

32. Le Conseil soutient que la question de la compétence communautaire ne saurait être dissociée de celle de savoir si l'article 100 A constitue la base juridique adéquate sur laquelle repose l'adoption du règlement. Cela est tout à fait exact, et si le royaume d'Espagne n'avait pas soutenu que, par principe, la Communauté n'a pas compétence pour prendre le règlement contesté, nous n'aurions examiné que cette dernière question, que nous abordons maintenant.

La base juridique du règlement

33. Le royaume d'Espagne soutient que le règlement ne pouvait être valablement fondé sur l'article 100 A du traité, étant donné qu'il ne contribue ni à l'établissement ni au fonctionnement du marché intérieur, et que, à supposer que la Communauté soit reconnue compétente, la seule base possible pour le règlement serait l'article 235.

34. Le royaume d'Espagne soutient que le règlement, en prorogeant la durée de la protection du brevet, augmente aussi le cloisonnement du marché intérieur, et n'élimine pas les distorsions de concurrence, étant donné qu'il restera possible d'invoquer l'article 36 du traité. De plus, comme le certificat ne saurait être dissocié du brevet de base, lequel est régi par le droit national, son application variera d'un État membre à un autre. L'une de ces divergences d'application, selon le royaume d'Espagne, est la durée du brevet, qui dépend de la date à laquelle a été déposée la demande relative au brevet de base. Il s'ensuit que l'objet de la protection octroyée par le certificat, ainsi que sa durée, peuvent différer d'un État membre à un autre.

35. Le royaume d'Espagne se réfère aussi à une déclaration émanant prétendument du service juridique du Conseil, selon laquelle la base juridique correcte du règlement était l'article 235 du traité. Le Conseil invite la Cour à ne pas examiner cette argument, puisqu'il n'a pas autorisé le royaume d'Espa-

gne à révéler la déclaration en cause, conformément à son règlement de procédure. Il apparaît que l'avis donné par le service juridique du Conseil est normalement annexé au procès-verbal de la réunion du Conseil en cause. Le règlement intérieur du Conseil dispose que, sous réserve de certaines exceptions, les délibérations du Conseil sont soumises au « secret professionnel », mais que le Conseil peut autoriser la production en justice d'une copie ou d'un extrait de ses procès-verbaux [27]. Il nous semble évident que, en toute hypothèse, en l'absence d'une autorisation explicite du Conseil, l'avis rendu par son service juridique ne saurait être invoqué devant la Cour. Ce serait à l'évidence préjudiciable à l'intérêt public qui est de disposer d'un avis juridique indépendant [28]. En l'espèce, le royaume d'Espagne n'a pas produit de documents émanant du service juridique du Conseil, mais s'est contenté de se référer, dans ses observations, à la prétendue position de celui-ci. Mais il est évident que le même principe doit s'appliquer. Il convient donc de dire de manière claire qu'il faut écarter des débats la prétendue déclaration du service juridique du Conseil.

36. Le royaume d'Espagne ajoute que le règlement ne contribue pas à atteindre les objectifs de l'article 8 A (maintenant 7 A) du traité et qu'il ne vise, en réalité, qu'à remédier à des lacunes en matière de protection de la recherche pharmaceutique. Le royaume d'Espagne conclut que, si la Cour devait admettre que la Communauté est compétente pour prendre cette législation, et donc décider qu'il n'y a pas lieu de réviser le traité pour investir la Communauté de cette compétence, le règlement n'aurait pu être adopté que sur la base de l'article 100 ou de l'article 235 du traité, parce que ces dispositions n'empiètent pas sur la souveraineté nationale, l'unanimité étant exigée au Conseil.

37. Or, il nous semble clair que le choix de l'article 100 ou de l'article 235 du traité comme base juridique d'adoption d'un acte communautaire n'est pas déterminé par des considérations de souveraineté nationale. La Cour a constamment affirmé, ainsi que le relève le Conseil, que [29]:

« ... dans le cadre du système des compétences de la Communauté, le choix de la base juridique d'un acte ne peut pas dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel ».

Parmi ces éléments, figurent l'objet et la teneur de la mesure [30], mais les considéra-

27 — A l'époque, le règlement intérieur était celui arrêté par le Conseil le 24 juillet 1979 (79/868/CECA, CEE, EURATOM), JO 1979, L 268, p. 1, article 18; voir maintenant la décision 93/662/CE du Conseil, du 6 décembre 1993, adoptant le règlement de procédure du Conseil (JO 1993, L 304, p. 1, article 5).

28 — Voir l'arrêt du 18 mai 1982, AM & S Europe/Commission (155/79, Rec. p. 1575, points 18 et suiv.).

29 — Arrêt du 26 mars 1987, Commission/Conseil (45/86, Rec. p. 1493, point 11).

30 — Arrêt Commission/Conseil précité, note 21, point 10.

tions de souveraineté nationale n'en font pas partie. De telles considérations peuvent influer sur la répartition des pouvoirs entre la Communauté et les États membres, lors de la modification des traités, mais elles ne sauraient influer sur le choix de la base juridique d'un acte communautaire particulier.

38. Dans l'affaire Commission/Conseil citée au point précédent, la Cour a aussi constaté que [31]:

« Il résulte des termes mêmes de l'article 235 que le recours à cet article comme base juridique d'un acte n'est justifié que si aucune autre disposition du traité ne confère aux institutions communautaires la compétence nécessaire pour arrêter cet acte. »

Il en résulte que l'action du royaume d'Espagne ne saurait aboutir que s'il est établi que l'article 100 A du traité ne donne pas compétence pour prendre le règlement en cause. Il est exact que, dans l'avis 1/94, la Cour a déclaré, ainsi que nous l'avons cité ci-dessus [32], que la Communauté a compétence pour harmoniser les règles nationales dans le domaine de la propriété intellectuelle conformément aux articles 100 et 100 A du traité, et qu'elle peut faire de l'article 235 la base de création de titres nouveaux superposés aux titres nationaux, ainsi qu'elle l'a fait dans le règlement sur la marque commerciale communautaire [33]. Or, le règlement en cause en l'espèce ne crée pas de titres communautaires nouveaux superposés aux titres nationaux: le recours à l'article 235 n'était donc pas nécessaire.

39. Le royaume d'Espagne se réfère aussi à l'article 100 du traité, mais cette disposition permet seulement au Conseil de prendre des directives, et non pas un règlement, ainsi qu'il a été jugé idoine en l'espèce, afin de parvenir à l'uniformité. Il ne semble pas que le royaume d'Espagne conteste le choix du règlement, et il ne donne pas en faveur de l'article 100 d'autres arguments que ceux fondés sur la souveraineté nationale.

40. Le Conseil soutient le choix de l'article 100 A. Cette disposition permet à la Communauté d'arrêter « les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». Ces mesures viseraient à atteindre les objectifs fixés à l'article 8 A du traité (maintenant article 7 A). Il faudrait donc vérifier: 1) si le règlement est une mesure de rapprochement; 2) s'il a pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur et 3) s'il vise à atteindre les objectifs fixés à l'article 8 A.

31 — Arrêt Commission/Conseil précité, note 29, point 13.

32 — Voir note 19.

33 — Précité, point 24.

41. Sur le premier point, le Conseil rappelle que, avant qu'il n'arrête le règlement, deux États membres, la France et l'Italie, avaient instauré un certificat de protection supplémentaire des médicaments, et que, dans un autre État membre, à savoir la Belgique, il existait un projet en ce sens. Il en résulte que le règlement, en instaurant des conditions uniformes pour l'octroi de ce certificat, dont une durée de protection uniforme, rapproche les législations nationales, existantes ou virtuelles.

Selon le Conseil, il est indéniable que le certificat de protection supplémentaire a un effet sur les conditions de la concurrence. Toute disparité dans l'octroi de ce certificat est susceptible de perturber la concurrence sur le marché intérieur si l'on tient compte des effets bien connus de la protection des brevets sur la concurrence dans le marché des produits concernés. Le Conseil ajoute que, comme le certificat protège certains produits, il favorise en fin de compte la libre circulation desdits produits.

42. Sur le second point, le Conseil se réfère aux conditions de concurrence sur le marché des produits pharmaceutiques. Il cite l'arrêt Commission/Conseil, où la Cour a déclaré ce qui suit [34]:

« Pour la mise en œuvre des libertés fondamentales énoncées à l'article 8 A, les disparités entre les ordres juridiques des États membres nécessitent des mesures d'harmonisation dans les domaines où il y a le risque que ces disparités créent ou maintiennent des conditions faussées pour la concurrence. Pour cette raison, l'article 100 A habilite la Communauté, selon la procédure qui y est prévue, à arrêter les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres. »

34 — Précité, note 21, point 15.

43. Se fondant sur ces considérations, le Conseil soutient qu'il est clair que le règlement contribue à réaliser les objectifs fixés aux articles 8 A (maintenant 7 A) du traité (troisième point).

44. Il nous semble que ce raisonnement est convaincant, et qu'il n'y a pas grand chose à ajouter. Nous nous contenterons d'ajouter quelques mots sur l'argument du royaume d'Espagne selon lequel, comme le règlement prolonge, pour certains produits, la protection du brevet d'une manière qui est susceptible de varier d'un État membre à l'autre, il ne contribue pas à la libre circulation des marchandises mais, au contraire, pourrait l'entraver. Encore une fois, nous pensons que cet argument est erroné. Certes, il est vrai que le règlement ne parvient pas à une harmonisation totale de la protection des brevets en matière de médicaments. Il ne réalise même pas l'harmonisation totale de la protection étendue accordée par le certificat de

protection supplémentaire, dans la mesure où cette protection reste du domaine de la loi nationale applicable au brevet. Une harmonisation totale ainsi qu'une circulation totalement libre des produits protégés par un brevet ne sauraient résulter que de la création d'un droit uniforme des brevets se substituant aux régimes nationaux de protection, ainsi que le souligne la Commission. Or, à ce stade de l'intégration européenne, ce n'est manifestement pas possible. Le règlement parvient toutefois à un certain degré d'uniformité, dans la mesure où il introduit des règles uniformes relatives à la protection supplémentaire. Les problèmes découlant des différences de durée de protection des droits de propriété intellectuelle dans les législations des divers États membres sont illustrés par des affaires telles que EMI Electrola [35]. L'une des conséquences du certificat institué par le règlement, et probablement la plus importante, est que la protection du brevet, en ce qui concerne les produits couverts par le certificat, se terminera au même moment dans tous les États membres où le certificat aura été octroyé, et cela même si les demandes concernant les brevets de base n'ont pas été déposées la même année. Un exemple fictif permet d'illustrer ce point. Supposons que la demande de brevet ait été présentée en 1990 dans l'État membre A, et en 1991 dans l'État membre B, la protection liée au brevet expirant respectivement en 2010 et 2011. L'autorisation de mise sur le marché du produit est accordée tout d'abord dans l'État membre C, en 1998. Cela amène à calculer ainsi la durée du certificat: dans l'État membre A, cette durée est de huit (1990-1998) ans moins cinq, le certificat prenant effet en 2010 et expirant en 2013. Dans l'État membre B, la durée est de sept (1991-1998) ans moins cinq, le certificat prenant effet en 2011 et, de nouveau, expirant en 2013.

45. Il est évident que de telles conditions contribuent davantage à la libre circulation des produits protégés par un brevet que la situation prévalant avant l'adoption du règlement, alors que la protection avait été prorogée dans certains États membres, et pas dans d'autres [36]. De plus, il n'y a pas obligation que les mesures arrêtées sur la base de l'article 100 A du traité contribuent directement à la libre circulation des produits. Dans l'affaire Commission/Conseil précitée, la Cour a jugé qu'une directive imposant des obligations concernant le traitement de déchets découlant du processus de production de dioxyde de titane aurait dû être prise sur la base de l'article 100 A du traité [37], et cela bien qu'il fût difficile de voir dans cette directive une contribution directe à la libre circulation des déchets ou des produits finis.

46. Enfin, le royaume d'Espagne estime que l'objet réel du règlement est d'améliorer la situation concurrentielle de l'industrie pharmaceutique communautaire sur les marchés mondiaux. On peut considérer cet objectif, qui semble effectivement sous-tendre le règlement, comme un objectif de politique industrielle. Or, nous ne voyons pas en quoi cela ne devrait pas être admis. Certains soutiendront que des considérations semblables sont sous-jacentes à la totalité du programme du marché intérieur, tel qu'il a été conçu en 1985, et la concurrence sur les marchés mondiaux a souvent été citée comme raison d'être de ce programme. Nous souhaitons aussi

35 — Arrêt du 24 janvier 1989 (341/87, Rec. p. 79, point 10).

36 — Arrêt précité, note 35.

37 — Voir ci-dessus, point 42.

souligner que, même si la présente action est antérieure à l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, le traité CE inclut maintenant un titre sur l'industrie, selon lequel l'action de la Communauté et des États membres doit être aussi de veiller à « favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique » (article 130, paragraphe 1). A l'article 130, paragraphe 3, il est dit en outre que la Communauté « contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 au travers des politiques et actions qu'elle mène au titre d'autres dispositions du présent traité ». Nous ne doutons pas que ces considérations, maintenant exposées de façon explicite, pouvaient aussi guider l'action de la Communauté avant l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne.

Conclusions

47. Nous concluons au rejet du recours présenté par le gouvernement du royaume d'Espagne. En conséquence, le royaume d'Espagne doit être condamné à supporter les dépens exposés par le Conseil, conformément à l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure. Toutefois, selon l'article 69, paragraphe 4, dudit règlement, le gouvernement de la République française, le gouvernement hellénique et la Commission, en tant que parties intervenantes, supporteront leurs propres dépens.

48. En conséquence, nous sommes d'avis qu'il convient que la Cour:

1) rejette le recours;

2) condamne le royaume d'Espagne aux dépens du Conseil;

3) condamne le gouvernement de la République française, le gouvernement hellénique et la Commission à supporter leurs propres dépens.