Dans l'affaire 1/81,

ayant pour objet la demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par le Landgericht Hamburg et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

PFIZER INC., à New York (USA),

et

EURIM-PHARM GMBH, à Piding/Bad Reichenhall (république fédérale d'Allemagne),

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 36 du traité CEE,

LA COUR (première chambre),

composée de MM. G. Bosco, président du chambre, A. O'Keeffe et T. Koopmans, juges,

avocat général: M. F. Capotorti
greffier: M. J. A Pompe, greffier adjoint

rend le présent

ARRÊT

En fait

Les faits de la cause, le déroulement de la procédure et les observations présentées en vertu de l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE peuvent être résumés comme suit:

I — Faits et procédure

1. La requérante au principal, Pfizer Inc., est un grand fabricant américain de produits pharmaceutiques, qui possède

des filiales dans la plupart des États membres de la Communauté, en particulier en république fédérale d'Allemagne et au Royaume-Uni. Elle produit entre autres un antibiotique à large spectre qui est commercialisé sous la dénomination «Vibramycin». En Allemagne, la société mère est titulaire de cette dénomination et de celle de «Pfizer», inscrites à son nom sur le registre allemand des marques.

La filiale allemande de la requérante, Pfizer GmbH, vend l'antibiotique «Vibramycin» dans des conditionnements correspondant aux habitudes de prescription des médecins allemands, à savoir dans des emballages de huit, seize et quarante capsules ainsi que dans un emballage de cent capsules, destiné aux cliniques.

La défenderesse au principal, Eurim-Pharm GmbH, s'occupe de l'importation en Allemagne de produits pharmaceutiques en provenance d'autres États membres de la Communauté. Elle importe l'antibiotique «Vibramycin» provenant de Pfizer Ltd., la filiale de la requérante en Grande-Bretagne, pour le commercialiser en Allemagne après reconditionnement.

En Grande-Bretagne le produit est mis en circulation dans des emballages de 10 et 50 capsules, scellées par séries de cinq dans des plaquettes alvéolaires («blisters»). Sur la feuille soudée au dos de la plaquette figurent les mots «Vibramycin» et «Pfizer».

Pour satisfaire aux règles et habitudes allemandes, la défenderesse a reconditionné le «blisters» de cinq capsules dans des boîtes pliantes conçues par elle, sans modifier la plaquette ou son contenu. Du côté face, la boîte a une ouverture, couverte d'une feuille transparente, qui permet de voir clairement le mot «Vibramycin» et, en petites lettres le mot «Pfizer», figurant sur la feuille de la plaquette; au dos de la boîte, l'inscription suivante est apposée par l'importateur: «antibiotique à large spectre; fabricant: Pfizer Ltd., Sandwich, Kent, G. B. . . .; importateur: Eurim-Pharm GmbH, produits pharmaceutiques en gros, 8229 Piding; emballé par l'importateur: Eurim Pharm GmbH, 8229 Piding . . .». Une notice comportant des indications relatives au médicament, conformément aux dispositions législatives allemandes, est jointe à cet emballage.

2. La requérante au principal considère que cette pratique de reconditionnement constitue une violation du droit à la marque «Vibramycin», dont elle est titulaire en Allemagne.

Elle a d'abord obtenu, le 27 juillet 1979, une ordonnance en référé du Landgericht de Hambourg, confirmée par jugement du 10 août 1979, interdisant à la défenderesse, sous peine des sanctions usuelles, de reconditionner dans un nouvel emballage des capsules «Vibramycin» provenant d'une entreprise Pfizer, de telle manière que la marque «Vibramycin» reste visible de l'extérieur, et, par ailleurs, de commercialiser des articles reconditionnés de cette manière.

Dans son jugement du 10 août 1979, le Landgericht a déclaré qu'en commercialisant le produit dans l'emballage conçu par elle, la défenderesse portait atteinte au droit de marque national détenu par la requérante. En effet, du point de vue du public intéressé, la dénomination «Vibramycin» figurant sur les «blisters» et rendue visible par une ouverture trans-

parente de l'emballage extérieur apparaîtrait comme une partie intégrante de l'emballage extérieur. Or, cette pratique constituerait une violation du droit de marque au sens du paragraphe 15 de la loi allemande sur les marques («Warenzeichengesetz»). Celle-ci ne viserait pas seulement l'objet contenu dans l'emballage, mais également l'unité constituée par cet objet et son emballage. Or, la garantie d'origine, qui constituerait la fonction essentielle de la marque, en particulier dans le domaine des produits pharmaceutiques, et qui ferait partie des objets spécifiques du droit de marque reconnus en droit communautaire, concernerait l'unité marchande portant la marque du fabricant. En outre, l'apposition de la marque sur le «blister» n'aurait pas épuisé le droit de marque au regard de l'application de la marque sur l'enveloppe extérieure.

Par ailleurs, le Landgericht a considéré qu'en se prévalant du droit national de marque, la requérante n'a pas porté atteinte au droit communautaire. En effet, il ressortirait des arrêts de la Cour rendu le 23 mai 1978 dans l'affaire 102/77 (Hoffmann-La Roche/Centrafarm, Recueil p. 1139) et le 10 octobre 1978 dans l'affaire 3/78 (Centrafarm/AHPC, Recueil p. 1823) que l'application des notions «restriction déguisée» ou «discrimination arbitraire» au sens de l'article 36, deuxième phrase, du traité présupposerait l'existence d'un élément subjectif tendant à ce que le titulaire de la marque utilise son droit de marque dans le but d'entraver la libre circulation des marchandises dans le marché commun et de cloisonner ainsi les marchés nationaux entre eux. L'existence d'un tel élément de fait devrait être démontrée au juge du fond (voir affaire 3/78 précitée, attendu 23).

Sur appel interjeté par la défenderesse, le Hanseatische Oberlandesgericht, par arrêt du 24 janvier 1980, a réformé le jugement du Landgericht et levé l'ordonnance en référé.

Dans son exposé des motifs, l'Oberlandesgericht a explicitement laissé ouverte la question de la violation du droit national de marque, pour considérer que l'exercice du droit de marque en l'espèce est en tout état de cause exclu par les articles 30 et 36 du traité CEE. En effet, la requérante ne saurait se prévaloir de l'article 36, première phrase, du traité parce que l'exercice du droit de marque par son titulaire, compte tenu du système de commercialisation appliqué par lui, contribuerait à cloisonner artificiellement les marchés des États membres et aboutirait ainsi à une restriction déguisée à l'importation au sens de l'article 36, deuxième phrase. Une telle restriction existerait dès lors que l'emballage du produit pharmaceutique destiné au marché britannique ne pourrait pas être vendu sur le marché allemand en raison de la pratique de prescription différente des médecins allemands.

D'autre part, la juridiction d'appel a considéré que le reconditionnement pratiqué par la défenderesse n'a pas porté atteinte à l'objet spécifique du droit de marque, à savoir sa fonction de caractériser la provenance du produit. En l'espèce, le reconditionnement effectué par la défenderesse ferait en effet apparaître l'emballage original sous forme de «blister» portant la marque apposée par le fabricant. Il ne présenterait donc pas l'aspect d'une simulation de l'origine du produit en question.

L'Oberlandesgericht a par ailleurs affirmé qu'il importait peu de savoir si la requérante visait en effet à cloisonner les marchés des deux États membres en faisant mettre en circulation au Royaume-Uni et en Allemagne des emballages différents du médicament Vibramycin. Il suffirait au contraire que les mesures ayant pour effet de cloisonner les marchés soient imputables au titulaire de la marque et qu'elles aient un caractère arbitraire.

3. Dans le cadre du litige au fond, actuellement pendant devant le Landgericht, la partie requérante a fait valoir que, dans le domaine des produits pharmaceutiques, seul le produit avec son emballage complet accompagné de l'ensemble des informations prescrites peut être considéré comme produit commercialisable. En remplaçant l'emballage original et les informations du fabricant originaire qui l'accompagnent par un nouvel emballage, on créerait un nouveau produit commercialisable, qui devrait être désigné comme produit de marque dès lors qu'il ferait clairement apparaître une marque. En l'espèce, l'artifice effectué par la défenderesse consistant à faire apparaître la marque «Vibramycin» imprimée au dos du blister par une ouverture dans le nouvel emballage constituerait une «apposition» de la marque au sens de la loi allemande sur les marques. Or, le droit du titulaire de la marque de s'opposer à toute apposition non autorisée de celle-ci sur son produit relèverait de l'objet spécifique du droit de marque et justifierait dès lors l'exception de l'article 36, première phrase, du traité CEE.

En outre, les conditions de l'article 36, deuxième phrase, du traité ne seraient pas réunies, étant donné qu'en l'espèce l'élément subjectif inhérent à un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée n'existerait pas du chef du titulaire de la marque. La cause d'un cloisonnement des marchés résiderait uniquement dans les habitudes différentes de prescription des médecins au Royaume-Uni et en république fédérale d'Allemagne.

La partie défenderesse au principal a soutenu devant le Landgericht que sa pratique de reconditionnement ne porte pas atteinte au droit de marque national de la requérante, puisqu'elle ne touche pas à la marque apposée par son titulaire au produit en cause. En outre, l'objet spécifique du droit de marque, visé à l'article 36, première phrase, du traité CEE, ne comporterait pas le pouvoir conféré au titulaire par le droit national de s'opposer à ce que l'acquéreur d'un produit légalement pourvu de la marque «montre» la marque après avoir reconditionné le produit.

En revanche, pour les raisons exposées par le Hanseatische Oberlandesgericht, l'exercice de son droit de marque par la requérante serait incompatible avec l'article 36, deuxième phrase, du traité.

Dans les motifs de l'ordonnance de renvoi, le Landgericht déclare qu'il maintient le point de vue exposé dans le jugement du 10 août 1979, selon lequel la défenderesse porte atteinte au droit de marque allemand de la requérante. La juridiction nationale estime toutefois que l'exercice du droit de marque par la requérante aboutit dans le présent cas à une restriction quantitative à l'importation, qui est en principe interdite aux termes de l'article 30 du traité CEE. A cet égard, il s'agirait de savoir si l'exercice du droit de marque par la défenderesse est admissible au titre de l'exception, prévue à l'article 36, première phrase, du traité CEE ou si cet exercice

constitue une restriction déguisée dans le commerce entre États membres interdite en vertu de l'article 36, deuxième phrase, du traité.

En conséquence, la juridiction nationale a saisi la Cour de justice des questions préjudicielles suivantes:

«1. Le titulaire d'un droit de marque protégé en sa faveur dans un État membre A peut-il, en vertu de l'article 36 du traité CEE, se prévaloir de ce droit pour empêcher qu'un importateur achète des médicaments qu'une filiale du titulaire de la marque a licitement pourvus de la marque avec le consentement du titulaire dans un État membre B et mis en circulation sous cette marque, qu'il les présente dans un nouvel emballage correspondant aux habitudes de prescription différentes des médecins dans l'État membre A et qu'il les mette en circulation dans cet État dans un emballage extérieur conçu par l'importateur qui comporte sur sa partie avant une ouverture transparente par laquelle est visible la marque du titulaire qui est apposée au dos de l'emballage blister qui entoure directement le médicament?

2. Suffit-il, pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une restriction dans le commerce interdite en vertu de l'article 36, deuxième phrase, du traité CEE, que l'exercice du droit national de marque par le titulaire ainsi que le système de commercialisation appliqué par celui-ci aboutissent objectivement à cloisonner les marchés entre États membres ou est-il au contraire nécessaire d'établir que le titulaire de la marque utilise son droit de marque ainsi que le système de commercialisation qu'il applique, aux fins de cloisonner artificiellement les marchés?»

4. L'ordonnance de renvoi du 5 novembre 1980 du Landgericht de Hambourg a été inscrite au registre de la Cour le 7 janvier 1981.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour CEE, des observations écrites ont été déposées par la partie requérante au principal, Pfizer Inc., représentée par MM. Helmut Droste et Rolf Pietzcker c.s., avocats au barreau de Hambourg, en qualité d'agents, par la partie défenderesse au principal, Eurim-Pharm GmbH, représentée par MM. H. Pflüger, W. Schön, F. Pärn c.s., avocats au barreau de Hambourg, en qualité d'agents, et par la Commission des Communautés européennes, représentée par M. Götz zur Hausen, membre de son service juridique, en qualité d'agent.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour (première chambre) a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable.

II — Résumé des observations écrites déposées devant la Cour

Sur la première question

La *partie requérante au principal* fait remarquer d'abord que, dans sa jurisprudence antérieure relative à la limitation des droits de marque nationaux, visés à l'article 36 du traité CEE, par rapport au principe de la liberté des échanges, la

Cour de justice se serait fondée sur la constatation faite par la juridiction nationale concernée qu'en vertu de la législation nationale applicable les faits constitutifs d'une infraction au droit des marques seraient réunis. Or, dans les motifs de l'ordonnance de renvoi, le Landgericht de Hambourg aurait constaté que la forme adoptée par la défenderesse pour reconditionner l'article de marque importé constitue une atteinte au droit de marque allemand détenu par la requérante.

Ensuite, la requérante fait valoir que, dans l'arrêt du 23 mai 1978 rendu dans l'affaire 102/77 (Hoffmann-La Roche/ Centrafarm, Recueil p. 1139), la Cour a déjà répondu à la première question, en ce sens que l'opposition par le titulaire d'un droit de marque, protégé dans deux États membres à la fois, à ce qu'un produit, licitement pourvu de la marque dans un de ces États, soit mis sur le marché dans l'autre État membre, après avoir été reconditionné dans un nouvel emballage sur lequel la marque a été apposée par un tiers, est justifiée au sens de l'article 36, première phrase, du traité CEE.

Pour autant que la marque protégée de la requérante serait apposée sur l'article de marque de la défenderesse sous une forme qui diffère sur le plan technique des conditions de fait dans l'affaire 102/77, la Cour de justice serait liée par la constatation faite par la juridiction nationale que cette variante constituerait également une infraction au droit national des marques. En outre, la forme technique de reconditionnement utilisée par la défenderesse ne donnerait pas lieu a une interprétation différente de l'article 36 du traité.

Dès lors, il devrait être répondu par l'affirmative à la première question déférée par le Landgericht.

Sur un plan plus général, la partie requérante au principal relève encore l'importance que la Cour, dans les arrêts rendus dans l'affaire 102/77 (précitée) et dans l'affaire 3/78 (Centrafarm/AHPC, Recueil 1978, p. 1823), aurait attribuée à la confiance de l'utilisateur dans ce que la marchandise achetée n'ait pas fait l'objet de manipulations depuis le moment où elle a été commercialisée par le fabricant. Cette confiance, en tant qu'élément de la garantie de provenance émanant de la marque, ferait partie de l'objet spécifique du droit de marque. Précisément pour ce motif, la Cour aurait conclu au droit du titulaire de la marque de s'opposer à l'apposition de sa marque sur un emballage reconditionné.

Sous ce rapport, le requérant fait valoir que la forme, sous laquelle le fabricant met un article de marque sur le marché, est caractérisée par l'apposition d'une marque. L'utilisateur associerait la marque, et donc sa confiance, avec cette forme.

En plus, la présentation de l'emballage des produits pharmaceutiques, en particulier l'insertion d'un ensemble d'indications indispensables, serait réglementée dans tous les États membres. Le requérant souligne à cet égard les risques posés par un reconditionnement par des tiers.

Il affirme que, pour ces raisons, il est impossible de séparer, du point de vue juridique, un produit pharmaceutique de son emballage. La modification de l'emballage extérieur du produit constituerait une intervention affectant l'état originaire de l'article de marque, qui serait modifié tant sous l'aspect de la sécurité du public que sous l'aspect de la garantie de provenance.

La *partie défenderesse au principal* rappelle tout d'abord que l'article 36, première phrase, du traité n'autorise que les restrictions à la libre circulation des

marchandises, justifiées par des raisons de sauvegarde de l'objet spécifique des droits de propriété industrielle et commerciale. Selon la jurisprudence de la Cour, l'objet spécifique du droit de marque serait en particulier le droit exclusif du titulaire de la marque d'utiliser celle-ci lors de la première mise en circulation d'un produit. Compte tenu de la fonction principale de la marque, qui serait de garantir la provenance du produit pourvu de la marque, seul le titulaire de la marque aurait le droit d'identifier le produit par l'apposition de la marque.

Si l'article 36, première phrase, respecte ainsi les droits nationaux dans la mesure où ces derniers confèrent au titulaire un monopole d'apposition de la marque, la question préjudicielle posée soulèverait en revanche un autre problème, dans ce sens que, de l'avis de la juridiction nationale, le droit allemand en matière de marques autoriserait le titulaire de la marque à s'opposer à la commercialisation du produit sur lequel il a apposé sa marque, par un tiers qui a modifié l'emballage et rendu visible à travers le nouvel emballage la marque apposée par le titulaire. En l'espèce, il s'agirait de savoir si l'objet spécifique du droit de marque recouvre, outre le droit exclusif du titulaire de la marque d'apposer celle-ci, également un droit exclusif du titulaire, éventuellement conféré par un ordre juridique national, de rendre visible la marque qu'il a apposée sur le produit.

La défenderesse au principal fait valoir que l'octroi d'un tel droit exclusif relève de dispositions particulières du droit national qui sont étrangères à l'objet spécifique du droit de marque. Celui-ci ne pourrait être défini qu'en fonction de ce que l'opinion juridique commune des pays de la Communauté considère comme la nature du droit de marque.

Pour démontrer l'absence de conceptions juridiques communes dans ce domaine, la défenderesse rappelle, d'une part, l'interprétation extensive de la loi allemande sur les marques que le Landgericht a dû donner pour justifier sa position et, d'autre part, le fait que le Hanseatische Oberlandesgericht s'est abstenu de se prononcer sur la question de savoir si, en l'espèce, il y avait violation du droit national de marques. En outre, des divergences considérables existeraient entre les conceptions juridiques nationales concernant les aspects accessoires de la protection de la marque.

Enfin, la défenderesse au principal affirme qu'il ne faut pas seulement tenir compte du niveau de concordance des différents droits nationaux, mais au contraire partir des objectifs du droit communautaire, qui exigeraient en effet une réponse négative à la question posée. A cet égard, elle se réfère aux conclusions de l'avocat général Capotorti dans l'affaire 102/77 (Hoffmann-La Roche/Centrafarm), dont il ressortirait que, «... même si le droit interne de certains États membres protège certaines fonctions accessoires de la marque, il n'en reste pas moins que, dans le système communautaire, cette protection ne saurait être admise que dans la mesure où elle n'est pas contraire au respect plein et entier du principe de la libre circulation des marchandises ... La loi, la doctrine et la jurisprudence nationales ... se sont évidemment basées sur les exigences propres à chaque marché national, alors qu'il convient ici de tenir compte de celles du marché commun ainsi que des impératifs juridiques du traité de la CEE» (Recueil 1978, p. 1177).

La *Commission des Communautés européennes* signale tout d'abord que la formulation de la première question ne met pas entièrement en évidence le fait que l'emballage alvéolaire a été pourvu de la marque par son titulaire et n'a pas été modifié par l'importateur.

Elle rappelle ensuite le cadre jurisprudentiel dans lequel la question posée se présente.

L'objet spécifique du droit de marque serait notamment d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque, pour la première mise en circulation d'un produit, et de le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque (voir l'arrêt du 10. 10. 1978 rendu dans l'affaire 3/78, Centrafarm/AHPC précité, attendu n° 11). Lorsqu'il s'agirait de constater si le comportement d'un tiers porte atteinte à l'existence du droit à la marque s'il l'affecte dans sa substance, la portée exacte du droit à la marque devrait être définie. A cet égard, la Cour tiendrait compte de la fonction essentielle de la marque, à savoir la garantie au consommateur ou à l'utilisateur final de l'identité d'origine du produit marqué (voir les arrêts du 31. 10. 1974 dans l'affaire 16/74, Centrafarm/Winthrop, Recueil p. 1183, du 22. 6. 1976 dans l'affaire 119/75, Terrapin/Terranova, Recueil p. 1039, du 23. 5. 1978 dans l'affaire 102/77 précitée, et du 10. 10. 1978 dans l'affaire 3/78 précitée). Il serait inhérent à la garantie de provenance que seul le titulaire de la marque puisse l'apposer sur le produit. Cette garantie impliquerait que le consommateur pourrait être certain que l'état originaire du produit n'a pas été modifié par un tiers sans le consentement du titulaire de la marque.

Or, en l'occurrence, la marque n'aurait été ni enlevée ni modifiée par Eurim-Pharm GmbH.

Selon la Commission, l'argumentation de la requérante, dans le litige au principal, que le droit de marque viserait l'ensemble de l'emballage et de son contenu commercialisé en Allemagne comme une unité en soi, ne tient pas au regard du droit communautaire. Elle estime que la fonction essentielle de la marque, à savoir la garantie de l'identité d'origine, se rapporte au produit marqué et non à son emballage. Lorsque la marque se trouve sur l'emballage direct du produit, la protection assurée par la marque ne s'étendrait pas à un autre emballage extérieur. La mention «Vibramycin» se trouvant sur l'emballage alvéolaire qui renfermerait directement les capsules médicamenteuses aurait la signification suivante: «Le produit contenu dans cet emballage a été fabriqué par le titulaire de la marque 'Vibramycin' ou pourvu de cette marque avec son consentement.» Par conséquent, un tiers qui se borne à introduire le produit tel qu'il a été marqué par le titulaire dans un autre conditionnement n'apposerait pas la marque sur le produit. Dans cette mesure, les faits à l'origine de la présente affaire ne seraient pas comparables aux faits ayant donné lieu aux affaires 3/78 et 102/77 précitées.

La fonction essentielle de la marque n'ayant pas été faussée par la pratique de la défenderesse, le droit à la marque de la requérante au principal n'aurait pas

été affecté dans son existence. En conséquence, l'article 36, première phrase, du traité ne saurait être invoqué pour justifier une interdiction de commercialiser en Allemagne des produits pharmaceutiques importés de la Grande-Bretagne.

Sur la deuxième question

La *partie requérante au principal* fait valoir que, dans l'affaire 3/78 (précitée), la Cour aurait déjà tranché la deuxième question en ce sens qu'il peut y avoir une restriction déguisée dans le commerce s'il est établi que la pratique d'utiliser des marques différentes pour un même produit est adoptée par le titulaire *dans le but* de cloisonner artificiellement les marchés.

Cependant, la Cour aurait également déclaré qu'il pourrait être légitime pour le fabricant d'un produit d'utiliser, dans différents États membres, des marques différentes pour un même produit (attendu n° 20).

Or, les considérations développées dans l'arrêt précité ne se limiteraient pas à l'utilisation de marques distinctes, mais s'appliqueraient aussi bien à l'utilisation d'emballages de tailles différentes. En l'espèce, cette pratique se serait en effet fondée sur des motifs légitimes, à savoir les habitudes en matière de prescriptions médicales qui diffèrent sensiblement d'un pays à l'autre. Déjà dans l'affaire 102/72 (précitée), la Cour aurait d'ailleurs reconnu qu'il serait légitime d'offrir des emballages de tailles différentes selon les exigences du marché national concerné.

La *partie défenderesse au principal* fait observer que l'article 36, deuxième phrase, concrétise deux principes fondamentaux du traité, à savoir celui de l'interdiction générale de discrimination, inscrit à l'article 7, et celui de l'unité du marché, inscrit à l'article 2. De même que l'article 7 vise toute discrimination objective exercée en raison de la nationalité, la mise en œuvre concrète de l'article 36, deuxième phrase, ne tiendrait pas compte des motifs de celui qui agit.

De plus, il n'y aurait pas lieu de distinguer entre, d'une part, les restrictions déguisées aux échanges qui sont objectives et qui résultent par exemple de mesures de protection de la santé ou de trésors nationaux, et, d'autre part, les restrictions déguisées qui peuvent également être intentionnelles et qui résultent notamment de mesures de protection de la propriété industrielle.

Or, il ressortirait clairement de l'arrêt dans l'affaire 102/77 (précitée) que la Cour n'aurait pas considéré qu'un élément particulier de finalité subjective soit nécessaire. Si, dans l'affaire 3/78 (précitée), la Cour a mentionné comme circonstance de fait pertinente aux fins de sa décision le but subjectif du titulaire de la marque de cloisonner les marchés, il s'agirait d'une appréciation individuelle qui exclurait précisément de transposer cette approche à d'autres cas. En outre, l'arrêt rendu dans l'affaire 3/78 ne contiendrait pas le moindre indice que la Cour ait voulu corriger a posteriori l'arrêt dans l'affaire 102/77.

Enfin, la défenderesse au principal relève que l'Oberlandesgericht de Karlsruhe, dans un arrêt du 7 septembre 1978 (GRUR 1978, 712-715), et le Hanseatische Oberlandesgericht, dans son arrêt du 24 janvier 1980, sont unanimes dans leur opinion qu'il suffit, pour reconnaître l'existence d'une restriction déguisée dans le commerce entre États membres

au sens de l'article 36, deuxième phrase, que l'exercice du droit de marque par son titulaire aboutisse objectivement au cloisonnement des marchés.

La *Commission* estime que la deuxième question ne se pose que dans le cas d'une réponse affirmative à la première question, c'est-à-dire dans le cas où le comportement de la défenderesse est en effet considéré comme touchant à l'existence même du droit à la marque en question.

Pour autant qu'il y aurait lieu de répondre à la deuxième question, la Commission propose de suivre la solution de l'arrêt dans l'affaire 102/77, à laquelle correspond la présente affaire en ce que, dans deux États membres, une même marque est protégée au profit du titulaire pour le même produit.

Elle observe que les faits dans ces deux affaires sont à distinguer de ceux dans l'affaire 3/78, où le titulaire possédait, dans les divers États membres, différentes marques pour un même produit. Dans un tel cas, il paraîtrait justifié de ne pas considérer que l'exercice du droit à la marque constitue une restriction déguisée dans le commerce pour le seul motif qu'il contribue objectivement à cloisonner les marchés.

III — Procédure orale

A l'audience du 2 juillet 1981, la partie requérante au principal, Pfizer Inc., représentée par M. Rolf Pietzcker, avocat au barreau de Hambourg, la partie défenderesse au principal, Eurim-Pharm GmbH, représentée par M. F. Pärn, avocat au barreau de Hambourg, le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne, représenté par M. Horst Teske, Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz, en qualité d'agent, et la Commission des Communautés européennes, représentée par M. Götz zur Hausen, membre de son service juridique, en qualité d'agent, ont été entendus en leurs observations orales.

L'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 8 octobre 1981.

En droit

1 Par ordonnance du 5 novembre 1980, parvenue à la Cour le 7 janvier suivant, le Landgericht Hamburg a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, deux questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 36 du traité.

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige entre deux entreprises du secteur des produits pharmaceutiques dont l'une, partie demanderesse au principal (ci-après: Pfizer), titulaire d'une certaine marque dans plusieurs États membres, s'oppose à ce que l'autre, partie défenderesse au

principal (ci-après: Eurim-Pharm), qui a acheté un produit de cette marque mis en circulation dans un État membre, le distribue dans un autre État membre après l'avoir reconditionné.

3 Le produit en cause, un antibiotique à large spectre, dénommé «Vibramycin», est commercialisé en Allemagne par la filiale allemande de Pfizer et protégé par une marque déposée dont Pfizer est titulaire, tandis que la filiale britannique de Pfizer fabrique le même produit et le commercialise, dans des emballages différents, à des prix sensiblement inférieurs à ceux pratiqués en Allemagne.

4 Après avoir informé Pfizer de ses intentions, Eurim-Pharm a commercialisé en Allemagne la «Vibramycin», achetée en Grande-Bretagne dans des emballages originaires contenant 50 capsules scellées par séries de cinq dans des plaquettes alvéolaires dites «blisters» qui portaient sur les feuilles soudées sur les plaquettes les mots «Vibramycin Pfizer». En vue de commercialiser le produit en Allemagne, Eurim-Pharm a enfermé chaque «blister» dans une boîte pliante conçue par elle, sans modifier la plaquette alvéolaire ou son contenu; du côté face, cette boîte a une ouverture transparente qui permet de voir les mots «Vibramycin Pfizer» figurant sur la feuille soudée sur la plaquette originaire; au dos de la boîte, l'inscription suivante a été apposée: «antibiotique à large spectre — fabricant: Pfizer Ltd., Sandwich, Kent, G.B. — importateur: Eurim-Pharm GmbH, grossiste en produits pharmaceutiques, 8229 Piding; emballé par l'importateur: Eurim-Pharm GmbH, 8229 Piding». Dans la boîte, l'importateur a mis une notice comportant des indications relatives au médicament, conformément aux dispositions légales allemandes.

5 Dans son ordonnance de renvoi, le Landgericht s'est prononcé dans le sens que l'opération pratiquée par Eurim-Pharm constitue une violation des droits de Pfizer d'après la loi allemande sur le droit des marques. Étant donné, toutefois, que dans une phase procédurale antérieure de la même affaire l'instance judiciaire supérieure avait considéré qu'en l'occurrence l'exercice du droit de marque était exclu par les articles 30 et 36 du traité, le Landgericht a posé, à titre préjudiciel, les deux questions suivantes:

«1. Le titulaire d'un droit de marque protégé en sa faveur dans un État membre A peut-il, en vertu de l'article 36 du traité CEE, se prévaloir de ce droit pour empêcher qu'un importateur achète des médicaments qu'une filiale du titulaire de la marque a licitement pourvus de la marque avec le consentement du titulaire dans un État membre B et mis en circulation sous cette marque, qu'il les présente dans un nouvel emballage correspondant aux habitudes de prescription différentes des médecins dans l'État membre A et qu'il les mette en circulation dans cet État dans un emballage extérieur conçu par l'importateur qui comporte sur sa partie avant une ouverture transparente par laquelle est visible la marque du titulaire qui est apposée au dos de l'emballage blister qui entoure directement le médicament?

2. Suffit-il, pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une restriction dans le commerce interdite en vertu de l'article 36, deuxième phrase, du traité CEE, que l'exercice du droit national de marque par le titulaire ainsi que le système de commercialisation appliqué par celui-ci aboutissent objectivement à cloisonner les marchés entre États membres ou est-il au contraire nécessaire d'établir que le titulaire de la marque utilise son droit de marque ainsi que le système de commercialisation qu'il applique, aux fins de cloisonner artificiellement les marchés?»

Sur la première question

6 Il y a lieu de rappeler d'abord que, selon la jurisprudence de la Cour, telle qu'elle résulte en particulier de son arrêt du 23 mai 1978 (Hoffmann-La Roche/Centrafarm, 102/77, Recueil p. 1139), 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. L'article 36, en tant qu'il apporte une exception au principe fondamental de la libre circulation des marchandises dans le marché commun, n'admet en effet des dérogations à ce principe que dans la mesure où ces dérogations sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété.

7 L'objet spécifique du droit de marque est notamment d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque pour la première mise en circulation d'un

produit, et de le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque.

8 En vue de répondre à la question de savoir si ce droit exclusif comporte le pouvoir de s'opposer à l'utilisation de la marque par un tiers après reconditionnement du produit, il faut tenir compte de la fonction essentielle de la marque, qui est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit marqué, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit de ceux qui ont une autre provenance. Cette garantie de provenance implique que le consommateur ou l'utilisateur final puisse être certain qu'un produit marqué qui lui est offert n'a pas fait l'objet, à un stade antérieur de la commercialisation, d'une intervention, opérée par un tiers sans autorisation du titulaire de la marque, qui a atteint le produit dans son état originaire. »

9 Il en résulte que le droit qui est reconnu au titulaire de la marque de s'opposer à toute utilisation de cette marque susceptible de fausser la garantie de provenance ainsi comprise relève de l'objet spécifique du droit de marque.

10 Une telle utilisation de la marque susceptible de fausser la garantie de provenance ne se présente cependant pas dans un cas comme celui de l'espèce où, d'après les constatations de la juridiction nationale et les termes de la question qu'elle pose, un importateur parallèle a procédé au reconditionnement d'un produit pharmaceutique en se limitant à remplacer l'emballage extérieur sans toucher au conditionnement intérieur et en rendant visible, à travers le nouvel emballage extérieur, la marque apposée par le fabricant sur le conditionnement intérieur.

11 Dans ces conditions, en effet, le reconditionnement ne comporte aucun risque d'exposer le produit à des manipulations ou à des influences affectant son état originaire, et le consommateur ou l'utilisateur final du produit ne peut pas être induit en erreur sur la provenance de celui-ci, surtout lorsque, comme en l'occurrence, l'importateur parallèle a indiqué clairement sur l'em-

ballage extérieur que le produit a été fabriqué par une filiale du titulaire de la marque et qu'il a été réemballé par lui.

12 La circonstance que l'importateur parallèle a mis dans l'emballage extérieur une notice comportant des indications relatives au médicament — circonstance qui n'est d'ailleurs pas évoquée dans la question posée — n'est pas de nature à affecter cette conclusion.

13 Il y a donc lieu de répondre à la première question que l'article 36 du traité doit être interprété en ce sens que le titulaire d'un droit de marque ne peut pas se prévaloir de ce droit pour empêcher un importateur de commercialiser un produit pharmaceutique fabriqué dans un autre État membre par la filiale du titulaire et pourvu de la marque de celui-ci avec son consentement, lorsque cet importateur a procédé au reconditionnement de ce produit en se limitant à remplacer l'emballage extérieur sans toucher au conditionnement intérieur et en rendant visible, à travers le nouvel emballage extérieur, la marque apposée par le fabricant sur le conditionnement intérieur, tout en indiquant clairement sur l'emballage extérieur que le produit a été fabriqué par la filiale du titulaire et réemballé par l'importateur.

Sur la deuxième question

14 Il résulte de la réponse donnée à la première question qu'un examen de la deuxième question n'est plus nécessaire pour permettre à la juridiction nationale de trancher le litige qui lui a été soumis.

Sur les dépens

15 Les frais exposés par le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (première chambre),

statuant sur les questions à elle soumises par le Landgericht Hamburg, par ordonnance du 5 novembre 1980, dit pour droit:

L'article 36 du traité doit être interprété en ce sens que le titulaire d'un droit de marque ne peut pas se prévaloir de ce droit pour empêcher un importateur de commercialiser un produit pharmaceutique fabriqué dans un autre État membre par la filiale du titulaire et pourvu de la marque de celui-ci avec son consentement lorsque cet importateur a procédé au reconditionnement de ce produit en se limitant à remplacer l'emballage extérieur sans toucher au conditionnement intérieur et en rendant visible, à travers le nouvel emballage extérieur, la marque apposée par le fabricant sur le conditionnement intérieur, tout en indiquant clairement sur l'emballage extérieur, que le produit a été fabriqué par la filiale du titulaire et réemballé par l'importateur.

Bosco O'Keeffe Koopmans

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 3 décembre 1981.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président de la première chambre

G. Bosco