— qu'une convention entre particuliers, visant à interdire l'importation d'une telle marchandise ne saurait être invoquée ou prise en considération pour qualifier l'écoulement de cette marchandise comme une pratique commerciale irrégulière ou déloyale.

Pescatore Touffait Due

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 22 janvier 1981.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président de la deuxième chambre

P. Pescatore

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. FRANCESCO CAPOTORTI, PRÉSENTÉES LE 20 NOVEMBRE 1980 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Cette Cour a eu de nombreuses fois l'occasion de se prononcer sur la question des limites dans lesquelles il est possible de déroger au principe de la liberté de circulation des marchandises en se fondant sur des droits de propriété industrielle ou intellectuelle ou en raison de la nécessité de réprimer les pratiques de concurrence déloyale. La présente espèce soulève essentiellement un problème de cette nature, même si elle présente un autre aspect pouvant se rattacher aux règles communautaires qui protègent la liberté de concurrence.

Rappelons tout d'abord les faits. La société danoise Imerco, qui constitue une organisation d'achat en gros d'articles ménagers et dont les actionnaires exercent le commerce de ces articles dans tout le Danemark, a commandé en 1978 un certain nombre de services de faïence à un fabricant britannique, la firme Broadhurst. Les services en question étaient destinés à célébrer le cinquantième anniversaire de la société Imerco; ils devaient donc être décorés conformément aux instructions et aux modèles fournis par la société elle-même, et porter au dos, entre autres, l'inscription «50e anniversaire d'Imerco». Le commettant avait l'intention de faire commercialiser ces produits au Danemark exclusivement par ses propres actionnaires. Toutefois, un millier de services environ ne s'étant pas révélés entièrement conformes aux exigences rigoureuses de qualité voulues par le commettant, ce dernier a permis au fabricant de les commercialiser à l'intérieur du Royaume-Uni sous réserve de certaines

1 — Traduit de l'italien.

limitations pour les régions normalement fréquentées par les touristes danois et dans des pays extra-européens déterminés. Les services de qualité défectueuse ont ainsi été vendus par la firme Broadhurst a quelques grossistes britanniques, avec l'interdiction de les revendre au Danemark.

Il se trouve toutefois que trois cents de ces services ont été acquis par la firme Dansk Supermarked A/S de Aarhus (par l'intermédiaire d'un revendeur danois qui les avait à son tour achetés au Royaume-Uni) et mis en vente par cette firme dans ses propres grands magasins, à des prix sensiblement moins élevés que ceux pratiqués par les actionnaires d'Imerco pour les mêmes produits de premier choix.

Dans ces circonstances, la société Imerco a demandé et obtenu des juges danois qu'il soit interdit à la Dansk Supermarked de continuer à vendre les services en question. L'interdiction a été prononcée par le Byret de Aarhus par ordonnance du 22 juin 1978, puis confirmée par le tribunal commercial de Copenhague par arrêt du 19 mars 1979. Les juges danois ont en effet estimé que la société Dansk Supermarked avait violé la réglementation nationale applicable (articles 1 et 5 de la loi du 14 juin 1974, n° 297) du fait d'avoir mis en vente, sans le consentement de la société Imerco, des articles portant le nom de cette dernière et qui n'étaient pas destinés à une «vente normale». En substance, l'infraction commise par la société Dansk Supermarked consisterait dans le fait qu'elle a profité d'un signe distinctif ne lui appartenant pas. Un autre argument invoqué par la société Imerco, mais non retenu par le tribunal, a été que la société Dansk Supermarked aurait fait croire à la clientèle, par des indications fallacieuses, qu'il s'agissait de produits de première qualité.

En formant un recours contre le jugement du tribunal de Copenhague devant l'Højesteret, la Dansk Supermarked a invoqué les articles 30 et 85 du traité CEE, ainsi que le règlement n° 67 de la Commission, du 22 mars 1967, qui concerne l'application de l'article 85, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, en soutenant que le droit communautaire garantit le droit de procéder à des importations parallèles, et que les règles nationales ne peuvent faire obstacle à un tel droit.

Par ordonnance du 14 février 1980, le tribunal précité a demandé à la Cour de dire, au titre de l'article 177 du traité CEE, si «certaines dispositions du traité CEE ou les actes adoptés en vue de leur application font ... obstacle à l'application au cas d'espèce des lois danoises relatives au droit d'auteur, au droit de marque et à la commercialisation».

Il est clair que cette question a été formulée de manière imparfaite, car, au lieu de demander l'interprétation de certaines normes communautaires, le juge du fond s'est adressé à la Cour pour savoir si le cas d'espèce devait être considéré comme soumis au droit communautaire plutôt qu'au droit danois. Malgré cela, si on tient compte des positions prises par les parties au cours du procès devant le juge d'appel, il est facile d'identifier dans les articles 30 et 85 du traité CEE et dans le règlement n° 67/67 de la Commission, les règles communautaires que la juridiction nationale pourrait considérer comme pertinentes aux fins de la décision dans le litige au principal. L'article 30 est au centre du problème; il s'agit précisément d'établir s'il fait obstacle à l'application des règles

nationales sur le droit d'auteur, sur les marques et sur la concurrence déloyale qui empêchent de revendre dans un État membre des produits qui ont fait l'objet d'importations parallèles dans des conditions du genre de celles décrites ci-dessus.

Nous pensons donc que la question à laquelle il s'agit de répondre peut être comprise ainsi:

«Est-il compatible avec les articles 30 et 85 du traité CEE (et éventuellement avec le règlement n° 67/67 de la Commission) que le commerce dans un État membre de produits déterminés, déjà régulièrement mis en vente dans un autre État membre, soit interdit par le juge national au nom de la protection du droit d'auteur ou du droit de marque, ou sur la base des règles qui répriment la concurrence déloyale, ou enfin en application d'un contrat de limitation territoriale des ventes?»

2. En ce qui concerne l'interdiction de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives visée à l'article 30 du traité, on sait que, selon une jurisprudence constante de la Cour, elle frappe toute mesure nationale qui empêche l'importation ou la vente d'une marchandise régulièrement mise en circulation dans un autre État membre. Il nous semble sans importance à cet égard qu'il s'agisse d'une marchandises ayant des caractéristiques particulières, voulues par le commettant pour célébrer un événement le concernant: l'élément décisif est que le produit ait été mis régulièrement sur le marché dans un autre État membre (comme cela s'est passe dans le cas d'espèce pour les mille services de faïence vendus par le fabricant à l'intérieur du Royaume-Uni).

Cela dit, il faut se demander ici jusqu'à quel point les mesures nationales du type indiqué, tout en étant incompatibles avec le principe de l'article 30, peuvent être admises sur la base de la dérogation contenue à l'article 36 du traité CEE. On sait que cette disposition stipule, entre autres, qu'il n'est pas fait obstacle aux restrictions à l'importation justifiées par des raisons de protection des droits de propriété industrielle et commerciale (auxquels peuvent certainement être assimilés les droits de propriété intellectuelle c'est-à-dire les droits d'auteur), mais à condition que ces restrictions ne constituent ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction dissimulée au commerce entre les États membres. En conséquence, aucun des droits exclusifs mentionnés ne peut être licitement invoqué pour interdire le commerce dans un État membre de produits régulièrement mis en vente dans un autre État membre avec l'accord du titulaire du droit; la jurisprudence de la Cour a clairement établi ce point (voir en dernier lieu l'arrêt rendu le 22 juin 1976 dans l'affaire 119/75, Terrapin/Terranova, Recueil 1976, p. 1039, attendus 5 et 6).

Ce principe demeure constant également dans l'hypothèse où le commettant de produits déterminés, titulaire d'une marque ou d'un autre droit d'exclusivité sur ces mêmes produits, a autorisé le fabricant à en vendre une partie pour son compte propre, mais seulement dans un État membre: en l'espèce, la société Imerco avait autorisé la firme Broadhurst à mettre en circulation les services de second choix à l'intérieur du Royaume-Uni et non au Danemark. En effet, une telle clause contractuelle ne peut empêcher que le droit d'exclusivité revendiqué par le commettant s'épuise — pour tout le territoire communautaire — dès qu'intervient la mise en circulation du produit, avec son consentement, dans

un État membre. Bien entendu, le commettant garde la possibilité de demander le dédommagement du préjudice subi dans l'hypothèse de non-exécution du contrat de la part du fabricant ou de ses ayants droit qui auraient accepté une limitation territoriale pour la commercialisation du produit, et pourvu bien sûr qu'un accord de ce genre ne soit pas incompatible avec l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE que nous examinerons ci-après.

3. Un raisonnement analogue à celui développé au sujet des droits de propriété industrielle, commerciale et intellectuelle, s'applique également aux restrictions à la circulation des marchandises qui pourraient découler de règles internes visant à réprimer les pratiques de concurrence déloyale (il résulte du dossier de l'affaire que telle est la nature des dispositions «sur la commercialisation» auxquelles se réfère la question du juge danois). A dire vrai, la répression de la concurrence déloyale ne figure pas parmi les motifs pour lesquels l'article 36 accorde des exemptions à l'interdiction de l'article 30. Du reste, dans les arrêts du 11 juillet 1974 dans l'affaire 8/74, Dassonville (Recueil 1974, p. 838) et du 20 février 1979 dans l'affaire 120/78, Rewe (Recueil 1979, p. 649), la Cour a affirmé qu'en l'absence d'une réglementation communautaire en matière de commercialisation, on pouvait admettre les obstacles éventuels à la libre circulation des marchandises découlant de lois nationales qui répondent à certaines exigences impératives, en particulier des exigences tenant à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs. Toutefois, les mesures restrictives justifiées par de telles finalités ne sont licites que pour autant qu'elles sont «raisonnables», c'est-à-dire non discriminatoires et limitées au minimum indispensable. Cette jurisprudence a été reprise récemment dans l'arrêt rendu le 26 juin 1980 dans l'affaire 788/79, Gilli, dans lequel la Cour a déclaré: «Ce ne serait que lorsqu'une réglementation nationale, indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, pourrait être justifiée comme étant nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives tenant en particulier ... à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs qu'elle pourrait déroger aux exigences découlant de l'article 30».

En définitive, comme nous avons déjà eu d'autres fois l'occasion de le noter — en dernier lieu dans nos conclusions du 29 mai 1980 dans l'affaire Gilli précitée — la Cour est allée au-delà de l'article 36 du traité CEE dans la mesure où elle a étendu le nombre des cas dans lesquels les mesures législatives nationales peuvent être légitimes par dérogation à l'interdiction de l'article 30, à condition que ces mesures «poursuivent ... un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises, qui constitue l'une des règles fondamentales de la Communauté» (attendu 14 de l'arrêt précité dans l'affaire 120/78, Rewe).

Dans le cas d'espèce, il semblerait que les règles danoises sur la réglementation du marché ont été invoquées contre la firme Dansk Supermarked au motif qu'en mettant en vente des services de porcelaine de second choix qui portaient le nom de la société Imerco, elle aurait porté un préjudice à la réputation de

cette société. Il appartiendra au juge danois d'établir, à la lumière des critères que nous avons cherché à préciser, si la différence de qualité entre les services commandés par Imerco pour ses actionnaires et ceux commercialisés par la Dansk Supermaked constituait une raison suffisante pour justifier l'interdiction de vente imposée à cette dernière. La Commission relève à juste titre à ce propos que la société Imerco avait autorisé la vente des services de second choix au Royaume-Uni, démontrant ainsi que leur commercialisation ne portait pas atteinte à sa réputation, et cela, même si on ne tient pas compte du fait que la société Imerco n'est pas un fabricant de faïence.

Elle pourrait en revanche subir un dommage commercial si les services de second choix, nécessairement d'un prix inférieur, venaient à être mis en vente dans des conditions de nature à faire croire à la clientèle que la qualité est identique à celle des services de première qualité commercialisés par les actionnaires d'Imerco. A ce sujet, nous remarquons que la nécessité de protéger les intérêts commerciaux légitimes de l'opérateur économique, qui commercialise un produit de première qualité, doit être considérée comme satisfaite lorsque l'offre au public du produit de qualité inférieure, même en l'absence d'une indication expresse «produit de second choix» est faite de manière à ne pas donner lieu à des doutes raisonnables en ce qui concerne sa qualité. A cet égard, des éléments tels que l'emballage, la qualité normale des marchandises vendues dans le même magasin et d'autres éléments de fait qu'il appartient au juge du fond de déterminer et d'apprécier en relation avec le cas concret peuvent avoir de l'importance.

En ce qui concerne enfin la circonstance selon laquelle la Dansk Supermarked aurait pu tirer profit de la publicité effectuée par Imerco pour le produit en question, cela ne semble pas enfreindre l'interdiction de concurrence déloyale. Il s'agit d'un phénomène que la Cour a eu l'occasion d'examiner en relation avec des contrats d'exclusivité (comme par exemple dans l'affaire Grundig-Consten: Recueil 1966, p. 526-527), et qui intervient généralement en faveur de l'importateur parallèle: quoiqu'il en soit, cela ne peut pas, à notre avis, justifier l'exclusion d'un importateur parallèle d'un marché national déterminé dans le cadre du marché commun.

4. Une question d'interprétation de l'article 85 du traité CEE se pose si la validité de la clause de non-exportation dans d'autres États membres contenue dans l'accord entre la société Imerco et la firme Broadhurst vient en discussion. Ce sujet ne peut avoir un intérêt dans le cas d'espèce que si on suppose que les juges danois ont tenu compte de cette clause lorsqu'ils ont interdit à la firme Dansk Supermarked de vendre au Danemark les services de faïence de second choix fabriqués par la firme Broadhurst. D'autre part, en ce qui concerne cette hypothèse, on ne peut pas dire que l'article 85 soulève de grandes difficultés d'interprétation: les caractères et les conditions de l'interdiction des accords restrictifs de la concurrence sont bien connus, de même que le fait que ces accords comprennent aussi bien les conventions qui limitent les débouchés que les ententes portant répartition du marché.

Dans l'arrêt rendu par cette Cour, le 25 novembre 1971, dans l'affaire 22/71, Béguelin, par lequel devait être appréciée

la conformité à l'article 85 d'un accord de distribution exclusive, il a été jugé que les deux conditions fondamentales auxquelles est soumise l'interdiction des ententes restrictives de la concurrence (atteinte au commerce entre les États membres, et objet ou effet consistant en une influence négative sur le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun) sont réunies «lorsque (l'accord) fait obstacle, en droit ou en fait, à ce que le distributeur réexporte les produits ... dans d'autres États membres ...» (attendus n° 10 à 12). Plus loin, le même arrêt précise que, «pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 85, l'accord doit affecter *de façon sensible* le commerce entre États membres et le jeu de la concurrence» et met en lumière l'importance d'une série d'éléments d'appréciation, comme la nature et la quantité disponible des produits, la position et l'influence du concédant et du commissionnaire sur le marché, la possibilité ou non pour d'autres commerçants de commercialiser les mêmes produits par le biais de réexportation ou d'importation parallèles.

Bien entendu, la qualification de l'accord dont il est question dans le cas d'espèce en tant qu'accord limitatif de la concurrence appartient au juge du fond. Il nous semble clair qu'il n'est pas possible de parler d'accord de distribution exclusive en présence d'un contrat entre un commettant et un fabricant par lequel le premier autorise le second à commercialiser pour son propre compte une partie des produits commandés, en exigeant en même temps la limitation territoriale des ventes. Tout au plus pourrait-on tenter un parallèle avec les phénomènes de concession exclusive qui excluent la revente sur des marchés déterminés. Mais ce problème, nous le répétons, ne regarde pas la Cour.

Il reste à voir si, dans un cas comme celui qui nous est soumis, des problèmes d'interprétation du règlement n° 67/67 de la Commission, du 22 mars 1967 (qui a été mentionné, comme nous l'avons dit précédemment, au cours de la procédure au principal), pourraient se poser également. Étant donné qu'il concerne les accords de distribution exclusive et que nous avons estimé qu'il fallait exclure que l'accord Imerco-Broadhurst appartenait à une telle catégorie, il nous semble également qu'il faut exclure la nécessité d'interpréter le règlement en question aux fins de répondre au juge du fond. En toute hypothèse, nous observons que l'exemption collective prévue par ce règlement n'est pas valable à l'égard des accords qui interdisent au concessionnaire de réexporter les marchandises dans d'autres État membres: c'est ce qu'a établi la Cour dans l'arrêt Béguelin précité, confirmant implicitement que les accords présentant ces caractéristiques ne pouvaient échapper à la règle générale de l'article 85, paragraphe 1.

5. En conclusion, nous proposons que la Cour réponde à la question qui lui a été posée par l'Højesteret danois, par ordonnance du 14 février 1980, en disant pour droit:

1) Au sens des articles 30 et 36 du traité CEE, la vente dans un État membre d'un produit déterminé déjà mis régulièrement en circulation dans un autre État membre avec l'autorisation du titulaire de la marque ou du

droit d'auteur relatif à ce même produit ne peut pas être interdite par le juge national au nom de la protection de ces droits.

2) Lorsqu'un importateur parallèle ou l'un de ses ayants cause met en vente dans un État membre des produits de qualité inférieure par rapport à ceux, identiques quant au reste, qu'une autre entreprise a commandés pour les commercialiser dans le même État, la vente par le premier ne peut pas être interdite sur la base des règles qui répriment la concurrence déloyale, à moins qu'elle ne soit effectuée dans des conditions de nature à engendrer des confusions en ce qui concerne la qualité de la marchandise auprès de la clientèle.

3) Un accord entre le fabricant de produits déterminés et l'entreprise qui en a ordonné la fabrication, autorisant le fabricant à vendre pour son propre compte une partie des mêmes produits mais lui interdisant de les exporter dans d'autres États membres, est incompatible avec l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE chaque fois qu'il affecte d'une manière importante le commerce entre États membres et le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.