cet autre État membre par les titulaires des droits d'auteur ou avec le consentement de ceux-ci, le versement d'une redevance correspondant aux droits de licence habituellement perçus pour la commercialisation sur le marché national, déduction faite des droits de licence moins élevés payés dans l'État membre de fabrication.

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart

Koopmans O'Keeffe Bosco Touffait

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 20 janvier 1981.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président

J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN-PIERRE WARNER, PRÉSENTÉES LE 11 NOVEMBRE 1980 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

La Cour est saisie de ces deux affaires par des demandes de décision à titre préjudiciel présentées par le Bundesgerichtshof. Dans chacune d'elles, la partie défenderesse dans la procédure pendante devant cette juridiction est la GEMA ou, pour donner son nom entier, la Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte. Dans l'affaire 55/80, la partie demanderesse en révision est la Firma Musik-Vertrieb membran GmbH, qui exerce son activité à Hambourg comme importateur et distributeur de supports de son. Dans l'affaire 57/80, la demanderesse en révision est la firme K-tel International GmbH qui exerce une activité similaire à Francfort-sur-le-Main. La question litigieuse entre la GEMA et les demanderesses en révision est, en substance, celle de savoir si ces dernières sont tenues de verser certains montants au titre des droits d'auteur d'œuvres musicales reproduites sur des supports de son

1 — Traduit de l'anglais.

importés en république fédérale d'Allemagne en provenance d'autres États membres.

La GEMA est, comme vous le savez, Messieurs, une société allemande de droits d'auteur. Dans la mesure où cela revêt ici de l'importance, elle a pour tâche de veiller aux intérêts des compositeurs. Elle est membre du BIEM (le Bureau international des sociétés gérant les droits d'enregistrement et de reproduction mécanique), auquel appartiennent les sociétés de droits d'auteur de nombreux pays, y compris toutes les sociétés de ce genre établies dans les États membres de la Communauté.

Il existe entre les membres du BIEM et entre ceux-ci et les fabricants de supports de son qui sont membres du IFPI (la Fédération internationale de l'industrie phonographique) un système d'accords qui a pour résultat de protéger la quasi-totalité du répertoire mondial des œuvres musicales qui fait l'objet de droits d'auteur.

Parmi les documents produits devant la Cour figurent deux contrats types, l'un utilisé par la GEMA et l'autre utilisé par d'autres membres du BIEM, pour l'octroi à un fabricant de disques d'une licence l'autorisant à fabriquer et à vendre des disques d'œuvres faisant partie de ce répertoire. Ces contrats types prévoient que le fabricant peut exporter tout ou partie de sa production et ils fixent les taux de redevance qu'il doit payer pour les disques qu'il fabrique, selon leur destination.

Le paragraphe 10 du contrat type de la GEMA stipule que, pour les disques destinés à être vendus en république fédérale d'Allemagne, le fabricant acquitte une redevance égale à 8 % du prix de vente au détail allemand, sous réserve de variations qui y sont prévues et qui, selon le cas, peuvent se traduire soit par une hausse, soit par une baisse. Le paragraphe 11 dispose, en termes généraux et sous réserve de dérogations, que, dans le cas d'exportations, les redevances sont celles qui sont normalement acquittées par les fabricants dans le pays de destination.

Le modèle BIEM, par l'effet combiné de son article V et de l'annexe IV, prévoit, dans la mesure où il revêt de l'importance, que:

(1) en Europe continentale, le taux de la redevance est de 8 % du prix de vente au détail du disque dans le pays concerné;

(2) dans les pays où la redevance est fixée par la loi, les œuvres couvertes par la licence «jouiront à tous les égards des conditions qui sont ou seraient accordées aux œuvres des répertoires nationaux par les productions de ces pays.»

Là encore, il existe des dispositions prévoyant une variation vers le haut ou vers le bas dans des cas particuliers.

Le débat devant la Cour est parti de la supposition que, finalement, le taux de la redevance acquittée dans tous les États membres de la Communauté autres que le Royaume-Uni et l'Irlande était de 8 %, ou à peu près, du prix de vente au détail local.

La situation au Royaume-Uni est différente en raison de la section 8 de la Copyright Act 1956. Cette section, dont le titre en marge est «Exception spéciale en matière d'enregistrement d'œuvres musicales», dispose, en résumé, que, dès lors que des enregistrements d'une œuvre

musicale ont été effectués ou importés au Royaume-Uni aux fins de leur vente au détail par le titulaire du droit d'auteur de l'œuvre ou avec son autorisation, tout autre fabricant peut, sans porter atteinte au droit d'auteur, reproduire l'œuvre en vue de la vente au détail après avoir notifié son intention au titulaire du droit d'auteur et après lui avoir versé une redevance de 6,25 % du prix de vente final normal de chaque support de son, sous réserve d'un minimun de trois farthings (aujourd'hui 0,313 d'un nouveau penny) par support de son.

Il apparaît qu'en pratique, l'existence de la section 8 a pour résultat qu'aucun fabricant de supports de son au Royaume-Uni n'acceptera d'acquitter une redevance supérieure à 6,25 % parce que, s'il le faisait, il risquerait d'être évincé par des concurrents. L'importance de cette section réside ainsi, semble-t-il, non pas dans l'application effective du régime de licences fixé par la loi — parce que le nombre des cas dans lesquels cette procédure est utilisée, est apparemment faible —, mais dans son incidence sur les négociations en vue de l'octroi des licences. La section fixe un plafond que le fabricant prudent ne dépassera pas. (Voir le rapport du comité chargé d'étudier la loi sur les droits d'auteurs et sur les dessins, Cmnd. 6732, 1977, le «Rapport Whitford», chap. 6).

La sous-section 3 de la section 8 confère au Board of Trade (aujourd'hui le Department of Trade) le pouvoir de modifier, après l'approbation par une résolution de chaque chambre du Parlement, le taux de la redevance fixée par la loi, s'il apparaît, à la suite d'une enquête publique, que ce taux a cessé d'être équitable. Une telle enquête a été menée en 1976 et en 1977. Elle a eu pour résultat qu'aucune modification n'a été recommandée ni pour le taux normal de 6,25 %, ni pour le minimum de 0,313 pence. Il apparaît que des éléments de preuve aient été apportés à l'occasion de cette enquête quant à la situation qui résulte de la mise en œuvre des accords BIEM dans trois autres États membres, à savoir la république fédérale d'Allemagne, la France et les Pays-Bas. L'enquête a établi que, en raison de variations par rapport au taux de base de 8 %, le taux moyen effectif de la redevance dans ces États membres était inférieur à 8 %: 7,18 % en république fédérale d'Allemagne, 7,01 % en France et 6,96 % aux Pays-Bas. (Voir le Rapport de l'enquête, Cmnd. 6903, 1977, en particulier les pages 14 à 15 et 37).

Le régime appliqué en Irlande, qui a été institué par la Copyright Act 1963, est similaire à celui qui existe au Royaume-Uni, mais il diffère sur un point important. La section 13 de la loi de 1963 dispose, à l'instar de la section 8 de la loi britannique de 1956, qu'il n'est pas porté atteinte au droit d'auteur d'une œuvre musicale dès lors qu'un fabricant produit en Irlande, aux fins de la vente au détail, des disques de cette œuvre, si de tels disques ont été au préalable produits ou importés en Irlande aux fins de la vente au détail par le titulaire du droit d'auteur ou avec son autorisation, et si le fabricant a notifié au titulaire du droit d'auteur son intention de fabriquer ces disques. La différence réside dans le fait qu'aux termes de la loi irlandaise, le fabricant est tenu de verser au titulaire du droit d'auteur «une redevance équitable». La loi ne définit pas la redevance

équitable, mais elle prévoit que, lorsque les parties s'opposent sur son montant, chacune d'entre elles peut soumettre le litige au «Controller of Industrial and Commercial Property», qui peut soit fixer lui-même le montant ou renvoyer l'affaire devant un arbitre. Lorsque cette procédure est invoquée, le fabricant peut en même temps poursuivre la production des disques en versant au titulaire du droit d'auteur une somme en acompte de la redevance égale à 5 % du prix de vente final normal de chaque disque. Une fois que le montant de la redevance a été fixé, le fabricant doit payer au titulaire du droit d'auteur ou, le cas échéant, il peut lui réclamer, la différence entre les 5 % et le montant ainsi fixé (voir les sections 13 (2), 31 et 41 de la loi). Nous ne disposons d'aucun renseignement sur l'effet que produit en pratique la mise en œuvre de ces dispositions.

Avant d'en venir aux faits de l'espèce présente, nous devons également mentionner la décision que la Commission a adressée le 2 juin 1971 à la GEMA (71/224/CEE — JO n° L 134 du 20. 6. 1971, p. 15). Il s'agissait d'une décision arrêtée en application de l'article 86 du traité à la suite d'une procédure au titre du règlement n° 17. La Commission y a estimé que la GEMA était une entreprise détenant une position dominante dans une partie substantielle du marché commun (à savoir en république fédérale d'Allemagne) et qu'elle avait exploité cette position de façon abusive par un certain nombre de moyens. L'un d'entre eux avait consisté à exiger des importateurs allemands le paiement de l'intégralité de la redevance de 8 % sur les importations de disques en provenance d'autres États membres, bien qu'une redevance ait déjà été payée pour ces disques soit à la GEMA elle-même, soit à d'autres sociétés de sauvegarde des droits d'auteurs. A cet égard, la Commission a déclaré que «la présente décision n'empêche pas la GEMA d'exiger, le cas échéant, des importateurs la différence entre le droit de licence moins élevé du pays d'origine et le droit usuel plus élevé appliqué en Allemagne». En substance, le problème soulevé dans ces deux affaires est de savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, en cas d'importation de supports de son d'un État membre dans un autre, l'exigence d'un paiement complémentaire comme celui qui était envisagé par la Commission dans cette décision, est compatible avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, quelle que soit la situation au titre de l'article 86.

Les faits de l'affaire 55/80 sont les suivants.

En 1974, la Firme Musik-Vertrieb membran GmbH (que nous appellerons plus brièvement «Musik-Vertrieb» a publié une liste de ses prix d'où il ressortait, pour la GEMA, que la Musik-Vertrieb commercialisait en Allemagne des disques importés de l'étranger, dans une large mesure des USA, pour la distribution desquels en Allemagne aucune licence n'avait été accordée. La GEMA a engagé une action contre la Musik-Vertrieb devant le Landgericht de Hambourg, en réclamant un décompte détaillé de tous les supports de son importés par la Musik-Vertrieb depuis le 1er avril 1973 et le paiement de la somme qui pouvait ainsi s'avérer exigible sur la base des barèmes de redevance publiés par la GEMA. L'action de la GEMA était fondée sur le paragraphe 97 (1) de la Urheberrechtsgesetz (loi sur les droits d'auteurs) du 9 septembre 1965, qui dispose:

«quiconque viole le droit d'auteur ou un autre droit protégé en vertu de la présente loi, contrairement à la réglementation légale correspondante, peut être assigné par la personne lésée, aux fins de suppression de l'atteinte ainsi portée, de cessation du trouble ainsi occasionné, en cas de risque sujet à renouvellement et, également, si une intention délibérée ou une négligence peut être mise à la charge de la personne coupable de cette violation, aux fins de réparation du dommage ainsi causé. La personne lésée peut, en lieu et place de la réparation du dommage, exiger la restitution du bénéfice que l'auteur de la violation du droit a réalisé par cette violation et le calcul de la somme à verser sur des bases telles qu'elle soit supérieure au bénéfice en question.»

Au cours de la procédure devant le Landgericht, il est apparu que certains des disques en question avaient été importés d'autres États membres de la Communauté. En ce qui les concerne, la GEMA a clairement indiqué qu'elle tiendrait compte de toute redevance déjà payée dans ces États membres en ne réclamant que la différence entre celles-ci et les redevances calculées en appliquant ses barèmes aux prix de vente au détail allemands qui étaient, selon elle, les plus élevés dans la Communauté à l'époque considérée.

Le Landgericht a statué en faveur de la GEMA et, par un jugement interlocutoire daté du 18 juin 1976, il a ordonné que soient fournis les renseignements demandés par la GEMA, sous réserve d'une modification insignifiante. La Musik-Vertrieb a fait appel de ce jugement devant le Hanseatisches Oberlandesgericht qui, par un jugement daté du 5 mai 1977, a confirmé le jugement du Landgericht.

La Musik-Vertrieb se pourvoit à présent devant le Bundesgerichtshof.

Cette juridiction a, par une ordonnance datée du 19 décembre 1979, déféré à la Cour une question qui est, en substance, la suivante: Lorsque des supports de son d'une œuvre musicale faisant l'objet d'un droit d'auteur ont été fabriqués et mis en circulation dans un État membre au titre d'une licence qui est limitée à cet État membre et qui prévoit le paiement de redevances calculées en fonction du nombre d'exemplaires et du prix de vente final dans cet État membre, est-il compatible avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises (art. 30 et suiv.) qu'une société de droits d'auteur dans un autre État membre invoque les droits d'auteur dans cet État membre pour réclamer, du fait de la commercialisation des supports de son dans cet État, un paiement égal à la différence entre la redevance qui y est habituellement versée et la redevance (moins élevée) déjà versée dans le premier État membre?

L'affaire 55/80 a pour particularité d'avoir été débattue devant nous en partant du fait que les importations entrant en ligne de compte provenaient toutes du Royaume-Uni bien qu'il ne soit suggéré dans aucun des jugements ou ordonnances des juridictions allemandes concernées qu'il en fut ainsi.

Les faits de l'affaire 57/80 sont plus simples.

En mars 1976, la Firme K-tel International GmbH (que nous appellerons «K-tel») a importé, du Royaume-Uni en république fédérale d'Allemagne, 100 000 exemplaires d'un disque 33 tours intitulé «25 Rockin' and Rollin' Greats». Les œuvres musicales reproduites sur ce disque faisaient l'objet de droits d'auteur dont la protection au Royaume-Uni était confiée à la «Mecanical Copyright Protection Society Limited» (la «MCPS»). La MCPS avait accordé à la K-tel International Limited, une société sœur de la K-tel, une licence pour la reproduction et la diffusion au

Royaume-Uni des œuvres musicales en question, moyennant une redevance de 6,25 % du prix de vente final normal du disque au Royaume-Uni. Ayant appris que certains des disques ainsi couverts par la licence étaient destinés à être exportés, ou l'avaient été, vers la république fédérale d'Allemagne, la MCPS a tenté d'obtenir au Royaume-Uni que K-tel International Limited acquitte, pour ces disques, une somme égale à la différence entre la redevance versée au Royaume-Uni et la redevance habituellement perçue en République fédérale. Cette tentative ayant échoué, la MCPS a informé la GEMA des faits et celle-ci a attrait K-tel devant le Landgericht de Francfort. Là encore, la GEMA a fondé son action sur l'article 97 de la loi sur les droits d'auteurs (Urheberrechtsgesetz). Elle a soutenu que K-tel avait violé les droits d'auteur des compositeurs des œuvres en question et réclamé la somme de 156 192,75 DM assortie des intérêts, cette somme représentant la différence entre le montant total des redevances acquittées au Royaume-Uni pour les disques en question et les redevances calculées en appliquant le barème de la GEMA au prix de vente final allemand.

Par un jugement du 30 mars 1977, le Landgericht a donné gain de cause à la GEMA. Ayant vainement fait appel devant l'Oberlandesgericht de Francfort-sur-le Main, K-tel se pourvoit aujourd'hui devant le Bundesgerichtshof. Le Bundesgerichtshof a déféré à la Cour une question libellée en des termes identiques à ceux de la question posée dans l'affaire 55/80.

Dans les deux ordonnances de renvoi, le Bundesgerichtshof déclare qu'à son avis, sur la base du seul droit allemand, les jugements des juridiction inférieures sont correctes.

Avant d'en venir aux véritables questions que vous êtes, Messieurs, appelés à trancher, nous devons évoquer brièvement un argument avancé au nom de la GEMA, selon lequel elle aurait le droit de s'appuyer sur la décision de la Commission du 2 juin 1971, que nous avons mentionnée ci-dessus, et sur le fait que, depuis cette décision, elle (la GEMA) a, sur la base de la décision, exigé sans contestations des paiements complémentaires tels que ceux qui sont litigieux en l'espèce.

Cet argument est, à notre avis, mal fondé. La décision de la Commission n'avait trait, et ne pouvait avoir trait, qu'à la situation existant dans le cadre de l'article 86 du traité. Elle n'a même pas mentionné l'article 30. En tout état de cause, la décision ne pouvait pas lier les demanderesses en révision dans les présentes affaires. Elles pouvait encore moins lier la Cour.

La première question que vous êtes appelés à résoudre, Messieurs, est celle de savoir si en fait l'article 30 du traité s'applique à des circonstances comme celles de l'espèce présente.

A cet égard, la GEMA souligne que le but qu'elle poursuit dans ces affaires n'est pas d'interdire ou de restreindre l'importation en république fédérale d'Allemagne de supports de son fabriqués au Royaume-Uni mais d'appliquer à ces supports de son une charge pécuniaire destinée à compenser le niveau inférieur de la redevance susceptible d'être obtenu au Royaume-Uni. L'imposition d'une telle charge ne constitue pas, aux dires

de la GEMA, une restriction quantitative ou une mesure d'effet équivalent. Le gouvernement italien a présenté des observations à l'appui de cet argument.

C'est, à première vue, un argument de poids, mais il nous semble que, du point de vue de la GEMA, il mène trop loin. Il est indubitable que les dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises font une distinction entre deux catégories, mutuellement exclusives, d'entraves aux échanges. L'une est constituée par «les droits de douane ... ou taxes d'effet équivalent», qui font l'objet des articles 12 à 17 du traité; l'autre couvre les «restrictions quantitatives ... ainsi que toutes mesures d'effet équivalent», qui font l'objet des articles 30 à 37. Il n'est pas douteux non plus que, d'une manière générale, une charge pécuniaire perçue sur des marchandises en raison de leur franchissement d'une frontière est un droit de douane ou une taxe d'effet équivalent, qu'elle soit ou non perçue au profit de l'État, tant, en tout cas, qu'elle est perçue en application de la législation nationale — il existe de nombreux arrêts de la Cour à cet égard —, et le paragraphe 97 (1) de la loi sur les droits d'auteurs constitue incontestablement une législation nationale. Il n'est cependant pas douteux non plus que l'article 36 du traité ne peut pas être invoqué à l'égard d'un droit de douane ou d'une taxe d'effet équivalent — voir affaire 7/68, *Commission/Italie* (Recueil 1968, p. 423), affaire 29/72 *Marimex/Amministrazione Finanziaria italiana* (Recueil 1972, p. 1309) et affaire 46/76, *Bauhuis/Pays-Bas* (Recueil 1977, vol. 1, p. 5). L'argument de la GEMA aboutirait ainsi logiquement à la conclusion que ce qu'elle cherche à obtenir est absolument interdit par le traité, sans qu'il y ait lieu de se demander si c'est justifié par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 36. Il ne serait possible d'échapper à cette conclusion, en conformité avec l'argument de la GEMA, qu'en considérant qu'une charge pécuniaire telle que celle qu'elle cherche à percevoir ne constitue pas du tout une entrave aux échanges du genre de celles qui sont visées par le traité.

Lors de l'audience, un argument en ce sens a en fait été avancé devant la Cour au nom du gouvernement français. Cet argument reposait, si nous l'avons bien compris, sur le fait que, dans la législation de la plupart des États membres, et certainement dans le cadre de la convention de Berne, à laquelle tous les États membres sont parties, les droits d'auteur comportent deux éléments, des droits «économiques» et des droits «moraux». Les droits économiques sont ceux qui permettent à l'auteur ou au compositeur de tirer une rémunération de son travail et ils ne diffèrent pas, comme l'a admis le gouvernment français, de tous les autres types de propriété industrielle ou commerciale. Les droits moraux, en revanche, seraient, aux dires du gouvernement français, inaliénables et habiliteraient l'auteur ou le compositeur à imposer, en toutes circonstances, des restrictions à l'utilisation qui est faite de son œuvre, y compris des restrictions à la libre circulation de ses reproductions.

A notre avis, cet argument était mal fondé.

Ainsi que l'indique clairement l'article 6 bis de la convention de Berne, les droits moraux d'un auteur sont (premièrement) le droit «de revendiquer la paternité de l'œuvre» et (deuxièmement) le droit «de s'opposer à toute déforma-

tion, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciable à son honneur ou à sa réputation». (Ce sont les termes de la dernière version de la convention, résultant de la révision effectuée à Paris en 1971, par laquelle quatre États membres, à savoir la république fédérale d'Allemagne, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas, sont liés. Les termes de la version de Bruxelles de 1948, par laquelle les autres États membres sont liés, ne comportent pas, aux fins présentes, de différences fondamentales).

Sauf le respect qui est dû au gouvernement français, nous ne voyons pas, pour notre part, comment ces droits moraux pourraient être affectés par la simple importation d'un État membre dans un autre des reproductions d'une œvre dont la fabrication a été autorisée par l'auteur dans le premier État membre. En outre, il y a lieu d'observer que l'argument du gouvernement français, s'il était admis, aboutirait à la conclusion qu'un auteur a le droit d'empêcher d'une manière absolue l'exportation de reproductions de son œuvre d'un État membre vers un autre, ce qui est beaucoup plus que ne réclame la GEMA et ce qui ne serait manifestement pas compatible avec la notion de marché commun. Ce sur quoi la GEMA se fonde, en vérité, dans ces affaires, ce sont les droits économiques de l'auteur et non pas ses droits moraux.

Il reste la difficulté qu'à première vue, il semble inapproprié de qualifier la perception d'une charge pécuniaire comme une «restriction quantitative ou mesure d'effet équivalent». A notre avis, cette difficulté n'est pas surmontée en citant la définition bien connue des «mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives» énoncée par la Cour dans l'affaire 8/74, *Procureur du Roi/Dassonville* (Recueil 1974, vol. 1, p. 837), et souvent réitérée depuis, parce que cette définition est assez large, si elle est lue littéralement, pour couvrir l'ensemble des droits de douane et charges d'effet équivalent, ce qu'elle n'est manifestement pas censée faire. Dans l'affaire 74/76, *Iannelli/Meroni* (Recueil 1977, vol. 1, p. 557, 9e attendu de l'arrêt), la Cour a affirmé «pour étendu que soit le champ d'application de l'article 30, il ne comprend cependant pas les entraves visées par d'autres dispositions spécifiques du traité; ... ainsi les entraves de nature fiscale ou d'effet équivalent visées par les articles 9 à 16 et 95 du traité ne relèvent pas de l'interdiction de l'article 30».

La réponse à l'énigme est, à notre avis, la suivante.

Il faut d'abord avoir à l'esprit l'idée que, lorsque l'article 30 se réfère à une «mesure», il vise une mesure prise par un État membre; cela ne signifie pas une mesure prise par une personne privée — voir, par exemple, l'affaire 7/68, *Commission/Italie* (déjà citée), dans laquelle la Cour a déclaré, au sujet du chapitre du traité dont font partie les articles 30 et 34: «ce chapitre a pour objet les interventions des États dans le commerce intracommunautaire par des mesures ayant le caractère de prohibitions, totales ou partielles, d'importation, d'exportation ou de transit, selon le cas; ... ce sont de telles mesures que vise ... l'article 36 ...»; voir également la «défi-

nition Dassonville», qui se réfère à la «réglementation commerciale des États membres»; et voir les conclusions de M. l'avocat général Trabucchi dans les affaires 15 et 16/74, *Centrafarm/Sterling Drug* et *Centrafarm/Winthrop* (Recueil 1974, volume 2, à la p. 1178) où il a déclaré «... la mesure d'effet équivalent est la loi nationale même ...». Ainsi, dans les espèces présentes, la «mesure» entrant en ligne de compte n'est pas l'action de la GEMA, mais le paragraphe 97 (1) de la Urheberrechtsgesetz. En second lieu, il faut, à notre avis, interpréter le traité comme un tout, et avec une appréciation adéquate du problème posé à ses auteurs lorsqu'ils ont été amenés à traiter de la propriété industrielle et commerciale par rapport à la libre circulation des marchandises. Les brevets, les marques, le droit d'auteur et d'autres types de propriété industrielle et commerciale ont pour caractéristique commune et fondamentale qu'ils permettent aux titulaires d'une telle propriété de restreindre son utilisation non autorisée par d'autres personnes et, en particulier, de restreindre le commerce des marchandises portant atteinte à cette propriété, il était donc naturel que les auteurs du traité aient, dans la partie du traité qui est consacrée à la libre circulation des marchandises (titre I de la deuxième partie), mentionné la propriété industrielle et commerciale dans le chapitre relatif à l'élimination des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent (chap. 2) plutôt qu'ailleurs. Une action en réparation, ou une action tendant à toute autre forme d'indemnisation pécuniaire en raison de l'atteinte portée à un brevet, à une marque, au droit d'auteur, ou à tout autre type de propriété industrielle ou commerciale, est, de par sa nature, une voie de recours accessoire. Elle présuppose, en général, l'existence du droit plus important de restreindre l'atteinte elle-même. Cela se trouve illustré par les termes du paragraphe 97 (1) de la Urheberrechtsgesetz, qui mentionnent d'abord le droit de la partie lésée d'exiger de la personne qui viole le droit protégé de mettre fin à la violation et, en cas de risque de renouvellement, d'y renoncer, et qui considèrent le paiement de dommages et intérêts ou le calcul et la restitution des bénéfices indus comme des voies de recours secondaires qui ne sont ouvertes que dans certaines circonstances. L'avocat des parties demanderesses en révision a, à notre avis, souligné à juste titre que les sommes réclamées par la GEMA dans ces affaires n'étaient pas, selon une analyse correcte, des redevances — parce qu'elles n'étaient pas réclamées à des titulaires de licences concédées par contrat —, mais des sommes réclamées à des importateurs indépendants sur la base légalement prévue d'une violation du droit d'auteur.

Pour ces raisons, nous estimons que l'article 30 est applicable en l'espèce. Cette conclusion est étayée par l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *SABAM/Time Limit* (26. 10. 1978, J.T. 1979, 407), auquel nous avons été renvoyé par les avocats des demanderesses en révision et de la Commission.

Logiquement, la deuxième question qui se pose est celle de savoir si l'article 36 du traité entre en ligne de compte.

Nous pouvons être bref sur ce point. La question ne se pose que parce que, dans la terminologie des ordres juridiques de certains États membres, le droit d'auteur n'est pas une «propriété industrielle ou commerciale», mais une «propriété intellectuelle ou artistique». Dans les conclusions que nous avons présentées dans les affaires 52 et 62/79, les affaires *Coditel*

(non encore publiées), nous avons exprimé le point de vue que, dans le contexte de l'article 36, la phrase «propriété industrielle et commerciale» devait être interprétée comme comprenant le droit d'auteur. Il n'est pas nécessaire que nous répétions ce que nous y avons exposé. Il nous a été suggéré que l'on pouvait déduire des termes du 15e attendu de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire 62/79, qu'elle partageait ce point de vue. En tout cas, personne dans ces affaires n'a soutenu que le droit d'auteur se situait en dehors du champ d'application de l'article 36. En fait, à l'audience, les avocats ont été unanimes pour affirmer qu'il était couvert par la protection de cet article.

Sur cette base, la question suivante est de savoir quel est l'effet de l'article 36?

Ses effets, en ce qui concerne les brevets et les marques, sont établis par une série d'arrêts de la Cour qui sont si connus qu'il n'est pas utile que nous les citions. Le droit, tel qu'il a été énoncé dans cette jurisprudence, a été convenablement résumé par la Cour dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire 119/75, *Terrapin/Terranova* (Recueil 1976, vol. 1, p. 1039):

«attendu que, par l'effet des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises et, en particulier, de l'article 30, sont prohibées entre États membres les mesures restrictives à l'importation et toutes mesures d'effet équivalent;

qu'aux termes de l'article 36, ces dispositions ne font cependant pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale;

qu'il ressort toutefois de cet article même, notamment de sa deuxième phrase, autant que du contexte, que, si le traité n'affecte pas l'existence des droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'exercice de ces droits n'en peut pas moins, selon les circonstances, être limité par les interdictions du traité;

qu'en tant qu'il apporte une exception à l'un des principes fondamentaux du marché commun, l'article 36 n'admet, en effet, des dérogations à la libre circulation des marchandises que dans la mesure où ces dérogations sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété;

attendu qu'il résulte de ce qui précède que le titulaire d'un droit de propriété industrielle et commerciale protégé par la législation d'un État membre ne saurait invoquer cette législation pour s'opposer à l'importation d'un produit qui a été écoulé licitement sur le marché d'un autre État membre par le titulaire lui-même ou avec son consentement;»

(5e et 6e attendus de l'arrêt).

L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire 78/70, *Deutsche Grammophon/Metro* (Recueil 1971, vol. 2, p. 487) suggère avec force que les mêmes principes s'appliquent au droit d'auteur. Sur cette base, la circonstance que les disques litigieux en l'espèce ont été fabriqués et commercialisés sous licence au Royaume-Uni signifierait, prima facie, que leur importation dans d'autres États membres ne pouvait pas être légalement entravée.

Il a cependant été soutenu au nom de la GEMA et du gouvernement français que l'affaire *Deutsche Grammophon* se distinguait de l'espèce présente en ce qu'elle concernait le droit d'un fabricant de supports de son de contrôler la distribution de ses produits, un droit que la

Cour avait décrit comme «voisin du droit d'auteur», et qui était différent du droit d'auteur d'un compositeur. La différence, a-t-on fait valoir, réside dans la nature «personnelle» d'un tel droit d'auteur.

La raison pour laquelle la Cour a décrit les droits d'un fabricant de supports de son comme «voisins du droit d'auteur» plutôt que comme «droit d'auteur» tout court réside, sans aucun doute, dans le fait que c'est ainsi qu'ils sont décrits dans les législations de certains des États membres ainsi que dans les conventions internationales entrant en ligne de compte. Mais peu importe, à notre avis, l'appellation. La question est de savoir s'il existe une différence pertinente entre de tels droits et les droits d'un compositeur. Il est apparu que la différence suggérée, c'est-à-dire la nature «personnelle» des droits d'un compositeur, ne consistait en rien de plus que la présence de l'élément des droits moraux dans les droits d'un compositeur. Nous avons déjà expliqué pourquoi nous pensons que cet élément n'entre pas en ligne de compte ici.

Au nom de la GEMA, on a également mis l'accent sur le 16e attendu de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire 62/79 où la Cour a estimé que le traité n'interdisait pas l'imposition de limites géographiques aux licences de droit d'auteur, même lorsque ces limites correspondent aux frontières des États membres. Mais cela s'explique par le fait que le droit particulier en cause dans cette affaire était le droit de représentation qui a pour objet spécifique de conférer à son titulaire le droit d'autoriser ou d'interdire toute représentation de l'œuvre protégée par ce droit, d'où il résulte que l'on ne saurait appliquer dans le domaine du droit de représentation le principe de «l'épuisement des droits» tel qu'il s'applique dans le domaine de la commercialisation des marchandises. C'est d'ailleurs ce que la Cour a affirmé au 12e attendu de l'arrêt.

En conséquence, nous ne voyons pas de raison d'appliquer à un droit d'auteur appartenant à un compositeur, au regard des reproductions de son œuvre, des principes différents de ceux qui sont applicables aux brevets, aux marques et aux droits d'un fabricant de supports de son.

Nous en venons à la question de savoir si, conformément à ces principes, la protection du droit d'auteur du compositeur justifie la perception, sur les disques litigieux en l'espèce, d'une charge comme celle qui est réclamée par la GEMA.

La GEMA s'attache à justifier cette charge sur la base de deux moyens distincts.

Elle soutient d'abord (et elle trouve en cela l'appui du gouvernement belge) que, puisque les redevances sont, en général, fixées sous forme d'un pourcentage des prix de vente, et puisque les prix de vente varient d'un État membre à l'autre, il n'est que juste qu'un compositeur, dont l'œuvre enregistrée sur un support de son est exportée d'un État membre où les prix sont bas vers un État membre où les prix sont élevés, ait le droit de percevoir un pourcentage de la différence. Comme le souligne la Commission, cette thèse est fondée sur une méconnaissance totale de la notion de marché commun. Des disparités entre le niveau des prix dans différentes parties du marché commun ne sont pas une raison pour chercher à isoler ces parties les unes des autres. Au contraire, elles sont une raison pour insister sur la libre circulation des marchandises entre elles, telle que le traité l'envisage. Ce que, nous semble-

t-il, la GEMA méconnaît, c'est que (sous réserve de ce que nous dirons ci-après au sujet de la situation créée au Royaume-Uni par la section 8 de la Copyright Act 1956) l'existence même du marché commun aboutit à ce que les redevances devraient être fixées pour ce marché dans son ensemble et non pas pour les marchés nationaux particuliers. Nous sommes évidemment conscient du fait que cela revient à dire que les arrangements convenus sous les auspices du BIEM ont besoin d'être révisés.

Le deuxième argument de la GEMA (qui trouve l'appui du gouvernement français) est fondé sur l'effet de distorsion de la section 8 de la Copyright Act 1956 du Royaume-Uni. À notre avis, la GEMA se place ici sur un terrain plus sûr.

Dans l'affaire 24/67, *Parke, Davis/ Centrafarm* (Recueil 1968, p. 55), la Cour a en effet considéré que le titulaire d'un brevet néerlandais avait le droit de restreindre les importations parallèles de produits pharmaceutiques aux Pays-Bas, en provenance de l'Italie où ces produits n'étaient pas brevetables. La Cour n'a pas examiné la question de savoir si les produits avaient été commercialisés en Italie par le titulaire du brevet ou avec son consentement. Il résulte implicitement de l'arrêt qu'en l'occurrence cela ne revêtait pas d'importance, comme cela doit en effet avoir été le cas. Il ne peut y avoir d'épuisement de droits là où il n'existe pas de droits. Pour exprimer l'idée d'une autre façon, en Italie, le titulaire du brevet n'avait eu aucune possibilité d'exiger une rémunération pour son invention. Il a été suggéré par le professeur Michel Waelbroeck que l'effet de cet arrêt a pu être atténué par les arrêts rendus par la Cour dans l'affaire *Deutsche Grammophon* et dans l'affaire *Sterling Drug*, mais nous ne pensons pas qu'il puisse en être ainsi pour les raisons qu'en fait le professeur Waelbroek expose lui-même (voir son article «The Effect of the Rome Treaty on the exercise of National Industrial Property Rights» dans 21 Antitrust Bulletin, 1976, p. 99).

Il s'ensuit que, s'il n'y avait pas de protection du droit d'auteur des compositeurs au Royaume-Uni, la GEMA serait habilitée à exercer l'intégralité des droits que leur confère la législation allemande. De fait, il existe évidemment une telle protection au Royaume-Uni, mais elle est limitée par l'effet de la section 8. Alors que, dans tous les autres États membres (à l'exception, peut être, de l'Irlande), les taux de redevance sont fixés dans le cadre de négociations libres entre les titulaires du droit d'auteur et les fabricants de supports de son, au Royaume-Uni, ces taux sont, par l'effet de la section 8, plafonnés à 6,25 %, tel que nous l'avons décrit. Il en résulte, à notre avis, que la GEMA est habilitée à exercer les droits que confère la législation allemande aux compositeurs dans la mesure nécessaire pour compenser cet effet limitatif.

En exprimant ce point de vue, nous ne négligeons pas le fait que, dans l'affaire *Sterling Drug*, la Cour a estimé que le titulaire du brevet n'est pas autorisé à exercer les droits que lui confère le brevet dans l'État membre d'importation pour s'opposer «à l'importation des produits protégés, lorsqu'il existe des différences des prix résultant de mesures prises par les pouvoirs publics dans le pays d'exportation en vue de contrôler les prix des produits». Toutefois, il nous semble qu'il existe, aux fins présentes, une différence fondamentale entre des mesures ordinaires de contrôle des prix, qui affectent simplement les conditions du marché d'une façon plus ou moins

temporaire et une disposition qui restreint en lui-même le droit de propriété industrielle et commerciale entrant en ligne de compte.

Le gouvernement français a, dans ce contexte, attiré l'attention sur l'article 13 de la convention de Berne. Le paragraphe 1 de cet article (dans la version de Bruxelles) dispose que les auteurs d'œuvres musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser l'enregistrement de leurs œuvres. Le paragraphe 2 permet à la législation de chaque pays de subordonner ce droit à des réserves et conditions, mais il prévoit que toute réserve et condition de cette nature ne s'appliquera que dans ce pays. Le gouvernement français a estimé que, si le Royaume-Uni était autorisé, en vertu du traité CEE, d'exporter, pour ainsi dire, son régime de redevance plafonnée vers d'autres États membres, on créerait une antinomie entre les dispositions de ce traité et celles de la convention de Berne. Et le gouvernement français de soutenir qu'en vertu de l'article 234 du traité, tout conflit de ce genre doit être tranché en faveur de la convention de Berne. Nous ne pensons pas que ce soit exact parce que, entre les États membres, le traité prévaut; l'article 234 se borne à sauvegarder les droits et obligations subsistants entre des États membres et des pays tiers — voir affaire 10/61, *Commission/Italie* (Recueil 1962, p. 1) et affaire 812/79, *A.-G./Burgoa* (14. 10. 1980, non encore publiée). Mais si le point de vue que nous avons exposé sur l'effet de l'article 36 du traité est correct, l'article 13 de la convention de Berne importe peu, sauf peut-être comme toile de fond.

Nous avons dit qu'à notre avis, la GEMA est habilitée à exercer les droits qui lui sont conférés par la législation allemande dans la mesure nécessaire pour compenser l'effet de la section 8 de la loi britannique. Cela ne signifie pas que nous la considérons comme habilitée à réclamer, purement et simplement, la différence entre le taux légal britannique de 6,25 % et une redevance calculée selon ses propres barèmes. En fait, nous ne pensons pas que les barèmes de la GEMA entrent en ligne de compte. Ce qui, à notre avis, lui est dû, c'est la différence entre la redevance effectivement payée au Royaume-Uni (que ce soit 6,25 % du prix de vente au Royaume-Uni ou quelque autre montant) et la redevance qui aurait pu être fixée par négociation contractuelle au Royaume-Uni en l'absence de la section 8 et en partant de l'idée que les supports de son pour lesquels cette redevance avait été payée pouvaient être librement commercialisés partout dans la Communauté. Si vous partagez notre point de vue, Messieurs, il appartiendra évidemment aux juridictions allemandes de fixer la somme effective à laquelle la GEMA a droit. Cela imposera, sans aucun doute, une tache difficile à ces juridictions, mais pas plus difficile, nous semble-t-il, que le genre de tache auquel les juridictions dans toute la Communauté sont quotidiennement confrontées lorsqu'elles fixent les dommages et intérêts dans des affaires impliquant des facteurs qui doivent être évalués.

En conclusion, nous vous proposons, Messieurs, de statuer comme suit en réponse à la question déférée à la Cour par le Bundesgerichtshof dans chacune de ces affaires:

Lorsque des supports de son d'une œuvre musicale faisant l'objet d'un droit d'auteur ont été commercialisés dans un État membre avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, les dispositions du traité CEE concernant la libre circulation des marchandises interdisent la perception de tout paiement à l'importation de ces supports de son dans un autre État membre, à moins que la législation en vigueur dans l'État membre d'exportation ne restreigne les droits du titulaire du droit d'auteur, auquel cas la législation de l'État membre d'importation peut être invoquée dans la mesure nécessaire pour compenser cette restriction.