CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. FRANCESCO CAPOTORTI, PRÉSENTÉES LE 5 MAI 1977 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Dans la présente affaire, deux questions de nature tout à fait différente ont été déférées à notre Cour. Il lui a été demandé tout d'abord de déterminer la portée de l'obligation de renvoi à la Cour contenue à l'article 177, dernier alinéa, du traité de la CEE, en ayant égard à une procédure judiciaire de droit interne qui relève de la catégorie des procédures «d'urgence» ou «en référé». En second lieu, le juge national a soulevé des problèmes d'interprétation des articles 36 et 86 du traité de la CEE relativement à la protection de la marque, mais cela uniquement pour le cas où la question précédente recevrait une réponse déterminée. La Cour a décidé de scinder l'examen de ces deux questions en se limitant à ce stade à l'étude de la première: cela nous permettra d'être très succinct dans l'exposé des faits desquels découle la procédure interne, dans le cadre de laquelle le juge national a déféré à la Cour les questions d'interprétation de droit communautaire indiquées ci-dessus.

La société de droit allemand Hoffmann-La Roche, qui est une des filiales du groupe multinational Roche-SAPAC, fabrique un tranquillisant dénommé «Valium», en utilisant à cet effet une licence qui lui a été concédée par la société Hoffmann-La Roche de Bâle, et elle commercialise ce produit en république fédérale d'Allemagne sous le nom «Valium Roche». Chacun de ces deux noms est protégé sur le plan international au moyen de marques déposées dont est titulaire l'entreprise Hoffmann-La Roche AG à Bâle. La société allemande Hoffmann-La Roche vend exclusivement le Valium en Allemagne dans des emballages de 20 et de 50 comprimés.

Le groupe multinational Roche-SAPAC possède aussi une filiale en Grande-Bretagne, laquelle fabrique, également sous licence de la société homonyme de Bâle, le tranquilisant Valium et le commercialise en emballages de 100 et de 500 comprimés à un prix inférieur à celui fixé pour le même produit par la filiale allemande.

L'entreprise allemande Centrafarm, filiale de la société hollandaise Centrafarm BV qui fabrique et commercialise des produits pharmaceutiques, achetait en Grande-Bretagne par l'intermédiaire de sa société mère le Valium en emballages de 500 comprimés, reconditionnait ces comprimés en emballages de 1 000 unités — sur lesquels elle apposait la marque «Valium Roche» ainsi que son nom et l'indication «mis en circulation par Centrafarm» — et vendait le produit pharmaceutique dans ce nouveau conditionnement sur le marché allemand. Elle tirait ainsi bénéfice de la différence sensible de prix entre le Valium produit en Grande-Bretagne et celui fabriqué en Allemagne.

La société allemande Hoffmann-La Roche, agissant au nom de l'entreprise de Bâle, a intenté une action judiciaire contre Centrafarm, motif pris d'une violation du droit à la marque dont est titulaire la société Hoffmann-La Roche de Bâle. Plus précisément, elle a engagé devant le Landgericht de Fribourg-en-Brisgau une procédure sommaire (Verfügungsverfahren) tendant à obtenir une mesure provisoire (einstweilige Verfügung), laquelle interdirait à Centrafarm d'utiliser les marques «Valium» et «Roche» pour

1 — Traduit de l'italien.

d'autres opérations que la commercialisation de produits Roche dans leur emballage d'origine.

Le juge de Fribourg a fait droit à la demande ainsi formée en prenant une ordonnance en référé et ensuite en confirmant celle-ci par jugement. Centrafarm a ensuite attaqué cette décision devant l'Oberlandesgericht de Karlsruhe, lequel, sur la base de l'article 177, 3e alinéa, du traité de la CEE, a déféré à la Cour les questions suivantes:

1. La juridiction nationale est-elle, en vertu de l'article 177, alinéa 3, du traité CEE, tenue de demander à la Cour européenne de justice de se prononcer sur une question portant sur l'interprétation du droit communautaire:
   — lorsque cette question est soulevée dans une procédure en référé,
   — lorsque la décision rendue par le tribunal statuant en référé ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours,
   — mais lorsque les parties ont d'autre part la possibilité d'engager sur la question qui fait l'objet de la procédure en référé une procédure ordinaire, dans laquelle un renvoi en application de l'article 177, alinéa 3, du traité CEE devrait le cas échéant intervenir?

En cas de réponse affirmative à la première question, la Cour de justice est invitée à se prononcer en outre sur les questions suivantes:

2. Le titulaire d'un droit de marque protégé en sa faveur à la fois dans l'État membre A et dans l'État membre B peut-il, en vertu de l'article 36 du traité CEE, se prévaloir de ce droit pour empêcher qu'un importateur parallèle achète des médicaments qui ont licitement été pourvus de cette marque par son titulaire ou avec son consentement et été mis en circulation dans des emballages portant cette marque dans l'État membre A de la Communauté, qu'il les conditionne dans des récipients de dimension différente, qu'il les présente dans un nouvel emballage, qu'il appose sur celui-ci la marque du titulaire de la marque et qu'il importe la marchandise ainsi marquée dans l'État membre B?
3. Le titulaire de la marque a-t-il aussi ce pouvoir ou contrevient-il, en l'exerçant, à certaines dispositions du traité CEE — en particulier à son article 86:
   — lorsque pour le médicament en question il détient sur le marché de l'État membre B une position dominante,
   — lorsque l'interdiction d'importer des produits reconditionnés pourvus de la marque du titulaire entrave dans les faits leur commercialisation, parce que les lots unitaires usuels dans les pays A et B sont d'importance inégale et parce que l'importation du produit sous une autre forme ne s'est effectivement pas encore imposée de manière significative sur le marché,
   — et lorsque l'interdiction a pratiquement pour effet de maintenir entre les États membres une notable différence de prix — éventuellement disproportionnée —, sans qu'il puisse être prouvé au titulaire de la marque qu'il se sert de l'interdiction uniquement ou principalement pour maintenir cette différence de prix.

Pour les motifs que nous avons indiqués au début de notre exposé, seuls les problèmes inhérents à la première demande font l'objet des présentes conclusions.

2. Ce sont évidemment les caractères spéciaux des procédures en référé par rapport aux jugements civils ordinaires qui ont amené le juge national à poser sa première question.

Il nous semble par conséquent logique de commencer par décrire brièvement ces caractères à la lumière des ordres juridiques des États membres et principalement de la République fédérale. Il n'est guère nécessaire de dire que, dans la mesure où il existe des éléments communs

entre les procédures du type indiqué ci-dessus dans les droits des divers États membres — éléments, bien entendu, qui revêtent de l'importance aux fins de l'interprétation de l'article 177, 3e alinéa —, il sera possible de donner à la question dont il s'agit une réponse de nature générale; autrement, la Cour serait toujours en mesure de fournir une réponse par référence aux éléments distinctifs des procédures d'urgence qui s'appliquent dans le domaine de la propriété industrielle en vertu de la loi allemande. Même en pareil cas, en effet, l'article 177 serait interprété au regard d'une hypothèse typique et non pas d'une seule situation de fait.

Selon le Code de procédure civile allemand (articles 935 à 945), les mesures provisoires connues sous le nom de «einstweilige Verfügungen» visent à protéger rapidement certains droits menacés. Tant la preuve du droit et de la menace que l'examen de la demande par le juge ont un degré de précision inférieur à ce qui est requis dans le cadre d'un jugement ordinaire: il suffit d'une preuve «prima facie» (qui se ramène à la démonstration de la vraisemblance de ce qu'affirme le demandeur) et l'instruction est sommaire.

Contre l'ordonnance prise par le juge saisi, la partie perdante peut former recours devant la même juge et la décision confirmant l'ordonnance peut encore faire l'objet d'un appel (comme ce fut le cas en l'espèce). A part cela, la procédure ordinaire au fond reste impréjugée en ce sens que chacune des parties intéressées a toujours la faculté de l'engager et d'obtenir de cette manière un jugement se substituant entièrement à la mesure provisoire.

En France, les «demandes en référé» (articles 808 à 811 du Code de procédure civile) tendent à obtenir, dans tous les cas d'urgence, des mesures provisoires. On retrouve ici le caractère sommaire de l'instruction et c'est pour cela que l'article 808 du Code de procédure civile se limite à prévoir des mesures «qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse», à côté de celles «que justifie l'existence d'un différend». Cette dernière expression met en relief la tendance à attribuer à la procédure en référé un caractère «accessoire» par rapport aux procédures principales déjà pendantes; en tout état de cause, l'action ordinaire peut toujours être engagée.

En Belgique et au Luxembourg, la situation se présente de la même manière qu'en France. Nous nous limiterons donc à citer les articles 1035 et 1041 du Code judiciaire belge de 1967, desquels il résulte clairement que l'ordonnance en référé ne peut pas préjuger de la procédure principale; celle-ci peut être engagée à tout moment et indépendamment du fait que l'ordonnance a été attaquée ou non.

Aux Pays-Bas, la procédure d'urgence dite «kort geding» est réglée par les articles 289 et suivants du Code de procédure civile. Cette réglementation reproduit un grand nombre des caractéristiques fondamentales déjà rencontrées dans l'examen du droit allemand et du droit français. En particulier, le caractère sommaire de l'instruction et le fait que pour laisser ouverte la possibilité d'examiner à fond les faits et le droit, la loi accorde toujours aux intéressés la faculté d'engager une procédure ordinaire. Il convient toutefois de noter que le juge hollandais peut fixer un délai pour l'introduction de la cause principale et peut décider lui-même de renvoyer l'affaire au rôle ordinaire.

En Italie, l'article 700 du Code de procédure civile prévoit que des mesures d'urgence peuvent être demandées par tout qui «a un motif fondé de craindre que, durant le temps nécessaire pour faire valoir son droit par la voie ordinaire, celui-ci est menacé d'un préjudice imminent et irréparable». Mais les effets des mesures d'urgence sont soumis à la condition expresse que le demandeur engage l'action principale (sauf si celle-ci est déjà pendante). La mesure d'urgence est accordée après une procédure sommaire.

En Grande-Bretagne — et plus particulièrement en droit anglais —, il est admis que, afin d'éviter des dommages irréparables, les plaideurs peuvent demander au juge des «interlocutory injunctions», sur la base d'une preuve «prima facie» du droit que le demandeur invoque et de la vraisemblance des faits. La durée des effets des «injunctions» ne va pas au-delà de la conclusion de la procédure principale, peu importe que celle-ci ait déjà été engagée ou doit encore l'être (et si le requérant n'engage pas cette procédure, le tribunal lui assigne un délai pour le faire).

En Irlande, l'octroi des «interlocutory injunctions» et les règles qui les régissent correspondent aux indications que nous avons déjà données pour la Grande-Bretagne.

Au Danemark, enfin, les procédures d'urgence entraînent le prononcé d'une injonction (forbud) qui a effet provisoire et qui doit être suivie à bref délai d'une procédure ordinaire, laquelle prend le nom de procès en justification (justifikationssag). Les points de convergence avec l'aspect que revêtent les mesures d'urgence en Italie, en Grande-Bretagne et en Irlande sont donc évidents.

En conclusion de ce bref «excursus» comparatif, il est donc permis d'affirmer ce qui suit: a) il existe dans tous les États membres des procédures équivalentes à celles qui aboutissent aux «einstweilige Verfügungen» allemandes; b) les caractères que ces procédures ont en commun et qui les distinguent des procès civils ordinaires sont, d'une part, l'urgence et la nature sommaire de l'instruction et, d'autre part, le fait que la procédure ne préjuge pas d'un nouvel examen plus approfondi des mêmes questions de fait et de droit sous la forme d'un procès ordinaire; pour ce motif, les procédures en question aboutissent à des mesures qui sont toujours provisoires; c) il existe des différences entre les divers ordres juridiques considérés en ce qui concerne le juge compétent pour ordonner les mesures dont il s'agit, la possibilité ou non de les attaquer au niveau de l'appel ou même de la cassation et surtout le rapport avec le procès ordinaire principal que les parties ont la faculté d'engager dans certains pays, tandis que dans d'autres pays l'ouverture du procès principal est la condition absolue de la confirmation des effets de la mesure provisoire.

3. La question préjudicielle qui doit être examinée ici se rapporte, nous l'avons vu, au troisième alinéa de l'article 177 du traité de Rome, et non pas au deuxième alinéa de cette disposition; elle regarde donc la portée de l'obligation de renvoi à la Cour, et non pas celle de la faculté de renvoi reconnue à toute juridiction des États membres, dès lors que celle-ci estime nécessaire pour rendre son jugement qu'il soit statué sur un des points indiqués au premier alinéa de l'article précité. L'Oberlandesgericht de Karlsruhe a toutefois exprimé l'opinion, dans son ordonnance du 7 octobre 1976, que le renvoi facultatif ne saurait, par principe, entrer en ligne de compte dans le cadre d'une procédure d'urgence, étant donné qu'il serait incompatible avec le caractère de la procédure sommaire «en référé», «dont le but est d'assurer rapidement une sécurité juridique provisoire». Cette affirmation nous impose d'examiner le problème, et cela d'autant plus que, si le caractère de la procédure «en référé» déterminait réellement une incompatibilité absolue avec le renvoi facultatif à la Cour — lequel, du fait même qu'il est facultatif, peut être décidé en tenant compte de l'attitude des parties et du degré concret d'urgence de la mesure provisoire requise —, il faudrait considérer *a fortiori* que le renvoi obligatoire au niveau du juge de degré supérieur est incompatible avec la nature des procédures d'urgence.

Or, à propos de la faculté que possède un juge statuant dans le cadre d'une procédure sommaire de s'adresser à la Cour en application de l'article 177, il convient de rappeler immédiatement que la Cour a

déjà eu, à plusieurs reprises, l'occasion de répondre à des demandes préjudicielles qui lui étaient déférées par des juridictions de divers pays dans le cadre de procédures sommaires; ainsi, par les tribunaux des Pays-Bas, dans les affaires 15 et 16-74, Centrafarm; par les tribunaux allemands dans les affaires 29-69, Stauder, et 78-70, Deutsche Grammophon-Gesellschaft; par les tribunaux italiens, dans un grand nombre d'affaires qui avaient donné lieu à divers «procedimenti d'ingiunzione». Dans quelques-uns de ces cas, la question de la recevabilité des demandes préjudicielles déférées à la Cour dans le cadre d'une procédure sommaire a été formellement soulevée par un intervenant (rappelons l'affaire 43-71, Politi, tranchée par arrêt du 14. 12. 1971, Recueil 1971, p. 1039 et l'affaire 162-73, Birra Dreher, qui s'est terminée par l'arrêt du 21. 2. 1974, Recueil 1974, p. 201). Les objections qui avaient été soulevées à cette occasion découlaient surtout de l'absence de contradictoire qui caractérise en particulier la procédure d'injonction prévue par l'article 633 du Code de procédure civile italien. Cependant, la Cour a toujours rejeté ces objections et a estimé chaque fois que les demandes préjudicielles qui lui avaient été déférées dans le cadre de procédures sommaires étaient recevables. L'argument principal sur lequel la Cour s'est basée à cet égard est que l'article 177 attribue à *tout juge national* la faculté de demander à la Cour de justice de se prononcer sur une question à titre préjudiciel et qu'il suffit, partant, de constater que l'organe saisi exerce des fonctions juridictionnelles et qu'il a jugé nécessaire, avant de se prononcer, que le droit communautaire fût interprété par la Cour (voir les arrêts précités Politi et Birra Dreher). Notons que, si la Cour a adopté une telle attitude face à des procédures d'urgence dans lesquelles faisait défaut cet élément essentiel des procédures ordinaires qu'est le contradictoire, elle doit le faire a fortiori lorsqu'il s'agit de procédures sommaires du genre de celle de la procédure allemande dans laquelle le principe du contradictoire est sauvegardé (même s'il se ramène parfois à une simple procédure écrite).

Des considérations assez larges qui aboutissent au même résultat sur la base de l'analyse de la fonction de l'article 177 se retrouvent, enfin, dans l'arrêt du 16 janvier 1974 dans l'affaire 166-73, Rheinmühlen (Recueil 1974, p. 33 et suiv.). Cet arrêt souligne entre autres que «essentiel à la préservation du caractère communautaire du droit institué par le traité, l'article 177 a pour but d'assurer en toutes circonstances à ce droit le même effet dans tous les États de la Communauté»; et que «s'il vise ainsi à prévenir des divergences dans l'interprétation du droit communautaire que les juridictions nationales ont à appliquer, il tend également à assurer cette application en ouvrant au juge national un moyen d'éliminer les difficultés que pourrait soulever l'exigence de donner au droit communautaire son plein effet dans le cadre des systèmes juridictionnels des États membres». Se fondant sur cette prémisse, le même arrêt poursuit dans les termes suivants: «C'est dans cette perspective que doivent être appréciées les dispositions de l'article 177, habilitant toute juridiction nationale *sans distinction* à saisir la Cour de justice à titre préjudiciel lorsqu'elle estime qu'une décision de celle-ci lui est nécessaire pour rendre son jugement».

4. Il convient maintenant que nous retournions au problème central qui est celui de la portée du troisième alinéa de l'article 177 au regard de la procédure «en référé». Nous savons que cette disposition oblige textuellement toute «juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne» à s'adresser à la Cour pour la solution des questions préjudicielles de droit communautaire. Le libellé de la disposition a amené un fort courant en doctrine à soutenir que l'obligation concerne seulement les cours qui se trouvent, dans la hiérarchie judiciaire des États membres, dans une position telle que leurs décisions ne peuvent faire l'objet d'un recours, c'est-à-dire, ce qu'il

est convenu d'appeler les juridictions suprêmes. En sens contraire, on a soutenu que la raison d'être de l'obligation tient dans la nécessité d'assurer l'interprétation par la Cour avant que ne se forme une décision inattaquable en soi et donc non susceptible d'être modifiée; il conviendrait donc de lire l'article 177, alinéa 3, comme si celui-ci faisait référence à tout procès destiné à se terminer par une décision définitive «ex lege», indépendamment de la position hiérarchique de la juridiction saisie (en particulier aux procès pour lesquels la loi prévoit une instance unique).

A vrai dire, c'est non pas seulement la lettre de l'article 177 qui plaide en faveur de la première interprétation, mais également la considération que les auteurs du traité, en poursuivant l'objectif d'une interprétation uniforme du droit communautaire, avaient des raisons de s'occuper des décisions nationales susceptibles de former une jurisprudence faisant autorité — c'est-à-dire celles des cours suprêmes — et non pas de toute décision définitive, cela d'autant plus qu'il n'aurait de toute manière pas été possible de prévoir ni le nombre ni la nature des jugements susceptibles de recours qui sont destinés à devenir définitifs par défaut d'appel ou de recours des parties succombantes. Un argument supplémentaire à cet égard pourrait peut-être être déduit des articles 2 et 3 du protocole concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale. En effet, l'obligation de soumettre à la Cour à titre préjudiciel des problèmes d'interprétation de la convention s'adresse seulement à quelques juridictions suprêmes, expressément indiquées du niveau de la Cour de cassation et des Conseils d'État. Ce dernier argument est cependant réversible en ce sens qu'on pourrait objecter que là où le législateur communautaire a voulu limiter l'obligation de renvoi aux juridictions suprêmes, il a jugé nécessaire de les nommer une à une.

Selon nous, le problème n'offre pas la possibilité d'une solution susceptible de lever tous les doutes existants. Il nous faut mentionner un précédent important à cet égard; dans l'arrêt du 15 juillet 1964 relatif à l'affaire 6-64, c'est-à-dire à la fameuse affaire Costa-ENEL (Recueil 1964, p. 1149), la Cour a affirmé que «les juridictions nationales dont les décisions sont, comme en l'espèce, sans recours, doivent saisir la Cour». A part cela, un élément auquel il est justifié d'attribuer un poids déterminant tient dans le lien étroit existant entre l'exercice de la compétence interprétative dont il est question à l'article 177 et la responsabilité de la Cour de garantir le respect du droit communautaire également et surtout en faveur de l'individu. Il est inutile de rappeler ici que la doctrine de l'effet direct a cherché précisément à augmenter les garanties d'observation des normes communautaires en en déduisant dans la plus large mesure possible des droits subjectifs en faveur des particuliers et en mettant ainsi ces derniers en mesure d'agir pour en demander l'application. Il nous semble donc qu'afin précisément que la Cour puisse exercer pleinement et efficacement sa fonction de protection uniforme des droits que l'ordre communautaire crée en faveur des particuliers, il serait juste de considérer que les juges de tout niveau sont obligés au renvoi préjudiciel dans le cadre de toute procédure menant nécessairement à une décision définitive. Dans les cas de ce genre, en effet, à supposer que le droit communautaire soit jugé avoir une valeur déterminante aux fins de la décision à rendre, laisser au juge la faculté du renvoi préjudiciel signifierait s'exposer au risque d'une interprétation non exacte, sans possibilité de correction au niveau de l'appel et sans aucune perspective d'un recours devant une juridiction suprême, dans le cadre duquel le renvoi à la Cour serait certainement devenu obligatoire.

5. Nous voyons donc que le critère déterminant pour définir les juridictions sur lesquelles pèse l'obligation dont il est question à l'article 177, alinéa 3, doit se

déduire du caractère définitif ou non de la décision destinée à conclure le procès.

Le texte de la règle parle, ainsi que nous l'avons vu, de décisions qui «ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne».

Quel sens faut-il attribuer à cette expression?

Ici aussi, il nous faut écarter toute interprétation littérale. Tout d'abord, le concept de recours juridictionnel n'est nullement univoque et varie d'un système juridique à l'autre. Il est possible d'étendre sa portée jusqu'à ce qu'il englobe tout type de recours, y compris tout moyen susceptible de conduire à un réexamen de la même affaire; mais on peut même le restreindre jusqu'à distinguer l'appel du recours et en réservant l'usage des termes «recours juridictionnel» à la voie de recours qui sert à obtenir un jugement final en droit pur en dernière instance. En second lieu, il existe des moyens de recours dont peuvent bénéficier non pas les parties mais d'autres sujets de droit: la tierce opposition, par exemple, ou, dans certains ordres juridiques, le recours du ministère public dans l'intérêt de la loi. Enfin, il existe ce que, dans certains droits, on appelle des moyens de recours extraordinaires, en particulier la révocation fondée sur la découverte de faits nouveaux. Cela suffit, nous semble-t-il, à démontrer qu'une interprétation littérale laisserait de nombreuses questions sans réponse sur le point qui nous occupe.

Compte tenu des diverses solutions qui ont été élaborées par la doctrine, nous croyons qu'il est possible de commencer par dire que les recours de sujets de droit autres que les parties et les recours extraordinaires du genre de la révocation (ou de la requête civile) sont généralement considérés comme étrangers à la notion de recours juridictionnel dont se sont servis les auteurs de l'article 177, alinéa 3. D'autre part, il est généralement admis que cette notion ne comprend pas non plus l'appel, et cela parce qu'après l'arrêt au niveau de l'appel les parties ont normalement accès à un troisième degré juridictionnel, celui-ci fût-il limité à l'examen des questions de droit, c'est-à-dire la cassation. Cela dit, et ayant constaté la nécessité d'une interprétation basée sur la *ratio* de la règle et non pas sur le texte de celle-ci, il nous paraît juste de conclure que les décisions auxquelles se réfère l'article 177, alinéa 3, sont toutes celles qui revêtent un caractère définitif en ce sens qu'elles ne donnent lieu à aucun réexamen de la cause, en fait ou même seulement en droit, à la demande de l'une ou l'autre partie et sans qu'il soit besoin que se produisent des circonstances nouvelles ou que des conditions exceptionnelles soient remplies. Rentrent donc certainement dans la catégorie des juges tenus au renvoi à titre préjudiciel non seulement les Cours de cassation, dont les décisions ont un caractère définitif, mais également, et cela confirme ce que nous avons dit précédemment, tous les tribunaux de rang inférieur qui ont compétence pour rendre des décisions ayant le même caractère définitif.

Il s'agit maintenant d'appliquer cette constatation aux procédures «en référé». L'excursus de droit comparé que nous avons eu l'occasion de faire nous a amené à constater que parmi les caractéristiques communes à ces procédures dans les divers États membres — malgré la diversité d'autres aspects importants — une importance fondamentale revient à la circonstance que toute mesure «en référé» ne préjuge pas du procès ordinaire qui peut (ou doit) être engagé sur la base des mêmes faits et des mêmes problèmes de droit, procès destiné à se conclure par un jugement remplaçant formellement la mesure d'urgence, soit en la confirmant, soit en en infirmant la validité et les effets. Ce n'est qu'au terme de ce procès ordinaire qu'il y aura une décision définitive au niveau de la cassation ou d'une juridiction équivalente et, partant, à ce niveau, l'obligation visée à l'article 177,

3e alinéa, trouvera certainement application. Mais jusqu'à ce que soit conclue la phase du procès «principal», il y aura toujours et seulement une mesure provisoire, susceptible de faire l'objet de cette forme de contrôle juridictionnel qu'est le procès principal, contrôle à travers lequel il serait possible de corriger l'éventuelle erreur d'interprétation de la norme communautaire qu'aurait commise le juge saisi en référé.

Nous avons vu que l'ouverture de l'instance principale peut être fonction de l'initiative d'une des parties ou être imposée par la loi (ou éventuellement par le juge du référé) et que, dans certains cas, la mesure d'urgence est prise en relation avec un procès principal déjà pendant, tandis que, dans d'autres cas, ce procès s'engage après la décision «en référé». A notre avis, ces différentes éventualités n'altèrent pas l'élément fondamental représenté par le caractère provisoire de la mesure d'urgence et par l'existence d'un remède, d'une voie de procédure qui en permet la correction. On pourra dire que là où le jugement principal est déjà pendant ou lorsque celui-ci représente un développement nécessaire de la procédure en référé, la mesure d'urgence joue un rôle plus clairement interlocutoire; dans cette hypothèse, il est encore plus facile de comprendre qu'il serait erroné de comparer la position du juge du référé à celle d'un juge statuant en dernière instance.

Lorsque, en revanche, le procès principal est une étape suivante, éventuelle seulement, de la procédure d'urgence et se déroule devant un autre juge, celui-ci a une fonction qui ressemble à celle d'une voie de recours, mais il représente aussi substantiellement quelque chose de plus en ce qu'il permet le premier examen approfondi des faits et du droit après l'examen sommaire qui a été fait dans le cadre du référé (et cela, même dans les systèmes juridiques où la mesure en référé est, pour sa part, sujette à recours, recours qui garde du reste un caractère de procédure sommaire). Enfin, si le procès principal, tout en étant fonction de la volonté d'une des parties à la cause, se déroule devant le même juge que celui qui a statué en référé, on peut considérer qu'il y a unité substantielle des deux procédures, comme le gouvernement allemand l'a pertinemment fait observer dans la présente affaire, et cela même s'il y a une distinction formelle sur la base des caractères de l'une et de l'autre procédure. Dans ce cas, le fait de passer de la procédure sommaire à la procédure principale équivaut en substance à utiliser un moyen juridictionnel interne de contrôle de la décision qui a mis fin à la procédure sommaire.

Ces considérations nous portent à croire que les tribunaux devant lesquels sont pendantes des procédures en référé ne sont pas obligés de renvoyer devant notre Cour les questions préjudicielles de droit communautaire dont la solution est nécessaire pour prendre les décisions qui leur sont demandées; ils ont la faculté de faire ce renvoi, comme nous l'avons dit précédemment, et non pas l'obligation d'y procéder. Il convient encore d'ajouter que cette conclusion garde toute sa valeur indépendamment du rang de la juridiction devant laquelle la procédure en référé se trouve pendante; il existe des systèmes (parmi lesquels, ainsi que nous l'avons déjà dit, le système allemand) qui permettent de former une opposition contre l'ordonnance prise par le premier juge devant celui-ci même et ensuite d'appeler de sa décision, toujours dans le cadre de la procédure en référé — cela s'est produit dans le cas de l'espèce —; il y en a d'autres qui permettent même le recours en cassation; par contre, dans quelques États, les procédures d'urgence se déroulent dans le cadre d'un degré unique de juridiction. Malgré ces variations, le caractère fondamental que nous avons souligné précédemment, et qui est commun aux procédures sommaires — c'est-à-dire la possibilité (sinon la nécessité) d'un procès en réexamen et en contrôle —, reste intact; et, par conséquent, la conclusion à laquelle nous sommes parvenu à propos de l'article 177

du traité de Rome reste inchangée elle aussi.

6. A l'appui de la thèse que nous venons de développer, on peut encore invoquer d'autres arguments. Nous savons que l'obligation de renvoi faite par l'article 177, alinéa 3, aux juridictions qui statuent en instance unique ou ultime (bien entendu lorsque celles-ci doivent, aux fins de leurs décisions, résoudre un problème de droit communautaire) trouve sa raison d'être dans le souci d'éviter à cet égard, de la part des juridictions nationales, des prises de position unilatérales dont les parties ne pourraient plus demander la correction. Nous avons déjà noté que cette obligation joue un rôle d'autant plus important que la décision, outre le fait qu'elle est définitive, revêt, par le fait d'émaner d'une juridiction suprême, une autorité telle qu'elle peut constituer un précédent pour les autres juridictions nationales. Or, pour qu'une décision puisse «faire jurisprudence», il convient qu'elle se base sur un examen approfondi de la cause, opéré en relation avec l'existence du droit invoqué par le demandeur. Mais, comme nous l'avons dit précédemment, le juge de la procédure d'urgence se limite à constater par un simple examen «prima facie» si les prétentions du demandeur revêtent une apparence raisonnable de bien-fondé; par conséquent, la décision par laquelle il recevra ou rejettera la demande ne peut avoir l'autorité d'un précédent. Il en sera ainsi aussi, en particulier, pour l'interprétation du droit communautaire que ce juge aura faite dès l'instant qu'elle risque d'être basée non pas sur un examen approfondi du problème, mais seulement sur une appréciation «prima facie», suffisante pour parvenir à cette décision rapide qu'impose le caractère d'urgence de la mesure demandée. De ce fait, même si une telle décision devait devenir définitive en l'absence d'une initiative de la part d'une des parties visant à engager une procédure ordinaire, elle ne saurait constituer, en raison de sa nature, un précédent dangereux pour l'application uniforme du droit communautaire, même si elle contenait une interprétation erronée de ce droit.

Toujours en considération du caractère sommaire de l'instruction opérée par le juge du référé, on peut également songer au risque que ce juge ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour identifier la question préjudicielle de droit communautaire ou pour apprécier exactement son importance aux fins de la décision à prendre. Il ne faut pas oublier à cet égard que la mesure prise dans le cadre d'une procédure sommaire du genre de la «Verfügungsverfahren», même si elle fait droit à la demande de la partie demanderesse, ne décide pas de l'existence du droit sur lequel était basée la demande, mais tend plutôt à sauvegarder provisoirement la situation du titulaire apparent du droit, sous réserve d'une décision future au fond.

Dans ces conditions, déférer en tout état de cause la question à la Cour dans le cadre de la procédure sommaire — comme ce serait le cas si l'on estimait que le juge du référé est tenu de le faire — pourrait présenter des inconvénients qu'il serait possible d'éviter, en revanche, en postposant le renvoi à la phase du procès ordinaire.

Enfin, le gouvernement allemand a souligné que, dans de nombreux cas, le retard qui résulterait d'une obligation faite au juge de la procédure sommaire de faire renvoi à la Cour de justice équivaudrait à une sorte de déni de justice, étant donné que cette obligation pourrait réduire sensiblement l'efficacité pratique de la mesure demandée. En vérité, le problème de la compatibilité ou non du caractère d'urgence de la procédure en référé avec le renvoi préjudiciel à la Cour communautaire a été déjà discuté par nous et résolu dans ce sens qu'il n'y a pas lieu de parler d'incompatibilité. Observons toutefois que lorsque nous reconnaissons aux juges, dans le cadre de la procédure en référé, la *faculté* de renvoyer une question à la Cour communautaire, cela ne saurait porter préjudice à leur pouvoir

discrétionnaire d'appréciation de l'opportunité ou non du renvoi au regard de l'urgence de la mesure demandée, tandis que si l'on considérait que ces juges sont tenus au renvoi, la possibilité d'une telle appréciation discrétionnaire se trouverait réduite et le risque que le renvoi à la Cour soit incompatible avec l'urgence d'adopter la disposition demandée ne saurait être évité.

7. Parmi les objections qui ont été soulevées au cours de la présente affaire contre la thèse que nous estimons juste, il y en a deux qui se rapportent en particulier à la nature de la procédure sommaire prévue par le droit allemand en matière de propriété industrielle et commerciale. On a fait observer en effet que cette procédure ne revêt pas un caractère accessoire, étant donné que l'ouverture d'une procédure principale est seulement éventuelle; et, en fait, il arriverait même très fréquemment que les parties s'abstiennent d'engager l'instance principale. On a souligné d'autre part qu'il ne serait pas nécessaire de démontrer l'urgence pour obtenir une décision en référé dans le domaine de la propriété industrielle. On a affirmé en outre que la loi est également appliquée dans les procédures sommaires et que le genre de moyen de preuve admis serait indifférent. Enfin, on a soutenu que faire suivre la procédure en référé d'une procédure ordinaire est une chose toute différente d'un «recours juridictionnel» contre la mesure ordonnée à la fin de la première procédure.

Nous commencerons par répondre à cette dernière objection, laquelle se fonde clairement sur une interprétation littérale de l'article 177, alinéa 3. Nous avons déjà précisé que pour résoudre le problème dont il s'agit en l'espèce, la méthode d'interprétation à suivre ne saurait être la méthode littérale; mais, si l'on estime le contraire, il faut être cohérent jusqu'au bout avec la méthode littérale et considérer donc que sont seules tenues au renvoi préjudiciel les juridictions suprêmes ou celles qui, par la place qu'elles occupent dans la hiérarchie des organes juridictionnels, sont les seules «dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne». En conséquence, dans les cas où la procédure en référé ne permet pas de parvenir au niveau de la cassation — comme c'est le cas dans le système allemand — le tribunal du premier ou du second degré saisi en référé ne devrait pas se juger tenu de faire renvoi à titre préjudiciel à notre Cour au sens de l'article 177, alinéa 3, et cela non pas en tant qu'il est appelé à statuer dans le cadre d'une procédure en référé, mais en tant que tribunal autre qu'une Cour suprême.

En ce qui concerne le fait que l'ouverture de la procédure «principale» est une éventualité liée au choix des parties, il est facile de souligner le parallèle existant ici avec le caractère purement éventuel de l'appel ou du recours en cassation contre les décisions prises respectivement au premier degré ou au stade de l'appel dans le cadre de la procédure ordinaire; et, manifestement, ce n'est pas l'incertitude qui est inhérente à l'engagement de tout recours quelconque, qui peut transformer en obligation la simple faculté de renvoi prévue par l'article 177, alinéa 2, du traité de la CEE.

Évidemment le degré de fréquence avec laquelle est engagée la procédure ordinaire après la procédure sommaire est un élément de fait qui n'amoindrit pas les arguments déduits du rapport structurel, fixé par la loi, entre les deux procédures. Quoi qu'il en soit, il convient de noter, par parenthèse, que dans le cas d'espèce — comme il a été précisé à l'audience — la défenderesse, dans la procédure sommaire, s'est prévalue d'une possibilité qui lui était offerte par le droit procédural allemand (articles 926 et 936 ZPO) pour demander au juge et pour obtenir de celui-ci que la demanderesse soit obligée par ordonnance à engager une procédure ordinaire (devant le Landgericht de Fribourg), alors que la procédure sommaire était encore pendante devant l'Oberlandesgericht de Karlsruhe au stade de l'appel. Cela nous donne un indice, limité

certes mais néanmoins intéressant, de ce que le passage à la procédure ordinaire n'est pas aussi exceptionnel; nous serions tenté de rappeler à ce propos l'adage «vigilantibus iura succurrunt!».

A propos de la valeur que la condition préalable de l'urgence revêt dans les procédures sommaires comme celle dont il s'agit en l'espèce, le gouvernement allemand a justement affirmé qu'en matière de protection de la propriété industrielle et commerciale l'urgence se présume. En tout cas, l'argument principal qui nous a paru pertinent pour soutenir le point de vue qui est le nôtre fait abstraction du caractère d'urgence des procédures sommaires.

L'observation, selon laquelle le juge du référé applique lui aussi le droit, est incontestable en soi; d'autre part, tout le problème débattu ici n'aurait aucune raison d'être s'il n'était pas possible de soulever également dans le cadre d'une procédure de ce genre des problèmes de droit communautaire et si le juge n'attribuait pas à ces questions une importance décisive pour le dénouement de la procédure. Mais le point décisif est différent. Ce qui est exclu — et à juste titre selon nous —, c'est qu'un juge auquel est demandée une mesure d'urgence soit appelé à procéder à un examen de l'affaire en droit aussi approfondi et circonstancié que celui qu'est tenu de faire le juge ordinaire. Si tel était le cas, quel intérêt y aurait-il en effet de prévoir la possibilité — et, pour certains ordres juridiques, la nécessité — d'une procédure ordinaire après la procédure sommaire, et cela alors que la procédure sommaire permet aux parties d'accéder à plusieurs degrés de juridiction?

Il nous reste encore à prendre position maintenant sur le point de vue soutenu par la Commission, laquelle suggère d'utiliser des critères formels et substantiels pour donner à la question une solution différenciée. Elle estime qu'il faudrait, d'un côté, tenir compte du degré d'autonomie ou de dépendance de la procédure sommaire par rapport à la procédure ordinaire et, d'autre part, vérifier concrètement le poids que possède l'élément d'urgence dans la première et, partant, le caractère approfondi ou non de l'appréciation faite, en droit, par le premier juge. Il nous semble qu'une telle solution finirait par subordonner l'existence de l'obligation de renvoi à une appréciation cas par cas par le juge national. N'oublions pas que le juge national a déjà le devoir de rechercher si la solution d'un problème de droit communautaire est nécessaire pour rendre son jugement et s'il existe réellement un problème d'interprétation (en ce sens qu'il subsiste une marge, fût-elle minime, de doute quant au sens et à la portée d'une règle de droit communautaire). Si à cela nous ajoutons également une faculté d'appréciation quant à l'autonomie de la procédure en référé, non pas dans un sens formel mais sous l'angle de l'aptitude substantielle à jouer le même rôle qu'un juge ordinaire, la reconnaissance hypothétique de l'obligation de faire renvoi à la Cour au titre de l'article 177, alinéa 3, pourrait difficilement se distinguer en pratique de l'exercice de la faculté normale de faire renvoi à titre préjudiciel. Nous croyons que, s'agissant d'interpréter une règle de nature essentiellement procédurale, telle que celle de l'article 177, alinéa 3, il convient de s'efforcer d'en définir la portée sur la base de critères objectifs et précis, susceptibles de ne pas laisser de marge d'appréciation discrétionnaire aux juridictions qui doivent l'appliquer. Il s'agit là d'une nécessité si l'on ne veut pas qu'une norme, conçue en vue de garantir la certitude et l'uniformité d'application du droit communautaire, devienne elle-même source d'incertitude et d'application divergente de ce droit entre les divers États membres.

8. Est-il possible, sur la base des considérations que nous avons développées jusqu'ici, de donner à la première question posée par l'Oberlandesgericht de Karlsruhe une réponse qui soit valable pour tous les cas dans lesquels des questions du type visé à l'article 177 du traité de la CEE sont soulevées dans le cadre d'une

procédure sommaire ou en référé? Nous avons pu constater, croyons-nous, que les éléments communs aux diverses procédures sommaires prévues par le droit respectif des États membres nous permettent de soutenir valablement la thèse défendue ici et que, dans le droit procédural allemand, la procédure sommaire qui a trouvé application dans le cas de l'espèce, présente, éventuellement, un caractère de plus nette autonomie, ce dont ont été déduits des arguments en sens contraire (arguments non convaincants selon nous). Nonobstant cela, afin d'éviter que le renvoi pur et simple à une famille de procédures non entièrement homogènes et dont le nom n'est pas le même dans tous les pays soit source d'équivoque, il serait opportun que la Cour mentionne plus en particulier la procédure en référé ayant les caractères de la «Verfügungsverfahren» visée aux articles 935 à 945 du Code de procédure civile allemand.

Pour conclure, nous estimons en conséquence qu'il faut répondre à la première question posée par l'Oberlandesgericht de Karlsruhe en disant que la juridiction nationale qui statue dans le cadre d'une procédure sommaire, et en particulier d'une procédure ayant les caractères de la «Verfügungsverfahren» prévue par les articles 935 à 945 du Code de procédure civile de la république fédérale d'Allemagne, n'est pas tenue de s'adresser à la Cour de justice, en application de l'article 177, alinéa 3, du traité de la CEE, même si sa décision ne peut pas faire l'objet d'un recours juridictionnel, pourvu qu'eu égard aux questions qui ont fait l'objet de la procédure sommaire, il soit permis à n'importe laquelle des parties d'engager un procès ordinaire susceptible d'aboutir à une décision qui remplace celle qui a mis un terme à la première procédure.