CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NIILO JÄÄSKINEN
présentées le 7 juillet 2011 [1]

I — Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle, introduite par le Hof van Cassatie (Belgique), porte sur l'interprétation du règlement (CE) nº 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales [2], tel que modifié par le règlement (CE) nº 873/2004 du Conseil, du 29 avril 2004 [3].

2. La présente affaire amènera la Cour à se prononcer sur les problèmes spécifiques que pose le régime de protection communautaire des obtentions végétales dans le cadre plus général de la propriété intellectuelle, notamment en ce qui concerne la différence existant entre le régime de protection distinct prévu par ledit règlement pour le matériel de propagation (en l'espèce les pommiers Nicoter), d'une part, et pour le matériel de récolte (en l'espèce les pommes Kanzi), d'autre part.

3. La Cour est invitée à répondre à la question de savoir si le titulaire de la protection communautaire des obtentions végétales peut se prévaloir de ses droits exclusifs, conformément au règlement nº 2100/94, afin d'intenter une action en contrefaçon contre des tiers, ou si, au contraire, il y a lieu de considérer que ses droits sont épuisés, lorsqu'un licencié a vendu à des tiers du matériel de la variété faisant l'objet de la protection communautaire, sans leur imposer les limitations qui auraient dû l'être conformément à la convention de licence conclue entre le licencié et le titulaire de la protection communautaire des obtentions végétales.

II — Le cadre juridique

A — *La convention UPOV de 1991*

4. Au niveau international, la protection des obtentions végétales fait l'objet d'une convention, signée le 2 décembre 1961 et révisée en 1991 (ci-après la «convention UPOV de 1991»). La Communauté européenne a

1 — Langue originale: le français.
2 — JO L 227, p. 1, et rectificatif JO 2001, L 111, p. 31.
3 — JO L 162, p. 38, ci-après le «règlement nº 2100/94».

adhéré à cette convention en 2005 [4]. La réglementation communautaire est fortement inspirée des dispositions de cette convention.

B — *Le règlement nº 2100/94*

5. Le quatorzième considérant du règlement nº 2100/94 est ainsi rédigé:

«considérant que, puisque la protection communautaire des obtentions végétales doit avoir un effet uniforme dans toute la Communauté, les transactions commerciales soumises au consentement du titulaire doivent être clairement définies; que l'étendue de la protection devrait être élargie, par rapport à la plupart des systèmes nationaux, à certains matériels de la variété pour tenir compte des échanges avec des pays extérieurs à la Communauté où il n'existe aucune protection; que l'introduction du principe d'épuisement des droits doit toutefois garantir que la protection n'est pas excessive».

6. Selon l'article 11, paragraphe 1, du règlement nº 2100/94:

«La personne qui a créé ou qui a découvert et développé la variété, ou son ayant droit ou ayant cause, ci-après dénommés l'un et l'autre 'obtenteur', ont droit tous deux, tant la personne que son ayant droit ou ayant cause, à la protection communautaire des obtentions végétales.»

7. Aux termes de l'article 13, paragraphes 1 à 3, dudit règlement:

«1. La protection communautaire des obtentions végétales a pour effet de réserver à son ou ses titulaires, ci-après dénommés 'titulaire', le droit d'accomplir les actes indiqués au paragraphe 2.

2. Sans préjudice des articles 15 et 16, l'autorisation du titulaire est requise pour les actes suivants en ce qui concerne les constituants variétaux ou le matériel de récolte de la variété protégée, ci-après dénommés 'matériel':

a) production ou reproduction (multiplication);

b) conditionnement aux fins de la multiplication;

c) offre à la vente;

d) vente ou autre forme de commercialisation;

e) exportation à partir de la Communauté;

4 — Voir décision 2005/523/CE du Conseil, du 30 mai 2005, approuvant l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales, révisée à Genève le 19 mars 1991 (JO L 192, p. 63).

f) importation dans la Communauté;

g) détention aux fins mentionnées aux points a) à f).

Le titulaire peut subordonner son autorisation à des conditions et à des limitations.

3. Le paragraphe 2 s'applique au matériel de récolte uniquement si celui-ci a été obtenu par l'utilisation non autorisée de constituants variétaux de la variété protégée et sauf si le titulaire a raisonnablement pu exercer son droit en relation avec lesdits composants variétaux.»

8. L'article 16 du règlement nº 2100/94, intitulé «Épuisement de la protection communautaire des obtentions végétales», prévoit ce qui suit:

«La protection communautaire des obtentions végétales ne s'étend pas aux actes concernant du matériel de la variété protégée […] qui a été cédé à des tiers par le titulaire ou avec son consentement en un lieu quelconque de la Communauté, ou du matériel dérivé dudit matériel, à moins que ces actes:

a) impliquent la multiplication ultérieure de la variété en question, sauf si cette multiplication était prévue lors de la cession du matériel

ou

b) impliquent une exportation de constituants variétaux vers un pays tiers qui ne protège pas les variétés du genre végétal ou de l'espèce végétale dont la variété fait partie, sauf si le matériel exporté est destiné à la consommation.»

9. Aux termes de l'article 27 dudit règlement, intitulé «Licences d'exploitation contractuelles»:

«1. La protection communautaire des obtentions végétales peut faire, en totalité ou en partie, l'objet de licences d'exploitation contractuelles. Ces licences peuvent être exclusives ou non exclusives.

2. Le titulaire peut invoquer les droits conférés par la protection communautaire des obtentions végétales à l'encontre d'une personne détenant une licence d'exploitation qui enfreint l'une des conditions ou limitations attachées à sa licence en vertu du paragraphe 1.»

10. L'article 94 du règlement nº 2100/94, intitulé «Contrefaçon», dispose:

«1. Toute personne qui:

a) accomplit, sans y avoir été autorisée, un des actes visés à l'article 13 paragraphe 2 à l'égard d'une variété faisant l'objet d'une protection communautaire des obtentions végétales ou

[…]

peut faire l'objet d'une action, intentée par le titulaire, en cessation de la contrefaçon ou en versement d'une rémunération équitable ou à ce double titre.

2. Toute personne qui agit de propos délibéré ou par négligence est en outre tenue de réparer le préjudice subi par le titulaire. En cas de faute légère, le droit à réparation du titulaire peut être diminué en conséquence, sans être toutefois inférieur à l'avantage acquis par l'auteur de la contrefaçon du fait de cette contrefaçon.»

11. L'article 104 du règlement nº 2100/94, intitulé «Habilitation pour l'exercice de l'action en contrefaçon», est rédigé comme suit:

«1. L'action en contrefaçon peut être exercée par le titulaire. Un licencié peut exercer l'action en contrefaçon, sauf si cette possibilité a été expressément exclue par un accord avec le titulaire dans le cas d'une licence d'exploitation exclusive ou par l'Office conformément à l'article 29 ou à l'article 100 paragraphe 2.

2. Tout licencié a le droit d'intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par le titulaire, afin d'obtenir réparation du préjudice qu'il a subi.»

III — Le litige au principal et les questions préjudicielles

12. Les faits à l'origine du litige au principal opposant Greenstar-Kanzi Europe NV (ci-après «GKE»), d'une part, à MM. Hustin et Goossens, d'autre part, dont le Hof van Cassatie est saisi peuvent être résumés comme suit [5].

A — *Nicolaï NV et Better3fruit NV*

13. Je commencerai par exposer la place occupée par les deux sociétés qui ne sont pas parties au litige au principal.

14. Nicolaï NV (ci-après «Nicolaï») est l'obtenteur d'une nouvelle variété de pommiers, à savoir le Nicoter. Cette variété est la seule à produire des pommes qui sont commercialisées sous la marque Kanzi, pour autant qu'elles satisfassent à certaines exigences de qualité [6]. Afin d'éviter une dilution de la qualité de la variété et de la marque, un système équivalent à un réseau de distribution sélectif,

5 — Il convient de relever que l'exposé des faits soulève un certain nombre de problèmes: les parties au litige au principal sont en désaccord sur plusieurs points de fait et de droit; il s'agit d'une procédure en référé et le licencié (Nicolaï NV) n'est pas partie à la procédure au principal.

6 — En 2009, il existait en Europe 3 156 000 pommiers de la variété Nicoter, dont la production représentait 25 000 tonnes de pommes. Les trois quarts environ de ces pommes remplissaient les exigences de qualité requises par la marque Kanzi. Voir *European Fruit Magazine,* nº 12, 2009, p. 6 (voir le site Internet www.fruitmagazine.eu).

comprenant un cahier des charges impliquant des restrictions quant à la production de l'arbre ainsi qu'à la production, la conservation, le tri et la commercialisation des fruits, a été mis en œuvre.

15. La demande concernant la variété de pommiers Nicoter déposée le 27 avril 2001 par Nicolaï a été publiée le 15 juin 2001 au *Bulletin officiel de l'Office communautaire des variétés végétales.*

16. La protection des obtentions végétales associée à cette demande a été apportée par Nicolaï dans Better3fruit NV (ci-après «Better3fruit») le 3 septembre 2002.

17. Better3fruit est dès lors le titulaire de la protection communautaire des obtentions végétales octroyée pour les arbres de la variété Nicoter.

18. Better3fruit est également le titulaire de la marque de pommes Kanzi.

19. En 2003, Better3fruit et Nicolaï ont conclu une convention de licence (ci-après la «convention de licence») [7] permettant à Nicolaï d'acquérir un droit exclusif de culture et de commercialisation des pommiers de la variété Nicoter.

20. La convention de licence prévoit que Nicolaï «[...] ne cédera ou ne vendra aucun produit faisant l'objet de la licence en l'absence de conclusion préalable par écrit, par le cocontractant concerné, de la convention de licence de culture visée à l'annexe 6 (pour les cocontractants cultivateurs) ou de la convention de licence de commercialisation visée à l'annexe 7 (pour les cocontractants négociants)».

21. La convention de licence de 2003 entre Better3fruit et Nicolaï a été résolue le 20 janvier 2005.

B — *Le litige au principal opposant GKE à MM. Hustin et Goossens*

22. À une date qui fait l'objet d'un désaccord entre les parties au principal, GKE a obtenu, pour les pommiers Nicoter, les droits d'exploitation exclusifs prévus par la protection des obtentions végétales. GKE est ainsi devenu licencié en lieu et place de Nicolaï [8].

23. Le 24 décembre 2004, Nicolaï a vendu 7 000 pommiers de la variété Nicoter à M. Hustin. Dans le cadre de cette transaction, M. Hustin ne s'est engagé au respect d'aucune

7 — La convention de licence n'est pas datée.

8 — Le document sur lequel les droits de GKE sont basés n'a pas été versé au dossier de l'affaire. Il semble s'agir d'une convention de licence, conclue entre GKE et une société dénommée «EFC BVBA», qui, à son tour, avait conclu une convention de licence avec Better3fruit, le titulaire de la protection communautaire.

prescription particulière relative à la culture des pommes Kanzi et à la vente de la récolte.

24. Le 4 décembre 2007, il a été constaté que M. Goossens vendait des pommes portant la dénomination Kanzi. Ces pommes se sont révélées lui avoir été fournies par M. Hustin.

25. GKE a alors introduit un recours contre MM. Hustin et Goossens. Le 29 janvier 2008, le président du rechtbank van koophandel te Antwerpen, siégeant en référé, a décidé que tant M. Hustin que M. Goossens avaient enfreint la protection des obtentions végétales de GKE. M. Goossens aurait également enfreint la protection du droit des marques accordée à la marque Kanzi.

26. Le hof van beroep te Antwerpen a réformé cette décision par un arrêt du 24 avril 2008. Ladite juridiction a décidé qu'il n'y avait pas contrefaçon, dans le chef de MM. Hustin et Goossens, de la protection des obtentions végétales de GKE, ni infraction de ses droits de marque, étant donné que les limitations reprises dans la convention de licence n'étaient pas opposables à MM. Hustin et Goossens.

27. GKE a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt du hof van beroep te Antwerpen. Le Hof van Cassatie, doutant de la portée à donner à la règle de l'épuisement telle qu'énoncée à l'article 16 du règlement nº 2100/94, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les deux questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 94 du règlement [nº 2100/94] [...], lu conjointement avec les articles 11, paragraphe 1, 13, paragraphes 1 à 3, 16, 27 et 104 du règlement [nº 2100/94], doit-il être interprété en ce sens que le titulaire ou le licencié peut intenter une action en contrefaçon contre toute personne qui accomplit des actes portant sur le matériel vendu ou cédé à cette dernière par le licencié lorsque les limitations stipulées dans la convention de licence conclue entre le licencié et le titulaire de la protection communautaire des obtentions végétales n'ont pas été respectées dans le cadre de la vente de ce matériel?

2) Si oui, s'agissant d'apprécier l'infraction, importe-t-il de déterminer si la personne qui accomplit les actes précités était informée ou aurait dû être informée des limitations précitées contenues dans la convention de licence?»

28. Dans sa demande de décision préjudicielle, le Hof van Cassatie s'est référé à la jurisprudence de la Cour concernant l'épuisement des droits du titulaire d'une marque, en évoquant notamment la question de savoir si l'épuisement des droits liés à la protection communautaire des obtentions végétales devait ou non être interprété de façon plus stricte, compte tenu des caractéristiques

propres du régime de protection des obtentions végétales.

29. Des observations écrites ont été déposées par GKE, MM. Hustin et Goossens, le gouvernement espagnol et la Commission européenne. Aucune partie n'a demandé la tenue d'une audience.

30. S'agissant du litige au principal, il convient de relever d'emblée que la décision de renvoi n'a pas précisé si Better3fruit avait ou non introduit une action contre Nicolaï, qui a omis d'imposer le respect des conditions de licence à M. Hustin [9]. Il n'existe manifestement aucun lien contractuel entre GKE et M. Hustin.

IV — Analyse

A — *Sur la première question préjudicielle*

1. Observations liminaires

31. Par sa première question, la juridiction de renvoi souhaite obtenir des précisions concernant la portée de l'épuisement de la protection des obtentions végétales, dans l'hypothèse de la conclusion de contrats portant sur du matériel vendu ou cédé par un licencié à un tiers en violation des limitations stipulées dans la convention de licence liant le licencié au titulaire de la protection des obtentions végétales.

32. Le règlement nº 2100/94 n'a donné lieu qu'à de rares demandes de décision préjudicielle [10]. En particulier, la portée des droits du titulaire et l'épuisement de la protection communautaire des obtentions végétales sont des questions inédites pour la Cour.

33. Il importe de souligner que le règlement nº 2100/94 prévoit différents niveaux de protection.

34. En premier lieu, il existe une protection «primaire» qui couvre les constituants variétaux conformément à l'article 13, paragraphe 2, du règlement nº 2100/94. Le matériel de récolte fait quant à lui l'objet d'une protection «secondaire», qui, quoique également mentionnée audit article 13, paragraphe 2, est fortement limitée par le paragraphe 3 du

9 — Selon la clause de prorogation figurant dans la convention de licence, ce sont les juridictions de Louvain (Belgique) qui seraient compétentes pour connaître d'une telle action.

10 — Voir arrêts du 10 avril 2003, Schulin (C-305/00, Rec. p. I-3525); du 11 mars 2004, Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft (C-182/01, Rec. p. I-2263); du 14 octobre 2004, Brangewitz, C-336/02, Rec. p. I-9801, et du 8 juin 2006, Saatgut-Treuhandverwaltung (C-7/05 à C-9/05, Rec. p. I-5045).

même article [11]. Ainsi, alors même que les constituants variétaux et le matériel de récolte relèvent de la notion de «matériel» [12], au sens dudit article 13, paragraphe 2, la protection prévue pour ces deux catégories diffère néanmoins.

35. Le règlement nº 2100/94 établit une protection plus étendue pour les constituants variétaux (en l'espèce, les pommiers) que pour les produits de récolte (ici, les pommes) [13]. Ainsi, l'autorisation du titulaire est requise pour les actes de commercialisation des pommiers en tant que constituants variétaux, en vertu de l'article 13, paragraphe 2, mais, s'agissant des pommes en tant que matériel de récolte, une telle autorisation n'est requise que dans les cas prévus à l'article 13, paragraphe 3. Je relève que cette distinction essentielle dans le domaine de la protection des obtentions végétales ressort plus nettement de la convention UPOV de 1991 [14].

36. S'agissant de la situation de M. Goossens, qui a vendu des pommes Kanzi et ainsi du matériel de récolte, il y a lieu d'observer que l'autorisation du titulaire de la protection des obtentions végétales pour la vente ou toute autre forme de commercialisation est requise uniquement si le matériel de récolte a été obtenu par l'utilisation non autorisée de constituants variétaux de la variété protégée et sauf si le titulaire a raisonnablement pu exercer son droit en relation avec lesdits constituants variétaux.

2. Sur le principe d'épuisement des droits de propriété intellectuelle

37. Même si son contenu exact varie selon les différentes branches du droit de propriété intellectuelle, le principe d'épuisement est une règle de base du droit européen de la propriété intellectuelle. Il résulte de ce principe

11 — Il convient de noter que l'article 13, paragraphe 4, du règlement nº 2100/94 prévoit aussi la possibilité d'établir, en ce qui concerne les modalités d'application dudit règlement, une protection «tertiaire» à l'égard des produits obtenus directement à partir de matériel de la variété protégée. Une telle disposition n'a pas été adoptée à ma connaissance, et, en tout état de cause, cette question n'est pas pertinente pour la présente affaire. Concrètement, cette protection tertiaire serait, par exemple, applicable au jus obtenu à partir de pommes (protection secondaire) issues de pommiers d'une variété protégée (protection primaire).

12 — Je relève que l'usage des termes «constituants variétaux» ou «matériel» n'est pas cohérent dans le règlement nº 2100/94. Voir Würtenberger, G., e.a., *European Community Plant Variety Protection,* Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 119 à 120.

13 — Il me semble qu'il convient de considérer les pommes, qui contiennent des pépins, comme «matériel de récolte» et non comme «constituants variétaux», étant donné que les pépins ne peuvent pas être directement utilisés pour la production de végétaux entiers, ayant les mêmes caractéristiques que ceux qui sont protégés. Voir Würtenberger, G., e.a., op. cit., p. 118.

14 — L'article 14 de la convention UPOV de 1991, intitulé «L'étendue du droit d'obtenteur», présente séparément les actes concernant le matériel de reproduction ou de multiplication (paragraphe 1), les actes portant sur le produit de la récolte (paragraphe 2), les actes relatifs à certains produits (paragraphe 3) et les actes supplémentaires éventuels (paragraphe 4).

que, si le titulaire du droit a pu bénéficier à l'occasion de la première commercialisation de la valeur économique de son droit exclusif à l'égard des marchandises faisant l'objet de la protection, ces produits se trouvent soumis à la libre circulation [15].

38. En droit de l'Union, ce principe a initialement été consacré par la jurisprudence de la Cour relative à la libre circulation des marchandises et aux règles de concurrence, mais les actes législatifs de l'Union portant sur les différents droits de propriété intellectuelle contiennent généralement une disposition énonçant ce principe [16]. La jurisprudence concernant l'épuisement a essentiellement trait aux marques, mais cette problématique a également été abordée dans d'autres contextes [17].

39. Les actes législatifs de l'Union consacrant l'épuisement d'un droit de propriété intellectuelle prévoient que le droit est épuisé quand les objets couverts par le droit en question ont été mis dans le commerce en un lieu quelconque du territoire de l'Union européenne par le titulaire du droit ou avec son consentement. En outre, les dispositions en question définissent habituellement les cas ne donnant pas lieu à épuisement.

40. Lesdits actes législatifs contiennent en outre souvent une disposition relative aux licences d'exploitation contractuelles. Ainsi, l'article 27 du règlement nº 2100/94 prévoit la possibilité d'octroyer une licence relative à la protection communautaire des obtentions végétales. En outre, ces actes législatifs autorisent le titulaire à invoquer ses droits de propriété à l'encontre du licencié qui enfreint l'une des conditions ou des limitations attachées à la convention de licence [18].

15 — Voir, en ce sens, arrêts du 20 novembre 2001, Zino Davidoff et Levi Strauss (C-414/99 à C-416/99, Rec. p. I-8691, point 33); du 8 avril 2003, Van Doren + Q (C-244/00, Rec. p. I-3051, point 26), ainsi que du 30 novembre 2004, Peak Holding (C-16/03, Rec. p. I-11313, point 40).

16 — Voir article 5, paragraphe 5, de la directive 87/54/CEE du Conseil, du 16 décembre 1986, concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (JO L 24, p. 36); article 7 de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40, p. 1), abrogée par la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 299, p. 25) (voir son article 7); article 13 du règlement (CE) nº 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO L 11, p. 1), abrogé par le règlement (CE) nº 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (JO L 78, p. 1) (voir son article 13); article 15 de la directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1998, sur la protection juridique des dessins ou modèles (JO L 289, p. 28); article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167, p. 10), et article 21 du règlement (CE) nº 6/2002 du Conseil, du 12 décembre 2001, sur les dessins ou modèles communautaires (JO 2002, L 3, p. 1).

17 — Voir, par exemple, arrêts de la Cour du 9 juillet 1985, Pharmon (19/84, Rec. p. 2281, points 16 et 26), sur l'épuisement du droit de brevet en cas de licences obligatoires délivrées sur un brevet parallèle; du Tribunal du 16 décembre 1999, Micro Leader/Commission (T-198/98, Rec. p. II-3989, point 34), à propos de la directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 122, p. 42), et de la Cour du 12 septembre 2006, Laserdisken (C-479/04, Rec. p. I-8089, point 27), concernant la directive 2001/29.

18 — Voir article 8, paragraphe 2, de la directive 2008/95 et article 22, paragraphe 2, du règlement nº 207/2009.

41. Il semble que le régime de protection communautaire des obtentions végétales se rapproche à plusieurs égards du régime de protection des brevets. Toutefois, vu l'absence de la jurisprudence dans ce domaine et les indications figurant dans la décision de renvoi, il convient de partir d'une comparaison avec le droit des marques.

42. En droit des marques, la question de l'épuisement a notamment été analysée dans l'arrêt Peak Holding [19]. Dans cette affaire, la grande chambre de la Cour a analysé les effets de non-respect d'une interdiction de revente d'un contrat de vente portant sur des produits revêtus d'une marque conclu entre le titulaire de la marque et un opérateur établi dans l'Espace économique européen (EEE). Selon la Cour, une telle interdiction de revente concerne les seuls rapports des parties à cet acte. Dès lors, cette stipulation n'exclut pas qu'il y ait mise dans le commerce au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 89/104 et ne fait donc pas obstacle à l'épuisement du droit exclusif du titulaire en cas de revente illicite dans l'EEE.

43. Un arrêt rendu ultérieurement semble ne pas suivre la même approche. En effet, dans l'arrêt Copad, la première chambre de la Cour a analysé les effets du non-respect d'une clause de la convention de licence dans le cadre des produits de luxe. La Cour a indiqué que la mise dans le commerce de produits revêtus de la marque par le licencié, en méconnaissance d'une clause de la convention de licence, est faite sans le consentement du titulaire de la marque, lorsqu'il est établi que cette clause correspond à l'une de celles prévues à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 89/104 [20].

44. Dans la présente affaire, plusieurs parties ont induit dudit arrêt Copad qu'il existait un lien entre l'interprétation des effets des contrats de licence mentionnés à l'article 27, paragraphe 2, du règlement nº 2100/94 et l'épuisement prévu à l'article 16 de ce même règlement. Toutefois l'article 27, paragraphe 2, du règlement nº 2100/94, à la différence de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 89/104, ne contient aucune liste limitative de clauses de la convention de licence dont le non-respect par le licencié permettrait au titulaire de revendiquer les droits qui lui sont conférés par la protection des obtentions végétales.

45. GKE semble conclure qu'il n'y a pas d'épuisement possible si le licencié a violé une condition ou une limitation attachée à la convention de licence, quelle qu'elle soit, puisque, dans un tel cas, le consentement du titulaire de la protection, quant à la cession du matériel de la variété protégée à des

19 — Arrêt précité (point 56).

20 — Arrêt du 23 avril 2009, Copad (C-59/08, Rec. p. I-3421, point 51).

tiers, ferait défaut. La Commission, quant à elle, considère que seule une violation par le licencié de l'une des conditions ou limitations concernant les actes qui, selon l'article 13, paragraphe 2, du règlement nº 2100/94, requièrent l'autorisation du titulaire puisse empêcher l'épuisement.

46. La présente affaire ne concerne pas directement l'interprétation de la directive 89/104, bien que celle-ci soit mentionnée dans la décision de renvoi. Il me faut néanmoins indiquer ici que je ne partage pas l'interprétation faite par la Cour dans l'affaire Copad, précitée.

47. Premièrement, les dispositions des actes législatifs de l'Union portant sur la possibilité pour le titulaire d'invoquer son droit de propriété intellectuelle à l'encontre du licencié ne contiennent aucune indication quant à la possibilité d'invoquer également ce droit à l'encontre des tiers dans le contexte de l'épuisement. Cette question fait l'objet d'une disposition distincte [21].

48. Deuxièmement, ces dispositions visent à conférer au titulaire la possibilité d'invoquer à l'encontre du licencié les moyens de protection juridique prévus dans l'acte législatif concerné, propres au droit de la propriété intellectuelle, en sus de la protection conférée par le droit commun des contrats [22].

49. Troisièmement, une interprétation qui lie la notion de consentement du titulaire, dans le cadre de l'épuisement à l'égard de tiers, aux conditions conventionnelles ayant nécessairement un effet relatif me semble entraver la concurrence et la libre circulation des marchandises d'une façon peu compatible avec la jurisprudence de la Cour, notamment en ce qui concerne la possibilité d'invoquer à l'encontre des tiers les limitations territoriales imposées au licencié.

50. En tout état de cause, même si la Cour entendait suivre l'approche qui semble avoir été celle retenue dans l'arrêt Copad, précité, dans le cadre de la directive 89/104, cela se heurterait au libellé des articles pertinents du règlement nº 2100/94, à savoir les articles 16

21 — Voir, à cet égard, articles 17, 27 et 94 du règlement nº 2100/94.

22 — Cette idée est exprimée d'une manière plus claire à l'article 32, paragraphe 2, du règlement nº 6/2002 («Sans préjudice d'éventuelles actions fondées sur le droit du contrat, le titulaire peut invoquer les droits conférés par le dessin ou modèle communautaire à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des clauses du contrat de licence [...]»). Voir, aussi, article 8, paragraphe 2, de la directive 2008/95; article 22, paragraphe 2, du règlement nº 207/2009 ainsi que article 8, paragraphe 2, de la directive 2001/29.

et 27 de ce règlement, qui diffère de celui des articles 7 et 8 de la directive 89/104.

51. Comme je l'ai déjà constaté, l'article 27, paragraphe 2, du règlement nº 2100/94 ne contient aucune liste des conditions ou limitations que le titulaire peut invoquer à l'encontre du licencié [23].

52. Si la Cour adhérait à l'approche proposée par la Commission, il s'ensuivrait que la violation de l'une des conditions ou limitations concernant les actes énumérés à l'article 13, paragraphe 2, du règlement nº 2100/94 ferait obstacle à l'épuisement des droits du titulaire, faute d'un consentement de sa part [24]. Par conséquent, dans la mesure où une convention de licence concernerait la protection communautaire visée à l'article 27, paragraphe 1, dudit règlement, ces stipulations seraient opposables aux tiers. Or, cela ne me paraît guère compatible avec le quatorzième considérant du règlement nº 2100/94 selon lequel l'introduction du principe d'épuisement des droits doit toutefois garantir que la protection ne soit pas excessive.

53. En effet, le défaut d'épuisement est soumis à des conditions strictes à l'article 16 du règlement nº 2100/94 et vise notamment les cas de multiplications non autorisées ultérieures. En outre, l'acte qui cause l'épuisement porte sur la cession du matériel de la variété protégée à des tiers par le titulaire ou avec son consentement.

54. Dès lors, la protection communautaire des obtentions végétales ne s'étend pas aux actes concernant du matériel de la variété protégée (ou du matériel dérivé dudit matériel) qui a été cédé à des tiers par le titulaire ou avec son consentement en un lieu quelconque de la Communauté, à moins que ces actes n'impliquent une multiplication ultérieure de la variété en question qui n'a pas été prévue lors de la cession du matériel.

55. La protection est donc épuisée en vertu de l'article 16 du règlement nº 2100/94 une fois qu'une cession à un tiers a eu lieu, sauf si le tiers concerné se livre à une multiplication de la variété sans autorisation préalable.

56. Bien qu'il appartienne à la juridiction de renvoi de vérifier cet élément, je note que, selon GKE, en vertu de la convention de licence du 8 novembre 2001, Better3fruit aurait octroyé à Nicolaï le droit exclusif de cultiver et de commercialiser des pommiers

23 — En revanche, la liste des conditions figurant à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 89/104 est exhaustive (voir arrêt Copad, précité, point 20).

24 — Il convient de rappeler que les termes d'un contrat de licence sont normalement confidentiels et qu'ils peuvent, dans le commerce intracommunautaire, être rédigés dans une langue que les cocontractants du licencié ou les clients de ceux-ci ne comprennent pas.

Nicoter, ainsi que l'usage des droits associés à ces derniers.

57. À mon avis, le fait que Nicolaï n'ait pas respecté ses obligations visant à sauvegarder la sélectivité de la production et de la commercialisation des pommes Kanzi, en omettant d'exiger de ses cocontractants la conclusion préalable d'une convention de licence de culture, voire d'une convention de licence de commercialisation [25], ne permet pas de conclure que Nicolaï aurait cédé du matériel de la variété protégée sans le consentement du titulaire. Par la licence qu'il a octroyée à Nicolaï, Better3fruit l'a expressément autorisée à vendre des pommiers Nicoter. En cédant par ce biais à Nicolaï les droits de commercialisation du matériel protégé, Better3fruit a exploité la valeur économique de son droit exclusif. Si Nicolaï ne se conforme pas aux obligations contractuelles qu'elle a envers Better3fruit, c'est cette dernière, et non un tiers, qui doit supporter les conséquences qui en découlent. Selon moi, une violation des conditions attachées à une autorisation préalable ne saurait être assimilée, en droit, à une absence d'autorisation opposable aux tiers.

58. En ce qui concerne la portée de l'article 94 du règlement nº 2100/94, il est vrai qu'il fait uniquement référence à l'article 13, paragraphe 2, de ce règlement. Toutefois, il est primordial de le lire en combinaison avec le même article 13, paragraphe 3 [26], étant donné que l'application du paragraphe 2 au matériel de récolte, en l'occurrence les pommes, est subordonnée aux conditions visées au paragraphe 3.

59. Compte tenu de ce qui précède, je propose à la Cour de répondre par la négative à la première question.

60. La seconde question a été présentée à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la Cour répondrait par l'affirmative à la première question. Étant donné que je propose d'apporter une réponse négative à la première question, ce n'est qu'à titre subsidiaire que je formulerai les observations qui suivent à propos de la seconde question.

B — *Sur la seconde question préjudicielle*

61. Par sa seconde question, le Hof van Cassatie souhaite savoir si, dans l'hypothèse où il conviendrait de donner une réponse positive

25 — Telles que mentionnées aux annexes 6 et 7 de la convention de licence conclue entre le titulaire de la protection des obtentions végétales et le licencié (mentionnées au point 20 des présentes conclusions).

26 — Voir, en ce sens, Würtenberger G., e.a., op.cit., p. 173.

à la première question, il importe de déterminer si la personne qui accomplit les actes susmentionnés était informée ou aurait dû être informée des limitations contenues dans la convention de licence, afin de déterminer s'il y a ou non épuisement des droits.

62. Selon moi, le point de savoir si une tierce personne qui accomplit les actes portant sur le matériel protégé est ou non de bonne foi est dépourvu de pertinence si le droit du titulaire n'est pas à considérer comme étant épuisé.

63. Il convient de noter que l'article 94, paragraphe l, du règlement nº 2100/94 précise les conditions dans lesquelles le titulaire de la protection communautaire peut intenter une action à l'encontre de l'auteur d'une contrefaçon, en vue d'obtenir la cessation de la contrefaçon et/ou le versement d'une rémunération équitable ou à ce double titre.

64. Le paragraphe 2 dudit article 94 énumère les cas dans lesquels le titulaire peut, de surcroît, intenter une action contre l'auteur d'une contrefaçon afin d'obtenir réparation du préjudice causé par celle-ci. Le texte prévoit que, pour que le titulaire puisse demander une telle réparation, l'auteur de la contrefaçon doit avoir agi de façon délibérée ou par négligence. En cas de faute légère, le droit à réparation du titulaire peut être diminué en conséquence.

65. Il me semble que les dispositions du droit de l'Union en matière de propriété intellectuelle ont uniquement recours à des critères objectifs en ce qui concerne la notion de contrefaçon et la possibilité d'invoquer des moyens de protection juridique préventive [27]. Dès lors, des éléments subjectifs ne sauraient être pris en considération, sauf aux fins de la réparation du préjudice causé par la contrefaçon [28]. Je partage ainsi l'observation de la Commission selon laquelle l'absence d'élément subjectif audit article 94, paragraphe 1, sous forme d'exigence d'une action délibérée ou par négligence, alliée à la mention d'un tel élément au paragraphe 2 dudit article, confirme que des éléments subjectifs, tels que la connaissance de dispositions contenues dans une convention de licence, ne jouent en principe aucun rôle pour l'appréciation d'une contrefaçon et pour le droit à agir à l'encontre de l'auteur de cette contrefaçon. Ces éléments entrent tout au plus en ligne de compte lors des discussions relatives à la réparation du préjudice causé, c'est-à-dire nécessairement après l'établissement de l'existence d'une contrefaçon.

27 — Cela vaut également pour la notion d'épuisement (voir arrêt Zino Davidoff et Levi Strauss, précité, points 63 à 66).

28 — Néanmoins, l'article 5, paragraphe 6, de la directive 87/54 semble faire exception à ce principe. Selon cette disposition, «[u]ne personne qui acquiert un produit semi-conducteur sans savoir ou sans être fondée à croire que ce produit est protégé par un droit exclusif conféré par un État membre conformément à la présente directive ne peut se voir interdire l'exploitation commerciale de ce produit. Toutefois, pour les actes commis après que cette personne a su ou a été fondée à croire que le produit semi-conducteur bénéficiait de cette protection, les États membres garantissent que, à la demande du titulaire, un tribunal peut exiger, conformément aux dispositions du droit national applicable, le paiement d'une rémunération adéquate».

V — Conclusion

66. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions préjudicielles posées par le Hof van Cassatie:

«1) L'article 94 du règlement (CE) nº 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, tel que modifié par le règlement (CE) nº 873/2004 du Conseil, du 29 avril 2004, lu conjointement avec les articles 11, paragraphe 1, 13, paragraphes 1 à 3, 16, 27 et 104 dudit règlement, doit être interprété en ce sens que le titulaire ou le licencié ne peut pas intenter une action en contrefaçon contre une tierce personne qui a accompli des actes portant sur le matériel vendu ou cédé à cette dernière par le licencié lorsque ce dernier a été autorisé à vendre ou à céder le matériel protégé dans un lieu quelconque de l'Union européenne et que les limitations stipulées dans la convention de licence conclue entre le licencié et le titulaire de la protection communautaire des obtentions végétales n'ont pas été respectées dans le cadre de la vente de ce matériel.

2) Il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question préjudicielle.

Subsidiairement, il sera répondu que, aux fins de l'appréciation de l'infraction, il n'importe pas de déterminer si la tierce personne qui a accompli les actes susmentionnés était informée ou aurait dû être informée desdites limitations contenues dans la convention de licence.»