CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN MISCHO

présentées le 13 avril 2000 *

1. Le recours en manquement, introduit par la Commission des Communautés européennes, qui fait l'objet des présentes conclusions, a pour objet de faire constater que, en mettant en œuvre, sur le fondement du code de la propriété intellectuelle, des procédures de retenue par les autorités douanières dirigées contre des marchandises légalement fabriquées dans un État membre de la Communauté européenne et destinées, après avoir transité par le territoire français, à être mises sur le marché d'un autre État membre, où elles peuvent légalement être commercialisées, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du traité CE (devenu, après modification, article 28 CE).

2. Afin de faciliter l'examen approfondi de l'argumentation des parties en l'espèce, j'insisterai d'emblée sur les éléments suivants qu'il importe de ne pas perdre de vue lors de l'examen de certains arguments avancés par les parties.

3. Il importe ainsi de mettre l'accent sur le fait que le recours de la Commission ne vise pas les mesures prises par les autorités françaises pour empêcher l'accès au marché français de produits fabriqués en violation des droits de propriété industrielle et commerciale conférés par la législation française.

4. En effet, le manquement allégué par la Commission porte exclusivement sur des marchandises fabriquées dans un État membre où, contrairement à ce qui est le cas en France, elles ne bénéficient pas de la protection d'un droit exclusif et transportées à travers la France pour être mises sur le marché dans un autre État membre où elles ne sont pas protégées non plus.

5. Comme les parties, j'utiliserai, pour décrire cette introduction temporaire des marchandises sur le territoire d'un État membre, l'expression de «transit», étant bien entendu qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un «transit» au sens juridique que lui donne, par exemple, le code des douanes communautaire [1], mais d'un «transit» au sens physique du terme.

* Langue originale: le français.

1 — Règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le code des douanes communautaire (JO L 302, p. 1, ci-après le «code des douanes communautaire»).

6. N'est donc pas en cause ici l'hypothèse qui a fait l'objet de l'essentiel de la jurisprudence existante de la Cour, à savoir celle dans laquelle les marchandises litigieuses sont destinées à être importées, c'est-à-dire mises sur le marché, dans le territoire de l'État membre dont la législation permet l'obtention d'un droit exclusif.

7. Le recours ne concerne, par conséquent, pas non plus la détention des marchandises en France aux fins de la commercialisation dans cet État, ou la détention de marchandises fabriquées en France en violation de la législation nationale applicable.

8. En effet, dans la situation visée par le recours, la détention des marchandises par le transporteur vise uniquement à permettre l'acheminement de celles-ci vers un autre État membre où elles sont destinées à être commercialisées.

9. Il y a lieu de souligner également que les faits critiqués par la Commission diffèrent de ceux en cause dans diverses affaires citées par les parties.

10. En particulier, la partie défenderesse cherche à replacer le cas présent dans une soi-disant «saga» dont feraient également partie les affaires CICRA et Maxicar [2], et Renault [3] qui concernaient également des pièces de rechange utilisées dans la réparation automobile.

11. Or, force est de constater que ces deux affaires diffèrent fondamentalement du cas présent.

12. En effet, dans la première était en cause la possibilité pour le titulaire du droit de propriété intellectuelle dans un État membre de s'opposer à l'importation dans ledit État des marchandises litigieuses. Or, comme nous l'avons vu, le recours de la Commission concerne des produits destinés à la commercialisation dans un autre État membre que celui dans lequel le droit de propriété intellectuelle s'applique.

13. La seconde porte également sur la possibilité pour le titulaire du droit de s'opposer à la fabrication, à la vente ou à l'exportation des objets protégés par ledit droit, plutôt qu'à la simple traversée du territoire couvert par le droit de propriété intellectuelle.

14. Cette remarque préliminaire étant faite, examinons les différents éléments du litige.

2 — Arrêt du 5 octobre 1988 (53/87, Rec. p. 6039).
3 — C-38/98, arrêt du 11 mai 2000, Rec. p. I-2973.

Y a-t-il entrave au commerce intracommunautaire?

15. L'objet du recours étant de faire constater une violation des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, il y a lieu de déterminer, tout d'abord, si les mesures nationales en cause sont susceptibles d'entraver le commerce intracommunautaire.

16. Tant la Commission que la partie défenderesse estiment que tel est le cas. En effet, les dispositions nationales citées par la Commission permettent au service des douanes de retenir des marchandises, sur demande du titulaire du droit de propriété intellectuelle, lorsque celui-ci estime que son droit est violé.

17. Cette retenue peut durer jusqu'à dix jours. Si, avant l'expiration de ce délai, le titulaire du droit a introduit un recours juridictionnel, il lui est possible d'obtenir que ses effets soient prolongés. Enfin, la procédure judiciaire qui fait alors suite à la retenue peut déboucher sur la confiscation des marchandises litigieuses.

18. En effet, tant la Commission que la partie défenderesse citent à cet égard un arrêt de la Cour de cassation française du 26 avril 1990 dont il ressort que, au sens des dispositions françaises applicables, la simple présence en France des marchandises fabriquées dans un autre État membre et destinées à la commercialisation dans un autre État membre est constitutive d'une contrefaçon passible, entre autres, de confiscation.

19. La partie défenderesse cite diverses autres décisions confirmant cette jurisprudence, notamment un arrêt de la Cour de cassation française du 17 février 1999.

20. J'estime donc devoir partager le point de vue des parties selon lequel les procédures de retenue critiquées par la Commission constituent effectivement une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, puisqu'elles ont pour effet, au minimum, de retarder le passage des marchandises en transit et, au maximum, elles sont susceptibles de constituer le préalable indispensable à l'interdiction du passage des marchandises, voire à leur confiscation.

21. La Commission et la partie défenderesse font cependant des analyses divergentes de la nature exacte de la mesure en cause.

22. En effet, selon la Commission, les retenues litigieuses sont effectuées par la douane au passage des frontières. Elles ne sauraient donc concerner que les produits importés et seraient, dès lors, «distinctement applicables». Il s'ensuivrait que seules les considérations énumérées à l'article 36 du traité CE (devenu, après modification, article 30 CE) seraient susceptibles de les

justifier et il ne serait pas possible d'invoquer à cette fin une «exigence impérative», au sens de la jurisprudence «Cassis de Dijon» [4].

23. En revanche, la partie défenderesse fait valoir que les retenues litigieuses peuvent être opérées par les services des douanes sur tout le territoire français et que le fait générateur desdites mesures ne serait, en aucun cas, le passage de la frontière.

24. Elle ajoute que d'autres administrations que les douanes détiendraient des pouvoirs équivalents et que toute marchandise suspecte, y compris d'origine nationale, est susceptible de faire l'objet des mesures litigieuses.

25. La Commission répond à cela que la partie défenderesse n'invoque aucun cas concret dans lequel les marchandises retenues auraient été fabriquées en France, mais uniquement un cas où elles auraient pu l'avoir été.

26. Force est cependant de constater que la Commission ne cite aucune disposition applicable dont il ressortirait que seules des marchandises importées pourraient faire l'objet des mesures de retenue en cause, ou que celles-ci devraient obligatoirement être effectuées au passage de la frontière.

27. Il n'est pas allégué non plus que lesdites mesures ne bénéficieraient qu'aux constructeurs automobiles français, puisque la Commission a renoncé à cette critique au cours de la procédure précontentieuse.

28. Il n'est donc pas établi de façon indiscutable, à mon sens, que les mesures nationales considérées ne sont pas indistinctement applicables.

29. En tout état de cause, cette constatation n'a, en l'espèce, qu'une importance relative, puisque, comme le fait remarquer la Commission dans son mémoire en réplique, la partie défenderesse n'a pas invoqué dans sa défense les diverses «exigences impératives» auxquelles elle avait fait allusion lors de la procédure précontentieuse.

Les possibilités de justification de l'entrave

30. Le litige ne porte, dès lors, que sur la possibilité de justifier les mesures en cause en se fondant sur l'article 36 du traité, puisqu'il n'y a pas, en la matière, de droit dérivé susceptible d'apporter une solution au problème.

4 — Arrêt du 20 février 1979, Rewe-Zentral, dit «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649).

31. Il est, en effet, clair, et non contesté entre les parties, que la directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1998, sur la protection juridique des dessins ou modèles [5], n'apporte pas la solution au cas d'espèce.

32. En ce qui concerne la protection des pièces détachées destinées à la réparation des automobiles, son article 14 dispose ce qui suit:

« Disposition transitoire

Jusqu'à la date d'adoption des modifications apportées à la présente directive, sur proposition de la Commission, conformément aux dispositions de l'article 18, les États membres maintiennent en vigueur leurs dispositions juridiques existantes relatives à l'utilisation du dessin ou modèle d'une pièce utilisée dans le but de permettre la réparation d'un produit complexe en vue de lui rendre son apparence initiale et n'introduisent des modifications à ces dispositions que si l'objectif en est de libéraliser le marché de ces pièces. »

33. Il en résulte que la directive 98/71 n'opère pas une harmonisation complète puisque, en ce qui concerne le cas particulier des pièces en cause dans la présente affaire, elle renvoie au droit national. C'est donc bien au traité qu'il y a lieu de se référer pour apprécier la compatibilité des dispositions nationales avec le droit communautaire [6].

34. L'article 14, précité, invoqué par la partie défenderesse, n'implique évidemment pas que toute mesure qu'un État membre maintiendrait en vigueur serait automatiquement conforme au droit communautaire, puisque cette disposition ne saurait dispenser les autorités nationales du respect du traité.

35. Le gouvernement français invoque encore deux autres arguments tirés d'actes de droit dérivé.

36. Il insiste, tout d'abord, sur l'étendue des prérogatives que le droit communautaire reconnaît aux États membres en matière de contrôle, qu'il s'agisse d'une réglementation nationale ou communautaire. Selon lui, ce principe serait illustré par la décision n° 3052/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1995, établissant une procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté [7].

5 — JO L 289, p. 28.

6 — Voir, à titre d'exemple d'une jurisprudence constante, l'arrêt du 10 juillet 1984, Campus Oil e.a. (72/83, Rec. p. 2727).

7 — JO L 321, p. 1.

37. La partie défenderesse admet, certes, comme le souligne la Commission, que le fait qu'une mesure soit susceptible d'être notifiée au titre de cette procédure n'entraîne en rien une présomption de validité de ladite mesure. Elle estime cependant que cette décision démontre qu'une mesure de contrôle nationale n'est pas, a priori, contraire au droit communautaire.

38. Même à supposer cette déduction exacte, il ne s'ensuit cependant pas non plus qu'une telle mesure ne pourrait jamais être contraire au droit communautaire. Il y a lieu d'examiner chaque cas particulier à l'aune des dispositions du traité et de la jurisprudence de la Cour.

39. Le gouvernement français cherche également à tirer argument du règlement (CE) n° 3295/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, fixant des mesures en vue d'interdire la mise en libre pratique, l'exportation, la réexportation et le placement sous un régime suspensif des marchandises de contrefaçon et des marchandises pirates [8].

40. Il expose que les mesures de retenue critiquées sont compatibles avec les dispositions dudit règlement qui accordent aux États membres de larges pouvoirs afin d'assurer la défense des droits des titulaires de droits de propriété intellectuelle contre les contrefaçons en provenance de pays tiers.

41. En particulier, le règlement n° 3295/94 permettrait au titulaire d'un droit de présenter une demande écrite auprès des autorités douanières afin que celles-ci interviennent lorsque des marchandises de contrefaçon sont déclarées pour la mise en libre pratique, l'exportation ou la réexportation ou sont découvertes à l'occasion d'un contrôle.

42. La partie défenderesse cite, en outre, les conclusions de l'avocat général dans l'affaire Polo/Lauren [9], qui confirmeraient que le règlement n° 3295/94 permet aux États membres de s'opposer au transit sur leur territoire de marchandises de contrefaçon originaires d'un pays tiers et destinées à être réexportées vers un autre pays tiers.

43. Le gouvernement français accepte cependant l'argument de la Commission selon lequel le règlement n° 3295/94 n'est applicable qu'aux marchandises en provenance de pays tiers, qui, contrairement aux marchandises légalement fabriquées dans un État membre, ne bénéficient pas du principe de la libre circulation des marchandises.

8 — JO L 341, p. 8.

9 — Conclusions de M. Ruiz Jarabo Colomer, en date du 16 décembre 1999 (arrêt du 6 avril 2000, C-383/98, Rec. p. I-2519).

44. Il fait toutefois valoir que, en l'absence des mesures critiquées par la Commission, l'objectif du règlement n° 3295/94 serait gravement compromis. En effet, il suffirait alors que des États membres plus «laxistes» mettent les marchandises en libre pratique sur leur territoire pour qu'elles ne puissent pas être interceptées par un État membre plus soucieux de la protection de la propriété industrielle et commerciale, lorsqu'il est simple État de passage.

45. Le fait de vouloir mettre en œuvre, même avec un zèle supérieur à celui des États membres que la partie défenderesse qualifie de «laxistes», une disposition de droit dérivé ne saurait justifier une violation du traité.

46. De plus, il est de jurisprudence constante que, lorsqu'un État membre estime qu'un autre a violé les obligations que lui impose le droit communautaire, il ne lui appartient pas de recourir à des mesures nationales pour remédier à cette situation mais aux moyens que lui octroie à cette fin le droit communautaire.

47. Le gouvernement français nuance ensuite son argumentation en rappelant que l'intervention des autorités douanières prévue par le règlement n° 3295/94 n'a lieu que si l'importation porte atteinte au droit dans l'État membre où l'intervention des autorités est demandée. Il s'ensuivrait que rien n'empêcherait un opérateur d'un pays tiers d'obtenir dans un autre État membre la mise en libre pratique des marchandises qui seraient des contrefaçons au sens du droit français. Celles-ci bénéficieraient ainsi du statut de marchandise communautaire et devraient alors, selon le point de vue de la Commission, pouvoir traverser librement le territoire français, ce qui compromettrait la réalisation des objectifs du règlement n° 3295/94.

48. Remarquons, tout d'abord, qu'il n'apparaît pas que les mesures critiquées par la Commission soient conformes aux dispositions du règlement n° 3295/94.

49. Celui-ci prévoit, en effet, dans son article 3 que la demande dont sont saisies les autorités douanières doit viser des produits en provenance d'un pays tiers. Or, il n'est pas allégué par la partie défenderesse que la même condition est applicable aux retenues prévues par la législation française.

50. En outre, la demande doit viser des situations bien précises, à savoir celles où les marchandises en cause sont déclarées pour la mise en libre pratique, l'exportation, la réexportation ou découvertes lors d'un contrôle de marchandises placées sous un régime suspensif au sens du code des douanes communautaire.

51. Or, il n'est pas contesté que la possibilité de retenue n'est pas subordonnée en droit français à l'existence de l'une de ces situations.

52. Force est donc de constater que les mesures de retenue critiquées par la Commission ont un champ d'application beaucoup plus vaste que les mesures prévues par le règlement n° 3295/94 et ne sauraient donc être considérées comme justifiées par l'objectif de celui-ci.

53. Il importe de rappeler, en outre, que, en tout état de cause, un État membre ne saurait alléguer la conformité d'une mesure avec l'objectif d'un acte de droit dérivé pour justifier une violation du traité. En effet, un acte de droit dérivé ne saurait avoir pour effet d'affecter l'étendue des obligations d'un État membre en vertu du traité.

54. Concernant celles-ci, la Commission fait valoir les arguments suivants, destinés à démontrer l'existence d'une violation des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises.

55. S'agissant de la protection de la propriété industrielle, elle note qu'il ressort de la jurisprudence constante de la Cour que cette dérogation n'est admise que si les mesures nationales en cause sont nécessaires et proportionnées pour sauvegarder les droits qui constituent l'objet spécifique de la propriété industrielle protégée.

56. À cet égard, l'invocation par les autorités françaises de la jurisprudence de la Cour relative au droit des marques ne serait pas directement pertinente dans la mesure où les pièces détachées en cause ne comportaient pas de marques contrefaites.

57. S'agissant de la protection des dessins et modèles, et notamment de la protection applicable aux pièces de rechange automobiles, la Commission fait référence à l'arrêt CICRA et Maxicar, précité. La Cour aurait jugé compatible avec le traité une législation nationale en vertu de laquelle un fabricant d'automobiles, titulaire d'un brevet pour modèle ornemental sur des pièces de rechange destinées aux voitures de sa fabrication, peut interdire à des tiers de fabriquer, aux fins de la vente sur le marché intérieur ou de l'exportation, des pièces protégées ou empêcher l'importation d'autres États membres de telles pièces qui y auraient été fabriquées sans son consentement. La Cour aurait souligné qu'une telle législation visait, en effet, à protéger la substance même du droit exclusif conféré au titulaire et qu'elle n'était donc pas contraire aux articles 30 et 36 du traité.

58. Le droit exclusif conféré au titulaire du droit sur les dessins et modèles recouvrirait la fabrication et la commercialisation sur le territoire national et ne saurait avoir pour effet de protéger ce droit sur d'autres marchés, compte tenu du principe de terri-

torialité du droit de la propriété industrielle, que la Cour aurait notamment consacré dans son arrêt IHT Internationale Heiztechnik et Danziger [10]. Or, en l'espèce, les produits visés ne seraient ni fabriqués en France ni destinés à être mis sur le marché français. Les retenues effectuées par les autorités françaises ne pourraient donc être interprétées comme protégeant l'objet spécifique du droit tel que défini par la Cour.

59. Dans l'arrêt CICRA et Maxicar, précité, la Cour aurait certes estimé qu'une interdiction non seulement d'importer, mais aussi d'exporter les marchandises violant le droit exclusif, était justifiée, mais il ressortirait de l'arrêt que c'est la fabrication sur le territoire national, en violation du droit exclusif, qui pourrait légitimement être interdite, que cette fabrication soit effectuée aux fins de la vente sur le marché intérieur ou de l'exportation.

60. Le simple transit sur le territoire français ne constituerait pas par lui-même une atteinte au droit exclusif reconnu par le droit français au titulaire du droit sur les dessins et modèles.

61. Si l'on admettait les retenues douanières pratiquées en France sur des marchandises communautaires en transit, dans le cas d'espèce, cela reviendrait à étendre à d'autres États membres l'application de la loi française, ce qui serait contraire au principe consacré par la Cour selon lequel il appartient à chaque législateur national de déterminer les produits qui peuvent bénéficier de la protection industrielle. L'effet extra-territorial serait encore accru du fait de la situation centrale de la France au plan géographique dans la Communauté européenne. Ainsi, la protection industrielle acquise en France par un opérateur suffirait à lui assurer des droits exclusifs dans l'ensemble de la Communauté au détriment de produits légalement fabriqués en Espagne et au Portugal.

62. Ces exemples montreraient que l'équilibre qui doit être trouvé entre la protection de la propriété industrielle et le principe de libre circulation, tel qu'il a été rappelé dans l'arrêt Keurkoop [11], serait manifestement rompu au détriment de ce dernier.

63. La protection de la propriété industrielle ne justifierait donc pas les retenues douanières pratiquées sur des marchandises communautaires en transit bénéficiant du principe de libre circulation.

64. S'agissant de l'article 36, le gouvernement français souligne quant à lui que la protection de la propriété industrielle et commerciale fait partie des exceptions au principe de libre circulation des marchandises. La retenue pour contrôle serait adaptée à cette finalité. Le critère de proportionnalité serait satisfait par le

10 — Arrêt du 22 juin 1994 (C-9/93, Rec. p. I-2789).

11 — Arrêt du 14 septembre 1982 (144/81, Rec. p. 2853).

caractère temporaire de la retenue et par le fait qu'elle ne porterait pas atteinte à l'intégrité des produits.

65. Dans le cadre de la propriété industrielle, la Cour aurait trouvé un équilibre entre la libre circulation des marchandises et la légitime sauvegarde des droits portant sur des propriétés incorporelles. Elle aurait ainsi déclaré que toute mesure est proportionnée donc licite si elle a pour objet d'assurer la sauvegarde de l'objet spécifique de la propriété en cause.

66. En matière de dessins et modèles, l'arrêt de référence serait l'arrêt Keurkoop, précité. Dans cette affaire, l'avocat général, reprenant les observations de la Commission, définit l'objet spécifique comme «le droit exclusif du titulaire à commercialiser un produit revêtant une forme déterminée». Les mesures prises par le titulaire des droits appartiendraient donc à l'objet spécifique de la propriété du modèle lorsqu'elles tendent à faire respecter ses droits exclusifs.

67. Dans l'arrêt Keurkoop, précité, la Cour a jugé que le titulaire d'un droit à un modèle, acquis en vertu de la législation d'un État membre, peut s'opposer à l'importation de produits en provenance d'un autre État membre et ayant un aspect identique au modèle proposé. Le gouvernement français considère que, si l'on applique cette jurisprudence à l'affaire en objet, on peut conclure que, en matière de transit de copies serviles de pièces détachées automobiles, dans les affaires où des copies de modèles seraient mises en circulation sans l'accord du titulaire des droits, les actions tendant à empêcher l'importation, l'exportation, le transit ou la vente de ces marchandises sur le territoire national pour la première fois ne constituent que l'exercice licite des droits de propriété industrielle.

68. À l'appui de cette analyse, le gouvernement français cite un passage des observations de la Commission dans la nouvelle affaire Renault, C-38/98, précitée, actuellement pendante devant la Cour, qui, selon lui, reprend l'essentiel du dispositif de l'arrêt de la Cour dans l'affaire CICRA et Maxicar, précitée: «dans l'état actuel du droit communautaire, les articles 30 et 36 du traité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'une législation nationale permette au titulaire de droits spécifiques de propriété industrielle sur les pièces détachées, dont l'ensemble constitue la carrosserie d'un type de voiture automobile déjà mis sur le marché, d'exercer ces droits spécifiques d'exclusivité en interdisant à des tiers de fabriquer, vendre, importer ou exporter des pièces de rechange non originales pour ces pièces détachées et en invoquant la protection judiciaire correspondante pour faire valoir ces interdictions».

69. En conclusion, le gouvernement français considère que les contrôles pratiqués pour assurer la protection des dessins et modèles portant sur des pièces détachées automobiles selon des modalités qui ne sont pas harmonisées au plan communautaire n'entrent pas nécessairement dans le champ d'application de l'article 30 et, le cas

échéant, relèveraient de l'exemption visée à l'article 36 du traité à l'égard des restrictions qui sont justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle.

70. Que faut-il penser de ces arguments?

71. Je ne partage pas l'analyse que fait la partie défenderesse de la jurisprudence qu'elle cite.

72. En effet, en ce qui concerne l'affaire CICRA et Maxicar, précitée, je rappellerai qu'elle concerne la situation où le titulaire du droit vise à empêcher la fabrication du produit couvert par ledit droit. Comme l'expose la Commission, on ne saurait, sans autre forme de procès, assimiler la fabrication sur le territoire protégé au simple transit à travers celui-ci.

73. Dès lors, le fait que la Cour a jugé que le droit d'empêcher la fabrication relevait de l'essence même du droit de propriété intellectuelle ne permet pas de supposer qu'il en irait de même du droit d'empêcher le simple transit.

74. Pour des raisons similaires, je ne suis pas convaincu par le raisonnement que la partie défenderesse cherche à fonder sur l'arrêt Keurkoop, précité. En effet, la Cour a jugé dans cette affaire que le droit de s'opposer à la commercialisation d'un produit importé identique dans son aspect à celui protégé par le droit au modèle relève en principe de l'essence même du droit de propriété industrielle et commerciale. En revanche, l'arrêt n'évoque pas la question, différente, du transit, qui ne se posait pas.

75. Dès lors, les mêmes raisons qui limitent la pertinence en l'espèce de la jurisprudence CICRA et Maxicar, précitée, nous empêchent également d'opérer, comme le fait la défenderesse, un raisonnement par analogie fondé sur l'arrêt Keurkoop, précité.

76. Comme l'expose la Commission, il est de jurisprudence constante que seules les mesures visant à assurer la protection des droits exclusifs qui constituent l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle sont susceptibles de bénéficier de l'exception au principe fondamental de la libre circulation qu'énonce l'article 36 du traité [12].

L'objet spécifique du droit de dessin ou modèle

77. Comme les parties, je concentrerai, en effet, mon analyse sur la protection du

12 — Arrêt du 8 juin 1971, Deutsche Grammophon (78/70, Rec. p. 487).

droit de dessin ou modèle, puisqu'il ressort du dossier que les pièces concernées par les plaintes à l'origine du recours de la Commission ne comportaient pas de marque contrefaite et étaient protégées par un tel droit.

78. Une première indication nous est fournie par la directive 98/71 elle-même [13]. Celle-ci dispose, en effet, dans son article 12, intitulé «Droits conférés par l'enregistrement», que:

«L'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire le droit exclusif de l'utiliser et d'interdire à tout tiers n'ayant pas son consentement de l'utiliser. Par utilisation au sens de la présente disposition, on entend en particulier la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation ou l'utilisation d'un produit dans lequel le dessin ou modèle est incorporé ou auquel celui-ci est appliqué, ou le stockage du produit aux fins précitées.»

79. On chercherait en vain dans cette énumération, certes exemplative puisque précédée des mots «en particulier», une référence au simple transport du produit.

80. En tout état de cause, il en résulte indubitablement que l'objet spécifique du droit est la faculté d'empêcher l'«utilisation» du produit. Que recouvre cette notion?

81. On voit clairement comment le fait de fabriquer des produits identiques, au moins par leur apparence, au produit protégé implique une «utilisation» du dessin ou modèle. En effet, une telle fabrication suppose d'imiter l'apparence du produit, apparence qui est justement la caractéristique du produit visée par le droit de dessin ou modèle.

82. Il en va de même pour la commercialisation de produits imitant l'apparence du produit protégé. En effet, celle-ci est décisive pour le consommateur achetant un produit faisant l'objet d'un droit de dessin ou modèle, sinon il n'y aurait guère d'intérêt à vouloir la protéger par un droit exclusif. Le succès de la commercialisation dépend donc en particulier de l'apparence du produit offert à la vente.

83. En revanche, on ne saurait alléguer que le transporteur «utilise» le produit d'une façon comparable aux deux hypothèses ci-dessus. En effet, aux fins de la prestation de transport, l'apparence des produits transportés est dénuée d'importance et le bénéfice que le transporteur tirera de sa prestation n'en dépend pas. Au contraire, la réussite de la fabrication et de la commercialisation est inséparable de l'apparence

13 — Voir point 31 ci-dessus.

du produit, apparence que le droit vise à protéger.

84. Il est, dès lors, parfaitement logique que le titulaire du droit soit susceptible d'obtenir le paiement de royalties de la part de ceux à qui il accorde une licence de fabrication ou de distribution. On imagine par contre beaucoup plus difficilement qu'il puisse convaincre un transporteur de lui payer des royalties pour avoir l'honneur de transporter les marchandises protégées par son droit [14].

85. Il y a donc bien différence de nature entre le simple transport, d'une part, la fabrication ou la commercialisation, de l'autre.

86. D'ailleurs, le titulaire du droit ne vise pas à s'opposer au transport, considéré à titre isolé. En effet, son intérêt est d'empêcher lesdites pièces de parvenir à un consommateur qui pourra procéder à leur achat sans que le titulaire du droit ait pu obtenir la rétribution qu'implique la possession d'un droit de propriété intellectuelle. Dès lors, la seule raison pour laquelle le titulaire du droit pourrait vouloir s'opposer au simple transport des pièces litigieuses est le fait que ledit transport va s'achever par la mise sur le marché, qui constitue l'événement que veut en réalité empêcher le titulaire du droit.

14 — La situation serait bien entendu différente si, par exemple, le titulaire du droit détenait également un droit de marque et permettait au transporteur de se référer à cette marque à des fins publicitaires. Par exemple: entreprise X, transporteur de confiance du constructeur Y.

87. Ce n'est donc que dans le contexte d'une commercialisation ultérieure que le transport est susceptible de porter préjudice aux intérêts du titulaire du droit. En revanche, pris isolément, il est sans pertinence au regard de ceux-ci et ne saurait donc, contrairement à la fabrication ou à la commercialisation, relever de la protection de l'objet spécifique du droit.

88. Cette analyse est confirmée par toute la jurisprudence de la Cour en matière de propriété intellectuelle. En effet, quel que soit le droit en cause [15], la Cour a toujours fait une référence explicite, pour définir l'objet spécifique dudit droit, à la mise sur le marché.

89. Il en va de même pour ce qui est des droits de propriété intellectuelle qui ont déjà fait l'objet d'une harmonisation par le législateur communautaire [16].

15 — En ce qui concerne le droit de brevet: arrêt du 31 octobre 1974, Sterling Drug (15/74, Rec. p. 1147). En ce qui concerne les obtentions végétales: arrêt du 8 juin 1982, Nungesser et Eisele/Commission (258/78, Rec. p. 2015). En ce qui concerne le droit d'auteur: arrêt Deutsche Grammophon, précité. En ce qui concerne la marque: arrêt du 31 octobre 1974, Winthrop (16/74, Rec. p. 1183).

16 — Voir, par exemple, l'article 5 de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1); l'article 13 du règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales (JO L 227, p. 1); l'article 5 de la directive 87/54/CEE du Conseil, du 16 décembre 1986, concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (JO 1987, L 24, p. 36); l'article 25 de l'accord en matière de brevets communautaires, fait à Luxembourg le 15 décembre 1989 (JO L 401, p. 1), et l'article 20 de la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil, relative au rapprochement des régimes juridiques de protection des inventions par modèle d'utilité [COM(99) 309 final].

90. On ne voit pas pourquoi il y aurait lieu de s'écarter de tous ces précédents et d'accorder au dessin ou modèle une protection plus étendue que celle dont bénéficient, par exemple, le droit d'auteur ou le brevet, ce d'autant moins que la directive relative au dessin ou modèle met l'accent, elle aussi, sur la fabrication et la commercialisation.

91. Il s'ensuit que des mesures nationales visant non pas à préserver le droit exclusif du titulaire de fabriquer ou de commercialiser l'objet protégé, mais à empêcher le simple transit de celui-ci à travers le territoire auquel s'applique le droit, ne peuvent pas être justifiées par la protection de l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle.

92. On pourrait, certes, alléguer que, en l'espèce, les mesures litigieuses visent quand même à protéger l'objet spécifique du droit puisque, en y recourant, le titulaire du droit peut empêcher les marchandises concernées d'atteindre un autre État membre où elles sont destinées à être commercialisées.

93. Cet argument néglige cependant le fait que, dans le cas de figure qui fait l'objet du recours de la Commission, le droit de l'État membre auquel lesdites marchandises sont destinées admet leur commercialisation.

94. Accepter cet argument conduirait donc à donner un effet sur le territoire de cet autre État membre à l'interdiction existant en France. Ceci constituerait, comme l'expose la Commission, un effet extra-territorial du droit français, contraire au principe de territorialité du droit de propriété intellectuelle. Or, celui-ci relève de l'essence même du droit, puisque ce dernier doit s'analyser comme un monopole sur le territoire auquel il s'applique, et a été consacré par la jurisprudence de la Cour [17].

95. Il serait, en outre, paradoxal de permettre, en l'espèce, à un opérateur d'empêcher le transport à travers un État membre et ainsi, par ricochet, la commercialisation dans un autre, où elle serait légale, alors que la prestation de transport est accessoire par rapport à la commercialisation. On aboutirait, en effet, à ce que le principal suive l'accessoire plutôt que l'inverse.

96. La partie défenderesse fait encore valoir que les mesures de retenue relèveraient de la protection de l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle, puisque celui-ci inclurait en tout état de cause le droit du titulaire de se réserver la première mise en circulation des marchandises protégées par le droit.

97. Or, en l'espèce, les pièces litigieuses seraient «mises en circulation» pour la première fois en France. Le traité permet-

17 — Voir l'arrêt IHT Internationale Heiztechnik et Danziger, précité.

trait, dès lors, que la législation française donne au titulaire du droit de propriété intellectuelle la possibilité de s'opposer à ladite « mise en circulation ».

98. Cet argument me semble reposer sur une confusion entre la notion de « mise en circulation » au sens purement physique du terme et la « mise en circulation » au sens que le droit communautaire donne à cette expression.

Une interdiction du transit est-elle nécessaire?

99. En effet, lorsque la jurisprudence de la Cour relative à la libre « circulation » des marchandises évoque la « mise en circulation » dans un autre État membre, elle ne vise pas le simple fait de les déplacer à bord d'un moyen de transport, mais bien plutôt la mise sur le marché desdites marchandises.

100. Dès lors, dans le cas où, comme dans l'hypothèse visée par le recours de la Commission, des marchandises sont déplacées physiquement sur le territoire d'un État membre avant d'être mises sur le marché dans un autre, c'est dans celui-ci qu'a lieu la première « mise en circulation », contrairement à ce qu'expose la partie défenderesse.

101. Le caractère problématique du recours à un critère purement physique est d'ailleurs démontré par les circonstances de l'espèce. En effet, dans ce sens-là, la première mise en circulation des marchandises qui font l'objet du recours de la Commission ne se situe pas non plus en France, mais en Espagne puisque, fabriquées dans cet État, ces pièces y ont nécessairement commencé leur « circulation » au moment où elles ont quitté l'usine.

102. La partie défenderesse fait encore valoir que les mesures de retenue critiquées par la Commission seraient indispensables pour garantir l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon, lutte dont la légitimité serait attestée par les priorités définies en la matière tant dans le cadre communautaire que dans le contexte du troisième pilier.

103. Le recours de la Commission viendrait donc compromettre gravement les objectifs poursuivis par la Communauté.

104. Plus spécifiquement, le gouvernement français expose que les mesures de retenue, avec l'interdiction susceptible d'en découler, seraient nécessaires pour éviter tout risque de voir les pièces, fabriquées dans un autre État membre, vendues clandestinement en France au lieu d'être amenées à

leur destination alléguée, c'est-à-dire dans un autre État membre.

105. En d'autres termes, les mesures concernées ne devraient pas être comprises comme visant à faire entrer le simple transit dans l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle, mais simplement comme destinées à garantir le respect des prérogatives que le droit communautaire reconnaît au titulaire du droit, à savoir, comme nous l'avons vu, le droit exclusif de fabriquer et de commercialiser le produit protégé.

106. La retenue, préalable à l'interdiction totale du passage des marchandises, serait donc nécessaire parce que, si l'on permettait le transit à travers la France de pièces légalement fabriquées dans un autre État membre et destinées à être légalement commercialisées dans un autre État membre, le risque serait trop grand de voir ce «transit» se transformer en importations clandestines, qui constitueraient incontestablement des violations des prérogatives du titulaire du droit de propriété intellectuelle.

107. Il est vrai que des mesures de retenue qui viseraient uniquement à empêcher la commercialisation en France de pièces fabriquées sans le consentement du titulaire du droit relèveraient effectivement de la protection de l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle, puisque celui-ci est constitué par le droit exclusif du titulaire de fabriquer et de mettre sur le marché le produit protégé sur le territoire auquel le droit s'applique, droit exclusif dont il est bien entendu susceptible de disposer par l'octroi de licences.

108. Il ressort cependant de la jurisprudence constante de la Cour qu'il ne suffit pas qu'une mesure restrictive d'une liberté fondamentale du traité relève de l'une des causes d'exonération énumérées à l'article 36 du traité, encore faut-il qu'elle soit proportionnée à l'objectif à atteindre [18].

109. Dans le cas particulier des mesures de contrôle, la Cour a jugé que, pour qu'une procédure nationale de contrôle soit justifiée au regard de l'article 36 du traité, il faut que l'objectif visé ne puisse pas être atteint de manière aussi efficace par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires. Cette procédure ne doit donc pas comporter des frais ou des délais déraisonnables [19].

110. Or, on ne saurait considérer que respectent le principe de proportionnalité des mesures telles que celles en cause en l'espèce, prises pour éviter le risque de voir commercialiser en France des cargaisons prétendument destinées au marché d'un autre État membre, et sans qu'il soit possible d'y échapper s'il est établi que les marchandises sont destinées à un autre État membre.

18 — Arrêts du 20 mai 1976, De Peijper (104/75, Rec. p. 613), et Campus Oil e.a., précité.

19 — Arrêt du 11 juin 1987, Gofette et Gilliard (406/85, Rec. p. 2525, point 10).

111. La Cour a d'ailleurs déjà souligné dans l'arrêt Monsees [20] la gravité de mesures aboutissant à une interdiction totale du transit.

112. Une telle mesure d'interdiction affecte gravement les flux commerciaux à travers un marché que l'on voudrait unique. Elle devrait donc être un instrument de dernier recours et non pas, comme en l'espèce, la mesure de droit commun.

113. C'est, selon moi, à tort que la partie défenderesse affirme que la Commission n'a pas évoqué de mesures moins restrictives des échanges qui seraient susceptibles de parer au risque allégué.

114. Ainsi, la Commission souligne qu'un simple contrôle documentaire devrait être de nature à garantir que les cargaisons contrôlées proviennent effectivement d'un autre État membre et sont destinées à un autre État membre. Je partage ce point de vue.

115. Notons, tout d'abord, que, dans de nombreux cas, la Cour a jugé que des interdictions d'importation étaient excessives par rapport à l'objectif allégué et que des mesures d'étiquetage devaient être considérées comme suffisantes [21]. Tel doit donc être a fortiori le cas pour une interdiction du transit.

116. Il me semble, en effet, très difficilement concevable qu'un contrôle fondé sur l'examen de la documentation accompagnant le chargement ne soit pas suffisant à cette fin. Or, un tel contrôle documentaire constituerait à l'évidence une mesure moins restrictive que les retenues critiquées par la Commission.

117. La partie défenderesse fait valoir, à cet égard, que l'exigence de posséder des documents est en elle-même susceptible de constituer une entrave à la libre circulation des marchandises.

118. Tel est bien entendu le cas. Toutefois, cette objection est à écarter lorsque, comme en l'espèce, un contrôle fondé sur des documents est une mesure moins restrictive que celle appliquée par un État membre et proportionnée à l'objectif allégué, à savoir la sauvegarde de l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle.

119. Le gouvernement français ajoute que, dans de nombreux cas, les camions inter-

20 — Arrêt du 11 mai 1999 (C-350/97, Rec. p. I-2921).

21 — Arrêts du 10 novembre 1982, Rau (261/81, Rec. p. 3961), et du 14 juillet 1988, 3 Glocken et Kritzinger (407/85, Rec. p. 4233).

ceptés par les services compétents n'ont pas le moindre document à présenter aux autorités.

120. Une telle affirmation ne peut manquer de paraître surprenante. En effet, même si la Commission ne cite aucune réglementation générale qui imposerait la détention de documents pertinents, force est de rappeler que la prestation de transport ne s'accomplit pas seulement dans un certain contexte législatif et réglementaire, mais également sur la base d'arrangements contractuels dont on envisage difficilement qu'ils n'aient aucune forme écrite. La partie défenderesse évoque elle-même, à cet égard, le fait que les contrats commerciaux se traduisent habituellement par l'existence de documents tels que des bons de commande, des contrats, des bordereaux de livraison ou des factures.

121. Ainsi, il ressort du dossier que les opérateurs ayant fait l'objet des retenues à l'origine de la plainte ayant amené la Commission à intenter le présent recours disposaient de documents tels que des factures.

122. De plus, compte tenu de la possibilité de recourir à des moyens de communication modernes, il me semble que les autorités compétentes devraient pouvoir se faire envoyer lesdits documents dans un délai inférieur à dix jours, lorsqu'elles procèdent au contrôle d'un transporteur totalement démuni de documents.

123. En tout état de cause, l'argument est dénué de pertinence. En effet, le fait que certains opérateurs ne respecteraient même pas une obligation de détenir des documents ne saurait justifier l'interdiction faite à tous d'exercer une liberté fondamentale du traité. En effet, rien n'empêcherait les autorités françaises, dans le cadre d'un contrôle reposant sur l'examen de documents, d'appliquer des procédures de retenue à l'encontre de ceux qui seraient totalement démunis de documents.

124. J'estime dès lors que, même si l'on considère que les retenues litigieuses visent à protéger l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle en excluant tout risque de voir un «transit» devenir une importation clandestine, elles ne sauraient échapper à la censure du droit communautaire, parce qu'elles seraient disproportionnées par rapport à l'objectif à atteindre.

La retenue en tant que mesure temporaire?

125. Le gouvernement français fait cependant allusion à la possibilité qu'un produit qui serait véritablement en transit soit autorisé à passer à l'issue de la retenue. Les mesures de retenue contestées n'entraîneraient donc pas en pratique, comme dans l'affaire Monsees, précitée, une interdiction du transit, mais un simple retard dans celui-ci.

126. Une telle affirmation ne me paraît que difficilement compatible avec la jurisprudence nationale citée par la partie défenderesse ainsi, d'ailleurs, que par la Commission.

127. Rappelons, à cet égard, qu'il ressort du dossier que, en vertu de la jurisprudence apparemment bien établie des juridictions françaises, le simple transport sur le territoire français de pièces détachées légalement fabriquées dans un autre État membre et destinées à être commercialisées dans un autre État membre est considéré comme constitutif du délit de contrefaçon et encourt donc diverses sanctions dont l'interdiction.

128. Ceci dit, cette affirmation m'amène toutefois à examiner la question de savoir si les retenues critiquées par la Commission seraient compatibles avec le droit communautaire si, au lieu de déboucher sur une interdiction de transit, elles avaient uniquement pour effet de retarder le passage de marchandises légalement fabriquées dans un État membre et destinées à être légalement commercialisées dans un autre État membre, passage qui serait autorisé dès lors qu'auraient été établies la provenance et la destination véritables des marchandises retenues.

129. En vertu des textes applicables, la retenue en question est susceptible de durer dix jours ouvrables. Une telle durée est de nature à entraîner des frais considérables pour l'opérateur qui fait l'objet de la mesure.

130. Le fait que, en pratique, cette durée soit susceptible d'être moindre est dénué de pertinence puisqu'il est de jurisprudence qu'un État membre ne saurait se prévaloir de l'existence d'une pratique conforme au droit communautaire pour maintenir en vigueur un texte qui ne le serait pas.

131. Il y a lieu de souligner, en outre, que le contrôle qu'auraient à opérer les services concernés ne serait pas une expertise technique complexe comme celle en cause dans l'affaire Commission/France [22], où la Cour n'avait pas explicitement considéré contraire au traité un délai de 21 jours pour procéder à l'expertise de vins importés.

132. En effet, les autorités ne seraient pas appelées à établir que les pièces détachées litigieuses sont conformes à une norme technique nationale ou communautaire, mais uniquement à vérifier leur provenance et leur destination à l'aide de documents. Ceci devrait se faire dans un délai se mesurant en heures plutôt qu'en jours.

133. J'en conclus que, même si les retenues qui font l'objet du recours de la Commis-

22 — Arrêt du 22 mars 1983 (42/82, Rec. p. 1013).

sion n'étaient pas susceptibles d'entraîner une interdiction totale de transit de marchandises légalement fabriquées dans un État membre et destinées à être commercialisées dans un autre État membre, et n'auraient donc pour seul effet qu'une suspension du passage desdites marchandises, elles ne seraient pas conformes aux exigences du droit communautaire.

134. Il ressort de ce qui précède que les procédures de retenue visées par le recours de la Commission constituent une entrave à la libre circulation des marchandises concernées, alors que celles-ci sont légalement fabriquées dans un État membre et destinées à être légalement commercialisées dans un autre État membre, entrave qui n'est pas susceptible de bénéficier de l'article 36 du traité.

Conclusions

135. J'estime donc qu'il y a lieu d'accueillir le recours de la Commission et

— de constater que, en mettant en œuvre, sur le fondement du code de la propriété intellectuelle, des procédures de retenue par les autorités douanières dirigées contre des marchandises légalement fabriquées dans un État membre de la Communauté européenne et destinées, après avoir transité par le territoire français, à être mises sur le marché d'un autre État membre, où elles peuvent légalement être commercialisées, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du traité CE (devenu, après modification, article 28 CE);

— de condamner la partie défenderesse aux dépens.