CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. HENRI MAYRAS, PRÉSENTÉES LE 15 MAI 1974

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

Introduction

La présente affaire pose, dans des conditions nouvelles, un problème dont vous avez eu à connaître déjà au cours des dernières années.

C'est celui des rapports entre les droits de propriété industrielle et commerciale, d'une part, et les règles instaurées par le traité de la Communauté économique européenne, tant dans le domaine de la concurrence que pour la libre circulation des marchandises, d'autre part.

En premier lieu, si l'objet des droits de propriété industrielle diffère selon qu'il s'agit de brevets d'invention, de la protection du savoir-faire ou, au contraire, des marques de fabrique, ces régimes présentent un trait commun : ils confèrent aux titulaires un droit exclusif qui est, en lui-même, de nature à affecter les conditions de la concurrence.

En second lieu, la protection ainsi accordée est limitée au territoire national, de sorte qu'elle est susceptible de faire obstacle à la libre circulation des produits dans le Marché commun.

La difficulté essentielle surgit donc de la confrontation entre le droit de propriété industrielle, droit national à effet territorial, et le droit communautaire dont l'application uniforme dans chacun des États membres garantit l'efficacité et qui, en cas de conflit, doit primer le droit national.

Cette antinomie entre l'existence même du Marché commun et les droits de propriété industrielle, vous l'avez d'ailleurs expressément constatée dans vos arrêts du 29 février 1968 (affaire 24-67, Parke Davis, Recueil 1968, p. 82) et 18 février 1971 (affaire 40-70, Sirena, Recueil 1971, p. 69) en reconnaissant que : « aussi longtemps que les règles nationales relatives à la protection de la propriété industrielle et commerciale n'auront pas fait l'objet d'unification dans le cadre de la Communauté, le caractère national de la protection qu'elles confèrent sera susceptible de créer des obstacles et à la libre circulation des produits brevetés ou des produits de marque, et au régime communautaire de la concurrence ».

C'est aujourd'hui encore cette antinomie qui est à l'origine de la demande de décision préjudicielle dont vous a saisis le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, à l'occasion d'un litige portant sur une marque notoire d'origine allemande, séquestrée, puis expropriée à la fin de la seconde guerre mondiale. Toutefois, en l'espèce, cette marque n'était plus déposée au nom de l'entreprise allemande elle-même ; celle-ci l'avait antérieurement cédée, pour la Belgique et le grand-duché de Luxembourg, à sa filiale créée à Bruxelles en 1927.

I — Les faits

Les parties au litige principal vous ont assuré, à la barre, qu'il n'existe entre elles aucune divergence quant à la matérialité des faits ; c'est sur les conséquences juridiques qu'il convient d'en tirer qu'elles marquent leur désaccord.

Nous ne rappellerons donc que brièvement les circonstances dans lesquelles le tribunal de Luxembourg a été conduit à vous soumettre deux questions préjudicielles.

Premier titulaire, au début du siècle, de brevets pour la décaféination du café brut, la société Hag AG de Brême déposa à son nom, dans de nombreux pays, des marques comportant les mots « Café Hag » accompagnés de l'emblème d'un cœur ou d'une bouée de sauveage.

Ces marques furent enregistrées en Belgique et au Grand-Duché dès 1908. Depuis 1925, elles étaient également déposées, sur le plan international, à Berne, conformément à l'arrangement de Madrid.

La vente du café Hag fut d'abord opérée sur les marchés belge et luxembourgeois par un représentant général de l'entreprise allemande, puis, à partir de 1927, par une filiale que celle-ci créa à Bruxelles, la SA Café Hag, intégralement contrôlée par la société mère.

Progessivement dotée de moyens de production propres, cette filiale se trouva bientôt en mesure de satisfaire seule aux besoins de la Belgique et du Luxembourg.

En 1934, la société Hag AG céda ses marques, pour ces pays, à sa filiale belge, cession qui fut accompagnée du transfert des procédés de décaféination.

L'année suivante, la cession fut régularisée sur le plan international suivant la procédure instaurée par le règlement d'exécution de l'arrangement de Madrid : radiation de la marque internationale Hag Brême en ce qui concerne la Belgique et le Luxembourg ; nouveau dépôt, dans ces États, de marques nationales au nom de Café Hag SA.

Dès lors, quels qu'aient été les réels mobiles de cette opération : répartition des marchés entre société mère et filiale, moyen de pallier les difficultés dues au protectionnisme grandissant ou de prévenir, sur le plan commercial, les risques prévisibles qu'engendrait à l'époque la menace d'un conflit en Europe, il est clair que la marchandise offerte sur le marché belgo-luxembourgeois était désormais produite par la seule société Café Hag de Bruxelles et vendue sous sa marque.

Cette situation fut maintenue jusqu'à la fin de la guerre.

Après la libération de la Belgique, la Société anonyme Café Hag fut placée sous séquestre par l'administration belge comme bien ennemi. Puis, en exécution de l'acte final de la conférence de Paris sur les réparations du 14 janvier 1946, dont l'article 6 oblige les puissances signataires, parmi lesquelles la Belgique, à disposer des biens, droits et intérêts allemands, l'Office des séquestres vendit les actions de la société à une famille belge, Van Oevelen, qui devint ainsi propriétaire de l'entreprise ainsi que des marques de fabrique enregistrées au nom de celle-ci.

C'est en 1971 que ces marques, dont le dépôt confirmatif avait d'ailleurs été effectué sous le régime nouveau de la loi uniforme Benelux, furent cédées, sans l'établissement de la société Hag, à la firme Van Zuylen Frères (Caféterie Chat Noir), cession qui fut notifiée le 25 avril 1972 au bureau Benelux des marques.

De son côté, Hag AG de Brême avait acquis, après la guerre, des droits propres sur des marques « Café Hag » pour la Belgique et le Grand-Duché, mais ce dépôt est évidemment postérieur aux marques dont se prévaut aujourd'hui Van Zuylen Frères. Elle avait également tenté de se réimplanter sur le marché belgo-luxembourgeois en déposant et en exploitant une marque « Decofa », mais ne semble pas y avoir réussi.

C'est pourquoi elle s'est résolue, en mai 1972, à livrer au Luxembourg du café soluble Hag, sous son nom, par l'intermédiaire d'un concessionnaire luxembourgeois. Ces importations directes ont déterminé la firme Van Zuylen à intenter une première action en contrefaçon.

Sans nier la légitimité des droits de Van Zuylen sur la marque « Hag » en Belgique et au Luxembourg, la société allemande prétendit tout d'abord que ces droits ne lui étaient pas opposables parce qu'elle aurait acquis des droits équivalents par suite des dépôts internationaux et Benelux effectués après 1945 à son nom.

C'est pour répondre à cette première prétention que Van Zuylen introduisit, le 4 avril 1973, une deuxième action tendant à l'annulation de ces dépôts de marques de Hag AG en tant qu'ils visent les territoires belge et luxembourgeois.

C'est alors que la défenderesse a soutenu devant le juge luxembourgeois que les droits de Van Zuylen seraient nuls parce qu'il s'agirait de droits dérivés, acquis en vertu d'un accord de cession frappé de nullité parce que contraire aux dispositions de l'article 85 du traité de Rome. En cet état du procès, les parties se mirent d'accord pour solliciter du tribunal de Luxembourg qu'il pose à votre Cour une première question préjudicielle dont la portée déborde d'ailleurs le domaine strict du droit de la concurrence puisqu'elle touche à l'interprétation non seulement de l'article 85, mais aussi des articles 5, 30 et suivants et notamment de l'article 36 du traité, relatifs à la libre circulation des marchandises.

L'ordonnance de renvoi vous invite à décider si les unes ou les autres de ces dispositions ont pour effet de permettre au titulaire actuel d'une marque de fabrique dans un État membre (A) de la Communauté — en l'espèce Van Zuylen, dans le Grand-Duché — de s'opposer, en invoquant son droit à la marque, à l'importation sur le territoire de ce même État, par le titulaire de la même marque dans un autre État membre (B) — c'est-à-dire Hag AG, en Allemagne — de produits en provenance de ce second État, portant ladite marque.

En vue de déterminer avec exactitude les conditions de fait dans lesquelles la question se pose, le juge luxembourgeois a été conduit à préciser :

— que la marque en cause a été cédée par le titulaire originaire de l'État membre (B) à sa filiale constituée dans l'État membre (A) en vertu d'*accords* intervenus avant l'entrée en vigueur du traité ;

— que cette filiale, placée sous séquestre en 1944 par l'État (A), a été cédée avec la marque à un tiers — en l'espèce Van Oevelen ;

— que ce tiers a cédé à son tour la marque au titulaire actuel dans l'État (A) — la société Van Zuylen Frères ;

— qu'enfin il n'existe, entre le titulaire actuel (Van Zuylen) et le titulaire originaire (Hag AG) des marques dans les États (A) et (B), aucun lien juridique, financier, technique ou économique.

La seconde question préjudicielle qui vous est déférée s'explique par la demande d'intervention formulée devant le tribunal de Luxembourg par un commerçant allemand, la société Joachim Kunde, qui, ayant importé au Luxembourg du café Hag en grains, par lui directement acheté à Hag AG à Brême, prétendit faire valoir ses droits à réaliser de telles importations.

Sans se prononcer sur la recevabilité de cette intervention, le tribunal « a quo » vous demande donc si la réponse à cette deuxième question doit être identique à celle qui serait apportée à la précédente, lorsque la mise en vente des produits marqués est opérée dans l'État membre (A) non par le titulaire originaire de la marque, mais par un importateur qui a régulièrement acquis les produits dans l'État membre (B) de ce titulaire originaire.

Ainsi, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, entérinant d'ailleurs l'accord des parties sur le libellé même de la demande de décision préjudicielle, s'en tient-il strictement à des questions concernant l'interprétation du droit communautaire et en s'inspirant très directement des solutions qui se dégagent de vos arrêts du 18 février 1971 (affaire Sirena, précitée) et du 8 juin 1971 (affaire 78-70, Deutsche Grammophon, Recueil 1971, p. 487).

Bien que la Commission ait cru devoir aborder ce problème, nous estimons, pour notre part, inutile de rechercher si une solution « de lege ferenda » pourrait, le cas échéant, permettre de régler le conflit qui oppose Van Zuylen à Hag AG. Il nous paraît en particulier vain de supputer si les dispositions de l'article 12, paragraphes 1 et 2, de l'avant-projet de convention relatif à un droit européen des marques pouvaient être applicables en l'espèce.

Aussi bien, la Commission reconnaît-elle que la rédaction, actuellement envisagée, de cet article ne résoudrait pas le problème des marques expropriées après la guerre.

En tout état de cause, il ne s'agit là que d'un avant-projet élaboré par un groupe d'experts, duquel on ne saurait tirer aucune indication pertinente pour l'interprétation du traité.

Or, c'est cette interprétation qui vous est demandée et que nous nous proposons donc d'étudier, successivement au regard des règles de concurrence de l'article 85, puis des principes qui gouvernent la libre circulation des marchandises.

II — Application de l'article 85 du traité

L'article 85 du traité est muet sur les rapports entre le régime communautaire de la concurrence et les législations nationales relatives aux droits de marque.

Vous avez cependant eu à vous prononcer, dans les affaires Grundig Consten (arrêt du 13 juillet 1966, Recueil 1966, p. 429) et Sirena (arrêt du 18 février 1971, précité), sur la compatibilité des droits de marque avec les règles du traité dans le domaine de la concurrence.

Le problème consiste à décider si, dans l'hypothèse où une législation nationale admet le droit du titulaire d'une marque à faire obstacle à des importations de produits portant la même marque en provenance d'un autre État membre, le droit communautaire peut affecter la portée de ce droit.

A cette question, vous avez répondu par l'affirmative en vous inspirant d'un principe « qui trouve application en matière de concurrence en ce sens que, si les droits reconnus par la législation d'un État membre aux titulaires de droits de marque ne sont pas affectés, dans leur existence, par les articles 85 et suivants, leur *exercice* peut, en revanche, tomber sous le coup des interdictions édictées par ces dispositions ». Vous vous êtes d'ailleurs inspirés, sur ce plan, des considérations exprimées dans son règlement n° 67-67 par la Commission qui, sans vouloir préjuger des rapports existant entre le régime de la concurrence et les droits de propriété industrielle, a clairement montré son intention de ne pas admettre que ces droits soient exercés de manière abusive en vue de créer une protection territoriale absolue.

Or, il n'est pas douteux que l'exercice du droit de marque se prête tout particulièrement à une répartition ou à un cloisonnement des marchés nationaux de nature à affecter les échanges entre les États membres. Il peut aboutir ainsi à empêcher la réalisation d'un marché unique, comme d'ailleurs à faire obstacle à la libre circulation des produits, objectifs essentiels du Marché commun.

Mais, sur le terrain de l'article 85, il faut être attentif au fait que la mise en jeu de cette disposition implique l'existence d'un accord entre entreprises ou, pour le moins, de pratiques concertées.

Cette condition première était sans nul doute remplie dans l'affaire Grundig/Consten. En effet, parallèlement à un contrat de distribution exclusive, une convention accessoire avait été passée entre Grundig et son concessionnaire, convention par laquelle la firme allemande avait autorisé Consten à déposer en France, en son nom, la marque « Gint ». Si ce dernier était donc bien titulaire des droits attachés à cette marque, c'était en vertu d'un « accord » dont le but était manifestement de renforcer la protection territoriale absolue dont il jouissait.

L'existence de l'élément de concertation exigé pour l'application de l'article 85 était ainsi démontrée.

Dans l'affaire Sirena, vous êtes allés plus loin.

En effet, après avoir admis que le droit de marque, en tant que statut légal, échappe en soi aux éléments contractuels ou de concertation envisagés par l'article 85, paragraphe 1, vous n'en avez pas

moins affirmé « que son exercice pourrait tomber sous le coup des prohibitions du traité chaque fois qu'il apparaîtrait comme étant l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente ».

Il n'y a pas de difficulté à admettre que l'exercice du droit de marque tombe sous le coup de l'article 85 lorsqu'il constitue l'objet même d'un tel accord. Tel serait le cas, notamment, d'un contrat de licence par lequel le titulaire de la marque imposerait au licencié des restrictions non justifiées par la seule protection du droit : imposition de prix de vente ou de quotas de production.

Il en est de même si, dans le cadre de licences parallèles, le titulaire prétend exiger de ses concessionnaires l'engagement de ne pas exporter, afin d'assurer à chacun d'eux une protection territoriale absolue.

En revanche, dans le cas de cession pure et simple du droit de marque, il est plus difficile de discerner, sauf circonstances particulières, un accord ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Il est de la nature même d'une telle cession de constituer un transfert total du droit et de conférer au cessionnaire les prérogatives même dont disposait le cédant.

C'est sans doute pourquoi vous avez été conduits à affirmer, dans l'arrêt Sirena, que « l'article 85 est applicable *dès lors* que sont empêchées, en invoquant le droit de marque, les importations de produits originaires de différents États membres, portant la même marque du fait que leurs titulaires ont acquis cette marque ou le droit d'en faire usage en vertu soit d'accords entre eux, soit d'accords conclus avec des tiers ».

Ainsi peu importerait que l'accord n'ait pas eu pour objet de restreindre la concurrence ; il suffirait qu'il ait eu cet effet, qu'il emporte cette conséquence, qu'il crée une situation juridique de nature à faire obstacle aux importations parallèles.

Mais, n'est-ce pas solliciter quelque peu le texte de l'article 85 et retenir de cette disposition une interprétation trop extensive ?

Il semble que vous ayez été portés à aller jusque-là, dans l'affaire Sirena, par certains éléments de fait que l'avocat général Dutheillet de Lamothe avait, à juste titre, relevés dans ses conclusions.

L'examen du dossier donnait en effet à penser que la situation contractuelle dont se prévalait l'entreprise italienne révélait, si on la rapprochait de contrats parallèles conclus entre la société américaine Mark Allen, titulaire originaire de la marque, avec des firmes françaises, belges, néerlandaises et allemandes, l'existence d'accords ou du moins de pratiques concertées condamnées par l'article 85.

Et vous n'avez par manqué de relever que « si la juxtaposition de cessions à des exploitants différents de droits de marque nationaux protégeant un même produit parvient à reconstituer des frontières imperméables entre les États membres, une telle pratique peut affecter le commerce entre États et altérer la concurrence dans le marché commun ».

Les données de fait de la présente affaire ne nous paraissent pas permettre de parvenir à la même conclusion, du moins sur la base de l'article 85.

Non pas qu'on puisse raisonnablement mettre en doute l'existence de l'accord de cession conclu en 1934-1935 entre Hag AG Brême et la société Café Hag Belgique. Bien que les archives de l'entreprise allemande aient été détruites au cours de la guerre et que le texte de ce contrat n'ait pu être produit, les parties au principal reconnaissent qu'un tel accord a été effectivement conclu.

Pas plus que nous ne saurions admettre la thèse soutenue par les représentants de Van Zuylen, à savoir qu'un contrat de cession entièrement exécuté, ayant consommé tous ses effets dans le passé, ne pourrait tomber sous le coup de l'article 85.

Cet argument a été formellement condamné par l'arrêt Sirena ; la situation juridique créée par un accord de cession antérieur à l'entrée en vigueur du traité

demeure inchangée et il suffit, comme le fait observer la défenderesse au principal, de constater que Van Zuylen entend se prévaloir aujourd'hui encore de cette cession pour admettre qu'elle est susceptible de produire des conséquences juridiques.

C'est par d'autres considérations que nous entendons écarter l'applicabilité de l'article 85.

Comme l'affirme le juge luxembourgeois — et les parties au principal ne contestent pas ce fait — la cession de marque a été faite par Hag Brême à une filiale sur laquelle elle exerçait un contrôle absolu. On ne peut donc pas voir dans cette cession un accord entre entreprises différentes et indépendantes, mais un simple arrangement interne au sein d'une même unité économique. Il ne saurait exister entre une société mère et sa filiale dépourvue de tout pouvoir de décision autonome aucune concurrence susceptible d'être restreinte par la conclusion d'un accord. Nous nous référons, à cet égard, au point de vue que vous avez adopté dans vos arrêts du 25 novembre 1971 (Béguelin, affaire 22-71, Recueil 1971, p. 959) et du 13 juillet 1972 (affaire des colorants, Recueil 1972, p. 619 et suivantes) : « lorsqu'une filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, les interdictions édictées par l'article 85, paragraphe 1, peuvent être considérées comme inapplicables dans les rapports entre elle et la société mère avec laquelle elle forme une unité économique ».

Cette solution ne serait-elle plus de mise lorsque, comme le soutiennent Hag Brême et la Commission, les liens unissant la société mère à sa filiale ont été rompus, fût-ce par un transfert forcé des parts du capital de la filiale, considérées comme bien ennemi, à un tiers ?

Si nous avons bien compris cette thèse, l'accord de cession de 1934-1935, qui n'eût pas été de nature, en lui-même, à affecter la concurrence — comme étant conclu entre deux entreprises liées financièrement — produirait, depuis l'entrée en vigueur du traité de Rome, des effets anti-concurrentiels dès lors que ces liens ont été dissous.

Il faudrait donc considérer que les effets objectifs du contrat de cession ont créé une situation juridique qui serait aujourd'hui prohibée par l'article 85.

il nous paraît impossible d'admettre ce raisonnement, précisément parce qu'aucun élément de concertation, justiciable de cette disposition du traité, ne subsiste ou n'a été rétabli entre Hag Brême et l'actuel titulaire de la marque en Belgique et au Luxembourg.

La condition essentielle pour l'application de l'article 85 fait défaut, sans même qu'il soit besoin d'invoquer, comme le fait Van Zuylen, le caractère d'acte de puissance publique de la vente du capital de la société anonyme Café Hag à la famille Van Oevelen par l'Office des séquestres belge.

En vérité, c'est une erreur de penser que seul le régime de la concurrence peut être valablement invoqué pour faire échec aux entraves que les droits de marque nationaux opposent à la libre circulation des marchandises dans le Marché commun.

Ces dispositions ne peuvent être prises en considération que dans la mesure où est reconnue l'existence d'un accord ou d'une pratique concertée au sens de l'article 85 ou, « mutatis mutandis », d'un abus de position dominante au sens de l'article 86.

C'est d'ailleurs ce qui se déduit de l'arrêt du 29 février 1968 (Parke Davis, affaire 24-67, Recueil 1968, p. 82) par lequel vous avez reconnu que l'exercice d'un brevet ne saurait relever de l'article 85 *en l'absence de tout accord* visé par cette disposition.

Dès lors, si la formule de l'arrêt Sirena, selon laquelle un droit exclusif *peut* être « l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente », demeure parfaitement valable, il est « a contrario » évident que l'article 85 ne peut être utilement invoqué à l'encontre de l'exercice d'un droit de propriété industrielle lorsque celui-ci

n'est précisément ni l'objet, ni le moyen, ni la conséquence d'un accord prohibé par cet article.

III — Application des articles 5, 30 et 36 du traité

On mesure ainsi les limites au-delà desquelles il n'est plus possible de se fonder sur les dispositions du traité relatives à la concurrence pour résoudre l'antinomie qui existe entre le droit communautaire et les droits nationaux de propriété industrielle.

C'est qu'en effet, ainsi que le montre l'évolution de votre jurisprudence, le siège de la matière réside dans les règles qui gouvernent la libre circulation des marchandises dans le Marché commun.

Les articles 30 et 36 du traité constituent, à notre avis, la base juridique adéquate et permettent de trancher, sans recourir à la notion d'entente, le conflit entre le principe de l'unité du marché et les droits exclusifs conférés par les lois nationales.

C'est par votre arrêt du 8 juin 1971 (Deutsche Grammophon, affaire 78-70, Recueil 1971, p. 487) que vous avez pris clairement parti en affirmant que, dans le cas où l'exercice, en l'espèce d'un droit voisin du droit d'auteur, « échapperait aux éléments contractuels ou de concertation envisagés par l'article 85, la réponse à la question posée conduirait à examiner si l'exercice du droit de protection en cause est compatible avec d'autres dispositions du traité relatives notamment à la libre circulation des marchandises ».

Et c'est manifestement en se référant à cette décision que le juge luxembourgeois a également situé les questions préjudicielles qu'il vous pose sur le terrain des articles 5, 30 et suivants, et particulièrement de l'article 36 du traité.

L'article 5, dont le rappel s'explique par le fait que cette disposition de principe était déjà invoquée dans l'affaire Deutsche Grammophon, énonce, vous l'avez dit, une obligation générale, imposée aux États membres, de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du traité.

C'est notamment sur cette disposition que vous avez fondé, dans l'arrêt du 15 juillet 1964 (Costa/Enel, affaire 6-64, Recueil 1964, p. 1159), la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux.

Est-ce à dire que cette obligation de « coopération loyale et universelle », qui s'adresse aux États membres et s'impose, dès lors, à tous les organes étatiques, sans en excepter les juridictions nationales, suffirait par elle-même à limiter l'exercice des droits nationaux de propriété industrielle ?

Certes pas, mais elle a la valeur d'un principe dont le contenu doit être concrétisé, dans chaque cas particulier, par les dispositions précises du traité.

Dans le domaine qui nous intéresse, ce sont les articles 30 et 36 qui permettent de donner un contenu positif et concret aux principes posés par l'article 5.

L'article 30 interdit, on le sait, les restrictions quantitatives à l'importation et « toutes les mesures d'effet équivalent ».

L'article 36, dans sa première proposition, exempte de cette prohibition les restrictions ou mesures d'effet équivalent qui seraient, entre autres, justifiées par des raisons tenant à la protection de la propriété industrielle et commerciale.

Mais, dans sa seconde phrase, il précise que cette exemption ne doit constituer « ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

De la combinaison de ces deux phrases on peut déduire :

1) que, si, en principe, les lois nationales relatives à la propriété industrielle et commerciale demeurent en vigueur, les droits qui en découlent sont concernés et affectés par l'établissement du Marché commun dans une mesure à déterminer.

Soutenir qu'ils ne seraient en aucune manière affectés reviendrait d'ailleurs à nier tout effet utile, sur ce point, à l'article 36 ;

2) que ne peuvent bénéficier, en toute hypothèse, de l'exception apportée à l'interdiction de principe de l'article 30 que les seules restrictions à l'importation qui sont justifiées par des motifs tendant à la protection de la propriété industrielle, et non pas toutes restrictions inhérentes à l'exercice de ces droits ;

3) qu'en tout état de cause demeure interdit tout usage de ces droits qui aurait pour conséquence d'instituer une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.

La question est donc de savoir dans quelle mesure l'article 36 affecte non pas l'existence même d'un droit de propriété industrielle, mais son exercice.

C'est sur cette distinction, reprise dans l'arrêt Deutsche Grammophon, que vous avez fondé l'interprétation de l'article 36 en relevant « que s'il permet des interdictions ou restrictions à la libre circulation des produits, justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale, l'article 36 n'admet de dérogations à cette liberté *que* dans la mesure où elles sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété ».

Bien que l'arrêt auquel nous nous référons concerne le droit exclusif conféré, par la législation allemande, à un fabricant de supports de son, qualifié par vous de droit voisin du droit d'auteur, les considérations de principe que vous avez consacrées à l'interprétation de l'article 36 ont, sans nul doute, une portée générale.

Vous en avez tiré la conséquence que « si un tel droit est invoqué pour interdire la commercialisation dans un État membre de produits mis en circulation par son titulaire ou avec son consentement sur le territoire d'un autre État membre, au seul motif que cette mise en circulation n'aurait pas eu lieu sur le territoire national, une telle interdiction, *consacrant l'isolement des marchés nationaux*, se heurte au but essentiel du traité qui tend à la fusion des marchés nationaux dans un marché unique ».

Le motif déterminant réside dans le fait que l'exercice du droit invoqué par Deutsche Grammophon eût réalisé cette répartition des marchés, prohibée par le traité. En d'autres termes, les obstacles mis à l'importation des produits originaux en provenance d'autres États membres ne sont pas, au regard du traité, justifiés par l'existence du droit de protection institué par la loi nationale, mais constituent une restriction déguisée du commerce entre les pays du Marché commun, interdite par l'article 36, deuxième phrase.

En second lieu, la rédaction de l'arrêt permet de penser que votre interprétation ne concerne pas seulement un droit assimilé au droit d'auteur, mais vaut également pour les autres droits de protection exclusive puisque vous avez pris soin d'affirmer que le but essentiel du traité « ne pourrait être atteint si, *en vertu des divers régimes juridiques des États membres*, leurs ressortissants avaient la possibilité de cloisonner le marché ».

Les directives d'interprétation dégagées par l'arrêt Deutsche Grammophon nous paraissent donc pouvoir être, sans difficulté, transposées au domaine des marques de fabrique.

Étant admis que les actions engagées par Van Zuylen devant le tribunal de Luxembourg ont pour but de s'opposer, en invoquant son droit exclusif à la marque, aux importations d'un produit portant la même marque par Hag Brême, il s'agit donc d'appliquer ces principes et de rechercher si l'existence même de la marque déposée en Belgique et au Luxembourg implique ce pouvoir pour la demanderesse au principal, ou si l'interdiction revendiquée ne relève au contraire que de l'exercice du droit à la marque dans des conditions incompatibles avec les dispositions de l'article 36.

L'objet spécifique du droit de marque, envisagé dans son essence même, est d'indiquer l'origine, la provenance du produit et, ce faisant, de permettre au titulaire de protéger la position économique qu'il a acquise par ses moyens financiers, ses efforts techniques et son activité commerciale.

C'est par son droit de première mise en circulation que le titulaire peut ainsi légalement assurer cette protection et notamment interdire la commercialisation de produits revêtus de sa marque par des personnes qui n'en auraient pas le droit.

Le droit de marque lui confère donc le pouvoir d'interdire les contrefaçons opérées par des tiers.

En revanche, le principe de la territorialité, conséquence du caractère national de la législation des marques — et, à cet égard, l'existence d'une loi uniforme Benelux ne modifie pas la position du problème —, ne relève pas, selon votre jurisprudence, de l'existence même du droit de protection, ainsi que l'a exposé, dans ses conclusions sur l'affaire Deutsche Grammophon, l'avocat général Karl Roemer à propos du droit exclusif conféré aux fabricants de supports de son.

C'est l'effet de protection territoriale des législations internes qui est incompatible avec le principe communautaire de libre circulation des marchandises.

Dans le litige porté devant le juge luxembourgeois, la société Van Zuylen, cessionnaire de la marque « Café Hag » pour la Belgique et le Luxembourg, serait donc en droit de s'opposer, sur le territoire où s'exerce son droit, à la vente de café décaféiné portant cette marque et mis en circulation par des contrefacteurs. Mais elle ne saurait faire obstacle à l'importation des produits portant la même marque, provenant de l'entreprise allemande, titulaire originaire de cette marque.

Encore faut-il que la provenance du produit soit clairement indiquée, ce que fait d'ailleurs la firme Hag en soulignant sur ses emballages que le café qu'elle vend dans le Grand-Duché est fabriqué en Allemagne fédérale.

Van Zuylen a, de son côté, l'obligation d'indiquer la provenance belge des cafés vendus sous la marque « Hag ».

Enfin, il faut, à notre avis, résolument écarter l'objection tirée de ce que l'entreprise allemande pourrait, en tout état de cause, vendre ses produits au Luxembourg sous une marque autre que « Hag ». C'est d'ailleurs ce que, dans un premier temps, elle s'est efforcée de faire en important du café sous la marque « Decofa ». Il va de soi que de telles importations n'ont soulevé et ne pourraient soulever aucune difficulté ni au regard du droit national des marques, ni au regard du droit communautaire.

Mais on conçoit que, pour s'implanter en Belgique et au Luxembourg sous cette nouvelle marque inconnue des consommateurs, la firme allemande perdrait le bénéfice de la marque « Hag » sous laquelle elle est notoirement connue du public et serait donc contrainte, repartant en quelque sorte à « zéro », de consacrer des moyens financiers et commerciaux importants à imposer l'image de cette marque nouvelle.

C'est donc, en définitive, sur la seule base des articles 30 et 36 relatifs à la libre circulation des marchandises dans la Communauté et compte tenu du principe d'unité du Marché commun que nous vous suggérons de répondre aux questions qui vous ont été posées.

Il va de soi en effet que, si vous suivez notre proposition, la réponse à la deuxième question relative aux importations dans le Grand-Duché, effectuées par un négociant allemand, de café acheté directement à la firme Hag de Brême ne saurait être différente de la solution apportée à la première question préjudicielle.

Nous concluons donc à ce que vous disiez pour droit :

— que la faculté que possède le cessionnaire d'un droit de marque d'interdire, sur le territoire de l'État membre (A) où la marque qu'il détient est déposée, l'importation directe de produits revêtus de la même marque par l'entreprise titulaire, à titre originaire, du droit de cette marque dans un autre État membre (B) ne fait pas partie de l'existence même du droit de propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 36 du traité ;

cette faculté constitue un exercice du droit de marque incompatible avec les principes fondamentaux du traité qui se dégagent des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises ;

— qu'il en va de même lorsque les importations desdits produits dans l'État membre (A) sont effectuées par l'intermédiaire d'un commerçant établi dans l'État membre (B), qui a acquis ces produits auprès de l'entreprise titulaire de la marque dans ce même État.