d'un État membre qui donne au titulaire d'un brevet le pouvoir d'empêcher la commercialisation, dans cet État, d'un produit qui a été fabriqué dans un autre État membre par le bénéficiaire d'une licence obligatoire portant sur un brevet parallèle détenu par ce même titulaire. A cet égard, il est sans importance de savoir si la licence obligatoire a été assortie ou non d'une interdiction d'exportation, si elle a fixé des redevances en faveur du breveté et si celui-ci a accepté ou refusé de les percevoir.

En effet, le titulaire du brevet est, par l'attribution à un tiers d'une licence obligatoire, privé de son pouvoir de décider librement les conditions dans lesquelles il commercialise son produit. Or, la substance du droit de brevet réside essentiellement dans l'octroi à l'inventeur d'un droit exclusif de première mise en circulation du produit en cause, en vue de lui permettre d'obtenir la récompense de son effort d'inventeur. Permettre au titulaire du brevet de s'opposer à l'importation et à la commercialisation des produits fabriqués dans le cadre d'une licence obligatoire est donc nécessaire pour lui assurer la substance des droits exclusifs découlant de son brevet.

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. G. FEDERICO MANCINI

présentées le 23 avril 1985 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Les questions que la Cour suprême néerlandaise vous soumet reprennent un des thèmes les plus intéressants et les plus complexes du droit communautaire. Il s'agit en substance d'adapter les exigences de la libre circulation des marchandises à la protection des droits de propriété industrielle et commerciale garantis par les ordres juridiques des États membres. Sur cette question, il existe déjà une abondante jurisprudence; à la mosaïque qui en résulte, nous devons aujourd'hui ajouter une nouvelle « tesselle », en ayant soin — et ce sera une tâche absorbante — de l'harmoniser avec celles qui existent déjà.

Les faits qui sont à l'origine de l'affaire pendante devant le Hoge Raad concernent essentiellement la commercialisation aux Pays-Bas d'un produit pharmaceutique connu comme « furosemide ». Son procédé de fabrication a été breveté pour la première fois en République fédérale par l'entreprise allemande Hoechst au début des années 60. Au cours de la même période, la société Hoechst a également protégé son invention en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas, devenant ainsi titulaire de trois brevets parallèles. En 1972, sur le brevet britannique de la

* Traduit de l'italien.

société Hoechst, une entreprise locale — la DDSA Pharmaceuticals Ltd (ci-après laDDSA) — a obtenu, sur la base de l'article 41 du Patents Act de 1949 alors en vigueur, une licence obligatoire pour la fabrication, l'importation et la vente de la furosemide sur le territoire du Royaume-Uni.

La règle disposait: « Sans préjudice des dispositions qui précèdent..., lorsqu'un brevet a été accordé pour a) une substance qui peut être utilisée comme aliment ou comme produit pharmaceutique..., ou pour b) un procédé de fabrication de cette substance..., le 'Comptroller' (contrôleur) ordonne, sur demande de tout intéressé, l'octroi au demandeur d'une licence sur le brevet aux conditions qu'il jugera appropriées, sauf s'il estime avoir de bonnes raisons de rejeter la demande. »

La licence délivrée à la DDSA comportait une interdiction d'exporter le produit pharmaceutique; mais peu avant l'expiration du brevet britannique, c'est-à-dire vers la fin de 1976, la DDSA a ignoré cette interdiction en vendant à la société Pharmon, une entreprise pharmaceutique néerlandaise, un lot important de comprimés de furosemide qu'elle avait produits. La société Pharmon entendait évidemment commercialiser aux Pays-Bas le produit pharmaceutique qu'elle s'était ainsi procuré; mais elle s'est vu citer en justice par la société Hoechst. En tant que titulaire d'un brevet néerlandais, non encore venu à expiration à l'époque, cette dernière a obtenu, pour protéger son droit d'exploiter de manière exclusive la furosemide aux Pays-Bas, une mesure d'interdiction à l'égard de l'entreprise concurrente.

La société Pharmon s'est alors adressée au tribunal de Rotterdam pour qu'il décide que cette mesure ne concernait pas le lot de furosemide importé de Grande-Bretagne, où, à son avis, cette substance avait été régulièrement mise dans le commerce par la DDSA en tant que titulaire de la licence de la société Hoechst. Estimant utile de demander à notre Cour d'interpréter certaines règles communautaires, le tribunal a sursis à statuer. Toutefois, contre cette décision, la société Hoechst a fourni un recours devant la cour d'appel de La Haye. Cette dernière a constaté qu'un contrat de vente avait effectivement été conclu entre la société Pharmon et la DDSA; que la marchandise vendue avait été livrée à l'acheteur aux Pays-Bas; qu'à la lumière de ces circonstances, ladite marchandise ne pouvait pas lui avoir été précédemment cédée au Royaume-Uni; que la société Hoechst n'avait perçu aucune redevance pour la vente à la société Pharmon. La cour a donc réformé le jugement du tribunal.

La société Pharmon s'est alors pourvue en cassation en soutenant que la cour de La Haye avait commis une erreur en excluant la précédente mise dans le commerce du lot de comprimés qui lui avait été vendu par la DDSA. Estimant que les faits de l'affaire suscitaient des doutes quant à la signification et à la portée de différentes règles du traité, le Hoge Raad a sursis à statuer par arrêt du 13 janvier 1984 et vous a demandé de statuer sur les questions suivantes:

1) Les règles relatives à la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun s'opposent-elles à ce que le titulaire d'un brevet exerce le droit que lui confère la législation d'un État membre de s'opposer à la commercialisation dans cet État d'un produit protégé par le brevet, lorsqu'il s'agit de produits qui sont fabriqués dans un autre État membre et qui sont directement vendus et livrés à partir de cet État membre à un acheteur résidant dans le premier État membre par le titulaire d'une licence obligatoire pour un brevet parallèle que le même titulaire du brevet détient dans cet autre État membre?

2) La réponse à la première question dépend-elle du point de savoir si les autorités de l'autre État membre ont lié une interdiction d'exporter à la licence obligatoire visée ci-dessus?

3) Pour la réponse à la première question, est-il important de savoir:

a) si le titulaire du brevet peut prétendre d'une manière générale à des redevances pour des produits commercialisés par le titulaire de la licence sous sa licence obligatoire;

b) si le titulaire du brevet peut prétendre à des redevances pour le lot déterminé dont il est question en l'espèce;

c) si le détenteur du brevet peut non seulement prétendre à des redevances, mais s'il a en fait également (voulu percevoir ou) perçu des redevances)?

2. Au cours de la procédure devant la Cour, des observations écrites ont été présentées par les parties dans l'affaire principale, les gouvernements de six États membres (Danemark, République fédérale, France, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni) et par la Commission des Communautés. En substance, ces documents font apparaître deux thèses sur la réponse à donner à la question n° 1). En effet, de l'avis unanime des parties qui sont intervenues, la prévision d'une interdiction d'exporter parmi les conditions d'une licence obligatoire (question n° 2) et le fait que le titulaire du brevet ait ou non droit à une redevance (question n° 3) sont sans importance pour la solution du problème posé par la première question.

L'objet de la question est la portée que l'on doit reconnaître au principe dit de « l'épuisement communautaire du droit de brevet ».

Selon la société Pharmon, la dérogation aux règles sur la libre circulation des marchandises pour des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale cesse d'être justifiée non seulement lorsque le produit protégé par le brevet a été régulièrement commercialisé dans un autre État membre par son titulaire ou avec son consentement, mais également — comme dans le cas d'espèce — lorsque le produit est commercialisé dans le pays du titulaire du droit exclusif par celui qui a obtenu dans un État membre différent une licence obligatoire pour l'exploitation du produit, délivrée sur la base d'un brevet parallèle.

Au contraire, selon tous les autres intervenants — Hoechst, les gouvernements, la Commission —, la licence obligatoire ne peut pas avoir pour effet d'épuiser le droit de brevet qui découle du consentement du titulaire de celui-ci.

3. Examinons les arguments qui sont avancés pour soutenir ces opinions. La société Pharmon observe tout d'abord que la procédure de concession de la licence obligatoire au sens du Patents Act habilitait le titulaire du droit à intervenir directement dans la détermination des conditions auxquelles soumettre la licence, en particulier en ce qui concerne le montant de la redevance que le titulaire de la licence devait lui verser. Puis, sur le plan du droit communautaire, l'entreprise néerlandaise invoque l'affaire Hag. Ici aussi, un tiers a exploité un droit de propriété industrielle sur la base d'une mesure administrative (séquestre de l'ensemble du capital) sans que le titulaire initial ait exprimé son consentement; et, pourtant, la Cour a estimé que les règles en matière de libre circulation des marchandises devaient prévaloir sur les raisons de ce dernier (arrêt du 3 juillet 1974, affaire 192/73, Van Zuylen/Hag AG, Rec. 1974, p. 731). Le même principe doit donc s'appliquer dans notre cas. Il doit même s'y appliquer *a fortiori*, du moment qu'ici le titulaire initial a subi non pas, comme dans

l'affaire Hag, une privation totale, mais une perte partielle de son droit pour laquelle, il a perçu, entre autres, une « compensation raisonnable ».

Mais il y a plus. Dans l'arrêt Merck (14 juillet 1981, affaire 187/80, Merck/Stephar et Exler, Rec. 1981, p. 2063), on peut lire qu'« il appartient au titulaire du brevet de décider, en toute connaissance de cause, des conditions dans lesquelles il commercialise son produit... (après quoi il) doit accepter les conséquences de son choix en ce qui concerne la libre circulation du produit à l'intérieur du marché commun ». En d'autres termes, la Cour a admis le principe du « *constructive consent* ». Il s'ensuit — soutient la société Pharmon — que celui qui présente en Grande-Bretagne une demande de brevet en vertu du Patents Act ne peut pas s'opposer aux désavantages que l'application de la loi peut lui réserver, y compris la concession de licences obligatoires à des tiers.

Quant à la thèse opposée, il est opportun de dire tout de suite que la Commission, d'une part, la société Hoechst et les six gouvernements, d'autre part, l'ont défendue de manière partiellement différente: l'une, se montrant plus « froide » et plus souple, les autres, plus « chauds » et plus rigides, en demandant à la Cour d'établir une règle générale, c'est-à-dire d'exclure toujours et dans tous les cas l'aptitude de la licence obligatoire à épuiser le droit de brevet. En rendant compte de leurs arguments, nous nous en tiendrons à la ligne de la Commission et nous ne mentionnerons les opinions des autres parties intervenantes que lorsqu'elles s'en écartent.

La Commission commence par analyser les objectifs poursuivis par les règles au moyen desquelles certains ordres juridiques nationaux ont réglementé les licences obligatoires, en mettant en lumière leur diversité et en observant qu'au cours des dernières années ces mesures se sont faites plus rares. Cela n'empêche pas — précise-t-elle — que l'institution de la licence obligatoire réponde parfois à des exigences appréciables. Le droit communautaire ne peut donc pas l'ignorer et cela est si vrai qu'en 1975 la convention de Luxembourg l'a réglementée quoique d'une manière incomplète. En ce qui concerne en particulier le Royaume-Uni, la Commission souligne le caractère spécial de la réglementation établie par le Patents Act (qui n'est plus en vigueur aujourd'hui): en effet, l'article 41 concerne uniquement les brevets relatifs à des produits alimentaires ou médicaux et son but est de faire en sorte que ces biens soient vendus au prix le plus bas possible. Il faut ajouter, en outre, que la règle garantit une juste compensation au titulaire du brevet.

Après avoir tracé ce cadre de fond, la Commission articule sa thèse en deux parties distinctes. Dans la première, elle examine la question soulevée par le Hoge Raad comme si — et c'est l'hypothèse normale — la licence d'exploitation du brevet avait été *négociée* entre le titulaire et un sujet agissant dans un pays différent, pour conclure que, dans cette situation, « le titulaire ... ne peut se prévaloir de son droit d'exclusivité (et) faire obstacle à la libre circulation des marchandises en empêchant son licencié de livrer directement dans l'État membre où le brevet est enregistré » (p. 12, n° 32).

La société Hoechst et certains gouvernements ne partagent pas cette opinion. A l'opposé, nous trouvons qu'elle est fondée sur votre jurisprudence et qu'elle est plus féconde que ne le pense la Commission elle-même. Cette dernière parle de contrat; mais le contrat n'est qu'une des formes par lesquelles le consentement d'un sujet peut s'exprimer. Or, si cela est vrai, si, pour exclure la dérogation à la liberté de circulation, la donnée décisive est l'existence d'un consentement du titulaire du brevet, même dans un cas comme le nôtre, il ne sert à rien

de se demander où et comment le bénéficiaire de la licence obligatoire a pour la première fois mis dans le commerce le produit qu'il a fabriqué. L'important est de constater à quel titre il l'a fait, c'est-à-dire de savoir si, au moment de la première mise dans le commerce, il a compté sur l'approbation explicite ou implicite de l'ayant droit à l'exclusivité ou s'il a agi contre la volonté de celui-ci. Nous reviendrons plus loin sur cet aspect crucial de notre problème.

Dans la seconde partie de son intervention, la Commission se demande si ce qui vaut pour les licences contractuelles (le titulaire de la licence a le droit de vendre dans le pays où le produit fait l'objet d'une protection commerciale exclusive) s'applique également aux licences obligatoires. Sa réponse est en principe négative. L'arrêt Merck, que la société Pharmon a interprété de manière erronée, est, à cet égard, pertinent. En effet, il est vrai que, selon la Cour, « il appartient... au titulaire du brevet de décider, en toute connaissance de cause, des conditions dans lesquelles il commercialise son produit »; mais il est également vrai que le titulaire ne peut décider que dans la mesure où c'est lui-même qui concède la licence, et non pas également lorsque celle-ci lui est imposée.

Un autre argument est toutefois déterminant. Entre licence obligatoire et licence contractuelle, il existe une différence qui est plus que formelle. En effet, dans la première, celui qui juge de l'opportunité de l'octroi n'est pas le titulaire du brevet, après avoir apprécié la situation du marché sur lequel le produit peut être mis dans le commerce. C'est l'État qui juge; et, puisqu'il tient compte des intérêts nationaux, il est évident que les effets de la licence qu'il a concédée ne peuvent que se déployer à l'intérieur de ses frontières. Autrement dit, la condition posée par la jurisprudence communautaire pour que la dérogation à la liberté de circulation disparaisse — le produit doit être commercialisé dans un autre État membre par le titulaire du brevet et avec son consentement — n'est pas satisfaite ici.

En plus de ces arguments, la société Hoechst et les gouvernements qui sont intervenus rappellent que les actes adoptés par l'administration publique d'un État membre sont soumis au principe de territorialité. Or, ce dernier exclut que des droits susceptibles d'être invoqués sur le territoire d'autres États soient conférés par l'intermédiaire du droit communautaire au titulaire d'une licence obligatoire. En effet, ladite licence est une mesure de nature exceptionnelle qui, pour le titulaire du brevet, a souvent la valeur d'une sanction; et, s'il en est ainsi, les limites de ses effets sont identifiées par le but — qui, normalement, coïncide avec l'intérêt de l'État — pour lequel elle a été adoptée. Selon la société Hoechst, reconnaître à une licence obligatoire des effets extraterritoriaux équivaudrait carrément à outrepasser la ligne qui marque la limite des compétences attribuées par le traité à la Communauté.

La Commission ne se prononce pas explicitement sur cette dernière remarque. En revanche, elle cite l'arrêt GEMA (20 janvier 1981, affaires jointes 55 et 57/80, Musik-Vertrieb membran/GEMA, Rec. 1981, p. 147) en en tirant une conclusion qui semble militer en faveur de la ligne de la société Pharmon. Dans cette affaire, il s'agissait de licences britanniques obligatoires relatives au droit de reproduire et de commercialiser au Royaume-Uni des œuvres musicales couvertes par le droit d'auteur d'un autre État. La Cour a affirmé que, dans le cadre d'un marché commun caractérisé par la libre circulation des marchandises, « l'auteur ... est en mesure de choisir ... le lieu, dans l'un quelconque des

États membres, où il met son œuvre en circulation (et) qu'il peut faire ce choix en fonction de son intérêt ». Elle a donc conclu en faveur d'une primauté des règles communautaires relatives à la circulation des biens par rapport aux dispositions nationales non harmonisées en matière d'exploitation des droits d'auteur.

Déduirons-nous de cette citation qu'entre la société Pharmon et la société Hoechst, la Commission est, au moins dans une certaine mesure, irrésolue? Non. Comme nous l'avons déjà dit, son attitude est objective et pragmatique. Des arguments solides — c'est ainsi qu'il nous semble possible de reconstituer sa pensée — existent en faveur de l'une comme de l'autre position. Le tout est donc de les peser sur la balance du droit et de l'intérêt communautaire. Alors, après avoir considéré: a) que des divergences importantes existent entre les réglementations nationales en matière de licences obligatoires; b) que la compatibilité de leurs objectifs avec la liberté de circulation est à tout le moins douteuse; c) qu'il ne semble cependant pas possible — du moins aujourd'hui — de déclarer que ces réglementations sont contraires aux dispositions du traité, « il est préférable de s'abstenir provisoirement de reconnaître au titulaire d'une licence obligatoire le droit de livrer directement les produits fabriqués sous cette licence sur un territoire où existe un brevet parallèle » (p. 16, n° 44).

Comme cela est évident, dans ce passage, l'accent est mis sur l'adverbe « provisoirement ». La Commission est, en effet, persuadée que le problème des licences obligatoires ne trouvera une solution définitive que lorsque les dix ordres juridiques seront harmonisés. Jusque-là, tant que ceux-ci poursuivront uniquement l'intérêt national, il serait injuste de favoriser tel ou tel État membre en permettant la libre circulation des biens produits sur la base d'une licence obligatoire délivrée par les autorités étatiques. Injuste et — prévient la Commission — risqué. En effet, si la Cour adoptait la thèse de la société Pharmon, les États qui n'ont pas encore ratifié la convention sur le brevet communautaire auraient un nouveau motif pour renvoyer cette démarche. En outre, certains États utiliseraient plus souvent les licences obligatoires pour permettre à leurs industries, technologiquement moins avancées, de conquérir des parts importantes du marché intérieur et du marché commun en exploitant les brevets relatifs à des inventions faites dans d'autres États.

En revanche, les six gouvernements et la société Hoechst sont mus par des préoccupations bien différentes. Il leur importe avant tout d'éviter que la valeur économique des brevets et les financements pour la recherche de nouvelles technologies, actuellement défendus et encouragés par les droits nationaux, soient compromis et même réduits à néant par le droit communautaire. Ils proposent donc de refuser sèchement et sans exception *toute équivalence possible* entre les effets qui, sur le plan communautaire, découlent du consentement du titulaire du brevet et la situation à laquelle donne lieu la concession d'une licence obligatoire de la part des autorités nationales.

4. L'article 36 du traité CEE prévoit que « les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons... de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

Vous avez interprété cette disposition par votre arrêt du 31 octobre 1974 (affaire 15/74, Centrafarm/Sterling Drug, Rec. 1974, p. 1147). En tant que règle de caractère exceptionnel — y lisons-nous —, « 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 ». Dans le cas de brevets parallèles, « lorsque le produit a été écoulé licitement sur le marché de l'État membre d'où il est importé, *par le titulaire lui-même ou avec son consentement* », ce caractère indispensable n'existe pas. La dérogation à la libre circulation des marchandises n'est donc pas justifiée.

En statuant ainsi, vous avez admis dans le « bloc de la légalité communautaire » le principe selon lequel les droits et les pouvoirs découlant du brevet sont réputés épuisés et ne peuvent donc plus être invoqués lorsque le bien protégé a été commercialisé — précisément par le titulaire ou avec son accord — dans un pays quelconque de la Communauté. Les raisons qui vous ont conduits à adopter cette règle (dite de « l'épuisement du droit d'exclusivité ») ont été précisées dans l'arrêt Merck: « permettre — avez-vous affirmé — à l'inventeur ou à ses ayants droit de se prévaloir du brevet qu'ils détiennent dans un premier État membre pour s'opposer à l'importation du produit commercialisé *librement* par eux dans un autre État membre ... entraînerait un cloisonnement des marchés nationaux contraire aux objectifs du traité ».

Voilà donc une première donnée utile pour résoudre notre problème: *ce n'est que lorsque le consentement du titulaire fait défaut* qu'un obstacle à la libre circulation des marchandises peut être considéré comme justifié pour des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale. Peu importe alors — comme nous l'avons déjà observé au point 3 — de savoir comment et où le produit breveté a été mis dans le commerce: en revanche, pour la circulation des produits brevetés, il est essentiel d'établir si le titulaire a consenti à la première mise de ces biens sur le marché. Mais pour parvenir à la conclusion que le consentement donné par l'ayant droit est la clé qui ouvre les portes du marché commun aux produits brevetés, l'arrêt Merck comporte des éléments supplémentaires et, à notre avis, décisifs.

En effet, titulaire d'un brevet dans un État membre, l'entreprise Merck s'opposait à ce que certains tiers importassent un produit qu'elle-même avait commercialisé dans un autre État membre où son invention — et c'est ici le noeud du litige — n'était pas brevetable. La Commission et l'une des parties de l'affaire principale soutenaient que son comportement était injustifiable puisqu'elle avait été incitée « librement et volontairement » à vendre le bien dans le second État. Au contraire, la société Merck, appuyée par les gouvernements français et britannique, affirmait que l'application de ce principe aurait annulé l'objet du brevet. En effet, le droit qui s'y rapporte n'étant pas reconnu par la loi du pays où son produit avait été mis en vente, elle n'aurait pas bénéficié du monopole de première mise en circulation.

« En présence de ces opinions contradictoires — avez-vous déclaré —, il y a lieu de préciser que ... la substance du droit de brevet réside essentiellement dans l'octroi à l'inventeur d'un droit exclusif de première mise en circulation du produit... En lui réservant le monopole d'exploitation de son produit, (ce droit) lui permet d'obtenir la récompense de son effort créateur *sans*

cependant lui garantir en toutes circonstances l'obtention de celle-ci ». Une récompense ne lui est pas garantie, par exemple, si l'inventeur a décidé « en toute connaissance de cause, des conditions dans lesquelles il commercialise le produit, y compris la possibilité de l'écouler dans un État ... où la protection par brevet n'existe pas légalement pour le produit en cause ». Ici, en effet, c'est la liberté de circulation qui prévaut, c'est-à-dire « un principe fondamental qui fait partie des données juridiques et économiques dont le détenteur du brevet doit tenir compte pour déterminer les modalités d'application de son droit d'exclusivité ».

Il n'aurait pas été possible de faire un choix plus clair en faveur d'une interprétation « volontariste » du principe de l'épuisement. Peut-on faire de même dans le cas d'espèce? Nous y sommes favorables, pour la raison également que ce choix est le seul qui puisse assurer à votre arrêt la souplesse nécessaire. En effet, nous sommes convaincus que le problème qui vous est posé par le Hoge Raad ne permet pas de solutions univoques, comme celles qu'envisagent la société Pharmon, d'une part, la société Hoechst et les six gouvernements, d'autre part. Dans la situation actuelle de la réglementation communautaire en matière de brevets et compte tenu des divergences entre les lois par lesquelles les États réglementent les licences, une semblable rigidité présenterait au moins deux dangers: celui d'un cloisonnement facile des marchés nationaux ou, à l'opposé, celui d'un épuisement incontrôlable des droits de propriété industrielle par l'un ou l'autre État. Il n'est pas nécessaire, parce que la Commission l'a déjà fait, que nous signalions les effets de ces développements possibles sur le plan de l'intégration communautaire dans le secteur des brevets ou pour l'exploitation économique et scientifique de ces derniers.

Mais la ligne que nous vous recommandons ne se justifie pas uniquement sur la base d'arguments de politique du droit. Nous partons d'une donnée incontestable: la licence obligatoire consiste normalement en une expropriation du droit d'exclusivité au nom et pour la satisfaction d'un intérêt national. Or, si telle est la nature qui doit lui être reconnue, la société Pharmon se trompe lorsqu'elle soutient à cet égard que « l'absence de consentement » de la part du titulaire du brevet peut être « compensée » ou « remplacée » par la décision administrative. Mais la Commission, elle aussi, est dans l'erreur lorsqu'elle affirme que la licence obligatoire entraîne nécessairement un conflit d'intérêts entre l'État et le titulaire — l'un parce qu'il l'impose, l'autre parce qu'il la subit — et que, par conséquent, cet acte ne peut *jamais* impliquer un élément de consentement.

Le fait est que, selon la Commission, consentement équivaut à contrat (voir point 3 ci-dessus). Mais c'est là une vision un peu schématique de la réalité. Par exemple, il n'y a pas contrat, mais consentement lorsque c'est une entreprise, juridiquement ou économiquement contrôlée par le titulaire du brevet, qui présente la demande de licence obligatoire. Et que l'on ne nous objecte pas que l'hypothèse est abstraite, puisqu'il est tout à fait concevable que le titulaire du brevet préfère obtenir par personne interposée une mesure régie par la loi de l'État plutôt que se soumettre à la loi du marché en négociant avec un tiers la concession de la licence.

Nous pourrions apporter d'autres exemples de coïncidence plus ou moins délibérée ou consciente entre intérêt de l'État et intérêt du titulaire. Toutefois, celui que nous avons fourni suffit à notre objectif. Tout comme l'impossibilité juridique d'obtenir un brevet, la licence obligatoire est un facteur qui prive le titulaire du brevet de la protection inhé-

rente à son droit. En conséquence, le titulaire qui, connaissant tous les détails du cadre dans lequel il agit, s'expose *volontairement* à cette privation — permet *volontairement* que son droit soit attaqué par la puissance publique — doit accepter les conséquences du choix auquel il est incité. *Cuius commoda eius et incommoda,* disaient les Latins: en substance, telle est également la morale sur laquelle est fondé l'arrêt Merck.

Sur la base de ces éléments, il appartient alors au juge national de constater cas par cas si la concession d'une licence obligatoire constitue pour le titulaire du brevet un fait juridique incertain quant à son *existence* et à sa *date,* par rapport auquel la mise éventuelle et ultérieure du produit breveté dans le commerce ne paraît pas être directement ou indirectement liée à sa manifestation explicite ou implicite de consentement.

A la suite de cet examen, les problèmes soulevés par la cour néerlandaise sous les n^{os} 2 et 3 de l'ordonnance de renvoi perdent toute importance.

5. Sur la base des considérations développées jusqu'ici, nous vous suggérons de répondre dans les termes suivants à la question n° 1 que le Hoge Raad vous a soumise par ordonnance du 13 janvier 1984:

« Dans l'état actuel du droit communautaire, les règles du traité CEE relatives à la libre circulation des marchandises ne s'opposent pas à ce que le titulaire d'un brevet exerce le droit que lui confère la législation de son État membre de s'opposer à l'importation et à la commercialisation dans cet État d'un produit protégé par le brevet, lorsqu'il s'agit de produits qui sont fabriqués dans un autre État membre et qui sont directement vendus et livrés à partir de cet État membre à un acheteur résidant dans le premier État membre par le titulaire d'une licence obligatoire délivrée sur la base d'un brevet parallèle que le même titulaire du premier brevet détient dans cet autre État membre. Cela, à condition que le détenteur du brevet n'ait pas explicitement ou implicitement manifesté, avant ou après la mise dans le commerce du produit, son consentement à l'exploitation par des tiers du droit dont il est titulaire.

Compte tenu de cette réponse, nous vous suggérons de ne pas statuer sur les autres questions. »