CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. KARL ROEMER, PRÉSENTÉES LE 28 AVRIL 1971[1]

Monsieur le Président,

Messieurs les Juges,

Les faits qui sont à l'origine de l'instance préjudicielle dont vous a saisis le « Hanseatisches Oberlandesgericht » (cour d'appel de Hambourg) peuvent se résumer de la façon suivante.

La Deutsche Grammophon GmbH, à Hambourg, intimée dans l'instance en référé qui est pendante devant la juridiction précitée, est une « Tochtergesellschaft », c'est-à-dire une société qui émane à la fois des Philips Gloeilampen-Fabrieken, à Eindhoven, et de la Siemens AG, à Berlin et Munich. Elle produit des disques (les interprètes de certains enregistrements s'étant liés à elle par des contrats d'exclusivité) et elle commercialise ses produits sous toute une série de marques. En république fédérale d'Allemagne, elle les livre directement aux détaillants ainsi qu'à deux grossistes en librairie, qui approvisionnent exclusivement les distributeurs vendant les éditions de diverses maisons. Pour la majeure partie des disques, elle impose le prix à appliquer au consommateur final ; ce prix imposé s'applique en tout cas à la série complète des numéros commercialisés sous la marque « Polydor ». Pour imposer son prix, la Deutsche Grammophon fait souscrire un engagement aux revendeurs. Celui-ci prévoit en outre que le prix imposé s'appliquera également aux disques édités par la Deutsche Grammophon qui seraient acquis par des tiers et que ces produits ne pourront être importés de l'étranger qu'avec son assentiment (lequel est subordonné à la condition que, dans ce cas-là aussi, les revendeurs s'engagent à respecter le prix imposé). De son côté, la Deutsche Grammophon est tenue de ne livrer ses produits qu'aux revendeurs qui souscrivent ledit engagement. Elle doit veiller en outre à ce que l'accord relatif au prix imposé soit partout respecté et en poursuivre les violations éventuelles. — A l'étranger, les disques sont commercialisés par le canal des « Tochtergesellschaften », c'est-à-dire des sociétés qui dépendent, soit de la Deutsche Grammophon, soit de la société Philips. Tel est notamment le cas en France, où c'est la société anonyme Polydor de Paris (dont la Deutsche Grammophon détient 99,55 % du capital) qui assure la distribution par le canal de ses succursales de Paris et de Strasbourg. Par un contrat de licence conclu avec ladite société Polydor, la Deutsche Grammophon a notamment conféré à celle-ci le droit exclusif d'exploiter les enregistrements de la Deutsche Grammophon dans le territoire sous contrat (c'est-à-dire en France) par des procédés conformes aux usages du commerce (c'est-à-dire par l'intermédiaire des détaillants) et d'utiliser les marques ad hoc. A cette fin et contre versement de droits de licence, la Deutsche Grammophon livre les matrices servant à la reproduction des disques. Dans certains cas, la société Polydor de Paris se voit également livrer des disques fabriqués en République fédérale.

Au cours de la période s'étendant d'avril à octobre 1969, la Metro-SB-Großmärkte GmbH, à Hambourg, appelante dans l'instance au principal, a acheté des disques Polydor à la Deutsche Grammophon et elle les a vendus sans respecter les prix imposés. C'est ainsi que, Metro s'étant refusée à souscrire l'engagement d'appliquer les prix imposés, les relations commerciales ont été rompues à la fin d'octobre 1969. Mais en janvier et février 1970, en passant par un grossiste de Hambourg, Metro est

1 — Traduit de l'allemand.

parvenue à se procurer des disques de marque Polydor fabriqués en Allemagne par la Deutsche Grammophon. Il semble bien que ces disques aient été livrés par celle-ci à la société Polydor de Paris et qu'ensuite c'est en passant par la succursale strasbourgeoise de Polydor et par une entreprise suisse que le grossiste de Hambourg soit parvenu à les obtenir. Ces disques ont, eux aussi, été cédés par Metro aux consommateurs finals à un prix inférieur à celui que la Deutsche Grammophon avait fixé pour la République fédérale.

Informée de cette pratique, la Deutsche Grammophon s'est pourvue en référé devant le « Landgericht » de Hambourg, qui, le 20 mars 1970, a rendu une ordonnance faisant défense à la société Metro de vendre ou de diffuser de toute autre manière certains numéros du catalogue des disques de la Deutsche Grammophon portant la dénomination « Polydor ». Les conclusions de la Deutsche Grammophon et l'ordonnance qui y a fait droit étaient fondées sur la loi allemande du 9 septembre 1965 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, qui, entrée en vigueur le 1er janvier 1966, a institué au profit des fabricants de supports de son un droit originaire de protection, analogue au droit d'auteur, et cela en application de la Convention internationale du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes, interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de diffusion. (Relevons en passant que, dans la CEE, l'Italie est le seul pays à connaître également un droit de ce genre, lequel y est consacré par l'article 72 de la loi du 22 avril 1941, alors que, dans les autres États membres, la protection des fabricants de supports de son est assurée par le truchement des lois relatives à la concurrence déloyale, à moins qu'elle ne résulte du fait que le fabricant acquiert le droit originaire de l'auteur ou de l'interprète.) Dans l'espèce, le « Landgericht » de Hambourg s'est appuyé sur les paragraphes 85 et 97 de la loi allemande, dont voici les termes :

Paragraphe 85

« Le fabricant d'un support de son bénéficie de l'exclusivité du droit de le reproduire et de le diffuser. »

Paragraphe 97

« En cas d'atteinte illégale portée au droit d'auteur ou à un autre droit dont la protection est reconnue par la présente loi, le titulaire du droit pourra s'en prendre à l'auteur de la violation pour en exiger l'élimination ; s'il y a un risque de nouvelle violation, la victime pourra exiger la cessation des pratiques illégales ; elle pourra même exiger des dommages-intérêts si l'auteur de la violation a agi de propos délibéré ou par négligence » [1].

En outre, le « Landgericht » a manifestement considéré que le droit exclusif que la Deutsche Grammophon avait de diffuser ses disques en Allemagne n'avait pas été consommé par l'effet de la livraison faite à la société Polydor de Paris. Il a estimé, en d'autres termes, qu'on n'était pas en présence de cet épuisement du droit que le paragraphe 17 de la loi allemande relative aux droits d'auteur prévoit dans les termes suivants : « Lorsqu'au moyen d'une aliénation l'original ou des reproductions de l'œuvre auront été mis en circulation du consentement du bénéficiaire du droit de les diffuser dans le territoire d'application de la présente loi, leur diffusion ultérieure sera permise » [2]. Le « Landgericht » a estimé, semble-t-il, que cette règle n'aurait joué que s'il y avait eu diffusion des disques en république fédérale d'Allemagne. C'est ainsi qu'il a pu considérer qu'il

1 — „§ 85: Der Hersteller eines Tonträgers hat das ausschließliche Recht, den Tonträger zu vervielfältigen und zu verbreiten.

§ 97: Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann vom Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung, und wenn dem Verletzer Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, auch auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden."

2 — „Sind das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung im Geltungsbereich dieses Gesetzes Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterverbreitung zulässig."

était illicite de vendre en Allemagne les disques réimportés.

La société Metro a fait opposition, mais sans obtenir gain de cause : un jugement du 22 mai 1970 a écarté tous les arguments qu'elle avait fait valoir contre l'ordonnance de référé. Elle a alors interjeté appel de ce jugement et c'est ainsi que l'affaire a été portée devant la cour d'appel de Hambourg. Metro a motivé son appel en alléguant avant tout que la Deutsche Grammophon avait perdu son droit de diffuser les disques litigieux, celui-ci ayant été consommé par l'effet de la livraison des disques à la société française. Au surplus, a-t-elle encore soutenu, il faut considérer que les conventions intervenues entre la Deutsche Grammophon et son preneur de licence français aboutissent à répartir les marchés et à rendre plus difficile le commerce interétatique, constatation qui, combinée avec le système de prix imposés pratiqué en République fédérale, permet d'affirmer qu'il y a violation des articles 85 et 86 du traité CEE.

Cette argumentation a déterminé la cour d'appel à rendre, le 8 octobre 1970, une ordonnance par laquelle elle suspendait la procédure et vous demandait, en application de l'article 177 du traité CEE, de statuer à titre préjudiciel sur les questions suivantes :

1) Est-il contraire à l'article 5, alinéa 2, ou à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE d'interpréter les paragraphes 97 et 85 de la loi allemande du 9 septembre 1965 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (Bundesgesetzblatt I, p. 1273) dans ce sens qu'un fabricant allemand de supports de son peut invoquer son droit de diffusion pour interdire la commercialisation en république fédérale d'Allemagne de supports de son qu'il a livrés lui-même à une société française qui, tout en étant autonome juridiquement, est entièrement sous sa dépendance du point de vue commercial ?

2) Peut-on considérer que le fabricant de supports de son abuse de son droit de diffusion dans le cas où le prix de vente imposé des supports de son est supérieur au prix du produit originaire réimporté en provenance d'un autre État membre et lorsque les interprètes principaux étaient liés au producteur des supports de son par des contrats d'exclusivité (article 86 du traité CEE) ?

Ces questions ont donné lieu, tant au cours de la procédure écrite qu'au cours de la procédure orale, à des observations présentées par les parties à l'instance au principal, par le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne et par la Commission des Communautés européennes.

Passons maintenant à l'analyse des problèmes ainsi soulevés.

Discussion juridique

I — La recevabilité

Certaines observations formulées au cours de la procédure nous imposent de commencer cette analyse par quelques considérations relatives à la recevabilité des questions dont vous avez été saisis, sans toutefois que nous ayons à nous y étendre longuement.

1. Nous pourrons notamment passer rapidement sur le fait que les questions qui vous sont soumises sont posées dans le cadre d'une instance en référé, d'une procédure sommaire visant à faire ordonner des mesures urgentes et provisoires. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, cela n'exclut pas, en effet, que la Cour puisse être saisie en application de l'article 177 du traité CEE. C'est là une position que vous avez déjà consacrée implicitement dans l'affaire 29/69 (arrêt Stauder du 12 novembre 1969, Recueil, XV-1969, p. 419) et à laquelle nous pouvons nous en tenir ici. — Quant à savoir en outre si, les conditions prévues par l'article 177, alinéa 3, étant remplies, il faut aller jusqu'à dire que les juridictions nationales sont *tenues* de saisir la Cour dans le cadre des instances en référé, c'est là une question qu'il n'est pas nécessaire de trancher ici.

2. Une seconde observation qu'appelle l'examen de la recevabilité a trait à la façon dont est libellée la première question qui vous a été soumise. Des doutes ont été émis à ce sujet, en faisant valoir que les termes de cette question semblent vous suggérer de vous prononcer sur la *compatibilité* de certaines dispositions du droit national (ou de leur interprétation) avec le droit communautaire. Ces objections ne sont évidemment pas dénuées de fondement, car, à coup sûr, il s'agit là d'une compétence que la Cour n'a pas dans le cadre d'une instance au titre de l'article 177 du traité CEE. Le système institué par cet article ne permet à la Cour que d'interpréter le droit communautaire et d'examiner la validité des actes des institutions communautaires (en d'autres termes, il ne lui permet ni d'appliquer le droit communautaire à une situation déterminée ni d'examiner la validité des mesures prises par les États membres ou de l'interprétation de celles-ci).

Cela dit, il apparaît néanmoins, Messieurs, qu'il n'y aura pas lieu pour vous de rejeter comme totalement irrecevables les questions qui vous ont été soumises. En effet, comme vous l'avez fait dans d'autres affaires, vous pourrez redresser le sens de la question qui vous a été posée et en dégager les éléments essentiels qui sont recevables au titre de l'article 177. C'est dès lors en mettant l'accent sur les éléments pour lesquels vous avez compétence que nous nous efforcerons d'interpréter le droit communautaire, et plus particulièrement les articles 5 et 85 du traité CEE. Force nous est simplement d'ajouter que cette interprétation devra se faire au regard de la situation telle qu'elle a été caractérisée par la juridiction nationale, situation qui consiste en ceci qu'un fabricant allemand de supports de son invoque son droit de diffusion pour chercher à faire interdire la commercialisation en Allemagne de disques qui, livrés par lui à une société française, juridiquement autonome mais entièrement sous sa dépendance du point de vue commercial, ont été mis en circulation en France par cette société (les actes de celle-ci étant imputables à la société mère).

Il ne nous paraît pas nécessaire d'entrer ici dans d'autres détails, puisque les termes généraux dans lesquels la demande d'interprétation est ainsi caractérisée permettent l'examen de la question qui vous est soumise. — Pour le surplus, nous croyons préférable d'aborder plus loin certains autres problèmes de recevabilité, tels que ceux qui ont été soulevés par le gouvernement fédéral à propos de l'analyse de l'article 85 et par la Deutsche Grammophon en ce qui concerne l'examen de l'article 86 du traité.

II — La réponse à donner aux questions soumises à la Cour

1. Les développements qui précèdent ont déjà fait apparaître que la présente affaire porte avant tout sur le problème de l'« épuisement » d'un droit de protection consacré par la législation d'un État membre et apparenté au droit d'auteur, épuisement qui est prévu au paragraphe 17 de l'« Urheberrechtsgesetz ». Au sujet de ce problème, la juridiction qui vous a saisis a affirmé que le *texte* de ladite disposition ne permet pas de déterminer si une mise en circulation à laquelle il a été procédé à l'étranger du consentement du bénéficiaire de la protection légale suffit à épuiser le droit de diffusion dont celui-ci bénéficie sur le territoire national. Il semble que, compte tenu du principe de la territorialité, tel qu'il est compris par de nombreux juristes dans la matière en cause ici, la cour d'appel de Hambourg incline à penser qu'il n'y a pas épuisement de ce droit. Mais, d'autre part, l'obscurité du contenu de la loi, l'absence de netteté de ses termes et le fait que ses dispositions ont été arrêtées après l'entrée en vigueur du traité CEE ont amené la juridiction nationale à considérer qu'il était nécessaire de vous interroger sur les principes du traité auxquels il y a lieu d'avoir égard en la matière. La seule explication de cette attitude, c'est, croyons-nous, que la cour d'appel de Hambourg désire, en écartant

le cas échéant le principe de la territorialité, aboutir à une interprétation de la loi nationale *qui soit conforme au droit communautaire*. Dès lors qu'on se rend compte que c'est cela que vise la juridiction nationale, il apparaît du même coup que, contrairement à certaines affirmations faites au cours de la procédure, il n'est pas nécessaire d'examiner si les dispositions du traité auxquelles la Cour hanséatique s'est référée constituent des règles *directement applicables* du droit communautaire, c'est-à-dire des règles dont les particuliers peuvent se prévaloir à l'encontre des lois nationales. L'examen doit tendre uniquement à dégager les principes du traité qui régissent la matière en cause ici, puisque (compte tenu notamment de l'impératif énoncé à son article 5, alinéa 2) nous devons supposer que l'intention du législateur national n'a pas été de faire fi de ces principes et que c'est dès lors en conformité avec ceux-ci qu'il convient d'interpréter la teneur des règles qu'il a établies.

Dans cette optique, il convient de relever avant tout que la règle selon laquelle les marchandises doivent pouvoir circuler librement et sans entraves constitue un principe fondamental du Marché commun. Il convient ensuite (comme vous l'avez fait tout récemment dans l'affaire Sirena) de rappeler l'idée de l'unité du Marché commun, dont les règles de concurrence visent à empêcher dans une large mesure les altérations du jeu de la concurrence et tendent en particulier au maintien de celle-ci à travers les frontières des États membres. Les textes à prendre en considération à cet égard sont l'article 3, a), et f), les articles 30 et suivants et les articles 85 et suivants du traité. Exprimé en termes tout à fait généraux, l'objectif de ces articles est d'exclure que le recours à des moyens étatiques ou privés serve à entraver la circulation des marchandises et à cloisonner les marchés.

Il est évident que, s'ils sont aménagés ou interprétés d'une certaine façon, les droits de la propriété industrielle consacrés par les législations nationales, notion qui englobe le droit d'auteur et les droits voisins, peuvent avoir des effets qui vont à l'encontre dudit objectif, puisque (la thèse de la Deutsche Grammophon le démontre) il peut arriver qu'ils permettent de cloisonner les marchés à tous les stades commerciaux, qu'ils entraînent, en d'autres termes, le contrôle et le blocage absolu des ventes entre États membres. Nous savons que, pour justifier ce résultat, il est fréquemment fait référence aux articles 36 et 222 du traité CEE, textes dont le premier prévoit que le principe de la liberté des échanges commerciaux entre États membres peut souffrir des limitations dans l'intérêt de la protection de la propriété industrielle et commerciale et dont le second dispose que le traité CEE ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres. Il est certain qu'à l'époque des premières discussions en cette matière, l'argument tiré de la référence à ces articles a pu avoir une certaine valeur. Mais, depuis lors, votre jurisprudence a établi que ces dispositions devaient être comprises dans un sens très relatif, et cela compte tenu notamment de la réserve qui est inscrite à l'article 36 et aux termes de laquelle les interdictions ou restrictions dont parle cet article ne doivent « constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ». Les premiers traits de cette jurisprudence ont été tracés par les considérations consacrées par la Cour au droit des marques dans son arrêt Consten et Grundig ; cette jurisprudence a connu un nouveau développement dans l'affaire Parke, Davis grâce aux enseignements de la Cour en matière de droit des brevets et, en matière de droit des marques, elle vient de recevoir une confirmation dans votre arrêt Sirena, auquel nous avons déjà fait allusion. Le principe dégagé par cette jurisprudence, c'est que, si le traité n'entend pas affecter les droits de la propriété industrielle dans leur *existence*, dans leur substance (domaine qui continue à relever du législateur national) (Arrêt Parke, Davis du 29 février 1968,

24-67, Recueil, XIV-1968, p. 110), en revanche, l'*exercice* de ces droits est bel et bien subordonné au droit communautaire (ibidem et arrêt Consten et Grundig du 13 juillet 1966, 56 et 58-64, Recueil, XII-1966, p. 499-500 ; arrêt Sirena du 18 février 1971, 40-70, Recueil, XVII-1, p. 81, attendu n° 5).

Ici aussi, par conséquent, le problème capital consiste à faire le départ entre l'existence du droit et son exercice. Comme la Commission a raison de le relever, il est certain que le pouvoir de fabriquer le produit protégé et d'en effectuer la première diffusion relève de l'existence du droit, parce que ce pouvoir assure au titulaire du droit le profit qui lui revient. En revanche, il est permis de se demander si le principe de la territorialité, auquel il est constamment fait référence à propos des droits de la propriété industrielle, appartient, lui aussi, à la substance de ces droits, s'il fait partie de leur essence. Il nous paraît important d'observer à cet égard que nous avons affaire là à une notion dont le contenu fluctue, dont les contours ne peuvent être dégagés avec une netteté absolue et au sujet de laquelle il ne semble pas y avoir unanimité. Certains prétendent que, conformément à la convention d'union de Paris, le principe de la territorialité signifie que la protection accordée dans un État est indépendante des droits de protection reconnus par les autres États. D'autres soutiennent que les effets du droit de protection sont limités au territoire de l'État qui l'accorde, sans exclure toutefois que le législateur national puisse subordonner certains effets de droit à des éléments de fait qui se réalisent à l'étranger [1]. Ainsi, par exemple, il est intéressant d'observer qu'en dépit du principe de la territorialité, le titulaire d'un droit de marque qui utilise à l'étranger les mêmes emblèmes que sur le territoire national ne peut pas invoquer la marque de fabrique qu'il utilise sur le territoire national pour interdire l'importation d'un produit, dans le cas où celui-ci a été muni de la marque et mis en circulation à l'étranger par lui [2]. En ce qui concerne le droit d'auteur, relevons à ce propos un arrêt par lequel la Cour suprême de la république d'Autriche vient d'affirmer que le droit du producteur de supports de son est consommé (ce qui revient à dire que le titulaire du droit ne peut s'opposer à l'importation) dans le cas où c'est ledit titulaire qui a mis la marchandise en circulation ou dans le cas où la marchandise a été mise en circulation à l'étranger, soit par un exportateur qui était en droit de le faire, soit par un preneur de licence [3]. Quant à l'arrêt « Voran » rendu le 29 février 1968 par le « Bundesgerichtshof », arrêt dont on a beaucoup parlé (et souvent d'ailleurs pour le critiquer), seule décision récente d'une juridiction suprême à aller à contre-courant, puisqu'à propos d'un droit analogue au droit de brevet, le droit de l'inventeur de variétés de plantes de culture de qualité, elle a affirmé qu'une mise en circulation faite à l'étranger par le titulaire de ce droit de protection ne pouvait avoir pour effet d'entraîner l'épuisement du droit, ne perdons pas de vue que la loi allemande qui l'a institué (« Gesetz über Sortenschutz und Saatgut von Kulturpflanzen ») subordonne expressément l'exportation des variétés de plantes protégées à une autorisation spéciale du titulaire du droit, dont l'épuisement ne saurait dès lors résulter de la simple mise en circulation du produit.

Reconnaissons que, dans ces conditions, il y a de bonnes raisons de penser que ce principe de territorialité aux contours si incertains n'appartient pas à l'essence du droit de protection. Il est en tout cas certain que cette conclusion peut être retenue au regard du problème qui se pose à la juridiction qui vous saisit, c'est-à-dire au regard d'une situation dans laquelle (selon ce que la cour d'appel de Hambourg a reconnu) une personne morale

1 — Cf. Ulmer dans «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», Partie internationale, 1970, p. 380.

2 — Voir l'arrêt du « Bundesgerichtshof » dans la célèbre affaire Maja — volume 41 du Recueil des décisions de cette haute juridiction, p. 84.

3 — Cf. « Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht », Partie internationale, 1970, p. 380.

liée au titulaire du droit a mis en circulation les produits litigieux à l'étranger. Ce qui est décisif ici, croyons-nous, c'est que l'objectif du droit de propriété industrielle a été atteint par la première mise en circulation, puisque le bénéficiaire du droit a eu la possibilité de mettre à profit ses chances privilégiées de gain. Il ne fait pas de doute en revanche que ce serait aller au-delà de la protection que le droit en cause est destiné à assurer que de permettre à son titulaire de contrôler les actes ultérieurs de commercialisation, et notamment d'interdire les réimportations, mettant ainsi des entraves à la libre circulation des marchandises. — Il apparaît ainsi, Messieurs, que, compte tenu tant de la réserve inscrite à l'article 36 que des objectifs essentiels du traité et des principes du Marché commun, et en dépit du fait que l'existence des droits de propriété industrielle est garantie par ledit traité, nous pouvons admettre que, dans une situation comme celle à laquelle nous avons affaire ici, il y a eu épuisement du droit et que, dès lors, le droit de diffusion ne saurait plus être exercé.

Il nous reste cependant à examiner une dernière objection, celle qui a été soulevée principalement par le gouvernement fédéral. Elle découle notamment de l'article 99, paragraphe 3, du premier avant-projet de convention relative au brevet européen pour le Marché commun, qui s'énonce comme ceci : « Au terme de la période transitoire prévue par le présent article » (période qui est au minimum de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la convention), « et nonobstant les dispositions de la législation des États contractants, les droits attachés aux brevets délivrés pour une même invention dans deux ou plusieurs États contractants et appartenant à une même personne physique ou morale ou à des personnes physiques ou morales économiquement liées ne sont pas opposables aux actes concernant le produit couvert par lesdits brevets accomplis sur le territoire d'un desdits États contractants après que le titulaire du brevet ou son licencié a licitement mis ce produit dans le commerce dans l'un de ces États. » Cet avant-projet prévoit donc que le droit de brevet continuera à être enfermé dans les limites du territoire national pendant une période transitoire et que ce n'est qu'à l'expiration de celle-ci que cette limitation sera abolie, avec cette conséquence qu'il y aura épuisement du droit dans le cas où le titulaire du brevet aura mis le produit protégé en circulation dans un des États membres. Cette disposition transitoire n'aurait pas de sens, déclare le gouvernement fédéral, s'il fallait admettre que l'épuisement du droit résulte du seul effet des dispositions du traité que nous avons examinées plus haut.

Il est incontestable que ce raisonnement ne manque pas de faire impression. Nous croyons toutefois qu'il ne saurait être décisif. Et cela, non pas parce que ledit avant-projet a trait à des problèmes relatifs au droit de *brevet,* alors que la présente espèce met en jeu le droit d'auteur et les droits voisins : ce n'est pas, en effet, cette différence-là qui importe, car le droit d'auteur est certainement plus proche parent du droit de brevet que, par exemple, du droit à la marque. Mais ne perdons pas de vue que le texte invoqué ne constitue qu'un *avant-projet* élaboré par des experts, qu'en d'autres termes il ne constitue pas le dernier mot des gouvernements et que, dès lors, on ne saurait y voir une interprétation authentique du traité CEE. Au surplus, il est intéressant de relever l'avertissement figurant en tête de l'avant-projet et par lequel les auteurs déclarent que le préambule de la convention devrait indiquer « que les États contractants n'entendent pas déroger (beeinträchtigen) par la présente convention aux dispositions des traités instituant les Communautés européennes ».

Sans nous arrêter à cet avant-projet, retenons donc en fin de compte, pour ce qui est de l'aspect de la première question sur lequel notre examen a porté jusqu'à présent, qu'une interprétation raisonnable du traité CEE doit nécessairement amener à considérer que, dans les conditions de fait décrites dans l'ordon-

nance de renvoi, les droits de la propriété industrielle consacrés par la législation nationale sont épuisés.

2. Mais, toujours dans le cadre de la première question, nous avons encore à examiner sous un autre angle la portée de l'article 85 du traité CEE. Il pourrait notamment se révéler important de répondre à cet aspect de la question dans l'hypothèse où il ne conviendrait pas de retenir la solution à laquelle nous avons abouti jusqu'à présent, s'il apparaissait, en d'autres termes, qu'il ne suffit pas d'envisager isolément le comportement du titulaire du droit de diffusion mais qu'il faut en outre examiner les accords qu'il a été amené à conclure.

Sur ce point-là aussi, nous pouvons d'entrée de jeu nous référer à votre jurisprudence et abréger de la sorte notre analyse. C'est ainsi par exemple qu'à propos des marques, vous avez établi que celles-ci ne sauraient être utilisées aux mêmes fins que celles qui sont poursuivies par un accord reconnu illicite, qu'on ne saurait admettre qu'elles soient employées abusivement d'une manière qui mettrait en échec l'efficacité du droit communautaire des ententes (arrêt Consten et Grundig, Recueil, XII-1966, p. 499-500). — Nous retrouvons la même idée dans votre arrêt Sirena, que nous avons déjà mentionné ; là aussi, vous avez souligné le fait que l'exercice des droits de propriété industrielle et commerciale peut relever des interdictions énoncées par les articles 85 et 86 du traité, en affirmant que les règles de concurrence que celui-ci édicte entrent en jeu dans le cas où l'exercice desdits droits apparaît comme constituant l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente.

Tels sont les principes auxquels il convient également de se référer dans la présente espèce. Cela revient à dire que, l'application de l'article 85 du traité étant notamment subordonnée à l'existence d'un accord entre entreprises, d'une décision d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées, il appartient à la juridiction nationale d'examiner avant tout ce qu'il en est de cette condition dans l'affaire qui lui est soumise.

Sous ce rapport, c'est en premier lieu sur l'accord conclu entre la Deutsche Grammophon et la société Polydor de Paris, c'est-à-dire sur le contrat de licence dont nous avons signalé l'existence au début de notre exposé, que l'attention doit se porter. Comme la Commission l'a souligné à juste titre, cet accord doit être examiné sous divers aspects. — Rappelons tout d'abord qu'il paraît s'agir d'un accord conclu entre une société mère et une société qui se trouve sous sa dépendance (« Tochtergesellschaft »), en d'autres termes d'un contrat intervenu entre deux entreprises commerciales qui ne se font probablement pas concurrence, puisque, loin de se comporter d'une manière indépendante, la société Polydor est tenue d'observer les instructions et de subir le contrôle de sa société mère. S'il s'avère que telle est bien la situation, qu'il y a simplement répartition des tâches au sein d'un seul et même ensemble économique, il faudra considérer que le jeu de la concurrence n'est pas affecté et que l'article 85 du traité ne saurait être appliqué (c'est ce qu'à juste titre la Commission a déjà affirmé, à propos d'espèces similaires, dans deux attestations négatives datant respectivement du 18 juin 1969 (JO 1969, n° L 165, p. 15) et du 30 juin 1970 (JO 1970, n° 147, p. 24). — S'agissant de contrats de licence qui portent sur des droits de propriété industrielle, il importe d'autre part d'observer (à propos de la limitation territoriale des droits du licencié, laquelle s'accompagne de l'interdiction d'effectuer des livraisons en dehors du territoire sous contrat) qu'en raison notamment de l'impossibilité pratique dans laquelle se trouve le bénéficiaire de la protection, et spécialement le titulaire de droits d'auteur, de mettre lui-même ses droits entièrement à profit, la cession et la divisibilité du droit en question, en d'autres termes son usage par autrui, font partie de son essence, relèvent de son existence même. Cela revient à dire que les restrictions territoriales restent dans les limites

du droit de propriété industrielle et commerciale, qu'en stipulant ces restrictions, celui qui concède la licence ne déborde à vrai dire pas le cadre de son droit. C'est là encore une raison qui peut conduire à écarter l'application de l'article 85 à une situation comme celle de l'espèce et à conclure que la convention de licence échappe aux prohibitions du droit des ententes. Tout au plus l'article 85 pourrait-il jouer dans le cas où le preneur de licence serait amené à s'engager à imposer des obligations de vente à ses *distributeurs,* c'est-à-dire dans le cas où la convention contiendrait des dispositions restrictives de la concurrence destinées à être insérées dans les contrats conclus entre la société Polydor et ses clients.

Dès lors, Messieurs, toujours dans le cadre de la première question d'interprétation qui vous est soumise, vous devrez encore répondre à la cour d'appel de Hambourg que, si un examen des faits de l'espèce à la lumière des critères ainsi définis révélait l'existence d'un accord tombant sous le coup de l'article 85 du traité, il apparaîtrait du même coup que la Deutsche Grammophon ne saurait se prévaloir de ses droits de propriété industrielle, leur exercice devant être considéré comme abusif dans le cas où ils seraient utilisés en vue d'atteindre les objectifs auxquels tendent les conventions illicites conclues par leur titulaire.

Mais, pour être plus complet, nous croyons pouvoir ajouter que la juridiction nationale ne doit évidemment pas limiter son examen audit contrat de licence et qu'il lui appartient, le cas échéant, de l'étendre aux accords que la Deutsche Grammophon a conclus avec les revendeurs allemands (« Händlerreverse ») en vue de leur faire souscrire les engagements que nous avons décrits au début de notre exposé. Encore que le juge national ne vous ait pas interrogés au sujet de ces conventions, les faits de la cause tels qu'ils résultent du dossier permettent d'affirmer qu'il convient de les prendre en considération. En relevant cette nécessité, loin de méconnaître les limites de la procédure des questions préjudicielles, nous ne faisons que mettre en lumière des éléments qui peuvent contribuer à une solution raisonnable et complète du litige. — Il n'est pas exclu, en effet, qu'après avoir examiné les engagements en question, la cour d'appel de Hambourg n'aboutisse à la conclusion qu'ils relèvent de l'application du droit de la concurrence. Cette hypothèse n'est pas invraisemblable, puisque les revendeurs engagés envers la Deutsche Grammophon ne peuvent procéder à des importations en provenance de l'étranger qu'avec l'assentiment de celle-ci, lequel est subordonné au respect des prix imposés. Cette condition pourrait équivaloir en fait à une interdiction d'importer, puisqu'elle a pour effet d'éliminer l'attrait que peuvent présenter les importations. Souvenons-nous en outre que la Deutsche Grammophon s'est engagée à poursuivre les infractions au système de prix imposés, ce qui implique pour elle l'obligation de mettre en œuvre les droits que lui reconnaît le paragraphe 85 de la loi allemande relative aux droits d'auteur en vue d'empêcher la vente de disques importés. On ne saurait, sans autre examen, écarter d'emblée l'idée que cet ensemble de conventions peut entraîner une atteinte sensible (« spürbar ») au jeu de la concurrence et affecter le commerce entre États membres. S'il apparaissait que tel est le cas (point qui relève en fin de compte de l'appréciation de la juridiction nationale), force serait de conclure qu'il est interdit à la Deutsche Grammophon de faire usage de ses droits de propriété industrielle en vue de réaliser cette atteinte au jeu de la concurrence. — Une fois ces observations faites, nous pouvons cependant considérer que l'examen de la première question est définitivement terminé.

3. Quant à la seconde question, elle porte, comme vous le savez, sur l'article 86 du traité. La cour d'appel hanséatique vous demande de dire si on peut considérer que le fabricant de supports de son abuse de son droit de diffusion dans le cas où le prix de vente imposé pour ces

articles est supérieur au prix du produit originaire réimporté d'un autre État membre, alors que les interprètes principaux étaient liés au producteur des supports de son par des contrats d'exclusivité.

Avant de répondre à cette question, force est d'examiner une objection soulevée par la Deutsche Grammophon. Celle-ci estime qu'il est permis de douter que la question soit recevable, la juridiction nationale n'ayant pas indiqué les faits dont il résulterait que cette entreprise occupe une position dominante. Au surplus, allègue-t-elle, il est impossible d'admettre, dans le cadre des instances préjudicielles, que la Cour établisse à cet égard des critères tels que ceux qui ont été proposés par la Commission. — On voit immédiatement que ces objections ne sauraient être retenues. Lorsqu'en effet, en vous soumettant sa question préjudicielle, la juridiction nationale ne vous interroge que sur certains aspects de l'article 86 du traité, il ne semble pas qu'on doive exiger qu'elle démontre que cet article entre nécessairement en ligne de compte pour l'appréciation de l'espèce qui lui est soumise. C'est à cette juridiction de savoir quels sont les points importants aux fins de sa décision, et nous ne trouvons dans votre jurisprudence aucun cas dans lequel vous ayez exigé que le juge national fournisse une motivation à cet égard. Dans l'espèce, il est certain, d'ailleurs, qu'on ne saurait soutenir que la cour d'appel de Hambourg a manifestement eu tort d'évoquer l'article 86. — La première objection étant écartée, nous relèverons, pour répondre à la seconde, que, même si la juridiction nationale ne vous a pas interrogés expressément sur ce point, rien ne s'oppose à ce que vous vous prononciez sur le problème de la position dominante et à ce que vous fixiez (pour reprendre les termes de l'objection) certains critères en cette matière. Tout comme dans d'autres affaires, nous pourrons considérer que le complément d'interprétation ainsi fourni se justifie par le souci de rendre un arrêt préjudiciel adéquat et que ces précisions sont parfaitement licites, à condition que la Cour reste dans les limites d'une véritable interprétation et n'aille pas jusqu'à appliquer les règles du droit. Il apparaît dès lors que, même s'ils débordent le cadre formel de la question qui vous a été posée, vous ne devez pas écarter d'emblée les éléments dont il a notamment été fait état par la Commission à propos de l'interprétation de l'article 86.

Passons donc directement à l'examen de la réponse que ladite question comporte. Rappelons tout d'abord qu'au regard d'une situation comme celle de l'espèce, il ressort des arrêts que vous avez rendus à propos de l'article 86 du traité que l'existence d'une position dominante ne résulte pas du seul fait qu'une entreprise possède des droits de propriété industrielle et peut exercer les actions nécessaires pour les défendre. Dans le cas, toutefois, où une analyse économique du marché fait apparaître l'existence d'une position dominante sur celui-ci et où des entreprises mettent en œuvre leurs droits de propriété industrielle en vue d'exploiter cette position dominante de la façon abusive visée à l'article 86, alinéa 2, il peut se faire qu'on doive reconnaître qu'il y a abus de ces droits. Tel est le point de vue que vous avez adopté dans l'arrêt Sirena. Et nous pouvons encore invoquer à cet égard l'arrêt Parke, Davis, dans lequel vous avez relevé que « l'utilisation du brevet » peut « dégénérer en une exploitation abusive de cette protection », que l'usage du droit de brevet peut contribuer à une position dominante (Recueil, XIV-1968, p. 110).

Votre arrêt Sirena énonce en outre des critères permettant de déterminer les cas dans lesquels on a affaire à une position dominante. Selon ces critères, qui peuvent également servir dans la présente espèce, il convient de tenir compte de la position des producteurs et distributeurs de marchandises similaires ainsi que de rechercher si l'entreprise suspecte d'occuper une position dominante a la puissance nécessaire pour faire obstacle à une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération. Cela revient à dire, comme la Commission a eu raison de le

préciser, qu'il convient d'examiner si la part qu'une entreprise détient sur le marché (part qui doit être augmentée de celles que détiennent les autres entreprises faisant partie de son groupe), ses connaissances techniques, ses matières premières, son capital et ses droits d'exclusivité lui donnent la possibilité de déterminer les prix ou de contrôler la production et la distribution dans une partie substantielle du Marché commun (par exemple, sur le territoire d'un État membre), si cette entreprise dispose d'une marge d'indépendance qui lui permette pratiquement d'agir sans tenir compte de ses concurrents, de ses clients ou de ses fournisseurs. En ce qui concerne la présente espèce et le problème de l'offre provenant des concurrents, l'analyse économique dont nous avons signalé la nécessité doit notamment tendre à déterminer si les producteurs de disques et la part qu'ils détiennent sur le marché peuvent bel et bien être considérés comme étant sur un pied d'égalité, ou s'il est au contraire permis d'affirmer qu'il existe des marchés partiels déterminés par le genre de musique et la catégorie des interprètes. Il est évident que cette dernière hypothèse ne saurait être écartée et qu'il est notamment permis de penser que les contrats d'exclusivité souscrits par certains artistes peuvent être à l'origine d'une position dominante sur certaines fractions du marché. Vainement soutiendrait-on que cette hypothèse est exclue par le fait que, selon le paragraphe 78 de la loi allemande relative aux droits d'auteur, ces contrats d'exclusivité engendrent, non pas des droits réels, mais uniquement des droits de créance [1]. Reconnaissons cependant que, comme on nous l'a fait observer de part et d'autre au cours de la procédure, si ces contrats d'exclusivité peuvent engendrer une position dominante, cela ne se produira que dans les rares hypothèses où, par exemple, il s'agit d'artistes jouissant d'un succès exceptionnel et où l'on a affaire à un nombre élevé de contrats de ce genre.

Certes, et c'est là encore un point qui ressort de vos arrêts Parke, Davis et Sirena, si les critères ainsi définis conduisent la juridiction nationale à estimer qu'elle est en présence d'une position dominante, les écarts de prix qu'elle pourrait constater ne devront pas nécessairement l'amener à conclure qu'il y a exploitation abusive de cette position ; il n'en reste pas moins que ces écarts de prix peuvent cependant constituer un indice déterminant de l'existence d'un abus, dans le cas où ils seraient particulièrement importants et où ils ne seraient pas justifiés par des raisons objectives. Il ne nous appartient pas d'approfondir ici le détail des longues discussions qui opposent à cet égard les parties dans la présente affaire. Tout au plus pourrions-nous faire observer, dans le cadre de notre effort d'interprétation, qu'il convient de prendre en considération, non seulement les prix de vente du producteur, mais également les prix de vente au consommateur final, qu'il y a lieu de tenir compte de la différence entre les poids respectifs de la charge supportée au titre de la taxe sur la valeur ajoutée (11 % en République fédérale, 33 1/3 % en France) et qu'on peut se trouver en présence d'écarts entre les coûts provenant tant de la façon dont l'organisation d'écoulement est aménagée que du montant des droits d'auteur qui, en Allemagne, doivent être reversés à la « GEMA ».

Il ressort, Messieurs, de votre jurisprudence que, si la prise en considération de ces divers éléments amenait la juridiction nationale à constater qu'elle est en présence d'écarts importants et disproportionnés entre les prix, qu'il existe en d'autres termes un indice déterminant d'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, elle devrait dès lors considérer que l'usage des droits de propriété industrielle fait en vue de cloisonner les marchés et de maintenir cette différence de prix constitue une des pratiques abusives et interdites qui sont vi-

1 — Cf. Möhring-Nicolini, « Kommentar zum Urheberrechtsgesetz », 1970, note 2 relative au paragraphe 78.

sées à l'article 86 du traité CEE. — Par ces considérations nous croyons avoir épuisé l'essentiel de ce qui pouvait être dit pour répondre à la seconde question, sans empiéter sur le domaine de l'application du droit. Toute autre particularité doit être laissée à l'appréciation de la juridiction nationale.

III — Récapitulation

Voici dès lors les réponses qui paraissent pouvoir être données aux questions dont vous a saisis la cour d'appel de Hambourg:

1) La faculté que possède le titulaire d'un droit d'exclusivité sur des supports de son d'interdire, sur le territoire national, l'importation ou la diffusion de reproductions d'enregistrement qui ont été mises en circulation dans un autre État membre, soit par le titulaire dudit droit de protection, soit par une entreprise se trouvant sous sa dépendance, ne fait pas partie de l'existence même de la propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 36 du traité CEE et est en contradiction avec certains principes fondamentaux dudit traité, tels qu'ils se dégagent des dispositions que celui-ci consacre à la libre circulation des marchandises et aux règles à observer en matière de concurrence.

2) Le titulaire d'un droit d'exclusivité sur des supports de son qui a conclu des accords tombant sous le coup de l'article 85 du traité ne saurait se prévaloir dudit droit en vue de chercher à atteindre les objectifs visés par ces accords, et il ne saurait notamment se voir reconnaître le droit de faire interdire la diffusion de reproductions d'enregistrement importées en provenance d'un autre État membre, lorsque celles-ci ont été mises en circulation dans cet État par ledit titulaire du droit de protection ou par une entreprise se trouvant sous sa dépendance.

3) Lorsque le titulaire d'un droit d'exclusivité pour la diffusion de supports de son occupe sur le marché une position dominante au sens de l'article 86 du traité (position qui peut résulter de ce qu'il s'est attaché un grand nombre d'interprètes renommés au moyen de contrats d'exclusivité), il est permis de voir un indice capital de l'exploitation abusive de cette position dans le fait que, sans justification objective, le titulaire du droit de protection applique, dans l'État membre où il occupe la position dominante, des prix situés largement au-dessus du niveau de ceux qui sont pratiqués dans d'autres États membres. Constitue également un abus, dans cette hypothèse, l'exercice des actions en interdiction découlant du droit de propriété industrielle lorsque celles-ci tendent à faire obstacle à l'importation de produits originaires en provenance des autres États membres.