# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MARCO DARMON

présentées le 29 novembre 1988 *

*Monsieur le Président,*
*Messieurs les Juges,*

1. La conciliation des droits nationaux de propriété intellectuelle avec les principes communautaires de libre circulation des marchandises et de libre concurrence vous ont amenés à élaborer progressivement un corps de solutions directrices dont l'application au cas d'espèce nous paraît permettre de fournir les termes de la réponse à apporter au Landgericht de Hambourg.

2. Le problème qui vous est soumis est clairement délimité. Les œuvres musicales de Cliff Richard sont tombées dans le domaine public au Danemark. Elles font encore l'objet d'une protection en République fédérale d'Allemagne. Dès lors, les articles 30 et 36 du traité CEE autorisent-ils le titulaire du droit dans ce dernier État à se prévaloir des droits qu'il tire de la législation nationale pour s'opposer à la commercialisation des supports de son de l'artiste Cliff Richard en provenance du Danemark? Nous l'indiquerons d'emblée: nous vous proposons d'apporter une réponse affirmative à cette question, partageant en cela la remarquable unanimité de la Commission et des États membres ayant présenté des observations.

3. Deux précisions doivent être apportées au préalable, d'une part, quant à la nature des supports de son, d'autre part, quant au droit de propriété intellectuelle en cause. Observons tout d'abord que

« les supports de son, même s'ils incorporent des œuvres musicales protégées, sont des produits auxquels s'applique le régime de libre circulation des marchandises... » [1].

Il ne saurait donc faire de doute que les principes de l'article 30 s'appliquent aux supports de son et que la législation qui permet de s'opposer à leur commercialisation constitue une restriction au sens de cet article.

4. Mais il faut alors déterminer si l'article 36, qui autorise les interdictions ou restrictions justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale, laquelle

« inclut la protection que confère le droit d'auteur, notamment pour autant que celui-ci est exploité commercialement » [2],

vise le « droit voisin du droit d'auteur » du fabricant de support de son, en cause dans la présente affaire.

5. A cet égard, dans votre arrêt Deutsche Grammophon [3], vous avez simplement « supposé » que ce droit relevait de la notion de la propriété industrielle et commerciale visée à l'article 36. Cependant, cette formulation hypothétique ne figure plus dans le dispositif de votre arrêt. Par ailleurs, votre

* Langue originale: le français.

1 — Affaires jointes 55 et 57/80, Musik-Vertrieb membran/GEMA, arrêt du 20 janvier 1981, Rec. p. 147, point 8.

2 — Ibidem, point 9.

3 — Affaire 78/70, arrêt du 8 juin 1971, Rec. p. 487, point 11.

arrêt Coditel a expressément indiqué que l'article 36 tend à protéger l'existence des droits en matière de *propriété artistique et intellectuelle*[4]. Mais, surtout, les motifs qui vous ont conduits à considérer que le droit d'auteur « stricto sensu » relève de la notion de propriété industrielle et commerciale doivent, à notre avis, être ici transposés. En effet, vous avez souligné que le droit d'auteur comprend la faculté

« d'exploiter commercialement la mise en circulation de l'œuvre protégée »

et que

« il n'y a pas de motifs de faire, à cet égard, pour l'application de l'article 36 du traité, une distinction entre le droit d'auteur et les autres droits de propriété industrielle et commerciale »[5].

Vous avez ajouté que

« l'exploitation commerciale du droit d'auteur soulève les mêmes problèmes que celle d'un autre droit de propriété industrielle ou commerciale »[6].

Ces motifs, qui vous avaient conduits, dans l'affaire Musik-Vertrieb, à rejeter les arguments du gouvernement français selon lesquels votre jurisprudence en matière de propriété industrielle et commerciale ne pouvait s'appliquer au droit d'auteur, compte tenu de sa dimension « personnelle et morale », nous semblent pouvoir pareillement s'appliquer au droit de reproduction et de diffusion de l'éditeur, en ce qu'il concerne l'exploitation commerciale de l'œuvre en cause.

6. La généralité des motifs de votre arrêt Keurkoop nous paraît conforter cette analyse. Vous avez, en effet, indiqué:

« il y a lieu ... d'observer que, de même que la Cour l'a déjà constaté pour les droits de brevet, de marque et d'auteur, la protection des dessins et modèles relève de la protection de la propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 36, *en ce qu'elle a pour objet de définir des droits d'exclusivité caractéristiques de cette propriété* »[7].

7. Au surplus, si vous admettez que la société qui a acquis l'exploitation du droit d'auteur concernant une œuvre cinématographique peut se prévaloir de ce droit[8], il nous apparaît manifeste que l'éditeur titulaire des droits relatifs à une œuvre musicale ne doit pas être placé dans une situation différente.

8. Les droits de propriété intellectuelle n'ont pas, à ce jour, fait l'objet d'harmonisation dans le cadre communautaire. Il faut donc constater que, pour les droits de reproduction et de diffusion en cause dans la présente affaire,

« en l'état du droit communautaire et en l'absence d'une unification dans le cadre de la Communauté ou d'un rapprochement des législations, la fixation des conditions et des modalités ... relève de la règle nationale »[9].

4 — Affaire 262/81, arrêt du 6 octobre 1982, Rec. p. 3381, point 12.

5 — Affaires jointes 55 et 57/80, précitées, point 12.

6 — Ibidem, point 13.

7 — Affaire 144/81, arrêt du 14 septembre 1982, Rec. p. 2853, point 14, souligné par nous.

8 — Notamment arrêts 262/81, Coditel II, précité; 62/79, Coditel I, arrêt du 18 mars 1980, Rec. p. 881.

9 — Affaire 144/81, précitée, point 18.

9. Mais l'application de cette réglementation ne peut, selon votre jurisprudence constante, représenter un obstacle à la libre circulation des marchandises que dans la mesure où elle se rattache à l'existence [10] ou, encore, à l'objet spécifique [11] du droit en cause. Dans votre arrêt Deutsche Grammophon [12], vous ne vous êtes pas explicitement prononcés sur le fait de savoir si le droit exclusif de mise en circulation relevait en tant que tel de la « substance » du droit de reproduction et de diffusion de l'éditeur puisqu'il y avait, en l'espèce, épuisement. Mais nous sommes enclin à considérer qu'aucune raison ne s'oppose à ce que vous vous inspiriez des solutions que vous avez dégagées en matière de brevet, car, comme l'a observé l'avocat général M. Roemer,

« le droit d'auteur est certainement plus proche parent du droit de brevet que, par exemple, du droit à la marque » [13].

10. Il ressort de votre jurisprudence en matière de brevet et, en dernier lieu, de votre arrêt Pharmon que

« la substance du droit de brevet réside essentiellement dans l'octroi à l'inventeur d'un *droit exclusif de première mise en circulation* du produit en cause, en vue de lui permettre d'obtenir la récompense de son effort d'inventeur » [14].

11. Nous estimons qu'adopter ici cette analyse peut se réclamer des termes de votre arrêt Coditel II, où vous avez indiqué qu'en ce qui concerne

« ... le droit d'auteur d'œuvres littéraires et artistiques ... *la mise à la disposition du public se confond avec la circulation du support matériel de l'œuvre, comme c'est le cas du livre ou du disque* » [15].

12. Compte tenu de l'accent ainsi mis sur l'importance de la mise en circulation du support matériel de l'œuvre, nous estimons que le droit exclusif de première mise en circulation peut être également retenu comme relevant de la substance du droit de reproduction ici concerné [16]. En effet, comme pour le droit de brevet, les atteintes portées à cette prérogative remettent en cause l'existence même du droit. Si des tiers peuvent commercialiser l'œuvre protégée sans que le titulaire du droit puisse s'y opposer, ce n'est pas l'exercice du droit, mais bien sa substance qui est affectée, à savoir l'exclusivité de la mise à la disposition du public.

13. Précisons, enfin, que le point de savoir si le délai de protection relève de l'objet spécifique du droit ne doit pas donner lieu à de longs développements. En effet, cette question revêt un caractère très largement artificiel: la durée de protection est indissociable de l'existence du droit lui-même, puisqu'elle en définit la portée « ratione temporis ». Reste à déterminer, mais nous y reviendrons ultérieurement, si la durée de protection retenue peut apparaître discrimi-

10 — Affaires jointes 56 et 58/64, Grundig, arrêt du 13 juillet 1966, Rec. p. 429; affaire 24/67, Parke Davis, arrêt du 29 février 1968, Rec. p. 82.

11 — Affaires 78/70, Deutsche Grammophon, précitée; 15/74, Centrafarm/Sterling Drug, arrêt du 31 octobre 1974, Rec. p. 1147; 16/74, Centrafarm/Winthrop, arrêt du 31 octobre 1974, Rec. p. 1183.

12 — Affaire 78/70, précitée.

13 — Affaire 78/70, précitée, notamment p. 509.

14 — Affaire 19/84, arrêt du 9 juillet 1985, Rec. p. 2281, point 26, souligné par nous.

15 — Affaire 262/81, précitée, point 11, souligné par nous; voir également affaire 62/79, précitée, point 12.

16 — Observons que seul est ici en cause le support de son comme marchandise, et non en tant que support de représentation; voir, en ce qui concerne le « droit de reproduction mécanique« afférent à ce dernier aspect du disque, notamment votre arrêt 402/85, du 9 avril 1987, Basset, Rec. p. 1747; voir plus spécialement, sur la distinction entre le disque marchandise et le disque support de représentation, M. A. Hermitte, commentaire sous Basset, précité, Clunet 1988, p. 535 et suiv.

natoire ou constituer une restriction déguisée.

14. Cependant, le droit exclusif de procéder à la première commercialisation trouve dans sa définition même sa limite. Une fois celle-ci effectuée par le titulaire lui-même ou avec son consentement, ce droit ne peut plus être invoqué à l'égard du bien concerné.

15. Vous avez, en effet, consacré le principe qu'il est convenu de désigner sous le terme de théorie de l'« épuisement » en affirmant que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle protégée par la législation d'un État membre ne saurait invoquer cette législation pour s'opposer à l'importation d'un bien écoulé licitement sur le marché d'un autre État membre par le titulaire de ce droit lui-même ou avec son consentement [17].

16. A la lumière de votre jurisprudence, le critère du consentement apparaît essentiel pour déterminer si les droits dont se prévaut le titulaire sont ou non épuisés. Cette thèse « volontariste » a été consacrée par une série de décisions extrêmement nettes à cet égard.

17. Ainsi, dans l'affaire Merck, où le breveté avait lui-même commercialisé en Italie des médicaments qui n'étaient pas brevetables dans cet État et entendait s'opposer à leur importation aux Pays-Bas, vous avez indiqué:

« il appartient ... au titulaire du brevet de décider, en toute connaissance de cause, des conditions dans lesquelles il commercialise son produit, y compris la possibilité de l'écouler dans un État membre où la protection par brevet n'existe pas légalement pour le produit en cause. S'il en décide ainsi, il doit alors accepter les conséquences de son choix en ce qui concerne la libre circulation du produit à l'intérieur du marché commun » [18].

18. Votre arrêt Pharmon, s'agissant de l'hypothèse dans laquelle un breveté se prévalait de son droit pour s'opposer à l'importation de produits fabriqués dans un autre État membre sous un régime de licence obligatoire, a indiqué:

« Lorsque les autorités compétentes d'un État membre ... attribuent à un tiers une licence obligatoire en lui permettant d'accomplir des actes de fabrication et de commercialisation que le breveté aurait normalement le pouvoir d'interdire, ce dernier ne saurait être réputé avoir consenti aux actes accomplis par ce tiers. En effet, le *titulaire du brevet* est, pour une telle mesure, *privé de son pouvoir de décider librement* les conditions dans lesquelles il commercialise son produit » [19].

19. Et il faut souligner que vous avez considéré que le fait de savoir si le breveté avait ou non perçu des redevances dans le cadre du système des licences obligatoires était sans incidence sur l'existence de son droit d'interdiction en indiquant que

« les limites tracées par le droit communautaire à l'application de la législation de l'État membre d'importation ... ne dépendent en rien des conditions auxquelles les autorités compétentes de l'État membre d'exportation ont subordonné l'octroi de la licence obligatoire » [20].

17 — Voir notamment affaires 78/70, Deutsche Grammophon, précitée, point 13; 119/75, Terrapin, arrêt du 22 juin 1976, Rec. p. 1039, point 6; 55 et 57/80, Musik-Vertrieb, précitées, point 15; 187/80, Merck, arrêt du 14 juillet 1981, Rec. p. 2063, point 12; 19/84, Pharmon, précité, point 22.

18 — Affaire 187/80, précitée, point 11.

19 — Affaire 19/84, précitée, point 25, souligné par nous.

20 — Ibidem, point 29.

20. Il ressort donc clairement de votre jurisprudence que

« le consentement donné par l'ayant droit est la clé qui ouvre les portes du marché commun aux produits brevetés » [21].

21. Par ailleurs, nous ne pouvons souscrire à l'analyse à laquelle le juge a quo paraît se livrer à propos de votre arrêt Musik-Vertrieb. Dans cette affaire, vous avez décidé que la société de droits d'auteur *GEMA* ne pouvait exiger des redevances supplémentaires à l'importation en République fédérale de disques provenant du Royaume-Uni. Mais ce n'est pas, contrairement à ce que paraît suggérer le juge de renvoi, le système de licence obligatoire, ou, plus exactement, de redevances maximales, pratiqué dans cet État qui vous est apparu déterminant pour dire que le titulaire ne pouvait faire valoir son droit. Après avoir rappelé le principe de l'épuisement, vous avez, en effet, indiqué que

« ni le titulaire d'un droit d'auteur ou son licencié ni une société de gestion des droits d'auteur agissant au nom du titulaire ou du licencié ne peuvent invoquer le droit exclusif d'exploitation conféré par le droit d'auteur pour empêcher ou restreindre l'importation de supports de son qui ont été licitement écoulés sur le marché d'un autre État membre *par le titulaire lui-même ou avec son consentement* » [22].

Et vous avez précisé que

« aucune disposition d'une législation nationale ne saurait permettre à une entreprise chargée de la gestion de droits d'auteur ... d'opérer un prélèvement sur les produits importés d'un autre État membre *où ils ont été mis en circulation par le titulaire du droit d'auteur ou avec le consentement de celui-ci*« [23].

C'est précisément cette considération qui nous apparaît essentielle et qui s'oppose catégoriquement à ce que l'on puisse considérer, dans le cas d'espèce, qu'il y ait épuisement des droits.

22. Observons, par ailleurs, que la circonstance selon laquelle les supports de son aient pu être légalement mis sur le marché danois au regard de la législation danoise apparaît en tant que telle sans incidence sur la possibilité pour le titulaire d'invoquer son droit. Vous avez jugé, dans votre arrêt Centrafarm, que

« ... un tel obstacle à la libre circulation peut se justifier par des raisons de protection de la propriété industrielle lorsque cette protection est invoquée contre un produit en provenance d'un État membre *où il n'est pas brevetable* et a été fabriqué par des tiers sans le consentement du titulaire du brevet » [24].

23. Il n'existe aucune raison de distinguer entre la situation dans laquelle le produit ne peut *pas* être protégé et celle où il ne le peut *plus*. Il serait même paradoxal que la liberté née de l'expiration du délai de protection dans l'État d'exportation entraîne des conséquences plus « lourdes » pour le titulaire du droit dans l'État d'importation que la liberté permanente qui existerait en cas d'absence totale de protection du droit. Dans les deux cas, le problème est identique. La mise en circulation sans le consen-

21 — Conclusions de M. Mancini dans l'affaire 19/84, précitée, p. 2288.

22 — Affaires jointes 55 et 57/80, précitées, point 15, souligné par nous.

23 — Ibidem, point 18, souligné par nous.

24 — Affaire 15/74, précitée, point 11, souligné par nous.

tement du titulaire du droit est licite au regard du droit de l'État d'exportation. Dans les deux cas, la solution doit être la même en ce que le droit du titulaire ne peut être épuisé dans l'État d'importation en l'absence d'actes personnels d'exploitation à l'égard des biens litigieux.

24. Certes, la thèse de la défenderesse au principal peut se réclamer des exigences d'un marché unique en ce qu'elle soutient qu'un produit légalement mis sur le marché d'un État membre doit, dès lors, être considéré comme bénéficiant du régime de libre circulation. Mais cette argumentation sacrifie totalement l'existence des droits de propriété industrielle et commerciale dont la protection est prévue à l'article 36.

25. La solution que nous vous proposons de rejeter conduirait de facto à provoquer une harmonisation du délai de protection sur la base du délai le plus court existant dans la Communauté. Si une telle solution nous apparaîtrait contestable déjà en son principe en ce qu'elle méconnaîtrait les compétences des États membres en ce domaine et qu'elle sacrifierait la protection des droits prévue à l'article 36, elle serait de nature à comporter, en outre, en la matière, des risques majeurs pour la création artistique dans la Communauté, dimension essentielle de cette Europe de la culture que tous appellent de leurs vœux.

26. Formulons une dernière observation. Il faut évoquer l'hypothèse où le délai de protection prévu par la législation nationale apparaîtrait discriminatoire ou destiné à restreindre les échanges d'une manière déguisée. Constatons que le délai de protection de 25 ans, tel que prévu actuellement par l'Urheberrechtsgesetz du 9 septembre 1965, correspond à une durée de protection inférieure à celle qui existait auparavant (50 ans à compter du décès de l'auteur[25]), même si le délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi. Nous estimons donc, avec la Commission, que rien n'est de nature à laisser penser que les dispositions nationales en cause constitueraient des restrictions déguisées.

27. En conséquence, nous vous proposons de dire pour droit que les articles 30 à 36 du traité CEE ne font pas obstacle à ce que le titulaire d'un droit de reproduction et de diffusion d'une œuvre musicale mette en œuvre les prérogatives qu'il tire de la législation nationale à l'endroit de supports de son qui n'ont été commercialisés ni par lui-même ni avec son consentement dans un État membre où cette commercialisation était licite par suite de l'expiration du délai de protection.

25 — Article 29 LUG du 19 juin 1901, RGBl., 1227, tel que modifié par les dispositions modificatives publiées au RGBl. du 13 décembre 1934, II, p. 1359. Constatons, par ailleurs, que l'article 14 de la « convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion » du 26 octobre 1961 prévoit que « la durée de la protection à accorder ... ne pourra pas être inférieure à une période de 20 années ».