

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

ESSAI SUR LES IMPORTATIONS PARALLÈLES :

**La recherche d'un équilibre entre
liberté et protection dans l'Union européenne**

Par Xavier VAN OVERMEIRE

Faculté de droit

*Maîtrise présentée à la faculté de Droit
en vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit
option droit des affaires*

**Septembre 2010
(2nd version)**

© Xavier Van Overmeire, 2010

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Faculté de droit

Ce mémoire intitulé :

Essai sur les importations parallèles : la recherche d'un équilibre entre
liberté et protection dans l'Union européenne

par Xavier Van Overmeire

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes:

Nabil Antaki (président-rapporteur)

Guy Lefebvre (directeur de recherche)

Ysolde Gendreau (Membre du jury)

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Xavier Van Overmeire¹

Le phénomène du commerce parallèle repose sur un constat de base à la fois simple et évident: le niveau des prix d'un même produit « créé et fabriqué » par le même titulaire peut souvent varier de manière importante d'un pays à l'autre, en raison notamment des disparités dans le revenu moyen des consommateurs, des réglementations nationales entravant les échanges, ou encore du niveau de concurrence qui peut être affecté par des restrictions d'ordre privé, telles que des conventions de partage de marchés ou des contrats de distribution.

Les commerçants que l'on appelle « importateurs parallèles » achèteront le produit là où il est le moins cher, qu'il provienne directement du titulaire ou non, en vue de le revendre là où ils pourront faire le meilleur profit. Dans ce contexte, des problèmes apparaîtront dans le pays d'importation dans la mesure où les commerçants parallèles vendront, bien évidemment, moins cher que les distributeurs désignés par le titulaire.

Le titulaire en sa qualité de « créateur » de produits, est souvent titulaire de droits de propriété intellectuelle qu'il désirera, non sans une certaine légitimité, « monnayer », tentant ainsi de cloisonner les marchés en vue d'obtenir le prix le plus élevé qu'un consommateur serait prêt à payer pour un produit « x » sur un marché « y ».

Cet essai a pour mérite de mettre en tension, d'une part, la liberté des échanges et de la concurrence qui favorisent, notamment, l'obtention des produits au meilleur prix pour les acheteurs et les consommateurs et, d'autre part, la nécessité de protéger les efforts de création dans l'industrie afin que celle-ci continue à investir dans la recherche et le développement de nouveaux produits.

Mots clés : Importations parallèles, libre circulation des marchandises, libre concurrence, licences exclusives, distribution exclusive, distribution sélective, abus de position dominante, exportation, propriété intellectuelle, propriété industrielle, concurrence déloyale, produits pharmaceutiques

¹

L'auteur est avocat au Barreau de Bruxelles et également membre du Barreau du Québec. Il est le responsable régional du groupe de pratique en commerce international du cabinet d'avocats Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l. à Montréal.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Xavier Van Overmeire

The phenomenon of parallel trade rests on a simple and obvious basic premise: the price levels of the same product “created and made” by the same manufacturer can often vary considerably from one country to another. This variation is notably due to disparities in the mean income of consumers, trade-prohibiting national regulations or the level of competition which may itself be affected by private restrictions such as market sharing agreements or distribution contracts.

The merchants, termed “parallel importers” will buy the product where it is cheapest, whether or not it stems directly from the manufacturer, and resell it where they will obtain the best profits. Some problems will arise in the country of importation, insofar as parallel importers will sell at a lower price than the distributors designated by the manufacturer.

The manufacturer, in his quality of “creator” of goods, is often the owner of intellectual property rights which it will understandably try to monetize, in an attempt to partition the markets in order to obtain the highest price that the consumer is willing to pay for product “x” on market “y”.

This article, mainly jurisprudential, seeks to underline the tension between the free exchange of goods in open markets which notably allows consumers and buyers to obtain products at the best price, and the necessity of protecting the creation efforts of the industry in order to encourage investment in the research and development of new products.

Key words: Parallel imports, free circulation of goods, free competition, exclusive licenses, exclusive distribution, selective distribution, abuse of dominance, exportation, intellectual property, industrial property, unfair competition, pharmaceutical products.

TABLE DES MATIÈRES

I.	PRÉAMBULE	1
II.	TERMINOLOGIE DES NOTIONS ESSENTIELLES	2
	A) La notion d'importation parallèle	2
	B) Présentation des autres notions et concepts juridiques	4
III.	RÉALITÉS ÉCONOMIQUES : LES INTÉRÊTS ET ARGUMENTS EN PRÉSENCE	17
	A) Arguments des importateurs parallèles	17
	B) Arguments des opposants aux importations parallèles	18
IV.	LA RÉGLEMENTATION DES IMPORTATIONS PARALLÈLES AU NIVEAU MONDIAL – L'EXEMPLE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC	20
	A) Cadre et contenu	20
	B) Liens entre l'accord sur les ADPIC et les importations parallèles	21
V.	LES IMPORTATIONS PARALLÈLES DANS L'UNION EUROPÉENNE	22
	A) Introduction et notions fondamentales.....	22
	B) Objectifs et principes de base de l'Union européenne applicables aux importations parallèles	24
	1. Les objectifs de l'intégration européenne : la réalisation du marché intérieur	24
	2. Rappel des principes généraux fondateurs de l'Union européenne	27
	a) La libre circulation des marchandises.....	27
	b) La protection de la concurrence.....	31
	C) Les importations parallèles sous l'angle de la libre circulation des marchandises.....	34
	1. Notions et principes	34
	a) La question préalable de l'harmonisation à ce jour incomplète des droits intellectuels en Europe.....	34
	i) Le brevet	35
	ii) La marque	36
	iii) Le droit d'auteur	37
	2. Étude systématique de la jurisprudence relative aux relations entre les importations parallèles et la libre circulation des marchandises	37
	a) La distinction entre l'existence et l'exercice du droit.....	37
	b) L'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle.....	42
	c) L'épuisement régional (européen) du droit de propriété intellectuelle.....	45
	d) Le rôle essentiel du « consentement » du titulaire du droit de propriété intellectuelle.....	45
	e) Les importations parallèles venant de pays tiers à l'Union européenne – les fluctuations de la jurisprudence européenne	48

f)	L'actualité récente concernant la tension entre propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : les importations parallèles de produits pharmaceutiques – la problématique du reconditionnement	61
D)	Les importations parallèles sous l'angle du droit de la concurrence	78
1.	Conceptualisation des importations parallèles face au droit de la concurrence	78
a)	But des règles communautaires en matière de concurrence	78
b)	Les ententes et les importations parallèles	79
i)	Concours de volontés	80
ii)	Objet ou effet restrictif sur la concurrence à l'intérieur du Marché commun	81
c)	Les abus de position dominante et les importations parallèles	84
2.	Étude systématique de la jurisprudence relative aux relations entre les importations parallèles et le droit de la concurrence	85
a)	Les ententes horizontales entre entreprises et les importations parallèles	85
i)	Sur les limitations de livraison décidées par Bayer France et Bayer Espagne	88
ii)	Sur la prétendue volonté des grossistes d'adhérer à la politique de la requérante visant à réduire les importations parallèles	90
b)	Les restrictions verticales et les importations parallèles	93
i)	Les contrats de distribution exclusive	96
ii)	Les contrats de distribution sélective	100
c)	Les contrats de licence exclusive	115
d)	Règle constante : interdiction de la protection territoriale absolue	118
e)	Abus de position dominante et importations parallèles	118
f)	Les importations parallèles et la concurrence déloyale	131
E)	L'actualité récente sur les importations parallèles et le droit de la concurrence	134
3.	La jurisprudence <i>GlaxoSmithKline</i> (« GSK »)	134
4.	L'arrêt <i>Nintendo</i>	140

VI. CONCLUSION : L'ATTITUDE DE L'UNION EUROPÉENNE FACE AUX IMPORTATIONS PARALLÈLES145

À Oscar, né le 15 octobre 2009, à Montréal

L'auteur souhaite particulièrement remercier son épouse, pour sa patience de tous les jours et son soutien de chaque instant, Christian Schillings pour son savoir et ses compétences qui ont immanquablement influencés cet essai, le professeur Guy Lefebvre, vice-doyen de la faculté de droit et directeur de ce mémoire, qui, par la confiance qu'il m'a témoignée, m'a permis de découvrir la richesse et la convivialité de la faculté de droit de l'Université de Montréal, Me Claude Morency, associé directeur (Montréal) et toute son équipe du cabinet d'avocats FMC, s.e.n.c.r.l. pour leur soutien, leur compréhension et la valorisation acceptée par tous les membres d'un travail de recherche d'une certaine ampleur.

LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE LIBERTÉ ET PROTECTION AU SEIN DU MARCHÉ DE L'UNION EUROPÉENNE

I. PRÉAMBULE²

Le phénomène de la mondialisation (appelée aussi « globalisation ») est actuellement considéré comme inéluctable. Les produits et services ne sont dorénavant plus diffusés ou écoulés sur un marché local, voire régional mais à travers toute la planète et à un rythme de plus en plus rapide, notamment grâce au développement exponentiel des nouvelles technologies. Il suffit de songer au nombre multiplié de transactions commerciales se réalisant par internet et à la rapidité toujours plus grande des mouvements de capitaux favorisés par des outils électroniques de transfert de plus en plus performants.

Parallèlement, la chute des régimes communistes³ à économie d'État a mené au développement d'une économie de marché à grande échelle et sans commune mesure avec ce qui a été connu dans le passé.

Le droit international des affaires a été immanquablement marqué par cette évolution irrésistible. En vue de favoriser le libre-échange au niveau international tout en le règlementant, de nombreux traités et conventions réduisant les barrières tarifaires et non tarifaires ont été adoptés par les États, tant aux niveaux mondial que régional.

Au niveau mondial, on peut citer l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*⁴ (dénommé communément le « **GATT** ») déjà conclu en 1947, au lendemain de la seconde guerre mondiale, ainsi que le *Traité instituant l'Organisation Mondiale du Commerce* (dénommée communément l'« **OMC** ») conclu en 1994 et, au niveau régional, l'*Union européenne* (héritière

² En raison de l'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne* et des conséquences de ce dernier sur la numérotation des articles, l'auteur a adapté cette numérotation récente pour chacun des articles jurisprudentiels cités dans le présent document afin d'en faciliter la lecture et la compréhension.

Les références dans le présent document sont conformes au *Guide des références pour la rédaction juridique* (Didier LUELLES, 7^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2008), à l'exception des références à des sources de droit international ou européen qui sont conformes au *Manuel canadien de la référence juridique* (Revue de droit de McGill, 6^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2006).

³ À l'exception notable de la Chine, par lequel ce régime « communiste » intervient activement dans la globalisation « capitaliste ».

⁴ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, [1947] R.T. Can n°27.

de la *Communauté économique européenne*), véritable organisation d'intégration économique régionale dépassant la simple zone de libre-échange et dont le dernier encadrement juridique dans le temps est celui du *Traité de Lisbonne*⁵, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

La problématique des importations parallèles de produits protégés par des droits de propriété intellectuelle doit être vue précisément dans le contexte de cette mondialisation galopante.

Cependant, avant toute discussion plus poussée sur ladite problématique, il importe d'établir une terminologie de notions essentielles, souvent mentionnées dans les médias, mais dont l'interprétation est parfois douteuse. À ce propos, on peut citer à titre d'exemples la notion *a priori* sibylline d'épuisement des droits ou simplement celle d'importation parallèle. Notons d'emblée que cette entreprise de clarification est dès le départ contrariée par un élément essentiel : l'absence de consensus au niveau universel sur ce que recouvre la plupart de ces notions. Le droit reste par conséquent très éparpillé, même s'il faut reconnaître que des avancées considérables ont pu être faites grâce tant à l'action d'ordres juridiques régionaux, tels que celui de l'Union européenne, qu'à la jurisprudence de mieux en mieux affirmée émanant de juridictions nationales et internationales.

Il en résulte que la notion de commerce parallèle (c'est-à-dire de commerce fondé sur les importations parallèles) entraîne beaucoup de confusion dans l'esprit des praticiens du droit, souvent peu informés des avancées susmentionnées, cette notion ne faisant l'objet d'aucune définition dans les traités et conventions internationaux étant donné qu'aucun traité ou convention internationale couvrant cet objet spécifique n'a pu encore être signé.

II. TERMINOLOGIE DES NOTIONS ESSENTIELLES

A) La notion d'importation parallèle

Faute de définition précise dans un texte juridique d'origine étatique ou paraétatique, la notion d'importation parallèle et/ou commerce parallèle est généralement définie comme suit :

⁵ *Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne*, 13 décembre 2007, [2007] J.O. C 306/01 [Traité de Lisbonne]; CE, *Versions consolidées du Traité sur l'Union européenne [TUE] et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE]*, [2008] J.O. C 115/01.

« Importation à titre commercial d'un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle dans le pays d'importation, par un tiers qui n'est pas le titulaire de ce droit sur ce produit, en provenance d'un pays (le pays d'exportation) où il a été mis sur le marché pour la première fois par le titulaire du droit de propriété intellectuelle ou avec son consentement. »⁶

En fait, le postulat fondateur du commerce parallèle repose sur un constat de base à la fois simple et évident: le niveau des prix d'un même produit « créé et fabriqué » par le même titulaire peut souvent varier de manière importante d'un pays à l'autre, en raison notamment des disparités dans le revenu moyen des consommateurs, des réglementations nationales entravant les échanges, ou encore du niveau de concurrence qui peut être affecté par des restrictions d'ordre privé, telles que des conventions de partage de marchés ou des contrats de distribution.

Les commerçants que l'on appelle « importateurs parallèles » achèteront le produit là où il est le moins cher, qu'il provienne directement du titulaire ou non, et le revendront là où ils pourront obtenir les meilleurs bénéfices. Des problèmes apparaîtront dans ce contexte dans le pays d'importation dans la mesure où les commerçants parallèles vendront, bien évidemment, moins cher que les distributeurs désignés par le titulaire.

Le titulaire, quant à lui, en sa qualité de « créateur » de produits, est souvent titulaire de droits de propriété intellectuelle qu'il désirera, non sans une certaine légitimité, « monnayer », tentant ainsi de cloisonner les marchés en vue d'obtenir le prix le plus élevé qu'un consommateur serait prêt à payer pour un produit « x » sur un marché « y ».

Comme nous le constaterons, la question est fort délicate car elle oppose fondamentalement deux intérêts *a priori* également légitimes : la liberté des échanges et de la concurrence qui favorisent, notamment, l'obtention des produits au meilleur prix pour les acheteurs et les consommateurs et la nécessité de protéger les efforts de création dans l'industrie afin que celle-ci continue à investir dans la recherche et le développement de nouveaux produits.

Comme exprimé en exergue dans le présent essai, l'essentiel sera, notamment pour les autorités publiques tant nationales que régionales ou internationales, de trouver « un équilibre entre libre concurrence et protection intellectuelle ».

⁶ Daniel E. KRAUS, *Les importations parallèles de produits brevetés*, Zürich, Shultness Verlag, 2004, p. 12.

Avant de définir d'autres notions fondamentales, il importe d'insister sur un point crucial : le terme « parallèle » a une connexion péjorative et se retrouve le plus souvent dans la bouche de ceux qui condamnent les importations dites « parallèles ». Il faut rappeler fermement que l'exportation et/ou l'importation n'ont rien d'illicite et, qu'au contraire, elles expriment le postulat du libre-échange qui, depuis la globalisation de l'économie et la chute des régimes communistes, régit la quasi-totalité de l'économie mondiale.

Du point de vue des consommateurs, le maintien des importations parallèles est évidemment très favorable à leurs intérêts. Des auteurs « consuméristes » comme Helmuth SCHRÖTER⁷ et Ludwig KRÄMER⁸ n'hésitent pas à le qualifier de droit fondamental des consommateurs, « ceux-ci ayant l'opportunité d'acheter les produits de leur choix partout dans l'Union européenne, particulièrement en tous lieux où les meilleurs prix et conditions de vente sont offerts. »

L'importation parallèle est problématique uniquement lorsqu'elle s'effectue sans l'accord du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle dans le pays d'importation, s'apparentant ainsi à une atteinte au droit de ce dernier.

B) Présentation des autres notions et concepts juridiques

– *Présentation synthétique des différents droits de propriété intellectuelle*

1. La protection des droits de propriété intellectuelle, à l'exception du droit des marques visant plutôt la protection d'un travail de promotion⁹, s'explique par la nécessité d'encourager les créateurs et inventeurs dans des domaines tant culturels que scientifiques¹⁰ à développer davantage leurs idées. Ils bénéficient ainsi d'un contrôle exclusif sur leurs réalisations, à savoir qu'ils se retrouvent dans une position de monopole où ils sont les seuls à pouvoir fournir des produits ou des œuvres couverts par un droit de propriété intellectuelle. Cette protection conférée

⁷ Helmuth SCHRÖTER, « Kommentierung des Artikels 85 » in « *Kommentar zum EWG Vertrag* » 3^e éd., Baden-Baden, éd. Groeben H.V.D., 1983, 3^e Auflage, remark n° 22.

⁸ Ludwig KRÄMER, *EEC Consumer Law*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1986, n° 111 et p.72.

⁹ D. VAVER, *Intellectual Property Law: Copyrith, Patents, Trade-Marks*, Concord, Irwin Law, 1997, p173-176.

¹⁰ W. KINGSTON, *Innovation, Creativity and Law*, Oxford, Westview Press, 1990, p.13; J. MOKYR, *The Lever of Riches – Technological Creativity and Economic Progress*, New York, Oxford University Press, 1990, p.6; E. MANSFIELD, « Intellectual Property, Technology and Economic Growth », dans F.W. RUSHING et C. GANZ BROWN (dir.), *Intellectual Property Rights in Science, Technology, and Economic Performance*, Londres, Westview Press, 1990, p.17.

par la loi peut s'interpréter comme une récompense remise aux créateurs et inventeurs pour leur participation au développement de la société leur permettant ainsi de rentabiliser leurs investissements¹¹. Plus précisément, ce privilège constitue un incitatif financier qui permettra, d'une part, d'amortir les coûts engendrés dans la création de l'œuvre ou dans la création du produit et, d'autre part, de poursuivre le développement et la diffusion de nouveaux produits¹² ou de nouvelles œuvres.

En outre, les lois de protection des droits de propriété intellectuelle devront s'astreindre à respecter un certain équilibre et à ne pas donner plus de droits que nécessaire pour y parvenir¹³.

Les droits de propriété intellectuelle sont souvent divisés en deux catégories : d'une part, les droits de propriété industrielle, tels que les brevets, les marques de commerce et les dessins et modèles industriels – ces derniers étant apparentés au droit d'auteur – et d'autre part, le droit d'auteur qui, originairement, n'est pas lié à la propriété industrielle.

Il est important de noter qu'avec l'entrée en vigueur de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle* qui touchent au commerce (dénommé communément l'« **ADPIC** »)¹⁴ conclu au sein de l'OMC, que nous évoquerons brièvement plus loin, tous les droits de propriété intellectuelle ont été pour la première fois réunis dans un seul et même traité¹⁵.

¹¹ A. TEJL et A.W. HOLZHAUERA, «Property Rights, Property Rules and Liability Rules, Another View, Another Cathedral», document présenté à la 7^e conférence annuelle de l'association européenne de droit et d'économie (EALE), Rome, 3-5 septembre 1990, p.20 ; Ejan. MACKAAY, «Legal Hybrids : Beyond Property and Monopoly ?», (1994) 94, *Columbia L. Review*, 2630-2636.

¹² A.L. KEITH, D.G. MC FETRIDGE, « Propriété intellectuelle et croissance endogène », dans P. HOWITT, *La croissance fondée sur le savoir et son incidence sur les politiques microéconomiques*, Calgary, University of Calgary Press, 1996, chapitre 1.

¹³ R. COOPER DREYFUSS, «General Overview of the Intellectual Property System» dans V. WEIL et J.W. SNAPER, *Owning Scientific and Technical Information – Value and Ethical Issues*, New Brunswick (n.J.), Rutgers University Press, 1989, p.17.

¹⁴ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'accord instituant l'OMC, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay. Les textes juridiques*, Genève, OMC, 2003. [ADPIC].

¹⁵ *ADPIC*, art. 1, al. 2 : « L'expression "propriété intellectuelle" désigne tous les secteurs de la propriété intellectuelle qui font l'objet de l'accord, à savoir le droit d'auteur et droits connexes, les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques, les dessins et modèles industriels, les brevets, les topographies de circuits intégrés et la protection des renseignements non divulgués. ».

Par ailleurs, il importe de relever que dans le cadre du droit européen, au sens large, incluant la protection des droits de l'Homme, les droits de propriété intellectuelle figurent parmi les droits fondamentaux¹⁶ bénéficiant *per se* d'une protection renforcée au niveau européen.

2. Le brevet est un titre délivré par un État à un inventeur ou à son ayant droit, en contrepartie de la divulgation de son invention¹⁷.

Par définition, c'est un titre juridique négociable qui confère à son titulaire le droit exclusif et temporaire d'exploitation de son invention sur un territoire défini.

Le brevet peut être assimilé à un contrat entre l'inventeur et un État. Alors que l'inventeur divulgue publiquement le contenu de son invention, l'État octroie un brevet protégé par son système juridique. –Ceci a pour conséquence notamment l'accroissement des connaissances au sujet de l'état de la technique et stimule l'activité créative en favorisant la naissance de nouvelles idées et inventions.

L'usage du brevet par les milieux de l'industrie, accompagné du monopole d'exploitation que celui-ci octroie, explique aisément à quel point ce droit sera fréquemment invoqué par ses titulaires, notamment du secteur industriel, dans le cadre de la problématique des importations parallèles. Le droit exclusif d'exploitation signifie que le titulaire du brevet est en droit d'interdire à un tiers de fabriquer, offrir, importer, mettre dans le commerce, détenir ou utiliser le produit qui fait l'objet du brevet, ou le produit obtenu directement par le procédé qui fait l'objet du brevet, sans son autorisation. Il pourra également faire l'objet de cession et/ou licence

¹⁶ Louis VAN BUNNEN, *Examen de Jurisprudence (2005 à 2009), Marques et Signes Distinctifs*, Bruxelles, RCJB, éd. Bruylant, 2009, p.508.

La Cour européenne des droits de l'Homme a admis que la notion de « bien » (d'une personne physique ou morale) au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950 « ne se limite pas à la propriété des biens corporels mais inclut aussi les droits intellectuels. », acceptant même que cette notion s'étende à une simple demande d'enregistrement d'une marque (Aff. Anheuser Busch Inc. c/ Portugal - Requête n° 73049/01 CEDH, 11 janvier 2007, J.C.P., 2007, p.1409). Voir également à ce sujet Séverine DUSSOLIER, *Les droits intellectuels (décembre 2006 – novembre 2007)*, vol. n°146, J.D.E., Bruxelles, éd. Larcier, 2008, p. 50.

¹⁷ « L'obligation imposée au titulaire du brevet de divulguer l'essentiel de son invention permettra aussi à toute autre personne de copier le brevet quand l'échéance de la durée de protection sera atteinte ou si le brevet n'est pas accordé. » [J. STRAUSS et R. MOUFANG, *Deposit and Release of Biological Material for the Purpose of Patent Procedure; Industrial and Tangible Property Issues*, Baden – Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, p.39.] cité par Christophe MASSE, *Les limites qu'impose le droit de la concurrence aux contrats de licence de propriété intellectuelle : étude comparative du droit canadien, américain et européen*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2002.

d'exploitation à des tiers qui en recevront le droit d'exploitation exclusif pour un territoire et une durée déterminés.

C'est particulièrement en raison des progrès technologiques considérables que notre société a connu, depuis la moitié du dix-neuvième siècle, une évolution significative de la conception de l'« invention brevetable »: l'on est ainsi passé d'une approche « fondamentaliste » liée aux progrès de la recherche scientifique à une approche plus « utilitariste » en phase avec les intérêts de l'industrie¹⁸.

Le Professeur Mireille BUYDENS¹⁹ admet qu'il doit s'agir de « découvertes d'ordre pratique que l'on exploite pour le profit qu'elles peuvent donner ». Une telle approche aura, comme nous le verrons dans les pages qui vont suivre, une grande importance dans un secteur tel que celui de l'industrie pharmaceutique dont il sera abondamment question dans les chapitres suivants. L'on imagine aisément combien ce secteur industriel va s'acharner à « breveter » et aussi à protéger par tous les moyens les découvertes effectuées en son sein.

3. La marque est un signe qui permet d'identifier et de distinguer des produits et/ou services avec ceux de ses concurrents. Selon le professeur William Robert CORNISH, la protection accordée aux marques de commerce ne vise pas à protéger le côté créatif de l'œuvre ou de l'invention mais visera plutôt trois objectifs plus économiques²⁰. Premièrement, la marque de commerce permet aux consommateurs d'identifier la provenance d'un produit²¹. Elle permet ainsi d'éviter les cas de fausses représentations qui risqueraient de tromper le consommateur²². Deuxièmement, une marque de commerce assure une protection aux consommateurs en leur permettant de reconnaître des produits auxquels ils associent un certain niveau de qualité. Troisièmement, la protection qui est accordée au titulaire de la marque de commerce incite ce dernier à investir dans le but de développer un haut niveau de qualité pour ses produits et, du

¹⁸ À l'origine, le droit au brevet était strictement limité au « droit de l'inventeur sur le travail fourni pour aboutir à son invention ». Thomas TILLIERE, *Traité pratique des brevets d'invention*, Bruxelles, Vanderauwera, 1854, p. 44 et s.

¹⁹ Mireille BUYDENS, *La protection de la quasi création*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 311.

²⁰ William Robert CORNISH, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade-marks and Allied Rights*, 3rd ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1996, p. 527.

²¹ *Id.*, p. 515.

²² *Consumer's Distributing Co. c. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 R.C.S.583.

même coup, empêche un concurrent de porter atteinte à la réputation de sa marque en l'apposant à des produits de qualité inférieure²³.

Elle peut être industrielle ou commerciale mais, contrairement au brevet, elle ne fait pas corps avec la création, l'invention ou le produit qu'elle désigne. Elle consiste en un signe distinctif déposé et enregistré sans qu'il y ait eu de divulgation formelle à l'autorité publique du contenu exhaustif du processus ayant mené à la création du produit.

À côté de cette différence fondamentale, les effets du dépôt et de l'enregistrement de la marque sont semblables à ceux du brevet : ainsi, le titulaire d'une marque en a la propriété exclusive et le monopole d'exploitation. Il peut en interdire l'usage à tout tiers, il peut la vendre, la donner en licence ou la céder.

Les auteurs ont constamment défini depuis l'origine la marque comme « un signe distinctif différenciant des produits (ou des services) sur le marché »²⁴, tel que confirmé par la jurisprudence des juridictions nationales et internationales.²⁵

En d'autres termes, pour que la marque soit protégeable, il suffit qu'elle soit « intrinsèquement susceptible de fonctionner comme signe distinctif auprès du public. »²⁶

L'importance de ce type de droit intellectuel n'est dès lors pas à négliger et l'on comprend l'intérêt que prennent les entreprises industrielles à y recourir pour assurer l'écoulement de leurs produits et services sur un marché déterminé et auprès d'un public spécifiquement ciblé.

4. Comme déjà précisé, le droit d'auteur n'est pas un droit de propriété intellectuelle spécifiquement lié au domaine de l'industrie et du commerce, comme le sont la marque et le brevet, mais un droit intellectuel de portée très générale visant à protéger toute œuvre

²³ D. VAYER, préc., note 9, p174.

²⁴ Louis VAN BUNNEN, *Aspects actuels du droit des marques dans le marché commun*, Bruxelles, CIDC, 1967, p. 37; Antoine BRAUN, *Précis de marques de produits et services*, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 35, n°36 et ss.

²⁵ Notamment la Cour de Justice Benelux a précisé que :

« La marque est un signe qui peut servir à distinguer les produits d'une entreprise, c'est-à-dire que ce signe doit posséder ou avoir acquis une individualité telle qu'il est propre à distinguer ce produit des produits similaires et à l'identifier à suffisance comme provenant d'une entreprise déterminée. » (Cour de Justice Benelux, 16 décembre 1991, Ing. Cons. 1991, p. 102 (Aff. 90/4)).

²⁶ M. BUYDENS, préc., note 19, p. 590.

« originale » dans la mesure où elle porte « l’empreinte de la personnalité de son auteur » ou si elle apparaît comme le fruit de l’« effort intellectuel » de son auteur. Le créateur d’une œuvre originale se voit ainsi conférer des droits exclusifs de reproduction et de diffusion de l’œuvre.

Contrairement au brevet et à la marque, la protection par le droit d’auteur ne requiert ni dépôt, ni enregistrement et est acquis par la simple création d’une œuvre nouvelle et originale. Cependant, l’auteur devra avoir « concrétisé » sa création dans une certaine forme susceptible d’être appréhendée par les sens, le droit ne pouvant protéger que ce qu’il peut « saisir ».

Le droit d’auteur paraît à première vue avoir un but moins « économique » que les autres droits de propriété intellectuelle.

Cependant, il pourra lui-aussi concerner l’industrie et le commerce et ce, le plus souvent de deux manières :

-soit parce qu’il impliquera des sociétés ou entreprises qui se meuvent spécifiquement dans l’industrie de l’audiovisuel, telles les entreprises de production de disques et de films dont l’activité est pour l’essentiel basée sur des créations artistiques protégées par le droit d’auteur. Dans ce cadre, nous examinerons plus en détails certaines décisions traitant des importations parallèles d’œuvres protégées qui vont concerner directement le secteur de l’audiovisuel;

-soit parce que certains produits créés et commercialisés par les entreprises ne sont pas protégés par le biais d’un brevet ou d’une marque, et ce, bien qu’à l’évidence, leur fabrication a résulté d’un processus créatif. Ce sera notamment le cas du domaine du « know-how » (savoir-faire) qui, sans être formellement protégé, relève du droit d’auteur. Ce domaine inclura notamment tout le secteur de la « technologie » d’avant-garde qui ne fait pas formellement l’objet d’une protection par marque ou brevet. Ainsi, il est permis de faire mention de deux problématiques auxquelles les entreprises industrielles et commerciales seront particulièrement sensibles : la protection des bases de données informatiques et la protection des œuvres des arts appliqués, notamment des créations du design.

Le droit d'auteur, à l'instar du brevet, permettra également à l'auteur d'invoquer une protection territoriale et de créer des droits démembrés par cession ou licence. Dès lors, son usage pourra, comme celui de la marque ou le brevet, entrer en conflit avec la pratique des importations parallèles.

5. Les dessins et modèles industriels sont des droits qui, tout en étant dérivés du droit d'auteur, n'en constituent pas moins des droits de propriété industrielle, comme le brevet et la marque. Il s'agit d'une protection du titulaire d'un droit d'auteur sur des dessins et modèles industriels et commerciaux par le biais d'un dépôt et d'un enregistrement à l'instar de ce qui se fait pour les marques et les brevets. Ils bénéficieront dès lors des mêmes droits d'exploitation exclusifs, de cessions et de licences, mais ils seront beaucoup moins souvent invoqués que les brevets, marques et droits d'auteur dans la jurisprudence concernant les importations parallèles.

Dans l'ensemble, la doctrine est assez peu développée sur ce type de droit intellectuel très spécifique, si ce n'est pour tenter de déterminer une frontière plus ou moins précise avec le droit d'auteur duquel il se rapproche très fortement.

C'est dans le domaine des arts appliqués (design), en vue d'une utilisation industrielle ou commerciale, que la controverse a été la plus répandue. Hormis la différence résultant de l'obligation de faire enregistrer un dessin ou modèle, il apparaît que seul l'aspect nouveau d'un produit ayant un caractère utilitaire sera protégeable par le droit des dessins et modèles. En effet, le droit d'auteur ne peut protéger les formes d'objets utilitaires dénuées de caractère artistique²⁷.

– *La notion de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle*

L'épuisement²⁸ est une notion fondamentale pour la suite de notre essai puisqu'il constitue une des limites des droits de propriété intellectuelle. Dès qu'un produit protégé par un droit de

²⁷ M. BUYDENS, préc., note 19, p. 388; Antoine BRAUN et Jacques EVRARD, *Droit des dessins et modèles au Benelux*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1975, n°95.

²⁸ « La construction, [...] faite par la Cour de Justice sur l'épuisement du droit, si elle trouve son origine dans la pensée allemande, n'est ni de droit d'auteur, ni de copyright. Portée au plan européen, elle correspond à un souci propre qui est celui d'instaurer un marché sans frontière », Michel VIVANT, *Entre droit d'auteur et copyright: l'Europe au carrefour des logiques*, (1992) 10 C.P.I. 41, 47. Le droit des marques et des brevets connaît également cette limite au monopole d'exploitation; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination : Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 412-421. Ces auteurs sont repris dans l'excellent ouvrage de Pierre-Emmanuel MOYSE, « Le droit de

propriété intellectuelle a été commercialisé par son titulaire ou avec son consentement, son droit exclusif deviendra *de facto* « épuisé » par le fait même de sa mise sur le marché. »²⁹

Cette notion concerne tous les droits de propriété intellectuelle.

Ainsi, en matière de brevet, il est admis que le breveté « épuise » son droit dès la première mise sur le marché de son produit par lui-même ou avec son consentement et ce, où que ce soit, puisqu'il a pu ainsi avoir l'occasion de tirer partie de son monopole, sous forme d'un bénéfice ou de redevance de licence.³⁰

De même, en matière de marques, la même solution prévaut et ce malgré que le droit à la marque, plus encore que le droit à l'invention consacré par le brevet, est un droit à vocation universelle, « c'est-à-dire aspirant naturellement à une protection au-delà du territoire du seul État où ce droit est né »³¹.

Cette limitation est parfois aussi appelée « théorie de la première vente »³², car les droits d'exploitation commerciale exclusive d'un produit donné sur la base d'un droit de propriété intellectuelle expirent avec la première vente de ce produit³³. Ainsi, le titulaire ne pourra plus

distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, Titre IV, note 268.

²⁹ En matière de droit des marques, la *Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques* (CE, [1989] J.O. L 40/1) [Directive 89/104 CEE] codifie la règle de l'« épuisement communautaire » initialement dégagée par la Cour. Cette règle implique qu'une fois que des produits de marque ont été mis dans le commerce dans la Communauté par le titulaire de la marque ou avec son consentement, ce dernier ne peut en principe plus s'opposer à leur commercialisation ultérieure, notamment sous forme d'importations parallèles effectuées par des intermédiaires indépendants (l'objet spécifique du droit de marque étant la première mise sur le marché, qui assure la garantie de provenance).

³⁰ René JOLIET, *La Circulation des produits brevetés*, in Ing.-Con., 1974, éd. Revue de droits intellectuels, Bruxelles, Éd. Bruylant, 1974, p. 212.

³¹ Louis VAN BUNNEN, *Droit des brevets et des marques face aux importations parallèles*, dans *Rapport au colloque sur les droits intellectuels et importations parallèles tenu à Bruxelles le 27 février 1997*, Bruxelles, Association pour l'étude du droit de la concurrence, 1998, p 10.

³² De nombreux auteurs ont commenté la notion d'épuisement; Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination: Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 403 et s.; Stig STRÖMHOLM, *Le « droit de mise en circulation » dans le droit d'auteur – Étude de droit comparé*, 1967, 80 *D.A.* 279, 280; Moritz RÖTTINGER, *L'épuisement du droit d'auteur*, 1993, 157 *R.I.D.A.* 51, p. 63 et s.; Christine VILMART, *L'épuisement des droits de propriété intellectuelle: la jurisprudence française à la lumière des plus récentes décisions communautaires*, 2001, 194 *Revue internationale de la concurrence* 17; Pierre-Emmanuel MOYSE, *La distribution électronique des biens à forte composante intellectuelle*, dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 569 et s.

³³ Selon S. STRÖMHOLM: *Le droit de mise en circulation s'épuise avec la première vente autorisée par l'auteur mais de manière spécifique seulement; seul le droit de mise en circulation par la vente s'épuise, les autres modes de distribution ne sont pas affectés*. P-E. MOYSE, préc., note 28, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 399. Plus généralement, l'ouvrage

contrôler la mise en circulation commerciale du produit protégé. Sauf disposition législative contraire, les actes postérieurs de revente, location, prêt ou autres formes d'utilisation commerciale par des tiers ne peuvent plus être contrôlés ou contestés par le titulaire du droit. Il existe un consensus relativement large en faveur de l'application de ce principe au moins dans le cadre du marché national. Cependant, la question primordiale est de savoir si la mise en circulation sur un autre marché épuise également le droit de propriété intellectuelle. Autrement dit, y a-t-il au surplus, à côté de l'épuisement national, un épuisement régional ou international³⁴?

– *Les notions d'épuisement national, international et régional*

Les trois notions sont aujourd'hui unanimement acceptées tant par les auteurs que par la jurisprudence.

Si on en reste au principe de l'épuisement national, celui-ci n'autorisera pas le titulaire du droit de propriété intellectuelle à contrôler l'exploitation commerciale des produits mis par lui, ou avec son consentement, sur le marché national. Ce principe a été appliqué de longue date par les droits nationaux³⁵ (ou plurinationaux³⁶) permettant ainsi au titulaire du droit de propriété intellectuelle (ou le preneur de licence auquel il a donné autorisation) de s'opposer à l'importation de produits originaux commercialisés à l'étranger, en se fondant sur le droit d'importation. La notion d'épuisement national est celle qui, d'une part, entre le plus directement

incontournable de S. STRÖMHOLM, *Le droit de mise en circulation*, dans *Le droit d'auteur – Étude de droit comparé*, 1967, 80 D.A., p. 279-280.

³⁴ Dans l'affaire *Silhouette (Silhouette c. Harlauer, C 355/96, [1998] E.C.R. I-4799)*, la question qui était posée à la Cour était celle de savoir si la Directive, en prévoyant explicitement la règle de l'épuisement communautaire, interdisait implicitement aux États membres de prévoir dans leur législation l'épuisement international. Ce dernier principe revient à empêcher le titulaire de la marque de s'opposer à la commercialisation dans l'État membre concerné de produits qui ont été mis dans le commerce avec son accord dans un pays tiers. La Cour a tenu compte pour l'essentiel de ce que, si l'épuisement international restait permis, les marques enregistrées risqueraient de ne pas jouir de la même protection dans la législation de tous les États membres, et qu'une telle situation pourrait créer des entraves à la circulation des marchandises entre des États membres prévoyant l'épuisement international et d'autres ne prévoyant que l'épuisement communautaire. En effet, une marchandise légalement commercialisée dans un État membre prévoyant l'épuisement international aurait pu se voir refuser l'entrée dans un autre État membre qui ne prévoyait que l'épuisement communautaire. La Cour a donc déclaré que la Directive 89/104/CEE, (préc., note 29) s'opposait à des règles nationales prévoyant l'épuisement international.

³⁵ Voir à ce propos en droit d'auteur sur l'épuisement du droit de distribution, P.-E. MOYSE, préc., note 28, p. 417 et s.

³⁶ Belgique, *Loi du 1er décembre 1970 portant approbation de la Convention Benelux en matière de dessins ou modèles, signée à Bruxelles le 25 octobre 1966, et de l'annexe (loi uniforme)*, M.B. du 29 décembre 1973, 15039, art. A(9) :
« Le droit exclusif n'implique pas le droit de s'opposer à l'usage de la marque pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté économique européenne sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement, à moins que des motifs légitimes ne justifient que le titulaire s'oppose à la commercialisation ultérieure des produits, notamment lorsque l'état des produits est modifié ou altéré après leur mise dans le commerce.»

en conflit avec la liberté du commerce et d'autre part, protège le plus efficacement les titulaires de droits intellectuels.

Si on applique le principe de l'épuisement régional, la première vente par le titulaire du droit ou avec son consentement vaut épuisement de tout droit de propriété intellectuelle sur ces produits, non seulement au niveau national mais dans toute la région³⁷. Ainsi, les importations parallèles dans la région ne pourront plus faire l'objet d'une opposition sur la base du droit de propriété intellectuelle. En ce sens, on peut aisément déduire que l'épuisement européen demeure un des signaux majeurs de l'approche volontariste de l'intégration européenne.

Il sera abondamment question de cette notion d'épuisement communautaire dans la partie consacré à la problématique des importations parallèles sous l'angle de la libre circulation des marchandises.³⁸

On peut dès à présent mentionner, à un niveau plus général, l'article 36 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (dénommé communément le « **Traité** »), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010, qui consacre le principe de l'épuisement communautaire³⁹ et permet des entraves à la libre circulation des marchandises pour des raisons liées à la protection de la propriété intellectuelle, lorsqu'il s'agit de sauvegarder l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle concerné. L'on peut aussi faire référence au droit des marques et particulièrement au célèbre article 7 de la *Directive du Conseil n° 29/104/CEE rapprochant les législations des États membres sur les marques*⁴⁰ ayant consacré le principe de l'épuisement communautaire du droit conféré par la marque, sous la seule réserve de motifs légitimes invoqués par le titulaire et liés, notamment, à l'altération de l'état des produits après leur mise dans le commerce.

³⁷ L'épuisement européen est « un épuisement du droit de distribution intracommunautaire ». F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination : Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 403 et s. cité par P.-E. MOYSE, préc., note 28, p. 453.

³⁸ Une des meilleures définitions de ce que couvre l'épuisement régional européen a été donnée par Christopher STOTHERS : *The basic rule of Community exhaustion is that, once a product has been placed on the market in any Member State by an undertaking (or with its consent), that undertaking can no longer rely on any intellectual rights to prevent that product being imported or sold within another Member State.*, Christopher STOTHERS, *Parallel Trade in Europe – Intellectual property, Competition and Regulatory Law*, USA, ed. Hart Publishing, 2007, p. 3.

³⁹ Dominique KAESMACHER, « Notions de base et conventions internationales en matière de droits intellectuels » dans *Les Droits intellectuels – Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2007, p.19, n°13.; Affaire *Silhouette*, préc., note 34; *Sebago c. G-B Unic*, C-173/98, [1999] E.C.R. I-4103.

⁴⁰ JO, L40, 11 février 1989.

Enfin, lorsqu'un pays applique le principe de l'épuisement international, les droits de propriété intellectuelle sont épuisés dès que le produit a été vendu, par le titulaire du droit ou avec son consentement, dans n'importe quelle région du monde.

Si le principe de l'épuisement communautaire ne suscite plus actuellement la controverse au sein de l'intégration européenne, il n'en va pas de même du principe de l'épuisement international au niveau universel. Pour les entreprises de dimension internationale, si une chose est d'admettre un épuisement de leurs droits à un niveau régional, une autre est évidemment d'accepter ce même effet au niveau universel.

Ainsi, il y a déjà près d'une vingtaine d'années, l'histoire révèle que c'est suite à des pressions intenses (notamment de l'industrie pharmaceutique) que la *Commission européenne* (dénommée communément la « **Commission** ») modifia le texte de l'article 7 de la Directive susmentionnée sur le rapprochement des législations en matière de marques, pour remplacer le principe de l'épuisement international⁴¹ par celui de l'épuisement communautaire⁴².

Cependant, le principe de l'épuisement international a toujours gardé de chauds partisans. Ainsi, le professeur Louis VAN BUNNEN, militant pour la reconnaissance du principe de l'épuisement international dans le domaine des marques, relevait les raisons ci-dessous mentionnées.

D'une part, le système de l'épuisement universel est le seul qui soit conforme au sentiment d'équité, car il peut seul garantir aux consommateurs de profiter de la différence de prix qui existe, par exemple, entre les États-Unis et la plupart des pays européens. D'autre part, le système de l'épuisement universel est le seul qui soit conforme à la liberté des transactions commerciales et qui soit cohérent. Dans ce contexte, le professeur VAN BUNNEN élève des critiques fermes à l'égard du comportement de certains groupes multinationaux : « permettre de sanctionner par une interdiction de vente le négoce parallèle de produits originaux en provenance de pays tiers, risquerait de donner aux multinationales un monopole sur la commercialisation de

⁴¹ Voir notamment Antoine BRAUN dans l'édition de 1987 de son Précis des Marques de produits et de services (Antoine BRAUN, préc., note 24, p. 231 et n° 294) lorsqu'il mentionne que « pour des raisons économiques et voulant protéger le marché européen contre les importations de pays tiers, les milieux industriels furent farouchement opposés au principe de l'épuisement international ».

⁴² Voir à ce propos, Christine VILMART, « L'épuisement des droits de propriété intellectuelle; la jurisprudence française à la lumière des plus récentes décisions communautaires », (2001) 194 *Revue internationale de la concurrence* 17.

leurs produits, réservés à leurs seuls distributeurs officiels, leur permettant ainsi de compartimenter chacun des territoires des États membres où ces multinationales possèdent une marque et un distributeur »⁴³.

On a pu constater que le système de l'épuisement universel est le seul qui soit en accord avec la tradition qui s'est exprimée par la jurisprudence convergente de toutes les Cours Suprêmes qui ont stigmatisé l'abus consistant à utiliser les marques nationales, contrairement à leur finalité, en vue d'empêcher les importations parallèles.

Une évolution se fait cependant sentir ces dernières années visant, malgré les atermoiements des institutions européennes (Commission et juridictions européennes), la pression constante de puissants lobbys industriels et la promotion « décomplexée » de l'épuisement universel⁴⁴.

– *La notion de « consentement » du titulaire du droit de propriété intellectuelle*

Cette notion a fait couler beaucoup d'encre car, dans de nombreuses procédures judiciaires, au niveau européen entre autres, les titulaires vont faire le maximum pour essayer de convaincre les juridictions concernées qu'ils n'ont jamais consenti à l'épuisement de leurs droits de propriété intellectuelle. Cependant, de plus en plus, la jurisprudence va lier le consentement implicite du titulaire à la théorie dite de « la première vente » : le titulaire n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il a mis sur le marché ou a s'il a accepté que soit mis sur le marché (national ou régional, selon le cas) un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle. En toute logique, il ne pourra plus ensuite s'opposer aux reventes ultérieures d'un tel produit sur ce marché là.

⁴³ L. VAN BUNNEN, préc., note 24, p 9.

⁴⁴ Ainsi, tout récemment, la FTA (Free Trade Association), puissant lobby représentant les intérêts des petit et moyen commerces auprès de l'Union européenne a émis une note demandant aux autorités européennes de revoir leur position:

« La législation communautaire actuelle relative aux marques, empêchant l'épuisement international, est contraire au fonctionnement actuel du marché international, aux principes de libre concurrence et aux intérêts des consommateurs de l'UE. Par conséquent, l'UE devrait intervenir et intégrer le principe de l'épuisement international des marques dans la législation de l'UE pertinente à ce sujet.

Par la présente, la FTA souhaite exprimer son soutien aux conclusions du Parlement européen ainsi que son entière disponibilité afin d'aider la Commission dans la rédaction de ce nouveau rapport. Le nouveau document, qui servira de base à la décision finale des institutions européennes sur ce sujet délicat, prendra en considération les besoins, l'expérience et la connaissance des négociants, ainsi quelles caractéristiques spécifiques d'un marché en évolution rapide ».

FOREIGN TRADE ASSOCIATION, *Opinion FTA n° 020920 : Les importations parallèles – Éventualité d'un épuisement International des Droits conférés par la marque*, en ligne : < www.fta-eu.org/fr/new/opinion/020920/parallelimport.pdf >.

Le consentement aura donc un caractère « biface » : soit on consent en agissant soi-même, soit on consent en acceptant que la mise en marché s’effectue.

- *Les accords contractuels visant à limiter les importations parallèles : exemples de la licence exclusive et de la distribution sélective*

Les entreprises ne sont évidemment pas ignorantes de l’existence de la loi de l’épuisement leur faisant perdre le contrôle de leur produit après la première vente. Ainsi, elles tenteront de la contourner en adoptant la politique dite du « réseau en faisceaux » très utilisée par les multinationales. Il s’agit de créer des « faisceaux » de contrats restreignant le territoire de vente du preneur de licence ou du distributeur avec notamment pour effet de bloquer les importations parallèles⁴⁵. Les moyens de procéder sont variés ; contrats de licence de droits de propriété intellectuelle où les licenciés « nationaux » reçoivent des droits d’exploitation exclusive d’un brevet, d’une marque, voire même d’un droit d’auteur sous forme de « know-how » ou de technologie avec obligation de produire à l’intérieur de la partie du territoire concédé ou contrats prévoyant un distributeur exclusif par État ou par région avec obligation de revendre à l’intérieur de la partie du territoire concédé en vue d’empêcher la pénétration du marché par des distributeurs concurrents, ou encore, contrats plus subtils de distribution sélective désignant les caractéristiques que doivent remplir les distributeurs pour pouvoir appartenir au réseau et agir sur un marché déterminé.

Il est inutile de préciser que ce type de contrats, outre qu’il bloque *ipso facto* les importations parallèles, constitue une atteinte à la libre concurrence.

Nous verrons que ces contrats seront fréquemment dans le collimateur des autorités administratives et judiciaires, notamment en Europe.

⁴⁵

Les restrictions géographiques peuvent prendre deux formes : la restriction territoriale « ouverte » qui accorde à un fournisseur le droit exclusif de produire un bien sur un territoire donné, mais qui n’empêche pas l’importation parallèle de biens en provenance d’autres territoires, et la restriction territoriale « fermée » qui permet au preneur de licence « d’obtenir le droit exclusif complet de desservir les clients sur le territoire en cause ». P.REY, R.A. WINTER, *Restrictions axées sur l’exclusivité et la propriété intellectuelle*, dans R.D. ANDERSON et Nancy T. GALLINI (dir.), *La politique de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l’économie du savoir*, Calgary, University of Calgary Press, 1998, p.204 cité par Christophe MASSE, préc., note 17, p103.

III. RÉALITÉS ÉCONOMIQUES : LES INTÉRÊTS ET ARGUMENTS EN PRÉSENCE

La polémique fait toujours rage d'un point de vue économique entre partisans et adversaires d'une attitude « compréhensive » à l'égard des importations parallèles. Notre analyse étant essentiellement d'ordre juridique, nous ne nous étendrons pas outre mesure sur cette controverse entre économistes.

Nous la résumerons dès lors brièvement ci-après, tout en rappelant pour ce qui nous concerne, le point fondamental qui constituera le fil rouge de notre essai, à savoir, dégager les tendances qui visent le meilleur équilibre possible entre des intérêts économiques divergents.

A) Arguments des importateurs parallèles

- *Les importations parallèles de produits protégés font baisser les prix*

Cet argument est par excellence l'argument « massue » des importateurs parallèles : de telles importations servent de régulateurs de prix, en permettant qu'une certaine concurrence sur les prix soit maintenue au niveau international, de sorte qu'elles jouent un rôle de police contre des discriminations abusives sur les prix et des comportements anticoncurrentiels fondés sur des restrictions territoriales de droit privé. Plus loin, nous citerons des exemples propres à cette problématique émanant de la jurisprudence et relative aux relations entre les importations parallèles et le droit européen de la concurrence.

- *Les importations parallèles lèvent les barrières au commerce*

Cela tombe sous le sens. Par exemple, nous verrons à quel point cet avantage sera souvent invoqué par les juridictions européennes dans l'examen des rapports entre les importations parallèles et le droit à la libre circulation des marchandises au sein de l'espace européen.

- *Les importations parallèles assurent la promotion de l'industrie locale des pays pauvres ou en voie de développement*

L'admission, vers les pays riches, des importations parallèles en provenance des pays en voie de développement encouragerait le développement d'une industrie locale qui, par ses coûts de

production plus restreints ou par ses conditions particulières de premier achat, étaient en mesure d'offrir sur le marché international des produits à des prix plus compétitifs.

Force est de constater que bien souvent les entreprises internationales, principalement basées dans les pays riches, tenteront par divers moyens de bloquer ces importations parallèles en vue de protéger leurs propres intérêts, invoquant la protection de leurs droits de propriété intellectuelle. Toutefois, il ne peut être nié que le blocage des importations parallèles ferme l'accès des produits en provenance de jeunes industries des pays en voie de développement vers les pays riches du nord, empêchant ainsi cette industrie de tirer profit de ses possibilités d'exportation. Cette problématique fait l'objet de nombreuses discussions au sein de l'OMC, les pays en voie de développement étant soutenus à présent dans leurs revendications par les pays émergents comme le Brésil, l'Inde ou la Chine.

- *Les importations parallèles sont un frein aux monopoles, oligopoles et ententes entre entreprises*

Un dernier argument classiquement employé consiste à argumenter que les importations parallèles cassent, ou à tout le moins réduisent, la capacité de nuisance des monopoles, oligopoles et autres ententes entre entreprises. Elles favorisent ainsi le jeu d'une saine concurrence, donnant au marché le dernier mot, notamment en régularisant la fixation des prix à un niveau équitable et en éliminant les rentes de situation.

B) Arguments des opposants aux importations parallèles

- *Les importations parallèles découragent la créativité, la recherche et le développement*

C'est l'argument essentiel des titulaires de droit de propriété intellectuelle, par exemple des entreprises de l'industrie pharmaceutique qui disent investir des fonds considérables dans la recherche et le développement. Il faut reconnaître que même les partisans les plus acharnés de la liberté des échanges admettent que cet argument n'est pas sans fondement.

Celui-ci sera pris largement en compte par des autorités administratives et judiciaires pourtant chargées de veiller au premier chef à la libéralisation des échanges. C'est ici que la notion

d'équilibre prend tout son sens. La nécessité d'une protection adéquate du travail des chercheurs et du retour financier des investissements, souvent considérables, qu'implique cette recherche pour les entreprises sans toutefois que l'utilisation de cette protection puisse créer des cloisonnements de marchés ou des situations monopolistiques ou oligopolistiques comme les grands groupes internationaux ont souvent coutume de le faire, entre autres dans l'industrie pharmaceutique.

– *Les importations parallèles favorisent l'importation de produits « contrefaits »*

Ceci peut être vrai de manière théorique; mais il est permis de répondre que la grande majorité des importateurs parallèles sont des commerçants honnêtes qui réimportent simplement et légitimement des produits dont les droits de propriété intellectuelle ont été épuisés. Bien sûr, personne ne nie que ce problème puisse se poser à la marge, plus particulièrement pour les importations parallèles de produits venant d'Afrique ou d'Asie.

– *Les importations parallèles favorisent les « passagers clandestins »*

Cet argument a souvent été invoqué par des firmes de l'industrie pharmaceutique comme *GlaxoSmithKline* (dénommée ci-après « **GSK** ») et *Boehringer I* et *II* dans des procédures devant les juridictions européennes. Il est vrai que les importateurs parallèles échappent à ce genre de dépenses, souvent extrêmement importantes.

Cependant, il importe de faire deux observations. Premièrement, les importateurs sont souvent des entreprises de très moyennes dimensions alors que les titulaires sont généralement des groupes multinationaux disposant de moyens financiers considérables. Deuxièmement, aucun reproche ne peut être fait fondamentalement au plan juridique à l'importateur qui s'est régulièrement approvisionné en produits dont les droits de propriété intellectuelle ont été épuisés. Dans ce contexte, l'argument susmentionné n'est sans doute qu'un prétexte pour justifier la main mise de situations monopolistiques ou oligopolistiques sur le marché.

- *Les importations parallèles empêchent les entreprises innovantes de contrôler la distribution de leurs produits*

Il s'agit à nouveau d'un argument développé par des entreprises puissantes pour justifier, au nom de l'innovation, la création d'entraves à la concurrence par le biais des réseaux de faisceaux de contrats exclusifs, déjà invoqués précédemment. Cet argument n'a cependant pas de valeur en soi : le droit de propriété intellectuelle ne donne pas à son titulaire le droit de contrôler la distribution des produits fabriqués suivant ledit droit et, dans ce contexte, d'empêcher la libre circulation des échanges en contrecarrant la règle unanimement reconnue de l'épuisement.

IV. LA RÉGLEMENTATION DES IMPORTATIONS PARALLÈLES AU NIVEAU MONDIAL – L'EXEMPLE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

Bien que cet essai ait pour objet l'étude exemplative de l'attitude prise par l'Union européenne à l'égard du phénomène des importations parallèles, nous ne pouvons ignorer l'attitude prise à l'égard de ce phénomène par l'OMC.

A) Cadre et contenu

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (communément dénommé l'« **ADPIC** »), qui est l'un des trois piliers de l'OMC, a été créé le 1^{er} janvier 1995 à l'issue du Cycle d'Uruguay. Succédant au GATT, l'OMC est chargée des règles régissant le commerce entre les pays.

Alors que le GATT ne portait que sur les règles régissant le commerce des marchandises, les trois accords de l'OMC, à savoir le GATT de 1994, l'*Accord général sur le commerce des services*⁴⁶ (communément dénommé l'« **AGCS** ») et l'Accord sur les ADPIC constituent maintenant les piliers de l'organisation universelle du commerce international.

⁴⁶ *Accord général sur le commerce des services*, Annexe 1B de l'accord instituant l'OMC, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay. Les textes juridiques*, Genève, OMC, 2003 [AGCS].

C'est la première fois qu'un accord multilatéral traite de tous les aspects des droits de propriété intellectuelle⁴⁷ : droit d'auteur et droits voisins, marques de fabrique, de commerce et de services, indications de provenance, designs, brevets, schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés ainsi que secrets commerciaux et secrets de fabrication. Il contient tant des dispositions de droit matériel régissant les domaines précités que des règles de procédure et des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Il prévoit aussi des prescriptions spéciales concernant les mesures prises à la frontière pour lutter contre les contrefaçons et le piratage.

Les différends portant sur les droits et les devoirs découlant de l'Accord sur les ADPIC sont réglés selon la procédure de règlement des différends de l'OMC. Plusieurs délais de transition permettent de tenir compte des problèmes et des besoins des pays en développement.

B) Liens entre l'accord sur les ADPIC et les importations parallèles

Comme susmentionné, l'ADPIC est le seul traité multilatéral dans le domaine des biens immatériels à prévoir un chapitre détaillé sur les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Il tient ainsi compte du fait qu'il ne suffit pas de définir des standards internationaux, mais qu'il faut aussi prévoir les moyens de les faire respecter. Le fléau international de la contrefaçon et du piratage montre de façon saisissante à quel point l'application des droits de propriété intellectuelle est primordiale.

Selon l'accord sur les ADPIC, les importations parallèles ne sont pas des importations d'articles de contrefaçon ou de copies illégales. Il s'agit de produits commercialisés par le titulaire du droit ou avec son consentement et importés sur un autre marché sans son approbation.

L'Accord précise également qu'aucune de ses dispositions, sauf celles qui se rapportent à la non-discrimination (« traitement national » et « traitement de la nation la plus favorisée »), ne peut être utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle dans un

⁴⁷ « L'accord sur les ADPIC, ainsi que l'adoption de la *Convention de Berne* et de la *Convention de Paris* modifiées et la création de l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI) lors de la Conférence de Stockholm de 1968, a été l'événement le plus important dans l'évolution des règles en matière de propriété intellectuelle au XXe siècle. Cet accord, dont la portée est nettement plus large que celle de tout autre accord international antérieur, couvre non seulement tous les domaines déjà protégés par des accords antérieurs, mais donne en outre une nouvelle vie aux traités qui ont échoués et protège, pour la première fois, des droits qui ne faisaient l'objet jusqu'alors d'aucune protection multilatérale. » Daniel GERVAIS et ELIZABETH F. JUDGE avec la collab. de Mistrale GOUDREAU, « Le droit de la propriété intellectuelle », Cowansville, Editions Yvon Blais, 2006, p 556-557.

différend porté devant l'OMC⁴⁸. Autrement dit, même si un pays autorise des importations parallèles selon des modalités qui pourraient être considérées par un autre pays comme enfreignant l'Accord sur les ADPIC, l'affaire ne peut pas faire l'objet d'un différend dans le cadre de l'OMC, à moins que les principes fondamentaux de la non-discrimination ne soient en cause.

La Déclaration de Doha⁴⁹, adoptée le 14 novembre 2001 dans le cadre des négociations multilatérales au sein de l'OMC, précise, quant à elle, que cela signifie que les membres sont libres de choisir la manière de traiter la question de l'épuisement qui correspond le mieux à leurs objectifs de politique nationale.

V. LES IMPORTATIONS PARALLÈLES DANS L'UNION EUROPÉENNE

A) Introduction et notions fondamentales

Depuis l'adoption du Traité de Rome⁵⁰ en 1957, jusqu'à l'entrée en vigueur récente du Traité de Lisbonne en date du 1^{er} janvier 2010, des limitations à la possibilité d'entraver les importations parallèles n'ont cessé d'être apportées par les institutions européennes et plus particulièrement par les juridictions européennes – Cour de justice des Communautés européennes (dénommée ci-après la « **Cour** ») et Tribunal de première instance des Communautés européennes

⁴⁸ ADPIC, préc., note 14, art. 6 :

« Aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent accord, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4, aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. »

⁴⁹ OMC, Conférence ministérielle (Doha 2001), Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (adoptée le 14 novembre 2001), WT/MIN(01)/DEC/2 (20 novembre 2001), en ligne : < http://www.wto.org/french/thewto/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.pdf > (Consulté le 19 mars 2010), art. 5.d) :

« En conséquence et compte tenu du paragraphe 4 ci-dessus, tout en maintenant nos engagements dans le cadre de l'Accord ADPIC, nous reconnaissons que ces flexibilités incluent ce qui suit :

[...]

d) L'effet des dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui se rapportent à l'épuisement des droits de propriété intellectuelle est de laisser à chaque Membre la liberté d'établir son propre régime en ce qui concerne cet épuisement sans contestation, sous réserve des dispositions en matière de traitement NPF et de traitement national des articles 3 et 4.d) L'effet des dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui se rapportent à l'épuisement des droits de propriété intellectuelle est de laisser à chaque Membre la liberté d'établir son propre régime en ce qui concerne cet épuisement sans contestation, sous réserve des dispositions en matière de traitement NPF et de traitement national des articles 3 et 4. »

⁵⁰ *Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, art. 3. [Traité de Rome].

(dénommé ci-après le « **Tribunal de première instance** ») – par le biais de la protection des droits de propriété intellectuelle.

Ces limitations ont été rendues efficaces par deux types de dispositions. D'une part, les dispositions sur la libre circulation des marchandises⁵¹ dans la mesure où elles prévoient l'épuisement régional des droits de propriété intellectuelle entre les États membres⁵² et, d'autre part, les dispositions du corpus juridique tout à fait particulier que constitue le droit européen de la concurrence qui visent la limitation stricte aux ententes de licence et de distribution conclues entre les agents économiques lorsque celles-ci ont pour effet la création de positions dominantes au profit de ces mêmes entreprises⁵³.

Ces deux types de dispositions sont basés directement sur les objectifs essentiels des traités fondateurs de l'Union européenne, dont le premier d'entre eux est l'intégration économique des marchés des États membres.

Ainsi, dans une première partie (B), nous reviendrons sur les objectifs de l'intégration européenne, tels que confirmés récemment par le Traité de Lisbonne, ainsi que sur quelques principes de base de la libre circulation des marchandises et du droit de la concurrence qui ont un impact direct sur la problématique des importations parallèles.

La seconde partie (C) aura pour principal objet l'analyse du traitement des importations parallèles par les institutions européennes sous l'angle de la libre circulation des marchandises. Plus particulièrement, il sera question, notamment pour les institutions européennes, d'apporter une solution à la tension inévitable entre l'exercice des droits de propriété intellectuelle et l'objectif d'intégration économique des marchés qui sous-tend immanquablement à la libéralisation complète du commerce et, partant, au traitement favorable des importations parallèles.

⁵¹ Notamment les articles 34 à 37 *TFUE*, anciennement les articles 28 à 31 du *Traité de Nice modifiant le Traité sur l'Union européenne*, 26 février 2001, [2001] J.O. C 80/01.

⁵² Pour la notion d'épuisement régional, voir aux pages 10 à 15.

⁵³ *TFUE*, art. 101 et 102

Quant à la troisième partie (D), elle portera sur la manière dont cette question est traitée sous l'angle du droit de la concurrence, tant en ce qui concerne les ententes entre entreprises que les abus de position dominante. De plus, nous aborderons brièvement les importations parallèles sous l'angle de la garantie d'une concurrence loyale. Pour ces deuxième et troisième parties, nous nous baserons sur des décisions marquantes rendues par les juridictions européennes.

Enfin, la dernière partie sera consacrée à l'analyse des décisions de jurisprudence les plus récentes et ce, à la lumière des principes dégagés précédemment.

Finalement, nous concluons cet essai en nous questionnant sur la transposition éventuelle des solutions européennes à l'échelon universel.

B) Objectifs et principes de base de l'Union européenne applicables aux importations parallèles

1. Les objectifs de l'intégration européenne : la réalisation du marché intérieur

Depuis la création de la *Communauté économique Européenne* (dénommée communément « CEE ») en 1957 à la suite de la signature et de l'entrée en vigueur du Traité de Rome, jusqu'à la signature et l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne au début de cette année 2010, les pays membres fondateurs ou devenus membres de l'Union européenne ont suivi un processus d'intégration toujours plus grand.

Quoique ces traités aient été modifiés régulièrement au cours de leurs 50 années d'existence et plus, il convient de relever que l'objectif fondamental de création d'un marché intérieur intégré, justifiant à la fois la libération des échanges et le maintien d'une saine concurrence, n'a jamais été remis en cause.

Cet objectif d'intégration du marché intérieur était précisément à la base de la création de la CEE et fut, par la suite, constamment confirmé dans les moutures successives des traités européens (Acte Unique Européen, Traité de Maastricht, Traité d'Amsterdam, Traité de Nice, et, enfin, Traité de Lisbonne).

L'évolution majeure à constater est que, si à l'origine l'intégration du marché intérieur était essentiellement fondée sur la libre circulation des marchandises⁵⁴, elle fut ensuite confortée par la libération de la circulation des personnes, des services et des capitaux⁵⁵.

Par la suite, l'intégration fut encore renforcée par le Traité de Maastricht⁵⁶ qui créa l'Union européenne ainsi qu'une citoyenneté européenne. La dernière étape de l'intégration du marché intérieur fut réalisée par l'introduction de la monnaie unique le 1^{er} janvier 2002.

Parallèlement à la libération des échanges réalisant l'intégration d'un marché intérieur, objectif de nature avant tout économique, l'unification européenne se veut aussi politique, par le biais notamment de politiques extérieures et de défenses communes. Cet autre aspect de l'unification européenne fut notamment l'objet des traités d'Amsterdam⁵⁷ et de Nice. Le Traité d'Amsterdam étend le processus d'unification aux domaines de politiques sociales et de défenses communes, tandis que le Traité de Nice prévoit des modifications institutionnelles permettant d'adapter l'Union européenne à l'arrivée de nouveaux membres.

Enfin, le Traité de Lisbonne, qui s'est substitué à la Constitution Européenne, a amélioré la visibilité et les structures institutionnelles de l'Union européenne en instaurant les postes permanents de Président du Conseil de l'Union européenne et de Vice-président de la Commission, en charge des relations extérieures de l'Union, tout en affirmant le caractère foncièrement démocratique du processus d'intégration européenne en augmentant considérablement les pouvoirs du Parlement européen.

En résumé, par le seul biais de l'intégration économique de son marché intérieur, le processus d'unification européenne a conduit tant au développement économique qu'aux développements

⁵⁴ Voir à ce propos le Traité de Rome, 1957.

⁵⁵ CE, *Acte Unique Européen*, 17 et 26 février 1986, [1987] J.O. L 169.

⁵⁶ CE, *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, [1992] J.O. C 191/01. [Traité de Maastricht].

⁵⁷ CE, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*, 10 novembre 1997, [1997] J.O. C 340. (consulté le 25 février 2010)

social et culturel qui servent de fondement à l'objectif primordial de l'intégration politique de l'Union⁵⁸.

Dans ce contexte, la tendance traditionnelle des tribunaux européens a toujours été de considérer que les échanges parallèles basés sur le principe de la libre circulation des marchandises contribuent à la réalisation du marché intérieur, de sorte que des produits à des prix sensiblement différents passent d'un marché national à un autre et ce, généralement, aux bénéfices des consommateurs. Cette position a été clairement rappelée par la Cour, dans un arrêt du 8 avril 2003 :

« Dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, en tant qu'espace sans frontières internes dans lequel la libre concurrence doit être assurée, les importations parallèles jouent un rôle important pour empêcher le cloisonnement des marchés nationaux »⁵⁹.

En outre, des restrictions au commerce parallèle peuvent être tolérées et ainsi justifiées, entre autres pour des raisons liées à la protection de la santé publique ou de la propriété intellectuelle, tout en devant rester proportionnées à l'objectif poursuivi.

Dans ce cadre et avant d'aborder les principes de base de la libre circulation des marchandises et du maintien d'une libre concurrence, il importe de rappeler que les États membres se sont engagés à ne pas prendre de mesures susceptibles de mettre en danger la réalisation des objectifs de l'Union, parmi lesquels l'intégration du marché intérieur⁶⁰. Cette règle générale s'applique évidemment aux principes établis par les articles 34 à 36 relatifs à la libre circulation des marchandises⁶¹ et 101 à 102 relatifs à la libre concurrence de la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁵⁸ Selon le professeur Laurence W. Gormley (L. GORMLEY, *Competition and Free Movement: "Is the Internal Market the Same as a Common Market?"*, http://www.competitionlaw.cn/upload/temp_09060910426989.pdf (consulté le 23 août 2010)) ce qui est visé est précisément " a market in which every participant within the Community is free to invest, produce, work, buy and sell, to supply or obtain services under conditions of competition which have not been distorted and wherever economic conditions are most favourable".

⁵⁹ *Pipping Augeniptik c. Hartlauer Handelsgesellschaft*, C-44/01, [2003] E.C.R. I-3095.

⁶⁰ *TUE*, art. 4, par. 3, al. 3: « Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. ».

⁶¹ *TFUE*, art. 34 à 36, *TCE*, art. 28 à 30.

2. Rappel des principes généraux fondateurs de l'Union européenne

a) La libre circulation des marchandises

La règle fondamentale servant de source légale à la libre circulation des marchandises se retrouve à l'article 26 de la version consolidée du Traité :

« L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités. »⁶²

La liberté de circulation des marchandises occupe actuellement la première place parmi les fondements du marché intérieur. Cette priorité se comprend dans la perspective économique du projet initial. Elle est également centrale dans tout accord de libre-échange ou d'union douanière. La libre circulation des marchandises dans le commerce intracommunautaire implique l'abolition des droits de douane et des taxes « d'effet équivalent », d'une part, des restrictions quantitatives et « mesures d'effet équivalent », d'autre part.

La libre circulation des marchandises s'applique tant aux produits originaires des États membres qu'aux produits en provenance des pays tiers qui se trouvent en libre pratique dans la CEE⁶³, c'est-à-dire aux produits des pays tiers qui ont été soumis aux formalités d'importation et à la perception des droits de douane et taxes « d'effet équivalent » dans l'État membre d'importation.

« Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités. »⁶⁴

Comme précité, la libre circulation des marchandises implique l'interdiction entre les États membres des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises ainsi que toute autre « mesure d'effet équivalent »⁶⁵, comme cela est mentionné

⁶² TFUE, art. 26, par. 1.

⁶³ Voir notamment à ce propos Stéphane RODRIGUES, *Chronique de jurisprudence communautaire - Marché intérieur*, CDE, 2009, n°8, p.222, éd. Pédone, Paris. Le professeur Rodrigues précise notamment que l'accord EEE, « s'applique au-delà des frontières de l'Union européenne. »

⁶⁴ TFUE, art. 26, par. 2.

⁶⁵ L'interdiction des taxes « d'effet équivalent » à des droits de douane vise à assurer un effet utile à la suppression des droits de douane, en empêchant les États membres de percevoir des charges pécuniaires qui, tout en n'obéissant pas à la définition formelle des droits de douane, aboutiraient au même résultat protecteur. En l'absence de toute définition dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la Cour de justice a été amenée à préciser cette notion. Selon la Cour, celle-ci recouvre toute charge unilatéralement imposée (lorsqu'elle n'est pas un droit de douane

aux articles 34 et 35 du Traité et constamment soutenu par la jurisprudence des juridictions européennes depuis l'origine du processus d'unification⁶⁶.

Comme nous le constaterons plus loin, l'exercice des droits de propriété intellectuelle peut avoir des effets équivalents à des restrictions quantitatives, même si ces dernières se retrouvent souvent sous la forme de quotas à l'importation ou à l'exportation qui sont bien évidemment totalement interdits dans le cadre d'une libération totale des échanges.

Les dispositions de référence sont l'article 34 qui fixe le principe d'interdiction⁶⁷, et l'article 36 du Traité qui fixe les exceptions à l'interdiction dont celles résultant de la propriété intellectuelle⁶⁸.

La définition de la « mesure d'effet équivalent » à une restriction quantitative ne figure pas telle quelle dans le Traité et a fait l'objet d'une abondante jurisprudence⁶⁹.

La Cour a défini cette mesure pour la première fois dans l'affaire *Dassonville*⁷⁰ :

« 5. [...] toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce [...]. »⁷¹

proprement dit), quels qu'en soient l'appellation, le but, les modalités ou la destination, qu'elle ait ou non un effet discriminatoire ou protecteur, qui frappe les marchandises à raison du fait qu'elles franchissent la frontière. Cf., *Commission c. Luxembourg et Belgique*, [1962], E.C.R. p. I-813. [Affaire pain d'épice].

⁶⁶ À titre exemplatif, l'arrêt par la CJCE rendu dans l'affaire Schul : « *the common market concept involves the elimination of all obstacles to intra-community trade in order to merge the national markets into a single market bringing about conditions as close as possible to those of a genuine internal market* » Aff. 15/81 Gaston Schul Douane –Expéditeur Bv v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen [1982] ECR 1409.

⁶⁷ *TFUE*, art. 34 : « Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres » (idem article 35 pour l'exportation).

⁶⁸ *TFUE*, art. 36 : « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou 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 ».

⁶⁹ L'abondance des décisions en la matière est relevée par le professeur S. RODRIGUES qui considère que ces mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (souvent appelées par les spécialistes les « MEERQ ») constituent une catégorie « surreprésentée » des formes d'obstacles à la libre circulation des marchandises (S. RODRIGUES, préc., n°18, p.226).

⁷⁰ *Procureur du Roi c. Dassonville*, C-8/74, [1974] E.C.R. I-837 [affaire *Dassonville*].

⁷¹ *Id.*, par. 5.

Cette définition assez laconique a été peaufinée par la Cour dans son arrêt *Cassis de Dijon*⁷² lorsqu'elle a déterminé les conditions dans lesquelles une « mesure d'effet équivalent » à une restriction quantitative pouvait être acceptée :

« 2. [...] les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs. »⁷³

En réaction à cette jurisprudence et face à des opérateurs économiques un peu trop prompts à considérer toute réglementation commerciale comme une restriction quantitative à l'importation, la Cour est revenue quelque peu sur cette jurisprudence dans son arrêt *Keck et Mithouard*⁷⁴. La Cour a en effet jugé que les dispositions nationales indistinctement applicables aux produits nationaux et importés qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente (par opposition aux caractéristiques mêmes des produits), ne constituent pas des « mesures d'effet équivalent » à des restrictions quantitatives à l'importation dans la mesure où elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés et où elles affectent de la même façon, en droit et en fait, la commercialisation des produits. En effet, de telles dispositions n'affectent que très indirectement l'accès des produits étrangers au marché d'un État membre. Plusieurs arrêts ont fourni des illustrations de mesures nationales devant être considérées comme de simples modalités de vente⁷⁵.

En réalité, les auteurs reconnaissent que le critère premier à vérifier est celui de l'absence de discrimination en raison de la nationalité⁷⁶, respectivement pour ce qui concerne la libre circulation des marchandises et l'origine nationale de celles-ci.

Le professeur Marc FALLON précise qu'il s'agit « d'un principe général dont, par définition, le respect s'imposerait même en l'absence de texte formel dans les traités (...). Il appartient à la

⁷² *Rewe-Zentral c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78, [1979] I-649 [affaire *Cassis de Dijon*].

⁷³ *Id.*, par. 2.

⁷⁴ *Keck et Mithouard*, C-267/91 et C-268/91, [1993] E.C.R. I-06097.

⁷⁵ À propos de l'ouverture le dimanche, voir l'affaire *Punto Casa (Punto Casa c. Sindaco)*, C-69/93 et C-258/93, [1994], E.C.R. I-02355), à propos des mesures relatives à la publicité, voir l'affaire *Hünernmund (Hünernmund c. Landesapothekerkammer)*, C-292/92, [1993] E.C.R. I-06787).

⁷⁶ Article 18 de la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Cour d'assurer le respect de ce principe général de droit communautaire, dans le domaine d'application du régime de circulation des marchandises. »⁷⁷

Enfin, seules les exceptions à la libre circulation des marchandises prévues à l'article 36 peuvent justifier éventuellement une mesure quantitative ou d'effet équivalent⁷⁸. Les États membres sont ainsi autorisés à déroger à l'interdiction des mesures d'effet équivalent pour divers motifs (moralité publique, ordre public, sécurité publique, santé publique (hommes et animaux), protection des trésors nationaux, protection de la propriété industrielle et commerciale), encore faut-il cependant que la mesure en cause ne constitue pas un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres. Ces justifications explicitement envisagées dans le Traité sont de nature non économique et leur liste est limitative. Enfin, les exceptions prévues à l'article 36 du Traité doivent être interprétées de manière restrictive et doivent de plus être nécessaires et proportionnées pour atteindre leur objectif de la façon la moins dommageable.⁷⁹

Une attention particulière devra être accordée à ce principe de proportionnalité. Le professeur Stéphane RODRIGUES rappelle combien il est important que la mesure suggérée soit nécessaire et proportionnée et notamment que la réglementation envisagée par l'État membre permette d'atteindre l'objectif de sécurité et/ou de santé publique invoqué.⁸⁰

⁷⁷ Marc FALLON, *Droit Matériel Général de l'Union Européenne*, Louvain-La-Neuve, éd. Bruylant Academia, 2002, p. 137. Voir également Lucette DEFALQUE (Lucette DEFALQUE, *Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises*, Cahiers de Droit Européen (C.D.E), Paris, éd. Pédone, 1987, p. 474): *Toutes les mesures nationales qui aboutissent soit en droit, soit en fait, à rendre les importations ou les exportations plus difficiles ou plus onéreuses que les ventes nationales, sont visées par le droit européen, qu'elles soient ou non indistinctement applicables.*

⁷⁸ *TFUE*, art. 36 : « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. ».

⁷⁹ Voir à ce propos, Antoine BRAUN, *Précis des marques de produits et services*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, p.269 : « C'est principalement autour des articles 30 et 36 que s'organisent depuis 1971, les relations entre le droit communautaire et le droit de la propriété industrielle ».

⁸⁰ S. RODRIGUES, préc., note 64, n° 41, p.235.

b) La protection de la concurrence

Compte tenu de son inspiration néolibérale, la Communauté a toujours considéré la libre concurrence⁸¹ comme le credo du marché commun⁸². Dans cette optique, les paramètres à réaliser sont la transparence du marché, son atomicité, l'absence de barrières à l'entrée et la mobilité des facteurs de production. Le droit fait une distinction entre concurrence parfaite et concurrence efficace (« workable competition »), seule cette dernière étant poursuivie.

La politique de concurrence est censée dès lors servir l'intégration européenne⁸³. Dans ce contexte, le but des dispositions du droit communautaire de la concurrence est d'empêcher que les barrières entre États, que les règles sur la libre circulation des marchandises ont visés à supprimer, ne réapparaissent aux moyens de barrières créées artificiellement par les entreprises.

En réalité, l'objectif de la politique européenne de concurrence s'exprime notamment de deux manières :

- 1) « assurer l'égalisation des conditions du marché en empêchant les entreprises de réintroduire, par leur comportement, un cloisonnement des marchés que les principes de liberté de circulation interdisent aux États de pratiquer.
- 2) être l'instrument d'une politique de gestion de l'économie »⁸⁴

On notera que le champ d'application des règles de concurrence est limité aux comportements des entreprises et mesures étatiques qui affectent ou sont susceptibles d'affecter le commerce

⁸¹ On peut noter qu'« un marché concurrentiel entraîne une allocation efficiente des ressources, ce qui augmente l'efficacité économique et encourage le progrès technique ». Joseph F. BRODLEY, « The Economic Goals of Antitrust : Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress », (1987) 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1020-1053; Frederick M. SCHERER, « Antitrust, Efficiency and Progress », dans E.M. FOX et J.T. HALVERSON, *Collaborations among Competitors*, Chicago, American Bar Association, 1991, p.905.

⁸² *TFUE*, art. 3, par. 1.

⁸³ Ainsi, « l'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. » (*TUE*, art. 3.3).

⁸⁴ M. FALLON, préc., note 78, p.260.

entre États membres⁸⁵. Les comportements et mesures qui ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ne tombent pas dans le champ d'application du droit européen de la concurrence mais, éventuellement, dans celui des droits nationaux de la concurrence.

Ces barrières sont essentiellement de deux ordres; d'une part, les ententes ou pratiques concertées entre entreprises faisant l'objet de l'article 101 du Traité⁸⁶ et, d'autre part, les abus de positions dominantes par des entreprises disposant d'une puissance économique particulière faisant l'objet de l'article 102 du même traité⁸⁷.

⁸⁵ L'application du droit communautaire de la concurrence peut se distinguer en ce qu'elle repose principalement sur la Commission qui, par le biais de procédures spécifiques, dispose de pouvoirs de décision et d'investigation très étendus. L'évolution générale actuelle va toutefois vers une plus grande décentralisation, avec des compétences accrues pour les autorités de contrôle et les juridictions nationales.

⁸⁶ *TFUE*, art. 101 (ancien article 81 *TCE*) :

« Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

1. fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
2. limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
3. répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
4. appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
5. subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises; et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées.

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. ».

⁸⁷ *TFUE*, art. 102 (ancien article 82 *TCE*) :

« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

En ce qui concerne les premières barrières, certaines ententes ou pratiques concertées sont prohibées lorsqu'elles affectent le commerce entre États membres et créent des obstacles au commerce intracommunautaire. Celles-ci se rencontrent soit sous la forme de relations contractuelles horizontales conclues au même niveau de la chaîne commerciale entre fabricants⁸⁸, soit à des niveaux différents de la chaîne commerciale sous la forme de relations contractuelles verticales conclues entre titulaires et distributeurs⁸⁹. En outre, ces restrictions, malgré leurs effets négatifs, pourront être exemptées dans les cas où elles créeraient des avantages pour les consommateurs ou conduiraient à un impact positif sur le développement des entreprises⁹⁰. Ces exemptions pourront concerner également des accords portant sur les droits de propriété intellectuelle. Ainsi, à titre d'exemple, l'entreprise titulaire d'un brevet pourra retrouver le contrôle territorial qu'elle peut exercer grâce à l'épuisement national en faisant des accords de distribution, exclusifs ou sélectifs, délimités géographiquement, empêchant ainsi les produits de circuler d'un marché à un autre.

Quant aux secondes barrières, ce n'est pas la position dominante d'une entreprise qui est en soi répréhensible mais l'usage abusif qui en est fait à travers une série de comportements qui sont décrits à l'article 102 du Traité, tels que sont l'imposition de prix d'achat ou de vente, l'imposition de conditions de transactions non équitables, la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs, etc. Dans ce cas précis, nombreuses sont les entreprises en position dominante qui tenteront d'abuser de leur position par le biais de restrictions sur l'usage de droits de propriété intellectuelle. Ainsi, en se basant sur un droit de propriété intellectuelle, une entreprise pourra être en mesure, grâce à sa position dominante d'imposer les prix qu'elle veut sur chaque marché et ainsi de segmenter les marchés de façon incompatible avec les objectifs du *Traité de l'Union Européenne* (dénommé communément « **TUE** »).

-
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
 - d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

⁸⁸ Dénommés communément « Accords horizontaux ».

⁸⁹ Dénommés communément « Accords verticaux ».

⁹⁰ *TFUE*, art. 101.

C) Les importations parallèles sous l'angle de la libre circulation des marchandises

1. Notions et principes

L'absence d'harmonisation complète au niveau européen des droits de propriété intellectuelle peut certainement expliquer le recours aux droits nationaux de propriété industrielle pour empêcher la libre circulation des marchandises dans un but très souvent inavoué de soutien et de protection des entreprises nationales. Quoique des progrès aient été accomplis, notamment au niveau du droit des brevets et du droit des marques, les États membres tiennent beaucoup à garder la main haute sur les droits nationaux de propriété intellectuelle.

D'ores et déjà, les cas de propriété intellectuelle liés à la libre circulation de marchandises doivent être différenciés des cas relevés précédemment⁹¹ et liés à des discordances ou à des entraves spécifiquement créées par des législations nationales. Ceci tient à trois raisons. Premièrement, les droits de propriété intellectuelle sont régis par le principe de territorialité. Deuxièmement, l'article 345 du Traité prévoit expressément que : « le présent traité ne préjuge en rien de la propriété dans les États membres ». La réglementation des régimes de propriété relève de la compétence des États membres en ce compris la propriété intellectuelle⁹². Troisièmement et dernièrement, à la différence des autres restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent exercées par les États nationaux, elles sont liées aux droits de propriété intellectuelle seront le fait de l'exercice des droits par des personnes privées, physiques ou morales.

a) La question préalable de l'harmonisation à ce jour incomplète des droits intellectuels en Europe

Considérant la réglementation des droits de propriété intellectuelle comme un instrument de politique économique nationale basée sur des motifs « protectionnistes » inavoués, les États membres se sont montrés constamment réticents à transférer leur compétence dans ce domaine⁹³.

⁹¹ Affaires *Dassonville* (préc., note 70) et *Cassis de Dijon* (préc., note 72).

⁹² C.f. Peter OLIVER., *Free Movement of Goods in the European Community*, London, Sweet & Maxwell, 1996, Ch. 8.120, p. 248.

⁹³ W.R. CORNISH, préc., note 20, p.515.

À l'heure actuelle, le retard pris dans l'harmonisation des droits de propriété intellectuelle trouve là sa principale raison.

Nous nous permettrons un bref relevé des progrès de l'harmonisation dans le contexte des trois droits intellectuels les plus concernés par les importations parallèles : le brevet, la marque et le droit d'auteur.

i) Le brevet

L'harmonisation du droit des brevets est celle qui prend le plus de temps. Les États membres subissent dans ce domaine le lobby du monde industriel qui tient, non sans une certaine légitimité, à protéger les résultats de son activité de recherche et de développement. Certes, la *Convention sur le Brevet Européen*⁹⁴ (dénommée communément « **CBE** ») a été ratifiée par la majorité des États membres mais elle n'harmonise pas le droit communautaire des brevets.

En raison de la lenteur de cette évolution, le *Conseil européen*, réuni en mars 2000, a recommandé la création d'un système de brevets communautaires visant à remédier aux lacunes actuelles de la protection juridique des inventions et ce, dans le but de stimuler les investissements dans la recherche et le développement et de contribuer à la compétitivité de l'économie dans son ensemble. Au lendemain de ce Conseil, la Commission a déposé, le 1^{er} août 2000, une proposition de règlement du *Conseil sur le brevet communautaire*⁹⁵.

L'entrée en vigueur effective du système de brevets communautaires nécessitera l'adoption de ce règlement par le Conseil et, par la suite, des règlements d'application pertinents selon la procédure de « comitologie »⁹⁶. Malheureusement, la procédure s'annonce longue, car comme mentionné ci-avant, les États membres ne manifestent pas un enthousiasme exceptionnel.

Cependant, des progrès ont été faits tout récemment dans la mesure où, le 14 décembre 2009, le Conseil européen a adopté à l'unanimité ses conclusions sur l'amélioration du système de

⁹⁴ *Convention sur la délivrance de brevets européens*, 5 octobre 1973, en ligne : < <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/1973/f/ma1.html> > [Traité de Munich].

⁹⁵ CE, Commission, *Proposition de règlement du conseil sur le brevet communautaire*, COM(2000) 412 final, Bruxelles, 2000.

⁹⁶ La comitologie est le système utilisé par les États membres pour contrôler la Commission européenne quand celle-ci adopte des mesures d'exécution dans le cadre de la législation communautaire.

brevets en Europe. Le train de mesures approuvées contient des éléments clés pour la création d'un brevet « communautaire » ainsi que la mise en place d'une nouvelle juridiction du contentieux des brevets dans l'Union européenne. Ces deux nouveautés combinées permettront de réduire les coûts supportés par les entreprises pour protéger leurs technologies innovantes et rendront plus accessible et prévisible la procédure judiciaire. L'accord obtenu est l'étape préliminaire à une réforme majeure du système de brevets dans l'Union européenne.

L'avancée fondamentale consistera en la mise en place parallèlement au brevet communautaire, d'un tribunal *Ad Hoc*. Il s'agit d'une demande déjà ancienne de divers secteurs de l'économie qui devaient subir les inconvénients de jurisprudences diverses, si elles ne sont pas discordantes, suivant les États. Certains fustigent ainsi la situation suivant laquelle «les parties en litige doivent assumer le risque de litiges multiples portant sur une question identique – de la validité ou de la contrefaçon d'un brevet – portés devant des tribunaux d'États différents, pouvant donner lieu à des décisions divergentes à propos du même brevet(européen.) »⁹⁷

ii) *La marque*

Le droit des marques est celui qui a fait les plus grands progrès en termes d'harmonisation et d'unification au niveau de l'Europe.

Ainsi, en 1994, a été adopté le *Règlement sur la marque communautaire*⁹⁸ et ledit règlement est largement utilisé et appliqué par les entreprises des États membres. Certes, les marques nationales subsistent, mais parallèlement, les institutions européennes ont pris diverses directives visant à harmoniser quelque peu les droits nationaux. Parmi ces directives figure la très célèbre Directive de 1988⁹⁹ dont l'article 7 a fixé de manière définitive le principe fondamental de l'épuisement régional communautaire. Ce principe joue un rôle non négligeable pour ce qui concerne les rapports délicats entre le droit des marques et la libre circulation des marchandises dans le cadre des importations parallèles.

⁹⁷ Louis VAN BUNNEN, *Examen de jurisprudence 2004 à 2008- Brevets d'invention*, RCJB, Bruxelles, éd. Bruylant, 2009 p.129.

⁹⁸ CE, *Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire*, [1994] J.O. L 11/01.

⁹⁹ CE, *Première Directive 89/104 CE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États sur les marques*, [1989] J.O. L 40/01.

iii) *Le droit d'auteur*

Le droit d'auteur reste essentiellement soumis aux législations nationales et son harmonisation et/ou unification complète est loin d'être achevée même si on ne peut nier l'existence d'efforts d'harmonisation partiels dans le cadre de l'Union européenne¹⁰⁰.

Cet absence d'harmonisation complète du droit d'auteur au niveau européen ne sera pas sans incidence sur le phénomène des importations parallèles, notamment dans les secteurs industriels liés à l'art ou à la création, tels que l'industrie du disque ou du phonogramme.

2. **Étude systématique de la jurisprudence relative aux relations entre les importations parallèles et la libre circulation des marchandises**

a) **La distinction entre l'existence et l'exercice du droit**

Dans son examen des entraves pouvant être créées par les droits de propriété intellectuelle, et particulièrement dans le contexte de la mise en œuvre de la libre circulation des marchandises, la Cour fait une distinction fondamentale qu'il faudra toujours garder à l'esprit : si l'existence d'un droit de propriété intellectuelle ne peut être mise en cause en tant que telle, ce sera son exercice qui pourra le cas échéant porter le flanc à la critique.¹⁰¹

¹⁰⁰ C.f. CE, *Directive 91/250 CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*; [1991] J.O. L 122/42; CE, *Directive 92/100 CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle*, [1992] J.O. L 346/61; CE, *Directive 93/98 CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, [1993] J.O. L 290/09; CE, *Directive 96/9 CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*, [1996] J.O. L 77/20; CE, *Directive 2001/84 CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale*, [2001] J.O. L 272/32; CE, *Directive 2001/29 CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, [2001] J.O.L 167/10.

¹⁰¹ Sur ce point voir M. FALLON, préc., note 79, p 263. « La particularité du statut légal des droits de propriété intellectuelle n'empêche pas de soumettre son exercice aux règles générales de concurrence ainsi qu'à celles sur la libre circulation des marchandises. L'exercice du droit ne peut conduire son titulaire à interdire de commercialiser dans l'État dont la législation assure la protection, les produits commercialisés dans un autre État par le titulaire ou avec son consentement». Dans le même sens, Pierre VAN OMMESLAGHE et Bernard VAN DE WALLE DE GHELCKE rappellent que cette distinction entre existence et exercice du droit de propriété industrielle est fondamentale et « a ensuite été reprise dans presque tous les arrêts de la Cour de Justice qui traitent des droits de propriété industrielle et commerciale. » VAN OMMESLAGHE et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de justice et les décisions de la Commission - février 1973 à décembre 1982*, [1984] 20 C.D.E 323, n° 117.

Cette distinction a été critiquée par plusieurs auteurs, notamment britanniques, qui estiment qu'elle est trop tranchée et manque de pragmatisme : il existe des situations floues où l'on ne sait pas faire la part précise entre ce qui relève de

La première décision qui a clairement établi cette distinction a été rendue, il y a déjà plus de quarante ans, dans l'affaire *Consten et Grundig*¹⁰² en matière de concurrence concernant une licence de marque.

Bien que l'objet de la présente partie soit la problématique des importations parallèles dans le cadre de la libre circulation des marchandises, nous nous permettrons une petite digression dans le droit de la concurrence. Cependant, comme souligné ci-après, la Cour fait incidemment allusion à l'entrave à la libre circulation des marchandises que peut constituer l'exercice dans certaines circonstances d'un droit de propriété intellectuelle

Dans cette affaire, la Commission, en tant qu'autorité administrative chargée au premier degré d'appliquer les règles de concurrence, avait constaté qu'outre une clause d'exclusivité territoriale, une clause contractuelle permettait au distributeur (*Consten*) d'enregistrer et d'utiliser la marque (*GINT*) qui appartenait au titulaire (*Grundig*). La Commission estimait, de manière générale, que l'utilisation des droits de propriété intellectuelle nationaux afin de limiter les importations parallèles était condamnable.

Consten et Grundig, jugeant que l'effet critiqué sur le plan de la concurrence était dû non pas à l'accord de distribution exclusive qu'elles avaient signé mais à l'enregistrement de la marque, ont fait appel devant la Cour, considérant que la Commission avait violé les actuels articles 345 et 36 du Traité¹⁰³.

l'existence et de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle. Ces auteurs parlent alors d'une « exercice/existence dichotomy ». Voir notamment David KEELING, *Intellectual Property Rights in EU Law*, Vol. I, Oxford, éd. OUP, 2003, Chap.6.

¹⁰² *Établissements Consten et Grundig c. Commission*, C-56 et C-58/64, [1966] E.C.R. I-429. [*Consten et Grundig*].

¹⁰³ *TFUE*, art. 345 : « Les Traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ».

TFUE, art. 36 : « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou 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. »

Dans son arrêt, la Cour a estimé que la construction contractuelle alliant la distribution exclusive avec l'enregistrement d'une marque servait à entraver les importations parallèles¹⁰⁴. Ainsi, la Cour conclut qu'il ne servait à rien d'interdire l'accord uniquement sur la base du droit de la concurrence, si le distributeur pouvait continuer à invoquer le droit lié à l'enregistrement de la marque pour empêcher la libre circulation des marchandises.

La Cour va dès lors appliquer simultanément les articles du Traité relatifs au droit de la concurrence et ceux relatifs à la libre circulation des marchandises pour fustiger l'habile construction des deux entreprises. Elle précisera que c'est bien l'exercice du droit de la marque dans des circonstances particulières qui le rend répréhensible car le fait, par *Consten*, de disposer seul en France, en vertu du contrat, de la marque *GINT*, était destiné à permettre le contrôle et l'entrave des importations parallèles. En conséquence, l'accord par lequel *Grundig*, titulaire de cette marque en vertu d'un enregistrement international, a autorisé *Consten* à déposer celle-ci en France, à son nom, tend à restreindre la libre circulation des marchandises.

Pour la première fois dans l'arrêt *Deutsche Grammophon*¹⁰⁵, qui concernait l'exercice du droit d'auteur, la Cour opère la distinction entre **exercice** et **existence** du droit de propriété intellectuelle sans avoir nécessairement égard au contrat sous-jacent.

Le litige est d'un mécanisme très particulier sur le plan du droit procédural européen puisque c'est à travers une question préjudicielle¹⁰⁶ que la Cour a été saisie.

«[...] par ordonnance du 8 octobre 1970, parvenus à la Cour le 7 décembre 1970, le Hanseatisches Oberlandesgericht de Hambourg [...]

[...] demand[é] à la Cour de dire s'il est contraire à l'article 4, alinéa 3 du TUE ou à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, d'interpréter les paragraphes 97 et 85 de la loi allemande du 9 septembre 1965, relative au droit d'auteur et aux droits voisins, en ce sens qu'un fabricant de supports de son peut invoquer son droit exclusif de les mettre en circulation, pour interdire la commercialisation en République Fédérale d'Allemagne de supports de son qu'il a livrés lui-même à sa filiale française,

¹⁰⁴ Voir notamment le commentaire de C. STOTHERS, préc., note 38, p.190 : *The agreement on registration of the trade mark by Consten, which was intended to make it possible to keep under surveillance and to place an obstacle in the way of parallel imports was an anti-competitive restriction.*

¹⁰⁵ *Deutsche Grammophon*, C-78/70, [1971] E.C.R. I-487.

¹⁰⁶ Le juge national découvre un point qui lui pose question au niveau de l'interprétation et/ou de l'application d'une disposition de droit européen, ou si les parties le lui demandent, il est en droit de poser, s'il échoit, une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés européennes. S'il s'agit d'une juridiction statuant en dernier recours, elle sera tenue de poser la question préjudicielle à la Cour, si, par exemple, les parties en font expressément la demande, article 267 du Traité de Lisbonne.

laquelle, tout en étant autonome juridiquement, est entièrement sous sa dépendance du point de vue commercial. »¹⁰⁷

La Cour rappelle tout d'abord :

« [...] qu'aux termes de l'article 267 (TFUE), la Cour, statuant à titre préjudiciel, est seulement habilitée à se prononcer sur l'interprétation du Traité et des actes pris par les institutions de la Communauté, ou sur la validité de ceux-ci mais ne saurait, par le moyen de cet article, statuer sur l'interprétation d'une disposition nationale;

Qu'elle peut toutefois dégager du libellé formulé par la juridiction nationale eu égard aux données exposées par celle-ci, les seuls éléments relevant de l'interprétation du Traité ; »¹⁰⁸

Sur la base des données retenues par le Tribunal supérieur de Hambourg, la Cour déduit que la question posée se ramenait essentiellement à savoir si le droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés, reconnu par une législation nationale au fabricant de supports de son, peut, sans porter atteinte à la règle communautaire, faire obstacle à la commercialisation sur le territoire national de produits régulièrement mis en circulation par ce fabricant, ou avec son consentement sur le territoire d'un autre État membre.¹⁰⁹

Ensuite, les principes du droit de la concurrence sont évoqués par la Cour précisant qu'aux termes de l'article 101 du Traité :

« [...] sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun; »¹¹⁰

Elle considère qu'il s'agit, pour l'heure, de vérifier également la compatibilité de l'exercice du droit de protection en cause avec d'autres dispositions du Traité, relatives notamment à la libre circulation des marchandises¹¹¹, en ce compris les exceptions à cette libre circulation.¹¹²

Elle insiste, par la suite, sur la limite de l'article 36 du Traité¹¹³ comme exception à la libre circulation des marchandises en invoquant le fait que celle-ci se justifie uniquement par la

¹⁰⁷ *Deutsche Grammophon*, préc., note 105, par. 1 et 2.

¹⁰⁸ *Id.*, par. 3.

¹⁰⁹ *Id.*, par. 4.

¹¹⁰ *Id.*, par. 6.

¹¹¹ *Id.*, par. 7.

¹¹² *Id.*, par. 11.

sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété¹¹⁴, revenant ainsi au principe fondamental de l'épuisement communautaire régional¹¹⁵.

« [...] si un droit voisin du droit d'auteur 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; »¹¹⁶

Ce but ne peut évidemment être atteint si, en vertu des divers régimes juridiques des États membres, les ressortissants des États membres, à savoir les entreprises commerciales, étaient en droit de cloisonner le marché et d'aboutir à des discriminations arbitraires ou à des restrictions déguisées¹¹⁷ à l'intérieur même du marché de l'Union européenne.

En résumé à la question préjudicielle posée, la Cour précise que l'exercice par un fabricant de supports de son de son droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés, pour interdire la commercialisation dans cet État de produits qui ont été écoulés par lui-même ou avec son consentement, dans un autre État membre, au seul motif que cette mise en circulation n'aurait pas eu lieu sur le territoire de l'État membre d'origine, est contraire aux règles qui prévoient la libre circulation des produits à l'intérieur du Marché commun.

À nouveau, la Cour manifeste sa volonté de ne pas empiéter sur les législations nationales fondant l'existence des droits de propriété intellectuelle. La détermination de tels droits relève bien de façon primordiale des États membres, en vertu même de la disposition de l'article 345 du Traité qui leur laisse toujours cette compétence. Cependant, la différenciation existence/exercice

¹¹³ Article 36 du TFUE ; « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou 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. »

¹¹⁴ *Id.*, al. 3.

¹¹⁵ Antoine BRAUN insiste précisément sur le fait que « *c'est ce concept d'objet spécifique du droit intellectuel qui sera au centre des préoccupations de la Cour de Justice et également des juridictions nationales, appelées les unes et les autres, dans le cadre de leur compétence respective, à assurer l'équilibre entre, d'une part, le principe fondamental du Marché Commun qui est la libre circulation des produits et, d'autre part, la protection justifiée de la propriété industrielle et commerciale.* » (A.BRAUN, préc., note 24, p.270)

¹¹⁶ *Id.*, par. 12.

¹¹⁷ *Id.*, al. 2.

permet à la Cour d'intervenir contre diverses pratiques qui portent atteinte à la libre circulation des marchandises et, en conséquence, entravent le développement du marché intérieur. Cependant, certains auteurs ont critiqué cette différenciation résultant d'une création jurisprudentielle de la Cour, en estimant que la juridiction européenne n'avait pas le droit d'empiéter ainsi sur le droit exclusif de propriété intellectuelle réservé aux États membres¹¹⁸.

Pour répondre à ces critiques, la Cour a développé la notion d'« objet spécifique du droit de propriété intellectuelle » qui sera examinée ci-après et qui sera globalement reconnue par la doctrine européenne¹¹⁹.

b) L'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle

Cette notion d'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle avait déjà été invoquée incidemment dans l'arrêt *Deutsche Grammophon*¹²⁰ et est apparue comme un élément novateur dans l'arrêt *Deutsche Grammophon*¹²¹, limitant ainsi l'exception à la libre circulation des marchandises pour raisons de propriété intellectuelle (article 36 du Traité) à la seule sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété.¹²²¹²³

C'est dans un autre arrêt de la Cour rendu dans l'affaire *Centrafarm c. Sterling Drug*¹²⁴ que la notion d'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle va être plus clairement précisée.

Les faits étaient les suivants : la société américaine Sterling Drug était titulaire des brevets sur un médicament dans plusieurs États membres de l'Union européenne. Le produit était licitement commercialisé dans un certain nombre d'entre eux par des entreprises auxquelles Sterling Drug

¹¹⁸ Giuliano MARENCO, et Karen BANKS, *Intellectual Property and the Community Rules on Free Movement: Discriminations Unearthed*, 15 EUR. L. REV. 224 (1990) pp. 224-241.

¹¹⁹ Alfonso MATTERA, *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Paris, éd. Pedone, 1988, p.165.; Marc FALLON, préc., note 78, p. 149 : « Il y a encore lieu de vérifier que la mesure cherche bien à protéger l'objet spécifique du droit, contrôle permettant d'évaluer si celle-ci ne tend pas à protéger un autre but. »

¹²⁰ *Deutsche Grammophon*, préc., note 105.

¹²¹ *Deutsche Grammophon*, préc., note 105.

¹²² L'auteur britannique D. KEELING critique tout autant cette notion d'objet spécifique que celle de la distinction existence/ exercice. À ce propos, il estime que: « *the ECJ has a tendency to define its 'rulings' by the conduct it wants to permit or exclude (even if they do serve as a useful reminder of the typical scope of each right)* ». D. KEELING, préc., note 103, p.31.

¹²³ *Id.*, al. 3.

¹²⁴ *Centrafarm c. Sterling Drug*, C-15/74, [1974] E.C.R. I-1147.

avait accordé des licences de fabrication et/ou de commercialisation. Centrafarm commercialisait aux Pays-Bas, sans l'accord de Sterling Drug, certains de ces produits mis sur le marché par des filiales de Grande-Bretagne ou d'Allemagne à un prix nettement plus bas.

Sterling Drug a invoqué la loi nationale néerlandaise sur les brevets pour s'opposer à ces importations parallèles.

Après une longue procédure nationale, l'affaire est introduite par la « Hoge Raad der Nederlanden », la plus haute juridiction néerlandaise, à la Cour par le biais d'une question préjudicielle à l'instar de l'affaire *Deutsche Grammophon*.

Plusieurs questions ont été posées par cette juridiction, mais la plus pertinente pour notre essai visait à demander à la Cour si le titulaire d'un brevet pouvait invoquer le droit exclusif qu'accordait la loi nationale (ici néerlandaise) de bloquer les importations parallèles des médicaments protégés pour empêcher que le produit soit commercialisé par « d'autres personnes », c'est-à-dire par d'autres personnes que celles auxquelles il a accordé des licences de production et/ou de vente.

En l'espèce, la Cour a tout d'abord confirmé sa jurisprudence antérieure en jugeant que, par l'effet des dispositions du Traité sont interdites toutes mesures restrictives à l'importation et d'effet équivalent.¹²⁵ Elle reviendra également sur la différenciation existence – exercice en des termes clairs.¹²⁶ Dès lors et dans le prolongement de sa jurisprudence *Deutsche Grammophon*, la Cour précise également que tant qu'il apporte une exception à l'un des principes fondamentaux du marché commun, l'article 36 n'admet, en effet, des dérogations à la libre circulation des marchandises que dans la mesure où ces dérogations sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété¹²⁷.

¹²⁵ *Id.*, par. 4.

¹²⁶ *Id.*, par. 6.

¹²⁷ *Id.*, par. 8.

La Cour donne ensuite la définition plus précise et affinée, qui manquait antérieurement, de ce que couvre l'objet spécifique de la propriété intellectuelle, appliquée aux brevets, mais qui peut être étendue à tous les droits de propriété intellectuelle :

« [...] l'objet spécifique est notamment d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon; »¹²⁸

Cette définition de l'objet spécifique du brevet a une portée tout à fait générale dont on peut estimer qu'il s'agit de récompenser l'effort créatif du titulaire d'un tel droit, de lui donner la permission exclusive d'utiliser son droit de propriété intellectuelle en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de ses produits, soit directement par lui-même, soit par l'octroi de licences à des tiers.

Dans cette affaire, la Cour a jugé que le fait que Sterling Drug se fonde sur le brevet pour bloquer les importations parallèles ne pouvait être justifié par l'objet spécifique du brevet, tel que la Cour l'avait elle-même défini, car le comportement de Sterling Drug visait uniquement à cloisonner les marchés et nullement à sauvegarder l'existence de son droit de propriété intellectuelle.

Dans l'arrêt *Merck c. Sephar*¹²⁹, dont il sera question en détail plus loin, la Cour a, de surcroît, convenu que, dans le cadre de la libre circulation des marchandises et de l'unification du marché intérieur, le premier élément à considérer dans l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle, était « le droit exclusif de première mise en circulation des produits ».

Partant de ce constat, la Cour tente dès lors de vérifier si ce droit n'est pas épuisé en vertu du principe de l'épuisement régional communautaire, tel qu'il a été établi à l'origine par l'article 7 de la première Directive 89/104 CE du Conseil du 21 décembre 1988, rapprochant les

¹²⁸ *Id.*, par. 9.

¹²⁹ *Merck c. Sephar*, C-187/80, [1981] E.C.R. I-2603.

législations des États sur les marques¹³⁰ et étendu ensuite par sa jurisprudence constante à tous les droits de propriété intellectuelle¹³¹.

c) L'épuisement régional (européen) du droit de propriété intellectuelle

C'est dans l'arrêt *Centrafarm c. Sterling Drug*¹³² que la Cour a pris le plus clairement position au sujet de cette tension entre les droits d'un titulaire de droit de propriété intellectuelle et l'épuisement régional européen de ses droits par l'effet du droit européen.

Selon la Cour, rappelant une fois de plus le principe fondamental de l'épuisement régional communautaire, la dérogation au principe de la libre circulation des marchandises n'est pas justifiée 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 consentement¹³³. Si tel n'était pas le cas, le détenteur régulier des droits intellectuels pour le marché européen aurait la possibilité de cloisonner les marchés nationaux et d'opérer ainsi une restriction dans le commerce entre les États membres, sans qu'une telle restriction soit nécessaire pour lui assurer la substance de ses droits exclusifs.

La Cour s'est ainsi clairement prononcée sur la règle de l'épuisement régional et l'a par ailleurs confirmé pour les autres droits de propriété intellectuelle, notamment en matière de marques. Il est permis de citer notamment les arrêts *Hoffmann La Roche c. Centrafarm*¹³⁴ et *Parfums Christian Dior c. Evora*¹³⁵.

d) Le rôle essentiel du « consentement » du titulaire du droit de propriété intellectuelle

Il apparaît ainsi clairement que dans le cadre de la tension permanente existant entre la protection des droits de propriété intellectuelle et la libre circulation des marchandises, l'élément

¹³⁰ Directive 89/104 CEE, préc., note 29.

¹³¹ Marc FALLON, préc., note 78, p. 149 ; P. VAN OMMESLAGJE et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *Id.* p. 329, n° 119.

¹³² *Centrafarm c. Sterling Drug*, préc., note 124.

¹³³ *Id.*, par. 11 et 12.

¹³⁴ *Hoffmann La Roche c. Centrafarm*, C-102/77, [1978] E.C.R. I-1139.

¹³⁵ *Parfums Christian Dior c. Evora*, C-337/95, [1997] E.C.R. I-6013.

déterminant en vue de parvenir à une solution est de savoir si le titulaire a « consenti¹³⁶ » à la mise sur le marché dans l'Union européenne du produit protégé par lesdits droits.

L'arrêt référence dans cette problématique est celui rendu par la Cour dans l'affaire *Merck c. Sephar*¹³⁷ sur la base d'une demande de question préjudicielle provenant d'une juridiction néerlandaise du premier degré.

Les faits sont les suivants : la société Merck est détentrice de deux brevets néerlandais qui protègent un médicament – le Moduretic – et en vertu desquels, selon la législation néerlandaise, elle peut s'opposer, par voie de droit, à ce que le produit protégé y soit commercialisé par d'autres personnes, alors même que ce produit a été commercialisé dans un autre État membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement¹³⁸. Tel est le cas pour la société Merck qui commercialise elle-même ce médicament en Italie, où elle n'a pu le faire breveter du fait qu'à la date où ce médicament a été vendu en Italie, la loi italienne sur les brevets ne le permettait pas¹³⁹. C'est donc provenant d'Italie, par l'entremise de la société Sephar, société importatrice, que ce médicament est distribué au Pays-Bas.

¹³⁶ « Sur la notion de consentement, on citera le récent arrêt de la C.J.C.E. du 20 novembre 2001 réunissant les causes *Davidoff, Levi Strauss, Tesco et Costco* qui interprète l'article 7§1 de la Directive 89/104 sur les marques pour affirmer que ce consentement peut être exprès ou « implicite, lorsqu'il résulte d'éléments de circonstance antérieurs, concomitants ou postérieurs à la mise dans le commerce de l'EEE, qui, appréciés par le juge national, traduisent de façon certaine une renonciation du titulaire à son droit de s'opposer à une mise dans le commerce de l'EEE » ; ainsi, le consentement ne peut résulter du silence du titulaire ou de son absence d'interdiction explicite, le consentement n'est pas présumé : arrêt C-414/99 du 20 novembre 2001, *Zino Davidoff et Levi Strauss* ([2001] E.C.R. I-8691). Comparer avec la solution de l'arrêt *Idéal Standard* de la C.J.E.C. en date du 22 juin 1994 qui fait la distinction entre la situation du cédant et celle du donneur de licence. En effet, la Cour indique que « le consentement qu'implique une session volontaire d'un droit de marque n'est pas celui exigé pour que joue l'épuisement du droit. Il faut pour cela que le titulaire du droit dans l'État d'importation ait directement ou indirectement le pouvoir de déterminer les produits sur lesquels la marque peut être apposée dans l'État d'exportation et en contrôler la qualité. Or, ce pouvoir disparaît lorsque la maîtrise de la marque est volontairement cédée à un tiers sans lien économique avec le cédant. Cette situation doit donc être nettement distinguée du cas où les produits importés proviennent d'un licencié. Contrairement au cédant, le donneur de licence a, en effet, la possibilité de contrôler la qualité des produits du licencié en insérant dans le contrat des clauses qui obligent le licencié à respecter ses instructions et lui donnent la faculté de s'assurer de leur respect », arrêt C-9/93 du 22 juin 1994, *IHT Internationale Heiztechnik c. Ideal-Standard* ([1994] E.C.R. I-2789). On prendra connaissance des développements récents du droit européen qui désormais portent essentiellement sur des aspects du droit de la preuve : Peter DYRBERG, « For EEA Exhaustion to Apply, Who has to Prove the Marketing of the Trade Marked Goods in the EEA – the Trade Mark Owner or the Defendant ? » (2004) 2 *E.I.P.R.* 81. » note de P-E. MOYSE, préc., note 28, p. 455.

¹³⁷ *Merck c. Sephar*, préc., note 129.

¹³⁸ *Id.*, par. 2, al. 2 et 3.

¹³⁹ La loi italienne fut déclarée inconstitutionnelle par arrêt du 20 mars 1978 de la Cour constitutionnelle d'Italie qui interdisait l'octroi de brevets au titre de médicaments et de leurs procédés de fabrication. (*Merck c. Sephar*, préc., note 129).

La Cour met le titulaire du droit de propriété intellectuelle face à ses responsabilités pour ce qui concerne l'application du principe de l'épuisement régional communautaire en lui rappelant qu'il appartient au titulaire du brevet de décider des conditions dans lesquelles il commercialise son produit, y compris la possibilité de l'écouler dans un État membre où la protection par brevet n'existe pas légalement pour le produit en cause. S'il en décide ainsi, il doit alors accepter les conséquences de son choix en ce qui concerne la libre circulation du produit à l'intérieur du marché commun, 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.¹⁴⁰

En d'autres termes, le titulaire du brevet n'a, dans de telles conditions, qu'à s'en mordre les doigts, d'avoir laissé écouler son produit « protégé » dans un autre État membre.

En résumé, la solution est dans la logique de la règle susmentionnée :

« Dans ces conditions, permettre 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 ou ce produit n'était pas brevetable, entraînerait un cloisonnement des marchés nationaux contraire aux objectifs du Traité. »¹⁴¹

En conclusion, le titulaire du brevet doit assumer les conséquences d'une première mise en circulation dans un État membre dans lequel il n'existe pas de protection des brevets, eu égard au fait que ses produits pourront circuler librement dans l'Union européenne¹⁴².

Cet arrêt de la Cour a fortement inquiété les titulaires de droits de propriété intellectuelle. Ainsi, même si le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle est mis en face de ses responsabilités dans le sens où il lui appartient de décider l'endroit et/ou le pays dans lequel il met son produit pour la première fois sur le marché, il n'en reste pas moins qu'échaudé par cette jurisprudence, le

¹⁴⁰ *Id.*, par. 11.

¹⁴¹ *Id.*, par. 13.

¹⁴² Commentant cet arrêt, Valentine KORAH résume la position de la Cour en ces termes : « The Court's only apparent reason for preventing Merck from using its Dutch patent to protect one of the countries where it could make a monopoly profit was that Merck must take the consequences of its conduct in selling the product in Italy. That is not a reason, but a conclusion ». – Valentine KORAH, *The exhaustion of patents by sale in a Member State where a monopoly profit could not be earned*, [1997] 18 ECLR 265 p. 267-268.

titulaire sera poussé à ne pas mettre le produit sur le marché s'il risque de ne pas pouvoir amortir son investissement.

Cependant, conscient des dangers que pouvait amener cette jurisprudence sur ce point précis, la Cour a quelque peu amendé sa manière de voir les choses dans une seconde affaire *Merck*¹⁴³ en précisant que, dans le cas où le titulaire du brevet dans le pays d'importation pouvait prouver qu'il était soumis à une obligation juridique réelle et actuelle de commercialiser le produit dans quatorze États membres d'exportation dans lesquels son produit ne pouvait être breveté, il était en droit de se fonder sur la législation nationale du pays d'importation pour s'opposer à l'importation de ce produit. En effet, le consentement à la mise sur le marché manquait dans un tel cas.

e) Les importations parallèles venant de pays tiers à l'Union européenne – les fluctuations de la jurisprudence européenne

Si l'étude des arrêts susmentionnés et des critères qu'ils ont développés permet de considérer que l'on pourrait prendre l'Union européenne comme modèle assez abouti d'une réglementation possible au niveau « universel » des importations parallèles de produits protégés par des droits de propriété intellectuelle, il est important, en outre, d'examiner la manière dont la jurisprudence des juridictions européennes traite la question très sensible des importations parallèles en provenance de pays tiers à l'Union européenne.

La Cour a été saisie, une première fois de ce type de problématique dans une affaire relative au droit des marques, du dossier *EMI Records*¹⁴⁴. Ce dossier concernait spécifiquement l'industrie du disque et a été initié par le mécanisme d'une question préjudicielle posée cette fois par une juridiction allemande. De manière étrange, la Cour prit une position relativement timorée face à ces importations parallèles venant de pays tiers.

Par décision du 16 juillet 1975, le Landgericht de Cologne a posé la question préjudicielle suivante à la Cour :

¹⁴³ *Merck c. Primecrown et Brown*, C-267/95 et C-268/95, [1996] E.C.R. I-6285.

¹⁴⁴ *Emi Records c. CBS Schallplatten*, C-96/75, [1976] E.C.R. I-913.

« En supposant

- a) qu'une unité économique A (société mère et filiales) est titulaire d'une marque X dans tous les États membres de la Communauté;
- b) qu'une unité économique B, composée d'une société mère établie en dehors de la Communauté et de filiales établies dans la Communauté, est titulaire, dans divers États membres de la Communauté, de la même marque X pour des produits similaires;
- c) que les auteurs de A et de B ont d'abord été liés entre eux et que l'auteur de A a acquis la titularité de la marque X d'un auteur de B, mais que la marque dont B est titulaire a changé plusieurs fois de titulaire et que depuis plus de 40 ans, il n'y a plus de lien juridique, économique, financier ou technique entre les deux groupes;
- d) que, selon le droit national, A peut intenter une action contre B aux fins de l'obliger à cesser d'utiliser la marque X;

Les principes de droit communautaire relatifs à la libre circulation des marchandises et à la libre concurrence font-ils obstacle à l'exercice de l'action prévue par le droit national et empêchent-ils d'exiger de B qu'elle s'abstienne de vendre dans les États membres des produits sur lesquels la marque X a été apposée, lorsque ces produits ont été fabriqués dans un pays extérieur à la Communauté, où B a le droit d'utiliser la marque X? »¹⁴⁵

Les faits étaient les suivants : le groupe EMI était titulaire de la marque Columbia dans l'Union européenne et dans des pays non membres. Pour sa part, la société CBS détenait la marque aux États-Unis et dans d'autres pays non membres de l'Union européenne. Les deux marques avaient une origine commune mais, suite à sa cession à une entreprise britannique dans les années 1920 et à la vente de cette dernière société, la même marque était la propriété des deux sociétés. En principe, chaque groupe était actif sur les territoires de l'autre avec une marque différente. Toutefois, CBS importait des disques portant la marque Columbia en provenance des États-Unis au Royaume-Uni, en Allemagne et au Danemark, ce à quoi EMI a voulu s'opposer sur la base de sa marque de commerce.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 1.

La Cour rappelle tout d'abord l'interdiction principielle de toute entrave de quelque nature que ce soit à la libre circulation des marchandises.¹⁴⁶ Par la suite, elle ne manque pas de préciser que l'exercice du droit de marque pour empêcher la commercialisation de produits provenant d'un pays tiers sous une marque identique, même si elle devrait au sens du droit européen constituer une « mesure d'effet équivalent » à une restriction quantitative, n'affecte pas la libre circulation des marchandises entre États membres et ne tombe donc pas sous les interdictions énoncées aux articles 30 et suivants du Traité.¹⁴⁷

Il s'ensuit que ni les règles dudit traité relatives à la libre circulation des marchandises, ni celles concernant la mise en libre pratique des produits provenant des pays tiers, ni enfin, les principes régissant la politique commerciale commune n'interdisent au titulaire d'une marque dans tous les États membres de la Communauté d'exercer son droit en vue de faire obstacle à l'importation de produits similaires portant la même marque, originaires d'un pays tiers.¹⁴⁸

La Cour a même été plus loin en appliquant cette conception minimaliste, en matière de droit d'auteur, à des produits en provenance d'un pays avec lequel l'Union européenne (à l'époque la Communauté européenne) était liée par un accord de libre-échange et qui allait en devenir membre, à savoir le Portugal. La Cour estime que la portée des accords de libre-échange n'ayant pas la même portée et/ou extension que les principes des traités européens établissant la libre circulation des marchandises, l'exercice des droits de propriété intellectuelle pouvait empêcher, en l'espèce, les importations parallèles en provenance de pays « encore » tiers. La Cour reprend ce principe dans l'affaire *Polydor c. Harlequin Records*¹⁴⁹. Les faits concernaient une action en violation du droit d'auteur dirigée contre deux entreprises britanniques, *Harlequin* et *Simons*, spécialisées dans l'importation et la vente de disques phonographiques, qui auraient importé parallèlement, en provenance du Portugal et mis en vente au Royaume-Uni, des disques de musique populaire du groupe *The Bee Gees* sans avoir obtenu l'autorisation du titulaire des droits d'auteur ou de son licencié au Royaume-Uni.

¹⁴⁶ *Id.*, par. 5.

¹⁴⁷ *Id.*, al. 3.

¹⁴⁸ *Id.*, par. 13.

¹⁴⁹ *Polydor c. Harlequin Records*, C-270/80, [1982] E.C.R. I-329.

À l'époque des faits, le Portugal ne faisait pas encore partie de l'Union européenne.

Selon l'exposé des faits repris dans l'arrêt de la Cour :

« Le titulaire des droits d'auteur sur les enregistrements en question, RSO, a octroyé à une société affiliée, Polydor, une licence exclusive pour fabriquer et pour distribuer sur le territoire britannique des disques et des cassettes reproduisant ces enregistrements. Des disques et des cassettes reproduisant les mêmes enregistrements ont été fabriqués et mis en vente au Portugal par deux sociétés de droit portugais qui étaient les licenciés de RSO au Portugal. Simons a acheté des disques comportant ces enregistrements au Portugal pour les importer en Grande-Bretagne en vue de leur vente; Harlequin lui a acheté une partie de ces disques pour les vendre au détail. »¹⁵⁰

Il s'agissait donc d'un cas des plus classiques d'importation parallèle contournant un droit exclusif de propriété intellectuelle. De son côté, le titulaire du droit tente d'empêcher l'importation parallèle en invoquant classiquement les prérogatives que lui donne son droit national.

La « Court of Appeal of England and Wales » va dès lors poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) l'exercice, par une compagnie A, de ses droits d'auteur au Royaume-Uni contre un disque pour gramophone légalement réalisé et vendu en République Portugaise par des licenciés au titre des droits d'auteur portugais équivalents, constitue-t-il une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation au sens de l'article 14, paragraphe 2, de l'accord date du 22 juillet 1972 entre la CEE et la République Portugaise?

2) si la réponse à la première question est affirmative :

A) cet exercice par la compagnie A est-il justifié au sens de l'article 23 de l'accord du 22 juillet 1972 pour des raisons de protection des droits d'auteur au Royaume-Uni?

B) cet exercice par la compagnie A constitue-t-il un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée au commerce entre la République Portugaise et la Communauté économique européenne?

3) l'article 14, paragraphe 2, dudit accord du 22 juillet 1972 confère-t-il directement des droits aux individus à l'intérieur de la Communauté économique européenne, eu égard notamment au règlement du conseil de la Communauté européenne du 19 décembre 1972 donnant effet audit accord?

4) un importateur à l'intérieur du Royaume-Uni des disques pour gramophone visés à la question peut-il invoquer l'article 14, paragraphe 2, dudit accord du 22 juillet 1972 comme moyen de

¹⁵⁰ *Id.*, par. 3.

défense, lorsqu'il est poursuivi par la compagnie A pour atteinte à ses droits d'auteur au Royaume-Uni? »¹⁵¹

La Cour a tout d'abord rappelé le principe de l'épuisement régional communautaire établi par une jurisprudence constante¹⁵² pour ensuite estimer que ce principe ne doit pas s'appliquer au cas d'espèce car une zone de libre-échange créée par un accord international n'a pas la même portée et extension qu'un marché entièrement intégré à la suite d'un processus d'unification. Ensuite, elle examinera la *ratio legis* même de l'accord pour déterminer dans quelles mesures les principes de la Communauté peuvent s'étendre au-delà de la zone des seuls États membres.

D'après son préambule, l'Accord a pour objet « de consolider et d'étendre les relations économiques existant entre la Communauté et le Portugal et d'assurer, dans le respect des conditions équitables de concurrence, le développement harmonieux de leur commerce dans le but de contribuer à l'œuvre de la construction européenne. À cet effet, les parties contractantes ont décidé d'éliminer progressivement les obstacles pour l'essentiel de leurs échanges, en conformité avec les dispositions de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (dénommé communément « **GATT** ») relatives à l'établissement de zones de libre-échange »¹⁵³.

En ce sens, l'accord vise une libéralisation des échanges de marchandises entre la Communauté et le Portugal, sous quelques réserves¹⁵⁴ et non une réelle intégration économique¹⁵⁵. Ainsi, la Cour admet que les dispositions de l'Accord relatives à la suppression des restrictions aux échanges entre la Communauté et le Portugal sont conçues à plusieurs égards de façon comparable à celles du Traité, particulièrement celles relatives à l'abolition des restrictions au commerce intracommunautaire¹⁵⁶, même si la similitude des termes ne sera pas une justification probante pour déduire l'élargissement au Portugal des principes fondateurs de l'Union¹⁵⁷. Par

¹⁵¹ *Id.*, par. 6, al. 1 à 4.

¹⁵² *Id.*, par. 7.

¹⁵³ *Id.*, par. 10.

¹⁵⁴ *Id.*, par. 12.

¹⁵⁵ Lire à ce propos sur cet arrêt, le commentaire de C. STOTHERS: *The agreement with Portugal did not seek to create a single market and had no instruments to achieve the uniform application of law and to abolish legislative disparities*, C. STOTHERS, préc., note 38, p. 429.

¹⁵⁶ *Id.*, par. 14.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 15.

conséquent, la seule portée de sa jurisprudence doit être appréciée dans la perspective des objectifs et des actions de la Communauté.

« Les considérations qui ont conduit à cette interprétation des articles 30 et 36 du Traité ne se retrouvent pas dans le cadre des relations entre la Communauté et le Portugal telles qu'elles ont été définies par l'accord. L'examen de l'accord permet en effet de constater que ses dispositions, bien qu'établissant la suppression inconditionnelle de certaines restrictions aux échanges entre la Communauté et le Portugal, telles les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent, n'ont pas la même finalité que le Traité, en ce que celui-ci vise, ainsi qu'il vient d'être dit, à la formation d'un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un marché intérieur. »¹⁵⁸

Il en résulte que :

« Pour toutes ces raisons, il y a lieu de répondre aux deux premières questions que l'exercice des droits d'auteur protégés par la législation d'un État membre, par le titulaire ou ses ayants droit, contre l'importation et la commercialisation de disques phonographiques licitement fabriqués et mis en circulation en République Portugaise par des licenciés du titulaire, est justifié par des raisons tenant à la protection de la propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 23 de l'accord et ne constitue donc pas une restriction aux échanges entre la Communauté et le Portugal interdite par l'article 14, paragraphe 2, de l'accord. Un tel exercice ne constitue pas un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre la Communauté et le Portugal. »¹⁵⁹

En bref, l'enseignement de cet arrêt rappelle, d'une part, la spécificité de l'intégration européenne dépassant largement la simple libération classique des échanges et, d'autre part, que les institutions européennes n'avaient aucune intention d'étendre l'épuisement régional communautaire au-delà des limites du but essentiel de l'unification européenne.

Cependant, d'autres cas ont été portés devant la Cour, lesquels peuvent paraître assez paradoxaux à première vue. Il s'agissait en l'espèce de l'interdiction d'importer des produits originaires en provenance de pays tiers. Un cas exemplaire de cette circonstance est celui jugé dans l'affaire *Generics Ltd. et Harris Pharmaceutical Ltd. c. Smith Kline and French Laboratories Ltd.*¹⁶⁰.

Une fois encore, l'affaire a été introduite devant la Cour par le biais de la question préjudicielle.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 16 et 18.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 22.

¹⁶⁰ *Generics Ltd. et Harris Pharmaceutical Ltd. c. Smith Kline and French Laboratories Ltd.*, C-191/90, [1992] E.C.R. I-5535.

La « Court of Appeal of England and Wales » a posé plusieurs questions préjudicielles relatives à l'interprétation des articles 30 et 36 du Traité et de l'*Acte relatif aux conditions d'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise* et aux adaptations des traités, en vue d'apprécier la compatibilité avec le droit communautaire de certaines pratiques des autorités nationales compétentes pour fixer, en matière de brevets, les conditions des licences de droit.

Le litige oppose *Smith Kline and French Laboratories Ltd.* (dénommé ci-après « **SKF** »), titulaire de deux brevets britanniques pour le produit pharmaceutique « Cimétidine », aux sociétés *Generics (UK) Ltd.* (dénommées ci-après « **Generics** ») et *Harris Pharmaceuticals Ltd.* (ci-après « **Harris** »). Cette affaire a pour objet l'importation au Royaume-Uni de ce produit à partir de pays tiers, tels que le sont, à ce moment précis, l'Espagne et le Portugal.

Lorsque le brevet était revêtu de la mention « licence de droit », ce qui était le cas du brevet en cause détenu par SKF, et au cas où le titulaire du brevet et le preneur de licence n'avaient pu s'entendre, ce qui était le cas avec *Harris* et *Generics*, la législation britannique permettait aux autorités, en l'espèce la « Patents Court », de fixer les conditions auxquelles la licence devait être accordée.

Harris et *Generics* ont alors introduit une demande de licence devant les autorités compétentes qui, légalement, devaient en fixer les conditions. Or, à l'époque, la pratique des autorités britanniques autorisait le preneur d'une telle licence à importer de pays tiers le produit couvert par le brevet concerné uniquement dans le cas où le titulaire du brevet ne fabriquait pas le produit au Royaume-Uni mais exploitait le brevet en important le produit au Royaume-Uni. Dès lors, si le titulaire du brevet fabriquait le produit au Royaume-Uni, le preneur de licence ne pouvait pas l'importer.

En l'espèce, comme le rappelle la Cour, SKF fabriquait la « Cimétidine » en Irlande, sous la forme d'un produit semi-fini, et en achevait la fabrication sur le territoire du Royaume-Uni. En conséquence, la « Patents Court » a inséré, dans les conditions des licences de droit demandées par *Harris* et *Generics*, une clause interdisant à ces dernières d'importer de la « Cimétidine », sous la forme d'un produit fini, à partir des pays tiers ainsi que de l'Espagne et du Portugal. L'assimilation, dans le cas d'espèce, de ces deux États membres aux pays tiers était fondée sur les dispositions transitoires des articles 47 et 209 de l'*Acte d'adhésion relatif à certains brevets*.

En revanche, la « Patents Court » a refusé d'insérer une clause identique pour l'importation de la « Cimétidine » sous la forme d'un produit semi-fini.

Cependant, un recours a été introduit par SKF devant la « Court of Appeal », laquelle a sursis à statuer et a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Est-il compatible avec les articles 30 et 36 du Traité qu'une autorité compétente chargée de fixer les conditions d'octroi d'une licence sur un brevet obligatoirement revêtu de la mention « licence de droit » se fonde sur les dispositions des articles 48, paragraphe 3, sous a), et 50, paragraphe 1, sous c), du Patents Act de 1977 pour décider s'il y a lieu d'insérer ou non, comme condition d'octroi d'une telle licence, le droit d'importer des produits brevetés de l'extérieur de la Communauté? Les articles 30 et 36 s'opposent-ils à ce qu'elle applique normalement les dispositions des articles 48, paragraphe 3, sous a), et 50, paragraphe 1, sous c), en ce sens qu'elle est obligée de refuser l'octroi d'une licence en vue de l'importation en provenance d'un autre État lorsque le titulaire d'un brevet exploite ce brevet en procédant à la fabrication au Royaume-Uni, alors qu'elle est tenue de délivrer une licence en vue de l'importation en provenance d'un pays tiers lorsque le titulaire d'un brevet exploite ce brevet en important des produits fabriqués dans d'autres États membres de la Communauté économique européenne?

2) a) La réponse à la question qui précède est-elle affectée par le fait que les articles 48, paragraphe 3, sous a), et 50, paragraphe 1, sous c), du Patents Act de 1977 sont applicables en matière de délivrance de licences obligatoires et prévoient qu'une licence obligatoire peut être délivrée sur un brevet si celui-ci n'est pas exploité au Royaume-Uni? b) La réponse à la question qui précède est-elle affectée si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire quant au point de savoir s'il y a lieu d'autoriser ou non l'importation en provenance d'un pays tiers, l'autorité compétente se fonde sur les dispositions des articles 48, paragraphe 3, sous a), et 50, paragraphe 1, sous c), du Patents Act de 1977 pour déterminer les éléments pertinents qu'il importe de prendre en considération? »¹⁶¹

Selon la Cour :

« Les deux premières questions visent, en substance, à savoir si les autorités des États membres compétentes pour fixer, à défaut d'accord, les conditions des licences de droit peuvent, sans méconnaître les articles 30 et 36 du Traité, se fonder sur les dispositions d'une législation nationale, comme celles des articles 48, paragraphe 3, et 50, paragraphe 1, du Patents Act, pour refuser au preneur d'une licence de droit l'autorisation d'importer le produit couvert par le brevet à partir de pays tiers lorsque le titulaire du brevet fabrique le produit sur le territoire national et pour accorder cette autorisation lorsque le titulaire du brevet exploite son brevet en important le produit à partir d'autres États membres de la Communauté. »¹⁶²

Elle avait déjà précisé que les articles 30 et 36 du Traité ne visent que les seules restrictions à l'importation concernant les seuls échanges entre les États membres. Dès lors, en vertu de ce principe exprimé dans l'affaire *Polydor c. Harlequin*¹⁶³ mentionnée ci-avant, elle admettait que

¹⁶¹ *Id.*, par. 9, al. 1 et 2.

¹⁶² *Id.*, par. 11.

¹⁶³ *Polydor c. Harlequin Records*, C-270/80, [1982] E.C.R. I-329.

les autorités compétentes pour fixer les conditions des licences de droit pouvaient accorder ou refuser au preneur de licences l'autorisation d'importer le produit couvert par le brevet à partir d'un pays extérieur à la Communauté sans méconnaître les dispositions des traités européens sur la libération des échanges.

Cependant, la Cour ajoute :

« Il résulte de la pratique des autorités nationales visée par le juge national que le preneur de licence peut être autorisé à importer, à partir de pays tiers, le produit couvert par le brevet lorsque le titulaire du brevet ne fabrique pas le produit sur le territoire de l'État membre où a été délivré le brevet mais l'importe à partir d'autres États membres. [...] »¹⁶⁴

Même si en apparence cette pratique ne semble pas concerner directement les échanges entre États membres, elle peut revêtir un caractère « discriminatoire » qui va affecter indirectement les échanges entre États membres. La Cour considère que c'est le cas en l'espèce puisqu'elle encourage le titulaire du brevet à produire au Royaume-Uni afin d'éviter toute concurrence venant d'autres États membres¹⁶⁵.

Par conséquent, cette pratique sera jugée « discriminatoire » car elle incite les titulaires de brevets à fabriquer les produits sur le territoire national plutôt qu'à les importer à partir du territoire d'autres États membres. Selon la Cour, cette pratique est susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou pour le futur, le commerce intracommunautaire et constitue, à ce titre, une « mesure d'effet équivalent » à des restrictions quantitatives à l'importation au sens de l'article 30 du Traité. La Cour se réfère directement à la jurisprudence *Dassonville*¹⁶⁶.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 19.

¹⁶⁵ Selon C. STOTHERS, *It was clear that the UK practice give preferential treatment to manufacturers who produce goods in the United Kingdom rather than importing from another Member State*. C. STOTHERS, préc., note 38, p. 333.

¹⁶⁶ Arrêt du 11 juillet 1974, *Dassonville*, point 5, 8/74, Rec. p. 837. Il est symptomatique de noter que la Cour se réfère à l'arrêt de principe rendu dans l'affaire *Dassonville*, que nous avons évoqué au début de cette section et qui avait fixé la définition de la « mesure d'effet équivalent » à une restriction quantitative. Un de ses attendus reprend d'ailleurs textuellement et *in extenso* la motivation de cet arrêt *Dassonville* : « Il convient de rappeler que, pour ce qui concerne l'application des dispositions de l'article 36 du Traité, les interdictions et les restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale sont admises par cet article, sous la réserve expresse qu'elles ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres » *Id.*, par. 20 et 21.

Ensuite, la Cour se réfère à l'arrêt *Centrafarm c. Sterling Drug*¹⁶⁷ que nous avons également invoqué précédemment en rappelant la notion essentielle de « l'objet spécifique » du droit de propriété intellectuelle.

Lorsqu'il est invoqué pour protéger la propriété industrielle et commerciale, l'article 36 du Traité n'admet des dérogations au principe fondamental de la libre circulation des marchandises dans le marché commun que dans la mesure où ces dérogations sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété. Cet objet spécifique n'est évidemment pas rencontré dans la présente cause¹⁶⁸.

En d'autres termes, il s'agit d'une mesure protectionniste visant à protéger artificiellement les titulaires nationaux britanniques contre les concurrents des autres États membres.

En définitive, la Cour considère que :

« Il convient, pour ces motifs, de répondre aux deux premières questions que les dispositions des articles 30 et 36 TFUE doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à ce que les autorités des États membres compétentes pour fixer, à défaut d'accord, les conditions des licences de droit se fondent sur les dispositions de leur législation nationale pour refuser au preneur d'une licence de droit l'autorisation d'importer le produit couvert par le brevet à partir de pays tiers lorsque le titulaire du brevet fabrique le produit sur le territoire national et pour accorder cette autorisation lorsque le titulaire du brevet exploite son brevet en important le produit à partir d'autres États membres de la Communauté. »¹⁶⁹

Cet arrêt présente un grand intérêt dans la mesure où la Cour prend une position moins timorée que dans l'affaire *EMI Records*. À partir du moment où n'apparaîtrait, ne fût-ce qu'un effet indirect sur la liberté des échanges au niveau de l'Union européenne, l'interdiction des importations parallèles en provenance de pays tiers ne pourrait plus être admise.

En définitive, ce sera dans le domaine du droit des marques que la Cour précisera sa position de principe quant à la possibilité pour un titulaire de droit de propriété intellectuelle de s'opposer

¹⁶⁷ *Centrafarm c. Sterling Drug*, préc., note 124.

¹⁶⁸ *Generics (UK) Ltd. c. Smith*, préc., note 160, par. 24.

¹⁶⁹ *Id.*, par. 28.

aux importations parallèles provenant de pays tiers. Il s'agit du célèbre arrêt rendu dans l'affaire *Silhouette*¹⁷⁰ devenu une référence dans cette problématique.

Les faits sont relativement simples : la firme autrichienne *Silhouette*, fabricante de lunettes haut de gamme, avait écoulé sur le marché bulgare des montures de lunettes qu'elle ne voulait plus vendre en Autriche. La société *Hartlauer*, coutumière de la revente de produits à bas prix, achète ces produits en Bulgarie (à l'époque, pays tiers à l'Union européenne) puis les propose à la revente en Autriche. La société *Silhouette* tente de s'opposer à ces importations parallèles et intente une procédure devant les tribunaux autrichiens. À la fin de celle-ci, l'Oberster Gerichtshof, la plus haute juridiction autrichienne, pose à la Cour une série de questions préjudicielles, notamment sur le point de savoir si le droit à la marque permettait à son titulaire de s'opposer à des importations « parallèles » dans l'Union européenne de produits venant de pays tiers. Le cadre juridique plus spécifique dans cette cause était celui de l'article 7 de la première *Directive sur le rapprochement des législations des États membres sur les marques*¹⁷¹.

L'Oberster Gerichtshof a notamment posé à la Cour la question préjudicielle suivante :

« 1) Convient-il d'interpréter l'article 7, paragraphe 1, de la première Directive du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (89/104/CEE, JO L 40/1 du 11 février 1989), en ce sens que le droit conféré par la marque permet à son titulaire d'interdire à un tiers l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce sur le territoire d'un État qui n'est pas une partie contractante? »¹⁷²

Pour ce qui concerne la réponse à la première question, la Cour rappelle que l'article 7 précise que, dans des conditions déterminées, le droit exclusif conféré par la marque est épuisé de sorte que le titulaire de la marque n'est plus habilité à en interdire l'usage. Une des conditions de l'épuisement, énoncée dans le texte même de la Directive, mentionne que la mise sur le marché doit avoir eu lieu dans le commerce de la Communauté, plus particulièrement dans l'*Espace Économique Européen* (dénommé communément « **EEE** »).

¹⁷⁰ *Silhouette*, préc., note 34.

¹⁷¹ Première Directive 89/104 CEE, préc., note 29 : « 1. Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement. 2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable lorsque des motifs légitimes justifient que le titulaire s'oppose à la commercialisation ultérieure des produits, notamment lorsque l'état des produits est modifié ou altéré après leur mise dans le commerce. »

¹⁷² *Silhouette*, préc., note 34, par. 14, al. 2.

Dès lors, le régime de l'épuisement régional européen est de rigueur et il n'est pas question de permettre aux États membres de prévoir encore dans leur arsenal législatif national la possibilité d'un épuisement international des droits conférés par la marque pour des produits mis dans le commerce provenant de pays tiers. La motivation de la Cour est basée sur la finalité de la Directive qui est bien évidemment de sauvegarder le fonctionnement du marché intérieur car « des entraves inéluctables à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services découleraient d'une situation dans laquelle quelques États membres pourraient prévoir l'épuisement international tandis que d'autres ne prévoiraient que l'épuisement communautaire. »¹⁷³

S'ensuit la réponse évidente de la Cour:

« Compte tenu de ce qui précède, il convient de répondre à la première question que l'article 7, paragraphe 1, de la Directive, telle que modifiée par l'accord EEE, s'oppose à des règles nationales prévoyant l'épuisement du droit conféré par une marque pour des produits mis dans le commerce hors de l'EEE sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement. »¹⁷⁴

La jurisprudence dans l'affaire *Silhouette* fut confirmée dans l'arrêt *Zino Davidoff c. Levi-Strauss*¹⁷⁵ où la Cour précisa clairement que les produits provenant de pays tiers ne bénéficiaient pas de l'épuisement régional communautaire et que l'éventuel consentement du titulaire du droit de propriété intellectuelle doit résulter dans ce cas d'un acte volontaire :

« [...] compte tenu de l'importance de son effet d'extinction du droit exclusif à la marque, le « consentement » à la réimportation de produits marqués originellement mis sur le marché en dehors de l'Espace Économique Européen doit s'exprimer d'une manière qui traduise de façon certaine une volonté de renoncer à ce droit. »¹⁷⁶

¹⁷³ *Id.*, par. 27; À l'époque de la décision, des pays membres de l'Union Européenne, comme l'Autriche et la Suède avaient développé au plan national, une doctrine de l'épuisement international. Selon Valentine KORAH, la position de la Cour est justifiée par le fait que « *to allow international exhaustion in Sweden and Austria would divide the Common Market, as goods sold outside it with the consent of the holder would be able to circulate in those two Member States but not in the others one.* » Valentine KORAH, préc., note 143, p.15-16. ; Pour un commentaire critique de l'arrêt *Silhouette* donné par un partisan de l'épuisement international, consulter L. VAN BUNNEN, *Un débat passionné : la question de la licéité des importations parallèles venant de pays tiers*, R.C.J.B., Bruxelles, éd. Bruylant, 1999, p.393 et n°13.

¹⁷⁴ *Id.*, par. 31.

¹⁷⁵ *Zino Davidoff c. Levi-Strauss*, C-414/99 et C-416/99, [2001] E.C.R. I-8691.

¹⁷⁶ *Id.*, par. 45.

En conclusion de cette section : tant qu'il n'y a pas eu mise sur le marché dans un pays membre de l'Union européenne par le titulaire du droit de propriété intellectuelle ou avec son consentement, celui-ci peut normalement s'opposer à l'importation parallèle.

Pour les brevets, à l'instar du droit des marques et du droit d'auteur, si les importations parallèles en provenance d'États membres doivent être admises par ces derniers, celles en provenance d'États tiers ne peuvent, en principe, pas l'être, sauf consentement clair et bien établi du titulaire du droit de propriété intellectuelle.

L'appréciation de cette notion de consentement clair doit être nuancée car ce type de consentement pourra être déduit notamment du fait que le produit a été délivré dans l'intervalle à un distributeur et/ou revendeur dans un État membre de l'Union européenne qui l'a ensuite expédié vers le pays tiers, ou encore du fait que ledit produit a été importé d'un pays tiers par un distributeur et/ou revendeur se trouvant dans un État membre pour ensuite être réexpédié dans un autre État membre.

Il n'empêche que cet arrêt a fait l'objet d'une vive critique non seulement de la doctrine¹⁷⁷, mais aussi de la part d'organisations représentatives des acteurs du commerce international, telles la *Foreign Trade Association* (dénommée communément « **FTA** »)¹⁷⁸. Cette dernière n'hésitera pas à s'opposer sur ce point aux lobbys industriels, notamment pharmaceutiques, et à en dégager le plaidoyer pour l'épuisement universel que nous avons précédemment évoqué en guise

¹⁷⁷ Yves VAN COUTER, "Davidoff-Levi Strauss, le coup de grâce pour les importations parallèles des articles de marque d'origine extra-européenne ?" in Ing-Cons. 2001, spécialement p.509 et 510: « *Avec Davidoff- Levi- Strauss, la Cour européenne de justice semble avoir définitivement fermé la porte de la forteresse Europe aux importations parallèles extra européennes* ».

¹⁷⁸ FOREIGN TRADE ASSOCIATION, préc., note 44: « Dans son arrêt, basé sur l'interprétation faite par la Cour de la législation UE en vigueur, la Cour de Justice refuse, dans la pratique, aux importateurs parallèles le droit de commercialiser des biens achetés en dehors de l'Espace économique européen sur la base de l'adoption d'une règle plus stricte relative à l'expression du consentement. Selon la Cour, le consentement constitue le facteur décisif pour l'épuisement des droits conférés par la marque et doit par conséquent être exprimé de telle sorte qu'une intention de renoncer à ces droits est catégoriquement formulée. Le consentement ne peut être déduit du silence du titulaire de la marque ni du fait que des réserves contractuelles n'ont pas été imposées au début de la transaction. La FTA estime que l'incidence de cet arrêt sur le commerce pourrait s'avérer énorme. Dans la pratique, les considérations émises par la Cour sur la notion de l'expression du consentement menaceront l'ensemble des transactions internationales au sein du secteur des importations parallèles. Tout d'abord, selon le raisonnement de la Cour, il sera pratiquement impossible d'assurer la confidentialité de l'identité du fournisseur puisque le consentement doit être exprimé par le titulaire de la marque même. Par ailleurs, citons la considération selon laquelle il n'appartient pas au titulaire de la marque de démontrer l'absence de consentement, mais qu'il revient plutôt au négociant invoquant le consentement de prouver qu'il permettra aux titulaires de la marque de bloquer les marchandises à la douane, en alléguant simplement qu'ils n'avaient pas donné leur consentement. Il appartiendra alors au négociant de fournir la preuve du consentement. »

d'introduction, rejoignant ainsi les positions déjà décrites, notamment par les professeurs BRAUN et VAN BUNNEN.

Enfin, gardons en mémoire que les importations parallèles sont utilisées comme instrument en faveur de l'intégration européenne et envisagées par rapport à l'objectif primordial de libération des échanges à l'intérieur du territoire de l'Union européenne.

f) L'actualité récente concernant la tension entre propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : les importations parallèles de produits pharmaceutiques – la problématique du reconditionnement

Généralement, les publications faites ces dernières années au sujet de la problématique des importations parallèles sont consacrées au secteur de l'industrie pharmaceutique, en particulier dans le secteur du droit des marques et, dans une moindre mesure, dans le secteur des brevets¹⁷⁹.

Aucun auteur ne nie la légalité de principe des importations parallèles dans le secteur pharmaceutique, mais celles-ci peuvent entrer directement en conflit avec les droits du titulaire de la marque ou du brevet sur les médicaments¹⁸⁰. Dans le secteur des marques, c'est la délicate problématique du reconditionnement qui a fait couler le plus d'encre et a été l'objet d'une abondante jurisprudence de la Cour.

Pour aborder la problématique qui va suivre, nous devons repartir du principe fondamental suivant lequel la dérogation à la libre circulation des marchandises, pilier économique de l'intégration européenne, pour des raisons de protection de la propriété industrielle, n'est acceptable que lorsqu'elle est justifiée par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de la propriété¹⁸¹. C'est en partant de ce constat qu'il faut envisager la jurisprudence

¹⁷⁹ Nous n'aborderons pas dans le présent essai, spécifiquement consacré aux relations entre importations parallèles et droits de propriété intellectuelle, la problématique des entraves aux échanges de produits pharmaceutiques justifiées par des raisons de santé ou de sécurité publique. Nous rappellerons cependant que suivant la CJCE, les importations parallèles sont, dans ce contexte, acceptables « *si elles ne conduisent pas à un assouplissement des normes de sécurité préjudiciables à l'objectif de santé publique.* » -arrêt 16 décembre 1999, Rhône Poulenc Rorer C-94/98, Rec. p. I-8789.

¹⁸⁰ Nathalie DE GROVE-VALDEYRON, *Vers un marché unique des médicaments : acquis et nouvelles orientations communautaires*, Cahiers de droit européen (CDE), Paris, éd. Pédone, 2009, p.346; voir également Jrome PASSA, *Importations parallèles de médicaments et propriété industrielle*, no 313, Gazette du Palais - 9 décembre 2006, éd. Lextenso, p.15.

¹⁸¹ *Hoffmann La Roche c. Centrafarm*, préc., note 134.

des juridictions européennes relative à la compatibilité entre les nécessités du reconditionnement et la protection des droits intellectuels¹⁸².

La décision de référence en la matière est ici l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Bristol-Myers Squibb* le 11 juillet 1996¹⁸³.

Cet arrêt a énoncé cinq critères, lesquels, lorsqu'ils sont rencontrés, privent le titulaire d'un droit protégé (le plus souvent la marque) de pouvoir s'opposer à la commercialisation d'un produit pharmaceutique reconditionné, notamment par un importateur parallèle.

Premièrement, il faut que l'utilisation du droit de marque (ou autre) par le titulaire contribue à cloisonner artificiellement les marchés entre États membres. L'application de ce premier critère peut être interprétée telle que le reconditionnement par l'importateur parallèle est permis s'il est nécessaire. Par exemple, lorsque des règles nationales imposent un conditionnement particulier d'une certaine taille, ou encore, lorsque des dispositions en matière d'assurance font dépendre la taille du conditionnement au remboursement des frais médicaux, le titulaire ne pourra s'y opposer sous peine de créer un cloisonnement artificiel injustifié. Cette règle a été clairement exprimée par la Cour dans plusieurs arrêts¹⁸⁴ :

« Doit être considéré comme partitionnement artificiel des marchés entre États membres l'opposition du titulaire d'une marque au reconditionnement de médicaments lorsque celui-ci est nécessaire afin que le produit importé parallèlement puisse être commercialisé dans l'État d'importation. »

Deuxièmement, il faut que le reconditionnement n'affecte pas défavorablement l'état d'origine du produit contenu dans l'emballage. L'essentiel est bien évidemment que le produit, vecteur de vertus pharmaceutiques ou médicamenteuses, reste intact en dépit du reconditionnement ou autres manipulations effectuées par l'importateur parallèle. Il importe de préciser que, selon la Commission, il est entendu que l'état du produit ne puisse être défavorablement affecté lorsque le reconditionnement affecte seulement la couche externe, laissant intact le conditionnement

¹⁸² Pour une étude très complète de cette problématique, consulter P. KOUTAKOS, *In search of a common vocabulary in free movement of goods : the example of repackaging pharmaceuticals*, (2003) 28 ELR. p.53 et s.

¹⁸³ *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*, C-427/93, C-429/93 et C-436/93, [1996] E.C.R. I-3457 .

¹⁸⁴ *C.f. Merck Sharp & Dohme*, C-443/99, [2002] E.C.R. I-3703; *Hoffmann La Roche c. Centrafarm*, préc., note 134; *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*, préc., note 183; *Pharmacia & Upjohn c. Paranova*, C-379/97, [1999] E.C.R. I-6927; *Boehringer Ingelheim c. Swingward*, C-143/00, [2002] E.C.R. I-3759 [Boehringer Ingelheim I].

intérieur, ce qui est le cas de la toute grande majorité des reconditionnements effectués par les importateurs parallèles, ou encore lorsque le reconditionnement est effectué sous la supervision d'une autorité publique afin d'assurer que le produit reste intact, ce qui est généralement le cas des reconditionnements imposés par les règles ou instructions nationales des pays d'importation¹⁸⁵.

Troisièmement, il doit être indiqué clairement sur le nouvel emballage l'auteur du reconditionnement du produit et le nom de son commettant. Il est dans l'intérêt du propriétaire de la marque que le consommateur ne soit pas amené à croire que le titulaire est responsable du reconditionnement. Ainsi, l'indication de l'auteur du reconditionnement devrait figurer clairement sur l'emballage externe, c'est-à-dire imprimée de manière à être repérée par quelqu'un qui a une vue normale et un degré d'attention normal. Selon la jurisprudence européenne, cette règle vaut tant à la fois pour le nouveau reconditionnement ou emballage que pour le nouvel étiquetage effectué sur un conditionnement existant¹⁸⁶.

Ensuite, la présentation du produit reconditionné ne doit pas nuire à la réputation de la marque et à celle de son titulaire (pas d'emballage défectueux, de mauvaise qualité ou brouillon, etc.). Cette condition correspond à celle reprise au paragraphe 2 de l'article 7 de la *Directive sur le rapprochement des législations des États membres sur les marques*¹⁸⁷. La réputation de la marque peut évidemment souffrir d'une présentation inappropriée du produit reconditionné et le titulaire de la marque peut, dès lors, s'opposer à la mise sur le marché de son produit s'il est présenté de manière inappropriée¹⁸⁸. À ce propos, la notion d'atteinte à la réputation de la marque

¹⁸⁵ CE, Commission, *Communication de la Commission sur les importations parallèles de spécialités pharmaceutiques dont la mise sur le marché a déjà été autorisée*, CE COM(2003) 839 final, Bruxelles, 2003.

¹⁸⁶ *Boehringer Ingelheim c. Swingward*, C-348/04, [2007] E.C.R. I-3391 [Boehringer Ingelheim II]. Voir notamment le commentaire de E. CORNU, "Boehringer II : tout savoir sur le reconditionnement ou le réétiquetage des produits pharmaceutiques dans le commerce intracommunautaire", RDC, Bruxelles, Larcier, 07/2007, p. 680 et s.

¹⁸⁷ *Directive 89/104 CEE*, préc., note 29, art. 7 :

« 1. Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la communauté sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement. 2. le paragraphe 1 n'est pas applicable lorsque des motifs légitimes justifient que le titulaire s'oppose à la commercialisation ultérieure des produits, notamment lorsque l'état des produits est modifié ou altéré après leur mise dans le commerce. »

¹⁸⁸ *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*, préc., note 183. Sur ce point, E.CORNU précise que « *la Cour constata qu'il s'agit là d'un domaine sensible où le public est particulièrement exigeant en ce qui concerne la qualité et l'intégrité du produit et que la présentation du produit peut être susceptible d'inspirer la confiance du public à cet égard.* » E. CORNU, préc., note 186, p.684.

en cas de reconditionnement a fait l'objet d'une attention particulière de la Cour¹⁸⁹. Relativement à l'évaluation de la présentation spécifique du produit reconditionné susceptible de porter atteinte à la réputation de la marque, il conviendra de tenir compte de la nature du produit et du marché concerné. La Cour considère qu'il s'agit là d'une appréciation qui doit être effectuée au cas par cas par le juge national. Dans l'arrêt *Boehringer c. Ingelheim II*, la Cour a cependant aidé le juge national en énumérant une série de cas où celui-ci pourrait, le cas échéant, considérer que les pratiques de l'importateur parallèle constitueraient des atteintes à la réputation de la marque¹⁹⁰. Parallèlement, la Cour se montre fort libérale quant à l'appréciation de l'application du critère d'absence d'atteinte à la réputation de la marque par l'importateur parallèle, estimant qu'il suffit que l'importateur apporte un début de preuve pour que le critère soit rempli¹⁹¹.

Selon la Cour, le propriétaire de la marque doit être averti au préalable de la mise en vente du produit reconditionné. —Il peut également exiger de l'importateur qu'il lui fournisse un échantillon du produit reconditionné avant sa mise en marché afin de lui permettre de vérifier, d'une part, que le reconditionnement n'est pas réalisé de manière telle qu'il affecte directement ou indirectement l'état originaire du produit et, d'autre part, que la présentation après reconditionnement ne soit pas susceptible de porter atteinte à la réputation de la marque. Le non-respect de ce cinquième critère par l'importateur parallèle est lourdement sanctionné par la Cour qui considère que dans une telle éventualité, le titulaire de la marque retrouvera le plein exercice de son droit à empêcher la mise sur le marché du produit reconditionné¹⁹². Dans le second arrêt *Boehringer*¹⁹³, il a même été jugé que lorsqu'un importateur parallèle a omis de

¹⁸⁹ Premièrement, la présentation du produit reconditionné ne doit pas être telle qu'elle puisse nuire à la réputation de la marque tel un reconditionnement défectueux, de mauvaise qualité ou de caractère brouillon, *Boehringer Ingelheim II*, (préc., note 186). Deuxièmement, un produit pharmaceutique ne pourrait se présenter de manière inadéquate, tel qu'il pourrait nuire à la renommée de la marque, notamment au cas où l'emballage ou l'étiquette, bien que n'étant ni défectueux ni de mauvaise qualité ou de caractère brouillon, serait de nature à affecter la valeur de la marque en portant préjudice à l'image de sérieux et de qualité qui s'attache à un tel produit ainsi qu'à la confiance qu'il est susceptible d'inspirer au public concerné, *C.f. Boehringer Ingelheim II, Parfums Christian Dior c. Evora*, préc., note 135.

¹⁹⁰ *Boehringer Ingelheim II*, préc., note 186, par. 47 :

« La pratique du démarquage consistant à ne pas apposer la marque originaire sur le nouvel emballage externe du produit; la pratique du comarquage consistant à apposer sur l'emballage son propre logo ou style; une présentation maison ou une présentation utilisée pour plusieurs produits différents; l'apposition d'une étiquette supplémentaire sur le nouvel emballage de manière à masquer totalement ou partiellement la marque du titulaire; le fait de ne pas mentionner sur l'étiquette supplémentaire que la marque en cause appartient au titulaire. »

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² *Boehringer Ingelheim I*, préc., note 184.

¹⁹³ *Boehringer Ingelheim II*, préc., note 186.

donner au titulaire de la marque l'avertissement préalable concernant un produit pharmaceutique reconditionné, il enfreint les droits du titulaire lors de toute importation subséquente dudit produit, tant qu'il ne lui a pas donné un tel avertissement. La Cour va même plus loin en invoquant dans ce cas la possibilité d'une réparation financière à déterminer par le juge national au cas par cas, compte tenu notamment de l'étendue du dommage causé au titulaire du droit de marque par l'infraction commise par l'importateur parallèle.

Par ailleurs, il n'est pas demandé l'impossible à l'importateur parallèle en risquant de lui faire perdre un temps précieux par l'accomplissement de cette formalité. La Cour reconnaît qu'il convient de ménager à la fois les intérêts du titulaire de la marque qui désire disposer d'un délai raisonnable pour pouvoir examiner le produit avant de réagir à l'avertissement préalable et ceux de l'importateur parallèle qui désire mettre le produit sur le marché le plus rapidement possible après avoir obtenu la licence de l'autorité compétente. En conséquence, elle enjoint qu'un délai de 15 jours ouvrables est raisonnable quand l'importateur parallèle a choisi d'avertir le titulaire de la marque en lui fournissant simultanément un échantillon du produit reconditionné¹⁹⁴.

Ces cinq critères ont acquis une telle importance qu'ils sont régulièrement repris dans la jurisprudence concernant la controverse « conditionnement versus droits intellectuels ». Certains auteurs et magistrats les ont même appelés du vocable « **Conditions BMS** »¹⁹⁵.

La jurisprudence de la Cour concernant les affaires *Boehringer I* et *Boehringer II* a ainsi permis d'apporter d'importantes précisions quant à la définition des conditions de licéité du reconditionnement des produits pharmaceutiques, telles que déjà établies dans l'affaire *Bristol-Myers Squibb*.

Cependant, il restait des incertitudes sur la compréhension complète de deux Conditions BMS. L'une porte sur ce que couvre exactement la notion d'atteinte à la réputation de la marque et quels en sont les critères d'identification. L'autre porte sur les types d'information nécessaires

¹⁹⁴ *Boehringer Ingelheim I*, préc., note 184; Ce délai de 15 jours est suggéré mais n'est pas imposé. Selon C. STOTHERS, ce délai est purement indicatif: *It remains open to the parallel importer to allow a shorter time and to the proprietor to ask for longer time to react than that allowed by the parallel importer*. C. STOTHERS, préc., note 38, p. 111.

¹⁹⁵ *Wellcome Foundation c. Paranova*, C-276/05, [2008] E.C.R. I-10479 (conclusions de l'avocat général Sharpston du 9 octobre 2008).

pour permettre au titulaire de la marque de vérifier que le reconditionnement du produit, sous cette marque, est requis pour le commercialiser dans l'État d'importation.

Ces points sont abordés par la Cour dans l'affaire *Wellcome Foundation Ltd.*¹⁹⁶ (dénommée ci-après « **Wellcome** »).

Le litige concerne des faits très « classiques » dans le cadre de la problématique du reconditionnement des produits pharmaceutiques en vue d'importations parallèles.

Il oppose *Wellcome*, titulaire de la marque autrichienne « Zovirax » et membre du groupe pharmaceutique multinational GSK, à *Paranova Pharmaceutika Handels GmbH* (dénommée ci-après « **Paranova** ») au sujet de médicaments de la marque « Zovirax » mis dans le commerce dans des États membres de l'EEE par *Wellcome* ou par des tiers, importés parallèlement par *Paranova* et commercialisés par celle-ci en Autriche après avoir fait l'objet d'un nouvel emballage et/ou reconditionnement.

Comme dans tous les cas habituels de commerce parallèle, on est en présence d'un grossiste en produits pharmaceutiques ayant fait le choix d'acheter des médicaments dans un État membre où ils sont moins chers, en l'espèce la Grèce, et de les vendre dans un autre État membre où ils coûtent davantage, en l'espèce l'Autriche, lui permettant ainsi de dégager des bénéfices significatifs. Toujours aussi classiquement, ce « commerçant parallèle » entre en conflit dans l'État membre d'importation avec une multinationale de l'industrie pharmaceutique, titulaire de droits de propriété intellectuelle sur ces mêmes médicaments, et souhaitant se voir récompenser de ses efforts de recherche.

Au cas d'espèce, *Paranova*, grossiste en médicaments, commercialise notamment en Autriche des médicaments de la marque « Zovirax » en boîtes de 60 comprimés de 400 mg (« Zovirax » 400/60), qui ont été mis dans le commerce dans des États membres de l'EEE – dont la Grèce – par *Wellcome* ou par des tiers, avec le consentement de cette société, et qui ont été achetés par la société mère de *Paranova* dans le commerce régulier des médicaments. Aucun

¹⁹⁶ CJCE, 22 décembre 2008, *The Wellcome Foundation*, aff. C-276/05; Voir à ce propos les commentaires de N. DE GROVE-VALDEYRON, préc., note 180, pp. 349 et 350; Marie-Catherine CHEMTOB-CONCE, note sous CJCE, 22 décembre 2008, *The Wellcome Foundation*, *De nouvelles précisions sur les conditions de reconditionnement des médicaments importés parallèlement: une jurisprudence favorable aux importateurs*, Gazette du Palais 12 mars 2009, éd. Lextenso, n° 71, p.30.

reproche ne peut être fait *a priori* à cette manière de procéder, en tous points conformes aux principes fondamentaux de la libre circulation des marchandises au sein de l'Union européenne.

Soucieuse de respecter les règles, us et coutumes du pays d'importation, *Paranova* commercialise ces médicaments en les reconditionnant sous un nouvel emballage, dont l'apparence extérieure est complètement différente de celle de l'emballage du produit d'origine, tel que conçu par *Wellcome*. Ainsi, sur l'avant de ce nouvel emballage est inscrite, en caractères gras, la mention « reconditionné et importé par *Paranova* », tandis que l'indication du nom du fabricant est portée sur le côté et à l'arrière de celui-ci en caractères normaux. En outre, une bande de couleur bleue, d'environ 5 mm de largeur, figure sur les bords de la boîte reconditionnée et ce, en vertu d'un usage courant chez *Paranova*.

Conformément à ce que recommande la Commission et dans le prolongement direct des arrêts *Boehringer I* et *Boehringer II*, *Paranova* a informé par courrier une société sœur autrichienne de *Wellcome* de son intention de commercialiser du « Zovirax » 400/60 en Autriche. Toujours dans ce même souci d'appliquer avec soin la jurisprudence *Boehringer I* et *Boehringer II*, *Paranova* a joint à ce courrier une photocopie en couleur de l'emballage extérieur, des plaquettes alvéolaires et de la notice d'utilisation de ce médicament. Ce courrier suscita une réponse d'une société sœur anglaise de *Wellcome* qui demanda à *Paranova* d'envoyer dorénavant les informations relatives à ces commercialisations « envisagées » à *GlaxoSmithKline Corporate Intellectual Property* (dénommée ci-après « **GSK** »), société membre du groupe multinational *GlaxoSmithKline* spécifiquement en charge des questions de propriété intellectuelle, en y joignant un spécimen complet de chaque type d'emballage ainsi qu'en spécifiant le nom de l'État d'exportation et les raisons précises à la base du reconditionnement opéré.

Paranova ne donna pas suite à cette demande et fut dès lors, une seconde fois, invitée par *GSK* d'indiquer le nom de l'État d'exportation du médicament concerné ainsi que les raisons précises du reconditionnement. Faisant monter les enchères, *GSK* émit diverses critiques sur le reconditionnement envisagé, estimant qu'il mettait trop en avant le commerçant parallèle au détriment du titulaire et exigea dès lors la communication d'un spécimen complet de chaque type d'emballage.

La situation s'envenima lorsque le 4 juin 2003 *Paranova* signifia qu'il ne lui était pas possible, pour des raisons techniques liées à la production, de : « fournir un spécimen complet de l'emballage fini, notamment si GSK n'était pas disposée à en assumer le coût »¹⁹⁷.

Profondément irritée par la prise de position de *Paranova*, *Wellcome* (sous l'impulsion de sa société mère GSK) assigna *Paranova* en référé devant le Handelsgericht Wien afin que celle-ci soit sommée de cesser de proposer et/ou de commercialiser dans la vie des affaires, à des fins de concurrence en Autriche, des médicaments reconditionnés, notamment le « Zovirax », dont l'emballage comporte des marques nouvellement apposées ou des marques existantes protégées, en Autriche.

Cette procédure connut de multiples rebondissements, tantôt en faveur de *Wellcome* et tantôt en faveur de *Paranova*¹⁹⁸ et aboutit en définitive par l'introduction d'un recours en « révision » devant l'Oberster Gerichtshof, juridiction suprême dans le système judiciaire autrichien.

Une fois n'est pas coutume en ce qui concerne la pratique des juridictions suprêmes des États membres, l'Oberster Gerichtshof résume parfaitement les enjeux¹⁹⁹ en s'inspirant des enseignements des arrêts *Bristol-Myers Squibb*²⁰⁰, *Boehringer I*²⁰¹ et *Boehringer II*²⁰² :

¹⁹⁷ *Id.*, par. 12.

¹⁹⁸ *Id.*, par. 14 et 15 :

« 14. [...] »

– l'indication de la société qui a procédé au reconditionnement du produit figure, sur l'emballage, en caractères plus gros et plus lisibles et/ou à un endroit plus visible que l'indication du fabricant [fondé];

– des bandes de couleur, notamment bleues, d'environ 5 mm de largeur figurent sur les bords de la boîte reconditionnée, telles que celles qui sont souvent utilisées pour les produits commercialisés par *Paranova* [non fondé];

- celle-ci n'a pas correctement informé *Wellcome*, préalablement à la mise dans le commerce du produit reconditionné, de la commercialisation envisagée, en indiquant notamment aussi l'État d'exportation et les raisons précises de la nécessité du reconditionnement [fondé];

15. Par ordonnance du 7 mai 2004, le Handelsgericht Wien a fait partiellement droit à la demande de *Wellcome*. Saisi en appel, l'Oberlandesgericht Wien a, le 28 janvier 2005, fait droit à cette demande en tant qu'elle portait sur les premier et troisième points susmentionnés et l'a rejetée en tant qu'elle concernait le deuxième point ».

¹⁹⁹ *Id.*, par 17 :

« 17. [...] pour apprécier la conformité du nouvel emballage et / ou reconditionnement, il est déterminant de savoir si la preuve que le reconditionnement du produit est nécessaire, afin de ne pas empêcher l'accès effectif au marché, ne doit être apportée qu'au regard du reconditionnement du produit en tant que tel. En cas de réponse positive, se poserait alors la question de savoir quels sont les critères selon lesquels la présentation du nouvel emballage doit être appréciée. Deux possibilités s'offriraient en l'occurrence, à savoir une appréciation au regard du principe selon lequel l'atteinte portée à la marque doit être la plus faible possible ou une appréciation du nouvel emballage comme susceptible de nuire à la réputation de la marque et à celle de son titulaire. [...] ». (nos soulignés)

La juridiction autrichienne s'interroge également sur le second point d'achoppement entre les importateurs parallèles et les titulaires de droits de propriété intellectuelle : l'étendue de l'obligation de communication incombant à l'importateur parallèle en vertu de la jurisprudence *Boehringer* et ayant amené le conflit ouvert entre *Wellcome* et *Paranova*.

Dans ces conditions, l'Oberster Gerichtshof décida de surseoir à statuer et à poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) a) L'article 7 de la Directive 89/104 [...] et la jurisprudence de la Cour y relative doivent-ils être interprétés en ce sens que la preuve que l'utilisation de la marque contribuerait à un cloisonnement artificiel des marchés doit être apportée non seulement en ce qui concerne le reconditionnement en tant que tel, mais également relativement à la présentation du nouvel emballage?

En cas de réponse négative à cette question,

b) convient-il d'apprécier si la présentation du nouvel emballage est conforme au principe de l'atteinte la plus faible possible ou (uniquement) si elle est susceptible de nuire à la réputation de la marque et à celle de son titulaire?

2) L'article 7 de la Directive [89/104] et la jurisprudence de la Cour y relative doivent-ils être interprétés en ce sens que l'importateur parallèle ne satisfait à son obligation de communication que s'il indique également au titulaire de la marque l'État d'exportation et les raisons précises du reconditionnement? »²⁰³

En cours de procédure *Wellcome foundation c. Paranova*, la Cour rendit parallèlement son arrêt dans l'affaire *Boehringer II*²⁰⁴ qui répondait déjà à la question préjudicielle sous 1a) en décidant que la condition selon laquelle le reconditionnement du produit pharmaceutique est nécessaire à sa commercialisation ultérieure dans l'État membre d'importation vise uniquement le fait du reconditionnement, et non pas la manière ou le style selon lesquels celui-ci est réalisé.

Dès lors, de l'accord commun des parties, en ce compris l'avocat général de la Cour, il fut décidé que l'examen de la question préjudicielle serait limité aux questions 1b) concernant l'impact de

²⁰⁰ *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*, préc., note 183.

²⁰¹ *Boehringer Ingelheim I*, préc., note 184.

²⁰² *Boehringer Ingelheim II*, préc., note 186.

²⁰³ *Wellcome Foundation c. Paranova*, préc., note 195, par. 18.

²⁰⁴ *Boehringer Ingelheim II*, préc., note 186.

la présentation du nouvel emballage par l'importateur parallèle²⁰⁵ et 2) concernant le contenu de l'obligation de communication de l'importateur parallèle à l'égard du titulaire du droit de propriété intellectuelle²⁰⁶. Ces deux questions n'avaient effectivement pas encore été explicitement tranchées par la Cour dans le cadre des arrêts antérieurs.

Sur la première question, la Cour va revenir aux principes dégagés dans sa jurisprudence *Bristol-Myers Squibb*²⁰⁷ et *Boehringer I* et *Boehringer II*. Rappelant les termes de son arrêt *Boehringer II*, la Cour revient au principe qu'elle a dégagé suivant lequel la condition du reconditionnement du produit pharmaceutique, notamment par un nouvel emballage, est nécessaire à sa commercialisation ultérieure dans l'État membre d'importation « vise uniquement le fait du reconditionnement et non pas la manière ou le style selon lesquels celui-ci est réalisé »²⁰⁸.

Si l'on s'en tient à ce principe qui a comme conséquence logique que le mode de présentation du nouvel emballage du produit n'est pas à apprécier au regard de la condition de nécessité en vue de la commercialisation ultérieure dudit produit, ce même mode de présentation ne doit pas davantage être apprécié en fonction du critère selon lequel l'atteinte portée au droit de marque doit être la plus faible possible.

Comme le note la Cour²⁰⁹ :

« 28. Il serait en effet incohérent d'admettre qu'il n'y a pas lieu de vérifier si le mode de présentation du nouvel emballage du produit concerné, choisi par l'importateur parallèle, est nécessaire aux fins de la commercialisation ultérieure dudit produit et, en même temps, d'exiger que ce même mode satisfasse au critère de l'atteinte la plus faible possible au droit de marque. »

²⁰⁵ Selon *Boehringer Ingelheim e.a.*, l'exigence selon laquelle le reconditionnement est nécessaire pour commercialiser le produit dans l'État membre d'importation s'applique aussi à la manière et au style selon lesquels le reconditionnement est effectué par l'importateur parallèle. En revanche, *Swingard* et *Dowelhurst* ainsi que la Commission des Communautés européennes soutiennent que cette exigence vise uniquement le fait du reconditionnement et non pas la manière ou le style selon lesquels celui-ci est réalisé, *C.f. Boehringer Ingelheim II, Id.*, par. 34.

²⁰⁶ N. DE GROVE-VALDEYRON, préc., note 180, p. 350.

²⁰⁷ Les conditions BMS, *supra*, p. 65.

²⁰⁸ *Wellcome Foundation c. Paranova*, préc., note 195, renvoyant aux paragraphes 38 et 39 de l'affaire *Boehringer Ingelheim II*, préc., note 186.

²⁰⁹ *Wellcome Foundation c. Paranova*, préc., note 195, par. 28.

Dès lors, l'on doit en revenir à considérer que la protection du titulaire du droit de marque à l'égard du mode de présentation de l'emballage du produit pharmaceutique, choisi par l'importateur parallèle, est, en principe, assurée par le respect de la condition selon laquelle la présentation du produit reconditionné ne doit pas être telle qu'elle puisse nuire à la réputation de la marque et à celle de son titulaire. Ce qui, bien évidemment, est dans la droite ligne de la disposition figurant à l'article 7, paragraphe 2 de la Directive 89/104 du Conseil rapprochant les législations des États membres sur les marques. Dès lors, la Cour répond à la première question de la façon suivante :

« 30. [...] lorsqu'il est établi que le reconditionnement du produit pharmaceutique, par un nouvel emballage de celui-ci, est nécessaire à sa commercialisation ultérieure dans l'État membre d'importation, le mode de présentation de cet emballage ne doit être apprécié qu'au regard de la condition selon laquelle il ne doit pas être tel qu'il puisse nuire à la réputation de la marque et à celle de son titulaire. »²¹⁰

Bien plus que la première question examinée ci-dessus qui, en raison de l'évolution de la jurisprudence de la Cour ne visait en définitive qu'à apporter un éclaircissement d'ordre pratique à un point déjà tranché pour l'essentiel par l'arrêt *Boehringer II* et relative à la légalité d'un certain mode de reconditionnement, la seconde question faisait l'objet de débats importants entre importateurs parallèles et entreprises titulaires de droits intellectuels; les premiers exigeant un maximum d'informations pour « casser » le commerce parallèle et « sauver » des réseaux restreignant la concurrence.

Au cas d'espèce, *Wellcome* soutenait en substance, en tant que titulaire de droits intellectuels, que la communication du nom de l'État d'exportation et des raisons précises du reconditionnement au titulaire de la marque permettait à ce dernier de contrôler si le reconditionnement était réellement nécessaire.

En application de sa propre jurisprudence sur le reconditionnement des produits pharmaceutiques, la Cour rappela d'abord que²¹¹ :

« 32. Dans le cadre d'un litige pendant devant une juridiction nationale et opposant le titulaire de la marque à un importateur parallèle qui commercialise, dans un État membre, un produit pharmaceutique importé d'un autre État membre dans un nouvel emballage, il incombe à cet

²¹⁰ *Id.*, par. 30.

²¹¹ Voir les conditions BMS et les arrêts *Boehringer I* et *Boehringer II*, *supra*, p. 65.

importateur parallèle d'établir, notamment, l'existence de la condition selon laquelle, l'utilisation du droit de marque par le titulaire de celle-ci pour s'opposer à la commercialisation des produits reconditionnés sous cette marque contribuerait à cloisonner artificiellement les marchés entre États membres (voir arrêt *Boehringer Ingelheim* [II] e.a., précité, points 24 et 54).

33. [...] tel est le cas, notamment, lorsque le titulaire a mis en circulation, dans divers États membres, un produit pharmaceutique identique dans des conditionnements divers et que le reconditionnement auquel a procédé l'importateur est nécessaire pour commercialiser le produit dans l'État membre d'importation. »²¹²

Cependant, la Cour reste consciente de la grande méfiance qui règne sur ce point entre importateurs parallèles et titulaires de droits de propriété intellectuelle. En conséquence, il importe, dit-elle, de garantir « un fonctionnement adéquat du système d'avertissement présupposant que chacune des parties intéressées s'efforce loyalement de respecter les intérêts légitimes de l'autre (arrêt du 23 avril 2002, *Boehringer Ingelheim e.a.*, C-143/00, Rec. p. I-3759, point 62) ». ²¹³. Soucieuse, comme elle l'a toujours été, de parvenir à des solutions pragmatiques et modérées rencontrant les intérêts du plus grand nombre d'acteurs de la vie économique, la Cour décide d'édicter une règle équilibrée de bonne conduite suivant laquelle :

34. [...] il appartient à l'importateur parallèle de fournir à tout le moins au titulaire de la marque les informations nécessaires et suffisantes en vue de permettre à ce dernier de vérifier que le reconditionnement du produit sous cette marque est nécessaire pour le commercialiser dans l'État membre d'importation. »²¹⁴

Toutefois, la Cour refuse d'insérer cette obligation d'information dans des schémas trop rigides, se limitant à relever de manière très pragmatique que le type d'information à fournir dépend des circonstances de chaque espèce. Quant au problème plus particulier de l'indication du nom de l'État d'exportation qui semble pourtant fort préoccuper les titulaires de droits de propriété intellectuelle confrontés aux importations parallèles, la Cour se contente de « botter en touche », affirmant de manière sibylline qu'il ne saurait *a priori* être exclu que « l'information transmise au titulaire de droit de propriété intellectuelle » puisse, dans des cas exceptionnels, comprendre l'indication du nom de l'État membre d'exportation, lorsque l'absence d'une telle information empêcherait le titulaire de la marque d'apprécier la nécessité du reconditionnement.

²¹² *Wellcome Foundation c. Paranova*, préc., note 195, par. 32 et 33.

²¹³ *Id.*, par. 34.

²¹⁴ *Id.*

Au niveau de son raisonnement, la Cour paraît curieusement se sentir mal à l'aise et se voit contrainte de lever un coin du voile sur ses appréhensions en invoquant, à la fin de sa motivation, le droit de la concurrence, véritable « arlésienne » de l'affaire *Wellcome Foundation c. Paranova*:

« À cet égard, il convient de rappeler que, au cas où il s'avérerait que les informations fournies sont utilisées par le titulaire de la marque en vue de repérer des failles dans son organisation de vente et de combattre ainsi le commerce parallèle de ses produits, c'est dans le cadre des règles du Traité CE relatives à la concurrence que les personnes participant au commerce parallèle trouveraient à se protéger de ces derniers actes (voir, en ce sens, arrêt du 11 novembre 1997, *Loendersloot*, C-349/95, Rec. p. I-6227, point 43). »²¹⁵

Dès lors, la réponse à la seconde question est marquée par une extrême prudence :

« [...] l'article 7, paragraphe 2, de la Directive 89/104 doit être interprété en ce sens qu'il appartient à l'importateur parallèle de fournir au titulaire de la marque les informations nécessaires et suffisantes en vue de permettre à ce dernier de vérifier que le reconditionnement du produit sous cette marque est nécessaire afin de le commercialiser dans l'État membre d'importation. »²¹⁶

Comme mentionné précédemment, aucune explication n'est donnée en ce qui concerne ces informations nécessaires et suffisantes, la Cour préférant sans doute faire confiance sur ce point à la jurisprudence des juridictions nationales.

La Cour poursuit, à l'évidence, son chemin déjà tracé visant à créer de manière pragmatique et créative un droit prétorien des importations parallèles avec une attention toute particulière aux produits pharmaceutiques. Dans la dernière décision ci-dessus analysée, la Cour peaufine la jurisprudence des arrêts *Bristol Myers Squibb*, *Boehringer I* et *Boehringer II* relative au reconditionnement des produits pharmaceutiques mais cette décision laisse une impression mitigée : si la réponse à la première question préjudicielle relative à la présentation du produit reconditionné ne suscite pas la critique, dès lors qu'elle précise avec rigueur un point d'ordre technique qui n'est point sans importance pratique, il n'en va pas de même pour la réponse à la question sur l'obligation d'information qui était pourtant à la source du litige entre *Wellcome* et *Paranova*.

²¹⁵ *Id.*, par. 36.

²¹⁶ *Id.*, par. 37.

La Cour se montre prudente et ne va pas aider grandement les opérateurs économiques en refusant de préciser les « informations nécessaires et suffisantes » que l'importateur parallèle, reconditionnant des produits pharmaceutiques, devra fournir au titulaire. Sans doute, la Cour s'est-elle sentie hors de son élément pour trancher une question qui se rapproche plus de la problématique du secret des affaires et de la concurrence déloyale. Il est permis toutefois de le regretter. Cette petite anicroche de « fin de parcours » ne remet cependant pas fondamentalement en cause le magnifique travail effectué jusqu'ici par la Cour qui, grâce à son pragmatisme et à son bon sens, a permis d'éviter des conflits majeurs et a réconcilié la liberté du commerce, base de l'unification européenne avec une protection minimale d'autres intérêts légitimes.

- **Le cas particulier de la phytopharmacie : l'affaire *Escalier*²¹⁷**

Relativement à la tension entre les droits de propriété intellectuelle et la libre circulation des marchandises, nous ne voudrions pas négliger une décision jurisprudentielle non dénuée d'intérêt rendue dans un domaine proche des problèmes posés à l'industrie pharmaceutique, à savoir celui de la phytopharmacie et ce, même si elle ne concerne pas de manière directe la problématique des rapports entre les droits intellectuels et les importations parallèles, essentiellement abordée dans le présent essai.

À l'occasion de procédures pénales engagées à l'encontre de MM. Escalier et Bonnarel pour non-respect de la législation française relative à la mise sur le marché, à la détention et à l'utilisation de produits phytopharmaceutiques (dénommés ci-après « **PPP** »), la Cour s'est vue saisie d'une question préjudicielle quant au champ d'application de la procédure simplifiée d'*Autorisation de mise sur le marché* (dénommée ci-après « **AMM** »).

Cette question a été posée en ces termes par la Cour d'appel de Montpellier :

« 1) Lorsqu'un État membre subordonne l'importation d'un produit phytopharmaceutique en provenance d'un autre État membre dans lequel le produit bénéficie déjà d'une [AMM] délivrée conformément à la Directive [...] à une procédure simplifiée d'[AMM] afin de vérifier que le produit importé remplit les conditions d'identité déterminées par l'arrêt [...] du 11 mars 1999, [British Agrochemicals Association, C-100/96, Rec. p. I-1499,] cet État membre est-il fondé à opposer ladite procédure d'autorisation simplifiée à un opérateur dès lors que :

²¹⁷ *Escalier et Bonnarel*, C-260/06 et C-261/06, [2007] E.C.R. I-9717 [*Escalier*].

- l'importateur est un agriculteur qui importe le produit uniquement pour les seuls besoins de son exploitation agricole qui sont multiples mais limités en quantité et ne procède donc pas à sa mise sur le marché au sens commercial qu'implique cette notion;
- la procédure simplifiée d'AMM valant autorisation d'importation est personnelle à chaque opérateur/distributeur contraint de nommer le produit importé par sa propre marque et est assujettie à une taxe de 800 euros [?]

2) Dans le cas d'une réponse négative à cette première question, l'arrêt du 26 mai 2005, [Commission/France] dans l'affaire C-212/03 [Rec. p. I-4213,] relative aux importations personnelles de médicaments par des particuliers peut-il être transposable au cas des produits phytopharmaceutiques importés par les agriculteurs pour les seuls besoins de leurs exploitations agricoles? »²¹⁸

Les produits phytopharmaceutiques sont des produits de traitement des plantes (fongicides, insecticides, herbicides) assurant leur protection, mais pouvant avoir des effets sur les humains, la faune et la flore. Leur mise sur le marché nécessite donc une analyse préalable de leur sécurité, leur innocuité et leur efficacité (attestées par la délivrance d'une AMM).

Selon la *Directive concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques*²¹⁹, les États membres prescrivent que les produits phytopharmaceutiques ne peuvent être mis sur le marché et utilisés sur leur territoire respectif que lorsqu'ils ont été autorisés.

Ce texte précise également qu'un État membre dans lequel est présenté une demande d'autorisation d'un PPP déjà autorisé dans un autre État membre doit s'abstenir d'exiger la répétition des analyses et des tests déjà effectués (principe de proportionnalité).

En France, le *Code rural* prévoit ainsi la nécessité d'une autorisation pour la mise sur le marché, l'utilisation et la détention par l'utilisateur final des produits phytopharmaceutiques. Toutefois, le Décret du 4 avril 2001²²⁰ instaure une procédure dite « simplifiée » pour un PPP en provenance d'un pays de l'EEE dans lequel il bénéficie déjà d'une AMM, aux conditions cumulatives ci-après mentionnées.

²¹⁸ *Id.*, par. 20.

²¹⁹ CE, *Directive 91/414/CEE du Conseil du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques*, [1991] J.O. L 230/01.

²²⁰ France, *Décret no 2001-317 du 4 avril 2001 établissant une procédure simplifiée d'autorisation de mise sur le marché des produits phytosanitaires en provenance de l'Espace économique européen*, J.O., 14 avril 2001, 5811.

Premièrement, le produit importé doit être identique au « produit de référence » et, deuxièmement, le produit de référence doit disposer d'une AMM délivrée par le ministre chargé de l'Agriculture. Finalement, le produit de référence et le produit introduit sur le territoire doivent avoir une origine commune (fabriqué, suivant la même formule, par la même entreprise ou par des entreprises liées ou travaillant sous licence), avoir été fabriqué à partir de la ou des mêmes substances actives et produire des effets similaires²²¹.

Il s'agit là du principe applicable à la procédure simplifiée dite des « importations parallèles », laquelle dispense des tests l'importateur du produit, mais qui nécessite notamment un accord préalable (en France) du ministre chargé de l'Agriculture.

En l'espèce, les deux viticulteurs poursuivis en justice, MM. Escalier et Bonnarel, avaient fait usage, pour leurs besoins personnels, de produits antiparasitaires à usage agricole, essentiellement pesticides et herbicides, en provenance d'Espagne, importés sans préalablement justifier d'une AMM pour la France. Ceux-ci se prévalaient du fait, d'une part, que d'autres importateurs en France avaient obtenu des AMM pour des produits de référence et, d'autre part, que l'importation n'avait pas pour finalité une mise sur le marché à des fins commerciales.

La question posée à la Cour était de savoir si un État membre était en mesure d'opposer la procédure simplifiée à un opérateur, dès lors que l'importation du produit n'a pas pour finalité une mise sur le marché au sens commercial et qu'elle contraint l'opérateur à nommer le produit par sa propre marque et à s'acquitter d'une taxe de 800 euros correspondant à la procédure.

Après avoir rappelé que les États membres ne peuvent imposer une procédure d'obtention d'AMM pour un produit déjà autorisé dans un autre État membre, la Cour revient sur le cas spécifique des importations parallèles et rappelle que les États sont tenus de vérifier que l'importation peut bien être qualifiée d'importation parallèle. En effet, ils doivent veiller au respect des obligations et des interdictions prévues par la Directive²²². Sur demande des intéressés, les États ont donc l'obligation de soumettre les importations de PPP sur leur territoire

²²¹ *Id.*, art. 1 et 2.

²²² CE, *Directive 91/414/CEE du Conseil du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques*, [1991] J.O. L 230/01.

à une procédure d'examen visant à vérifier si le produit nécessite une AMM ou s'il doit être considéré comme ayant déjà été autorisé dans l'État membre d'importation²²³.

De même, la Cour vient préciser que cette procédure étatique des importations parallèles est applicable indépendamment du but de l'importation, y compris aux agriculteurs qui importent des produits pour les seuls besoins de leur exploitation. Elle fait donc une application extensive de la notion de « mise sur le marché ».

Prenant en compte la position du gouvernement français qui n'impose pas une obligation de désigner le produit faisant l'objet de l'importation parallèle par la marque de l'opérateur, mais uniquement de mentionner le nom commercial proposé en France pour le produit, la Cour vient également préciser qu'une telle obligation, que ce soit d'apposer la marque ou le nom commercial, n'est pas justifiée par les objectifs de la réglementation.

Quant à la taxe à acquitter, la Cour précise que le paiement d'une somme, en contrepartie de la procédure diligentée, reste admissible tant qu'elle est fixée en adéquation avec les frais occasionnés par le contrôle où les démarches administratives.

La décision est intéressante et déroge quelque peu à la jurisprudence que nous avons étudiée dans l'ensemble de cette première partie. Elle fait prévaloir ici des considérations de protection de l'environnement et de santé humaine et animale, puisqu'elle soumet toute importation parallèle de PPP au contrôle préalable des autorités nationales, quand bien même le produit aurait déjà fait l'objet d'une AMM dans ce pays d'importation et quand bien même il serait introduit à des fins non commerciales²²⁴. Par la même occasion, elle démontre que si le principe de la libéralisation des importations parallèles est un pilier de l'intégration européenne, il ne peut

²²³ En France, ce sont les DIVE (Direction du Végétal et de l'Environnement) dépendant de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments qui sont compétentes. Le demandeur doit adresser un dossier complet à l'administration, qui prend une décision dans un délai de deux mois, en ligne : < <http://www.dive.afssa.fr/> >.

²²⁴ *Escalier et Bonnarel*, préc., note 217, par. 37 :

« 37. S'agissant de la conformité avec le droit communautaire du caractère personnel d'une AMM délivrée à la suite d'une procédure simplifiée ainsi que de l'obligation d'un importateur de nommer le produit faisant l'objet d'une importation parallèle par sa propre marque et d'acquitter une taxe de 800 euros au titre d'une telle procédure, il convient de rappeler qu'il appartient aux autorités nationales compétentes de veiller au strict respect de l'objectif essentiel de la réglementation communautaire, à savoir la sauvegarde de la santé humaine et animale ainsi que de l'environnement. Toutefois, le principe de proportionnalité exige, pour protéger la libre circulation des marchandises, que la réglementation en cause soit appliquée dans la limite de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de protection de l'environnement et de la santé humaine et animale légitimement poursuivis», *C.f. Ferring*, C-172/00, [2002] E.C.R. I-6891, par 34 et *Kohlpharma*, C-112/02, [2004] E.C.R. I-3369, par 14.

jamais être considéré comme un dogme et déboucher sur une mise en cause des nécessités essentielles, par exemple liées à la protection de la santé et de l'environnement.

D) Les importations parallèles sous l'angle du droit de la concurrence

1. Conceptualisation des importations parallèles face au droit de la concurrence

Au début de cette analyse du droit européen sur les importations parallèles, nous avons fait un bref exposé lié au contenu des dispositions du droit européen en matière de concurrence. Cependant, avant d'aborder la question des rapports entre le droit européen de la concurrence et les importations parallèles, nous estimons utile de rappeler les buts de la politique européenne de concurrence²²⁵ ainsi que les relations entre, d'une part, les ententes entre entreprises et abus de position dominante, et d'autre part, les importations parallèles de produits protégés.

a) But des règles communautaires en matière de concurrence

Le droit de la Communauté envisage le droit de la concurrence principalement dans son rôle intégratif, qui est d'empêcher les opérateurs économiques de reconstituer des barrières aux échanges, par ailleurs supprimées par le marché commun. Pour cette raison, le champ d'application des règles de concurrence est limité aux comportements des entreprises et mesures étatiques qui affectent ou sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Les comportements et mesures qui ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ne tombent pas dans le champ d'application du droit européen de la concurrence sans toutefois exclure l'application propre du droit de la concurrence des États membres.

Un des éléments assurant la poursuite de ces objectifs est l'établissement d'un régime garantissant que la concurrence n'est pas faussée à l'intérieur de l'Union européenne.

Les buts des règles communautaires de la concurrence peuvent se résumer en trois points. Premièrement, il s'agit d'assurer l'existence et le maintien d'une économie de marché qui soit réellement compétitive. En effet, la concurrence libre et non faussée entre entreprises est un

²²⁵ L'Union européenne s'est fixée pour but de promouvoir en son sein notamment « un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi élevé, une croissance durable, un haut degré de compétitivité ainsi que le relèvement du niveau et de la qualité de la vie », Traité CEE, art. 2.

facteur favorisant le développement économique, l'emploi et le bien-être social. Deuxièmement, au même titre que les dispositions sur la libre circulation des marchandises, les dispositions du droit européen de la concurrence visent à garantir l'intégration du marché intérieur européen. Comme la Cour l'a exprimé dès l'origine dans l'affaire *Consten et Grundig* analysée ci-avant, les règles sur la concurrence visent à empêcher que les barrières entre États, qui sont supprimées en vertu des dispositions sur la libre circulation des marchandises, ne soient réinstaurées par le biais d'accords (ententes) entre entreprises ou d'abus de position dominante²²⁶. Troisièmement, la réglementation européenne de la concurrence vise à protéger le consommateur en lui réservant une part équitable du profit²²⁷.

L'application du droit communautaire de la concurrence se distingue en ce qu'elle repose principalement sur la Commission qui, par le biais de procédures spécifiques, dispose de pouvoirs de décision et d'investigation très étendus. L'évolution générale actuelle va toutefois vers une plus grande décentralisation, avec des compétences accrues pour les autorités de contrôle et les juridictions nationales.

b) Les ententes et les importations parallèles

Le recours aux ententes a souvent été présenté par les entreprises titulaires de droits de propriété intellectuelle comme une alternative au contrôle des importations parallèles par un simple exercice de ces droits. Par exemple, le titulaire de marques ou de brevets croit pouvoir retrouver un contrôle territorial « perdu » à la suite de la libéralisation des échanges au sein du marché unique, en concluant des accords de distribution exclusive ou sélective bien délimités géographiquement en vue d'empêcher les produits « protégés » de circuler d'un marché à un autre.

Cependant, cette manière de procéder, qui vise à remplacer les barrières étatiques par des barrières privées, est singulièrement prohibée quand elle fausse la concurrence et affecte le commerce entre États membres.

²²⁶ *Consten et Grundig*, préc., note 102; Voir à ce propos, Marc FALLON, op.cit., p.260, : « il convient d'assurer l'égalisation des conditions de marché en empêchant les entreprises de réintroduire par leur comportement un cloisonnement des marchés que les principes de liberté de circulation interdisent aux Etats de pratiquer. »

²²⁷ Également relevé dans l'arrêt *Consten et Grundig*, *id.*

C'est ce qu'exprime l'actuel article 101, paragraphe 1 du Traité :

« Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. »

i) Concours de volontés

La notion d'accord au sens de l'article 101, paragraphe 1, du Traité est axée « essentiellement sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci »²²⁸.

L'article 101, paragraphe 1, du Traité se réfère à trois catégories d'ententes par lesquelles se manifeste cette concordance des volontés²²⁹: les accords, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées.

« Il couvre tout ce qui relève des coordinations de comportement ou des collusions entre des entreprises, par opposition aux comportements unilatéraux d'une entreprise.

L'accord suppose l'existence d'un acte matérialisant l'entente, d'une coordination poussée au point de prendre la forme d'une convention. L'accord sera bilatéral ou multilatéral, écrit ou verbal, vertical ou horizontal, etc. La forme ou la nature de l'acte matérialisant l'accord est indifférente (ce peut être une convention ou les statuts d'une coopérative de production, un accord interprofessionnel, etc.) mais il faut à tout le moins établir l'existence d'un concours de volontés.

La décision d'association d'entreprises émane d'un groupement constitué par des entreprises visant particulièrement la coordination conventionnelle des comportements en cause. Il faut un organe de coordination capable de prendre des décisions exprimant la volonté collective des membres. Une recommandation d'une association d'entreprises, même dépourvue de force obligatoire, peut ainsi rentrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1.

Enfin, les pratiques concertées ne résultent pas d'un simple parallélisme de comportements mais d'une action coordonnée conduite par des entreprises, lorsque la coordination n'a pas été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, visant notamment les situations dans lesquelles les entreprises substituent sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de

²²⁸ J. – F. BELLIS, *Examen de jurisprudence (1993 à 2005) - Droit européen de la concurrence*, RCJB., Bruxelles, éd. Bruylant, 2007, n° 69, p. 463.

²²⁹ Selon le TPICE, cette concordance de volontés peut être explicite ou implicite : « *le simple fait qu'une entreprise adopte ou propose d'adopter un certain comportement sur le marché et que l'autre acquiesce implicitement suffit à constituer un accord entre entreprises relatif à l'adoption d'une conduite commune sur le marché.* » TPICE 11 mars 1999 – *Thyssen Stahl c. Commission*, aff. T-141/94 Rec.1999, p. II – 347, no 262

la concurrence (*Suiker Unie c. Commission*, C40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, [1975] E.C.R. I-1663)²³⁰.»

ii) Affectation du commerce entre États membres

L'entente doit affecter le commerce entre États membres. Cette condition est liée à la volonté d'éviter un cloisonnement du marché commun et permet également de départager la compétence respective des droits nationaux et du droit communautaire. Il peut s'agir d'une atteinte avérée ou simplement potentielle, à condition toutefois que l'atteinte présente un degré de probabilité suffisant. Sont donc exclues les ententes dont l'incidence sur le commerce interétatique est négligeable ou insignifiante. On notera qu'une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre sera dans la plupart des cas considérée comme affectant le commerce interétatique.

Le professeur BELLIS précise que c'est sur la base d'un ensemble d'éléments de fait et de droit de l'entente constatée qu'il est permis d'envisager, avec un degré suffisant de probabilité, qu'elle peut exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou futur, sur les courants d'échanges entre États membres²³¹.

ii) Objet ou effet restrictif sur la concurrence à l'intérieur du Marché commun

« Pour être prohibée, l'entente doit avoir pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, c'est-à-dire tout ce qui a une incidence défavorable sur les paramètres permettant aux entreprises de se concurrencer, comme le prix, la production, la qualité, l'innovation, la diversité, etc.

On peut se référer à la liste non exhaustive de l'article 101 ou à la « liste noire » de la Commission (les ententes que celle-ci entend ne jamais autoriser). Cette dernière comprend des accords tant horizontaux (fixation des prix, création de bureaux de vente communs, établissement de quotas de production ou de livraison, répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement) que verticaux (fixation des prix de revente, clause de protection territoriale absolue)²³². »

²³⁰ Julien DE BEYS et Jean-Paul KEPPELNE, Recueil des cours EUSL2703/EUSL2503 (Fondements juridiques de l'intégration européenne : le droit du marché unique), Bruxelles, 2008-2009, p. 36, note 9-12.

²³¹ J.-F. BELLIS, préc., note 228, n° 80 et p.474; Les effets actuels sont ceux qui apparaissent suite à la mise en œuvre de l'accord ou de la pratique anticoncurrentielle tandis que les effets potentiels sont ceux dont on peut dire, avec un degré suffisant de probabilité, qu'il sont susceptibles d'apparaître dans le futur du fait de cette mise en œuvre. – CJCE 6 avril 1995, *Radio Telefix Eireann (RTE) et Independant Television Publications Ltd (ITP) c. Commission*, aff. C-241/91P et C-242/91P, Rec.1995, p. I-743, point 70.

²³² Julien DE BEYS et Jean-Paul KEPPELNE, préc., note 14.

Si la définition de l'entente ayant pour objet de restreindre la concurrence ne pose pas de problème particulier, puisque la volonté des parties de poser un acte anticoncurrentiel ne crée aucun doute, il n'en va pas de même de l'entente ayant pour effet de restreindre la concurrence. Il est admis de manière générale que, pour déterminer si un accord à un tel effet, « *il doit être examiné dans son contexte* »²³³.

Selon le Tribunal de première instance, il faudra tenir compte « du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné »²³⁴.

Deux qualifications différentes peuvent être données aux ententes relativement au niveau des opérateurs économiques concernés par l'accord :

- 1) Les horizontaux sont ceux qui existent entre des opérateurs économiques indépendants opérant au même niveau de la chaîne commerciale tout en étant en situation de concurrence. Ce seront les accords et ententes existant entre fabricants de produits concurrents ou des distributeurs grossistes revendant les mêmes produits;
- 2) Les restrictions dites horizontales sont généralement plus dommageables pour la concurrence puisqu'elles concernent au moins deux produits substituables entraînant par ce même fait une limitation de la concurrence en créant une situation oligopolistique. À la différence, les verticales sont celles qui existent entre des opérateurs économiques opérant à des niveaux différents de la chaîne commerciale de production ou de distribution. Les cas les plus courants sont les accords de distribution conclus entre titulaires et distributeurs et qui ont fait l'objet d'une importante réglementation par les institutions européennes²³⁵. Les

²³³ J.-F. BELLIS, préc., note 228, n° 76 et p.472.

²³⁴ TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services, Aff. Jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 T-388/94, Rec., 1998, p. II -3141, point 136.

²³⁵ Voir par exemple le Règlement (UE) No 330/2010 sur les restrictions verticales (Règlement (UE) No 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ([1999] J.O. L 336/21)). À ce propos, il est à noter que ce récent Règlement fait suite à une consultation publique (CE, Commission, Communiqué, IP/09/1197, « Ententes: la Commission lance une consultation publique relative à la révision des règles de concurrence applicables au secteur de la distribution » (28 juillet 2009)). Celui-ci a été adopté le 20 avril 2010 (Règlement (UE) No 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques

restrictions verticales sont, en principe, moins dommageables pour la concurrence car elles ne touchent pas des produits substituables mais seulement un type de produits.

En revanche, constituent des accords licites, non visés par l'article 101, paragraphe 1, du Traité certains accords de représentation exclusive conclus avec des agents commerciaux, certains accords de coopération interentreprises, des accords de sous-traitance ainsi que les relations entre une société et ses filiales. D'autres bénéficient d'un régime général d'exception conditionnée²³⁶.

« La prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue lorsqu'il apparaît que cet accord a pour objet de restreindre le jeu de la concurrence (fixation des prix ou partage du marché, par exemple). Si par contre l'accord n'a pas pour objet de restreindre le jeu de la concurrence, il convient de voir s'il a ou s'il est susceptible d'avoir des effets restreignant la concurrence, et ce, de manière sensible. En principe, pour analyser les effets restrictifs d'un accord, il faut définir le marché en cause (« relevant market »).²³⁷

Par ailleurs, l'attention est portée à la localisation des effets plutôt qu'à l'origine de la décision. En conséquence, les ententes décidées à l'intérieur de la Communauté européenne et dont les effets se

236

concertées. Nous pouvons d'ores et déjà préciser qu'en ce qui concerne les modifications apportées, elles n'auront pas d'influence sur la présente étude. Les nouvelles règles sont entrées en vigueur en juin 2010 et s'appliqueront jusqu'en 2022, avec une phase de transition d'une année.

Julien DE BEYS et Jean-Paul KEPPELNE, Recueil des cours EUSL2703/EUSL2503 (Fondements juridiques de l'intégration européenne : le droit du marché unique), Bruxelles, 2008-2009, p. 37 :

« Exemptions à l'interdiction des ententes (article 81, paragraphe 3) : Les quatre conditions requises pour bénéficier d'une exemption sont énumérées au paragraphe 3 de l'article 101 et sont cumulatives :

- a) l'entente doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. On doit pouvoir escompter de l'entente des gains d'efficacité, c'est-à-dire des avancées commerciales ou techniques objectives, réalisées par exemple sur les coûts d'un produit ou permettant un nouveau produit ou son amélioration ou encore permettant un meilleur service;
- b) les utilisateurs doivent obtenir une part équitable du profit qui résulte de l'entente. Les bénéfices de l'entente ne doivent pas être capturés par les entreprises parties à l'entente : les utilisateurs doivent pouvoir profiter de la baisse de prix, de l'amélioration de la qualité, de la mise sur le marché d'un nouveau produit [...];
- c) les restrictions doivent être indispensables pour atteindre ces objectifs. D'une part, l'entente restrictive proprement dite doit être nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité; d'autre part, chacune des restrictions de concurrence qui découlent de l'accord doit être nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité;
- d) l'entente ne doit pas donner aux entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. Le maintien d'une dose minimale de concurrence constitue un impératif absolu. Priorité est ainsi donnée à la protection de la structure concurrentielle à long terme sur les gains d'efficacité potentiellement pro-concurrentiels qui pourraient résulter d'accords restrictifs à court terme.

Les parties à l'accord restrictif doivent être en mesure de prouver que leur accord individuel remplit chacune des conditions de l'article 101, §3, sauf si l'accord est couvert par une exemption par catégories, auquel cas il bénéficie de la présomption qu'il remplit lesdites conditions. En droit CE, les exemptions catégorielles couvrent certains accords horizontaux (accords de spécialisation, accord de recherche et de développement) et verticaux (distribution exclusive, achats exclusifs, distribution sélectives d'automobiles, accords de franchise).

La Commission a toutefois le pouvoir de retirer le bénéfice d'une exemption à un accord, même répondant aux conditions requises pour son obtention. La tendance globale depuis quelques années est d'élargir la portée des exemptions par catégorie, pour permettre aux services de la Commission de consacrer davantage de temps à la répression des cartels illégaux. »

237

Id., note 16.

font sentir vers des pays tiers ne sont pas visées, tandis que les accords décidés à l'extérieur dont les effets se font sentir à l'intérieur le sont. »²³⁸

En résumé, tel que spécifié précédemment, les restrictions à la concurrence auront un impact sur les importations parallèles à partir du moment où elles affecteront ou seront susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Nous en avons vu un exemple précédemment avec la célèbre affaire *Consten et Grundig*²³⁹ : la firme allemande Grundig ne se limitait pas à avoir permis à son distributeur exclusif français *Consten* d'enregistrer et d'utiliser la marque Gint en France, mais s'engageait, en outre, à ce que les distributeurs dans les autres États membres ne puissent exporter en France et à ce qu'elle-même, en tant que titulaire, n'y distribue pas les appareils de sa marque. Par le biais de tels arrangements, Grundig accordait à *Consten* une protection territoriale absolue sur laquelle celle-ci s'est appuyée pour tenter d'empêcher les importations parallèles en provenance d'Allemagne.

c) Les abus de position dominante et les importations parallèles

L'article 101 du Traité (sur les ententes), ainsi que l'article 102 également du Traité (sur les abus de position dominante), entrent dans le cadre d'une politique volontariste visant à assurer que la concurrence reste libre et qu'elle ne soit pas faussée dans l'Union européenne.

Pour déterminer un abus de position dominante²⁴⁰, il est indispensable d'avoir égard à, d'une part, une position dominante sur un marché pertinent et, d'autre part, à l'exploitation abusive de celle-ci ou la possibilité que le commerce entre États membres en soit affecté.

Il importe de faire une précision importante car une certaine confusion peut régner dans les esprits à partir du moment où l'on pourrait s'imaginer que le simple fait d'être titulaire d'un droit exclusif de propriété intellectuelle donnerait *de facto* une position dominante à l'entreprise qui en est bénéficiaire. Ainsi, par exemple, même si le brevet accorde une exclusivité à son titulaire, cela n'empêche nullement que d'autres entreprises effectuent des recherches et mettent sur le marché un produit concurrent. Dans le même ordre d'idées, la Cour a précisé dans l'arrêt

²³⁸ *Id.*, note 17.

²³⁹ *Consten et Grundig*, préc., note 102.

²⁴⁰ Pour une analyse plus détaillée du concept de « dominance », voir notamment R. WHISH, *Competition law*, 5th ed. Oxford, ed. OUP, 2005, p.178 - 191

Deutsche Grammophon que « le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin ne possède pas, du seul fait qu'il exerce son droit de mettre en circulation les objets protégés, une position dominante au sens de l'article 102 du Traité »²⁴¹.

Les traités européens n'ont jamais établi de définition générique de l'abus de position dominante, l'article 102 du Traité se restreignant, à titre d'exemple, à une liste non exhaustive de comportements susceptibles de constituer des pratiques abusives²⁴².

À la différence des ententes, les abus de position dominante ne peuvent jamais faire l'objet d'exemption.

2. Étude systématique de la jurisprudence relative aux relations entre les importations parallèles et le droit de la concurrence

a) Les ententes horizontales entre entreprises et les importations parallèles

L'article 101 du Traité vise les accords, les décisions d'association et les pratiques concertées, ces trois catégories étant reprises sous la dénomination générique d'« ententes ».

En reprenant la distinction que nous avons mentionnée auparavant concernant la différence entre l'existence et l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle, il est permis de dire que l'existence en tant que telle du droit de propriété intellectuelle échappe aux éléments conventionnels ou de concertation décrits par l'article 101 du Traité mais que, par contre, l'exercice de ce droit peut tomber sous le coup de cette disposition s'il paraît être l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente²⁴³.

²⁴¹ *Deutsche Grammophon*, préc., note 105.

²⁴² Le professeur BELLIS citant plusieurs arrêts de la CJCE et du TPICE déduit d'une jurisprudence constante de la Cour, la définition suivante de l'abus : « le comportement d'une entreprise en position dominante qui [soit] est de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et[ou]qui[soit] a pour effet de faire obstacle - par recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques - au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence ». .F. BELLIS , préc., note 228., n° 124 et p.508.

²⁴³ Voir Marc FALLON, préc., note 78 et p.263 « *La particularité du statut légal des droits de propriété intellectuelle n'empêche pas de soumettre son exercice aux règles générales de concurrence, selon une distinction aussi observée à propos de la circulation des marchandises et des services entre l'attribution de la jouissance du droit et son exercice.* »

L'accord (ou la décision d'association) peut se matérialiser par un contrat qui lie les parties de manière contraignante mais aussi par un « gentlemen's agreement ». L'accord peut être express ou tacite. Ainsi, dans la décision *Bayo-n-ox*²⁴⁴, la société *Bayer* avait fixé deux sortes de prix : les clients pouvaient acheter les produits en question à des prix spéciaux (dits « pour besoins propres ») à condition de ne pas les revendre. À côté de ces prix spéciaux, les clients pouvaient acheter les mêmes produits sans restriction quant à leur revente, mais à un prix plus élevé. La Commission a considéré que le simple fait que l'acheteur choisisse le prix spécial constituait objectivement l'accord tacite à l'utilisation propre à moins d'une opposition expresse.

Dans la réalité, la pratique concertée est très fréquente mais beaucoup plus difficile à prouver parce qu'elle ne repose pas sur un accord formel entre les parties²⁴⁵. Or, c'est ce type d'entente non formalisée que l'on rencontre le plus souvent quand il s'agit pour les entreprises de se concerter, au sein ou en dehors d'un même groupe, pour bloquer des importations parallèles.

Ce genre de pratique a fait l'objet de l'arrêt rendu par le Tribunal de première instance dans l'affaire *Adalat*²⁴⁶ du nom d'un produit commercialisé par la société *Bayer*.

Les sociétés *Bayer France* et *Bayer Espagne* (ci-après dénommées collectivement « **Bayer** ») avaient constaté des exportations parallèles en provenant de grossistes de France et d'Espagne, où les produits étaient moins chers que dans d'autres pays de l'Union européenne, notamment en raison d'un contrôle étatique des prix. Elles se sont dès lors entendues pour limiter les livraisons à ces grossistes de médicaments, du type « *Adalat* », à la quantité dont ils avaient besoin pour les territoires exclusifs qui leur avaient été attribués.

La Commission avait pris une décision sévère à cet égard, estimant que *Bayer* avait mis en place une interdiction d'exporter, s'appuyant sur un système de contrôle des importations parallèles et de sanction des exportations parallèles en réduisant les livraisons, lequel système était contraire à

²⁴⁴ CE, *Décision 90/38/CEE de la Commission, du 13 décembre 1989, relative à une procédure au titre de l'article 85 du Traité CEE (IV/32.026-Bayo-n-ox)*, [1990] J.O. L 21/71, par. 38 [Bayo-n-ox].

²⁴⁵ Le TPICE la définit comme étant « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence.* » - TPICE 15 mars 2000, *Cimenteries CBR c. Commission*, aff. jointes T-25/95 et autres, rec.200, p.II - 491, point 315.

²⁴⁶ *Bayer c. Commission*, T-41/96, [2000] E.C.R. II-3383.

l'article 101 du Traité. En outre, la Commission a considéré qu'il y avait eu pratique concertée entre les grossistes de *Bayer*, lesquels auraient tous adopté un comportement similaire démontrant leur acquiescement commun à ces limitations de livraison.

Le Tribunal de première instance a rejeté ce point de vue en considérant que la décision de *Bayer* était purement unilatérale, donc ne relevant pas du droit des ententes et qu'en outre, il n'y avait pas eu d'acquiescement concerté des grossistes à ladite décision.

Le litige est né du fait qu'en raison de différences de prix entre pays, différences dues à l'existence ou non d'un contrôle étatique, des grossistes établis en Espagne ont, dès 1989, entrepris l'exportation du médicament « Adalat » vers le Royaume-Uni. À partir de 1991, ils ont été suivis sur cette voie par des grossistes établis en France. D'après *Bayer*, de 1989 à 1993, les ventes d'« Adalat » effectuées par sa filiale britannique, *Bayer UK*, auraient baissé de presque moitié à cause des importations parallèles, amenant une perte de chiffre d'affaires de 230 millions de marks allemands (DEM) pour la filiale britannique, ce qui aurait représenté pour *Bayer* une perte de recettes de 100 millions de DEM.

Face à cette situation, *Bayer* changea sa politique de livraison et commença à ne plus honorer l'intégralité des commandes, de plus en plus importantes, passées par les grossistes établis en Espagne et en France auprès de ses filiales espagnole et française. Cette modification a eu lieu en 1989 pour les commandes reçues par *Bayer Espagne* et, au quatrième trimestre de 1991, pour celles reçues par *Bayer France*. Il s'agit d'une limitation volontaire visant, de toute évidence, à enrayer le commerce parallèle du médicament « Adalat ».

À la suite des plaintes déposées par certains des grossistes concernés, la Commission a adopté la décision mentionnée ci-dessus qui a fait l'objet d'un recours devant le Tribunal de première instance.

Le Tribunal de première instance a donc abordé successivement les deux points sensibles de ce dossier à savoir, d'une part, la nature et la portée de la décision de *Bayer* et, d'autre part, la prétendue pratique concertée entre les grossistes en vue d'acquiescer à cette décision.

i) *Sur les limitations de livraison décidées par Bayer France et Bayer Espagne*

La décision de la Commission, rappelle le Tribunal de première instance, présente comme établi que les filiales française et espagnole de *Bayer* ont imposé aux grossistes français et espagnols une interdiction d'exporter, qui a été mise en place en identifiant les grossistes exportateurs et en leur appliquant des réductions successives des volumes livrés s'il s'avérait qu'ils exportaient tout ou une partie de ces produits.

Dans sa décision, la Commission a exposé les raisons pour lesquelles elle considère comme établi que la requérante procédait à des « réductions successives des volumes livrés par *Bayer* France et *Bayer* dans le cas où les grossistes exportaient tout ou une partie de ces produits »²⁴⁷ et que, partant, « la livraison [était] subordonnée au respect d'une interdiction d'exporter »²⁴⁸. En particulier, la Commission affirme que :

« 79. [...] Lorsque les grossistes exportent une partie des produits livrés, ils s'exposent de la part de Bayer France et Bayer Espagne à une réduction des livraisons sur les commandes ultérieures. [...] »²⁴⁹

La Commission ajoutait :

« Les éléments dont dispose la Commission montrent que la livraison des volumes consentis par Bayer France et Bayer Espagne est subordonnée au respect d'une interdiction d'exporter. La réduction des volumes livrés par Bayer France et Bayer Espagne est modulée par Bayer Espagne et Bayer France en fonction du comportement que les grossistes adoptent vis-à-vis de cette interdiction d'exporter. Si les grossistes violent l'interdiction d'exporter, cela entraîne pour eux une nouvelle réduction automatique des livraisons. »²⁵⁰

Partant de ces prémisses, la Commission conclut que :

« Tous ces éléments du comportement de Bayer France et Bayer Espagne permettent de montrer que celles-ci ont soumis leurs grossistes à une menace permanente de réduction des quantités livrées, menace qui a été mise à exécution de façon répétée s'ils ne se conformaient pas à l'interdiction d'exporter. »²⁵¹

²⁴⁷ *Id.*, par. 78.

²⁴⁸ *Id.*, par. 79.

²⁴⁹ *Id.*

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Id.*, par. 80.

Selon la Commission, les pièces du dossier démontrent que la solution la plus adéquate aux yeux de *Bayer* pour faire face aux problèmes provoqués par l'augmentation soudaine et exorbitante des commandes d'« Adalat » était de définir, à l'avance, une limite de livraison pour chaque grossiste, tenant compte d'un ensemble de considérations, dont, entre autres, l'« identification des exportateurs éventuels ».

Toutefois, le Tribunal de première instance note que :

« 108. [...] la Commission n'a pas établi que la requérante ait mis en place une politique de contrôle de la destination ultime des produits livrés sous la nouvelle politique et de livraison conditionnée à ladite destination. Partant, l'argument selon lequel les grossistes avaient tout intérêt à respecter formellement l'interdiction d'exporter pour s'assurer un approvisionnement suffisant d'Adalat manque en fait. En outre, la Commission n'a pas établi à suffisance de droit l'existence de sanctions à l'encontre des grossistes ayant décidé d'exporter les boîtes d'Adalat et de menaces de la part de Bayer à cet égard. La Commission n'a pas produit, non plus, d'élément de preuve tendant à démontrer, même de façon indicielle, que Bayer ait "exigé" des grossistes qu'ils n'exportent pas les produits livrés ou qu'un grossiste ait donné des "assurances" à Bayer en ce qui concerne les exportations. Au contraire, comme le soutient Bayer, en l'absence de tout contrôle de la destination ultime des produits livrés, les grossistes ne devaient pas craindre de sanctions et ne les craignaient pas, comme il ressort de la déclaration du grossiste citée au considérant 185 de la Décision : "l'important c'est ce que l'on obtient, pas ce que l'on commande". Dans de telles circonstances, la connaissance par les grossistes de la volonté de la requérante d'empêcher les importations parallèles n'est pas de nature à établir le prétendu rapport entre la restriction des livraisons et le comportement des grossistes en matière d'exportation. »²⁵²

Eu égard à ce qui précède, le Tribunal de première instance va conclure que la Commission n'a pas été au bout de son raisonnement puisqu'elle n'établit pas avec suffisance que *Bayer* ait imposé une interdiction d'exporter à leurs grossistes respectifs, ni que *Bayer* ait mis en place un contrôle systématique de la destination finale effective des boîtes d'« Adalat » livrées après l'adoption de sa nouvelle politique de livraison, ni que *Bayer* ait appliqué une politique faite de menaces et de sanctions à l'égard des grossistes exportateurs, ni qu'elle ait subordonné les livraisons de ce produit au respect de cette prétendue interdiction d'exporter.

110. Enfin, il ne ressortait pas non plus des documents reproduits dans la Décision que la requérante ait cherché à obtenir un accord quelconque de la part des grossistes concernant la mise en pratique de sa politique visant à réduire les importations parallèles. »²⁵³

²⁵² *Id.*, par. 108.

²⁵³ *Id.*, par. 109 et 110.

ii) *Sur la prétendue volonté des grossistes d'adhérer à la politique de la requérante visant à réduire les importations parallèles*

En l'espèce, *Bayer* admettait, en l'espèce, avoir adopté et mis en pratique unilatéralement une nouvelle politique de livraison visant à rendre plus difficile pour les grossistes leurs exportations parallèles. La Commission soutenait que, pour la mise en place de sa politique de restriction des livraisons, *Bayer* a compté sur l'acquiescement des grossistes.

Partant, dans les circonstances de l'espèce, le Tribunal de première instance a jugé qu'il avait lieu d'examiner si la Commission a établi à suffisance de droit l'adhésion expresse ou tacite des grossistes à la politique unilatérale d'empêchement des importations parallèles adoptée par *Bayer*.

La Commission ne disposant d'aucun document se référant expressément à un accord entre *Bayer* et ses grossistes concernant les exportations aux fins d'établir la concordance de volontés, prétendait avoir suivi l'approche jurisprudentielle consistant à examiner le comportement effectif des grossistes pour déterminer l'existence de leur acquiescement. Selon la Commission :

« [...] Dans le cas présent, [...] le comportement même des grossistes montre qu'ils ont non seulement compris qu'une interdiction d'exporter s'appliquait aux marchandises livrées, mais encore qu'ils [ont aligné] leur comportement sur cette interdiction. [...] »²⁵⁴

Par contre, selon *Bayer*, c'est précisément leur comportement qui serait la meilleure preuve de l'absence de concordance de volontés.

Par cela même, rencontrant en partie la position développée par *Bayer*, le Tribunal de première instance se montre particulièrement sévère à l'égard de la Commission, estimant que celle-ci n'a pas apporté la preuve formelle d'une pratique concertée entre *Bayer* et les grossistes revendeurs :

« Il ressort du raisonnement de la Commission qu'elle soutient que la simple constatation du fait que les grossistes n'ont pas interrompu leurs relations commerciales avec *Bayer* après la mise en place de la nouvelle politique de cette dernière visant à restreindre les exportations lui permet de considérer établie l'existence d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du Traité.

Une telle thèse ne peut être retenue. La preuve d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du Traité doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de

²⁵⁴ *Id.*, par. 123.

l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord (voir, en ce sens, notamment, arrêts ACF Chemiefarma/Commission, précité, point 112, et Van Landewyck e.a./ Commission, précité, point 86). La Commission méconnaît ladite notion de concordance de volontés en estimant que la poursuite des relations commerciales avec le fabricant lorsque celui-ci adopte une nouvelle politique, qu'il met en pratique unilatéralement, équivaut à un acquiescement des grossistes à celle-ci, alors que leur comportement de facto est clairement contraire à ladite politique. »²⁵⁵

En fait, contrairement à ce que *Bayer* avait cru vouloir imposer, les grossistes avaient tout fait pour essayer de s'approvisionner suffisamment pour effectuer des exportations parallèles, ce qui ruine toute imputation d'une quelconque pratique concertée pour entériner la décision de *Bayer*²⁵⁶.

Dans cette affaire, *Bayer* était effectivement le seul à prendre la décision querellée sans accord ni concertation avec une autre entreprise, et singulièrement avec aucun de ses grossistes. Il n'y avait dès lors aucune pratique concertée condamnable au sens du droit européen de la concurrence. De surcroît, le Tribunal de première instance relevait à titre superfétatoire qu'aucun élément du dossier ne relevait d'abus de position dominante dans le cadre de la décision unilatérale prise par *Bayer*²⁵⁷.

La décision *Bayer* est intéressante étant donné qu'elle fournit une issue de secours aux entreprises, notamment pharmaceutiques, dans leur lutte souvent « solitaire » contre les importations parallèles.

Mais la portée de cet arrêt est limitée en ce sens qu'une épée de Damoclès subsiste encore et ce, à deux égards pour les entreprises pharmaceutiques éventuellement concernées. D'une part, l'incrimination de leur comportement en tant que pratique concertée avec d'autres opérateurs

²⁵⁵ *Id.*, par. 172 et 173.

²⁵⁶ Voir la remarque pertinente à ce sujet du professeur BELLIS : « Pour que l'article 101 soit susceptible de s'appliquer à des restrictions territoriales, il faut que lesdites restrictions ne soient pas simplement des actes unilatéraux du fournisseur mais qu'il y ait accord entre le fournisseur et les distributeurs concessionnaires ». J.-F. BELLIS, préc., note 229, n°102, p.491; Voir également C. STOTHERS qui relève que: *The Commission could not find a 'concurrency of wills' merely by virtue of the maintenance of commercial relations where the policy is a unilateral one and where the conduct of the distributors is contrary to that policy.* C. STOTHERS, préc., note 38, p. 166.

²⁵⁷ Pour une critique des positions audacieuses et insuffisamment fondées prises par la Commission dans ce type d'affaires, voir notamment P.S. JAKOBSEN et M. BROBERG, *The concept of agreement in Article 81 EC on the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community* [2002] ECLR p.127.

économiques, ce que la Commission n'a pas pu spécifiquement prouver à suffisance dans l'affaire *Adalat*, et d'autre part, l'incrimination de leur comportement en tant qu'abus de position dominante sur le marché concerné.

Dans l'arrêt *Deutsche Grammophon*²⁵⁸ que nous avons mentionné dans le cadre des relations entre les importations parallèles et la libre circulation des marchandises, la Cour n'a pas continué l'examen de la cause sous l'angle du droit de la concurrence, mais sous celui de la libre circulation des marchandises vu l'absence de preuve de rapports contractuels ou de concertation.

La Cour avait notamment relevé que :

« [...] aux termes de l'article 85, paragraphe 1, du Traité, « sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. »

[...] l'exercice du droit exclusif visé par la question pourrait tomber sous la prohibition énoncée par cette disposition, chaque fois qu'il apparaîtrait comme étant l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente qui, en interdisant les importations en provenance d'autres États membres de produits licitement mis en commerce dans ces états, aurait pour effet de cloisonner le marché. »²⁵⁹

À la lecture des faits, il apparaissait cependant qu'aucun élément d'accord ou de pratique concertée ne pouvait être retracé. C'est en conséquence de cela que la Cour a estimé qu'il fallait se référer aux seuls principes de la libre circulation des marchandises :

« [...] pour le cas où cet exercice échapperait aux éléments contractuels ou de concertation envisagés par cette disposition, 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. »

[...]

[...] d'ailleurs, lorsqu'il a admis, en son article 36, certaines interdictions ou restrictions aux échanges entre États membres, le Traité les a visées de manière précise, en stipulant que de telles dérogations ne doivent constituer " ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce des États membres. »²⁶⁰

²⁵⁸ *Deutsche Grammophon*, préc., note 105.

²⁵⁹ *Id.*, par. 6.

²⁶⁰ *Id.*, par. 7 à 9.

Cet arrêt *Deutsche Grammophon* démontre qu'en matière d'importations parallèles, les limites d'appréciation sont étroites entre le recours basé sur les principes du droit de la concurrence et ceux de la libre circulation des marchandises. Nous verrons cette porosité dans l'affaire GSK où les entraves « privées » à la concurrence se combinaient avec les entraves « publiques » dues au statut spécifique des médicaments liées à des mesures nationales de protection de la santé publique.

b) Les restrictions verticales et les importations parallèles

Comme précédemment mentionné, il est unanimement reconnu que les accords de distribution peuvent être restrictifs de concurrence à l'instar d'ententes conclues entre entreprises situées à un même niveau de la chaîne économique et appelées de ce fait « ententes horizontales ». Par contraste, le jargon du droit européen de la concurrence a dénommé « restrictions verticales » les effets anticoncurrentiels des accords entre acteurs situés à des niveaux différents de la chaîne économique, tels les titulaires et les distributeurs.

Comme nous l'avons déjà exposé, les importations parallèles occupent une place particulière en droit communautaire.²⁶¹ En principe, dans la perspective d'un marché qui serait idéalement unique et intégré, la notion d'importations parallèles ne devrait même pas être imaginée. Cependant, comme nous l'avons relevé à plusieurs reprises, cet idéal est loin d'être atteint en cause, notamment, du maintien des marchés géographiquement distincts.²⁶² Les entraves aux importations parallèles sont dès lors perçues par les autorités européennes comme des entraves à l'intégration des marchés nationaux, considérées comme l'un des objectifs fondamentaux de l'Union européenne.

Face à des réglementations nationales donnant aux titulaires ou aux revendeurs agréés des moyens légaux pour s'opposer aux importations parallèles, le droit européen s'efforce de restreindre de façon significative cette liberté d'action des titulaires dans la conception de leurs

²⁶¹ Dans ce contexte, les professeurs Jean-François BELLIS et Ivo VAN BAEL n'ont pas manqué de dire que, « les autorités communautaires ont tendance à voir en l'importation parallèle un facteur d'interpénétration économique digne d'être protégé comme tel ». Ivo VAN BAEL et Jean-François BELLIS, *Droit de la Concurrence de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, éd. CCH Ltd., 1994, n° 306.

²⁶² André THALMANN, *La protection des réseaux de distribution contre le commerce parallèle*, Genève, éd. Droz, 2001, p.74.

réseaux de distribution ainsi que dans leurs possibilités d'agir contre les importateurs parallèles²⁶³.

Déjà, à l'origine de l'intégration européenne, les autorités communautaires ne cachaient pas leur méfiance à l'égard des restrictions verticales, estimant que celles-ci contribuaient sciemment à cloisonner le marché en créant cette fois des barrières privées à l'intégration des marchés. Des exemptions étaient possibles sur la base de l'article 101, paragraphe 3, du Traité, mais la Commission, en tant qu'autorité gardienne de premier rang du respect des règles de concurrence, exigeait d'apprécier au cas par cas les accords de distribution qui lui étaient dès lors notifiés individuellement.

Par la suite, la pratique des institutions communautaire a évolué sensiblement vers une attitude plus libérale à l'égard des accords de distribution et ce, sous l'influence notable de deux éléments²⁶⁴ : une jurisprudence de plus en plus « compréhensive » de la Cour à l'égard des attentes économiques des entreprises disposant de réseaux de distribution, et ensuite, l'adoption par la Commission de règlements d'exemption dits par catégorie pris sur la base des exceptions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du Traité afin de limiter les lourdes procédures d'exemption individuelle et d'assurer une plus grande sécurité juridique aux entreprises concernées.

En d'autres termes, certains accords, le plus souvent verticaux, peuvent être exemptés : soit individuellement par décision de la Commission à qui l'accord aura été notifié²⁶⁵ comme ce fut le plus souvent la règle dans les débuts de l'intégration européenne, soit bénéficier d'une exemption par catégorie dès lors que l'accord est précisément exempté par un règlement de la Commission²⁶⁶. Dans les deux cas, ils seront effectivement exemptés s'ils « contribuent à

²⁶³ *Id.*, p.75.

²⁶⁴ Fiona M. CARLIN, *Vertical Restraints: "Time for Change ?"*, [1996] 5 ECLR283 et 285.

²⁶⁵ CE, *Règlement (CE) n°1216/1999 du Conseil du 10 juin 1999, modifiant le règlement n° 17, premier règlement d'application des articles 81 et 82 du Traité*, [2005] J.O. L 148/05.

²⁶⁶ La Commission a notamment adopté toujours sur délégation du Conseil, les règlements d'exemption par catégorie suivants : CE, *Règlement (CE) n° 240/96 de la Commission du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 [actuel 101, paragraphe 3] à des catégories d'accord de transfert de technologie*, [1996] J.O. L 31/02.; CE, *Règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 [actuel 101, paragraphe 3] du Traité à des catégories d'accords de recherche et de développement*, [2000] J.O. L 304/07, CE, *Règlement (UE) No 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur les catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*.

améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ».

Il ne nous apparaît pas inutile de reprendre le contenu et les objectifs du Règlement 330/2010, qui fait suite au Règlement 2790/1999²⁶⁷ expiré en mai 2010²⁶⁸ sur les restrictions verticales,²⁶⁹ et de son impact sur la problématique des importations parallèles.

Le Règlement 330/2010, tout comme son prédécesseur, remplace tous les règlements pris séparément sur les accords de distribution exclusive, les achats exclusifs et les franchises. En fait, il simplifie considérablement les règles applicables aux accords de fourniture et de distribution et allège ainsi les obligations qui pèsent sur les entreprises²⁷⁰.

Les accords verticaux qui relèvent de ce Règlement sont exemptés dès lors qu'ils peuvent améliorer l'efficacité économique au sein d'une chaîne de production ou de distribution, en diminuant, notamment, les coûts de transaction et de distribution. C'est ainsi que sont entre autres exemptés les ententes entre plusieurs entreprises opérant, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution²⁷¹.

Alors que la restriction des ventes actives est exemptée, la restriction des ventes passives, à savoir celles qui ont été sollicitées par les acheteurs en provenance d'un autre territoire exclusif, est interdite²⁷². Le fait pour un fournisseur de ne pouvoir bloquer la vente dite passive a pour

²⁶⁷ *Règlement 2790/1999 sur les restrictions verticales*, préc., note 266.

²⁶⁸ Cf. CE, Commission, Communiqué, IP/09/1197, « Ententes : la Commission lance une consultation publique relative à la révision des règles de concurrence applicables au secteur de la distribution » en ligne : Site de la Commission < <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1197&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en> >

²⁶⁹ Règlement (UE) No 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE sur les catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

²⁷⁰ Comme déjà mentionné, le règlement 2790/99 a été formellement remplacé dans le courant de cette année 2010 par le Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées entré en vigueur le 1^{er} juin 2010. Cependant, ce second règlement reprend l'essentiel de la structure et du contenu du règlement 2790/1999 n'ajoutant que peu de dispositions nouvelles notamment destinées au domaine spécifique des ventes en ligne.

²⁷¹ Selon le professeur BELLIS, « depuis la réforme de 1999, le droit communautaire de la concurrence part du principe que les accords verticaux n'ont des effets anticoncurrentiels significatifs que lorsqu'ils sont l'œuvre d'une entreprise jouissant d'un certain pouvoir de marché ou qu'ils contiennent des restrictions caractérisées, en particulier des restrictions territoriales ou de clientèle ou des clauses de maintien des prix ». J.-F. BELLIS, préc., note 229, n° 100 et p.489.

²⁷² Article 4 a) et b) du Règlement (UE) No 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE sur les catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

conséquence qu'il ne peut sur la base de son contrat, s'opposer aux importations et exportations parallèles lorsque le territoire est délimité par les frontières d'un État membre. Dans ce cas, il ne peut que s'opposer à ce qu'un distributeur recherche activement de la clientèle sur le territoire d'un autre distributeur du réseau. Les importations et les exportations parallèles passives doivent dès lors rester possibles.²⁷³ Ceci n'a rien d'étonnant puisque les autorités communautaires ont toujours été très sévères envers les restrictions territoriales : « celles-ci vont directement à l'encontre du principal but communautaire, la création d'un marché unique par l'interpénétration des économies nationales ».²⁷⁴

L'examen de jurisprudence qui suivra portera sur trois types de contrat particulièrement intéressants pour la question des importations parallèles : les contrats de distribution exclusive, les contrats de distribution sélective et les contrats de licence exclusive :

i) Les contrats de distribution exclusive

Les contrats de distribution exclusive sont ceux par lesquels une des parties, soit le titulaire, le fournisseur ou le concédant, s'engage à livrer certains produits dans un certain territoire et ce, uniquement à l'autre partie, c'est-à-dire le distributeur ou concessionnaire exclusif, dans un but de revente. Ces accords ont évidemment des effets négatifs sur la concurrence par le fait que les

L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet :

- a) la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle;
- b) la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels, sauf :
 - la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservée au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre acheteur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes de la part des clients de l'acheteur,
 - la restriction des ventes aux utilisateurs finals par un acheteur qui opère en tant que grossiste sur le marché,
 - la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux distributeurs non agréés; et
 - la restriction de la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient utiliser ces composants pour la fabrication de biens similaires à ceux produits par le fournisseur des composants;

²⁷³ Le TPICE a, par la suite, pris position fermement à ce sujet en décidant que : « une restriction imposée, dans le cadre d'un système de distribution, aux ventes passives des distributeurs agréés, qui sont empêchés ou dissuadés de vendre non seulement à des distributeurs non agréés, mais aussi à des distributeurs agréés établis hors de leur territoire ainsi qu'à des utilisateurs finals, a pour objet et pour effet de limiter les débouchés et de répartir les marchés et est prohibé par l'article 81 (actuel 101) § 1, sous b et c. » - TPICE 13 janvier 2004, JCB Services c/ Commission, T-67/01, Rec. 2004, p. I-49, point 85.

²⁷⁴ Hans Henrik LIDGARD, *Territorial Restrictions in Vertical Relations*, World Competition, Vol. 21, 1997, n° 1, p.72.

tiers ne peuvent se fournir directement auprès du titulaire, fournisseur ou concédant. Leurs effets positifs sont qu'ils améliorent la distribution des produits visés par les contrats, limitant le nombre des revendeurs et les coûts de distribution. La difficulté réside dans la conciliation de ces deux aspects qui sont difficilement dissociables²⁷⁵.

La Commission a toujours adopté une position « mixte », voire « ambivalente »²⁷⁶ à l'égard de tels contrats. Elle les perçoit en premier lieu comme restrictifs de concurrence mais ensuite en exempte un certain nombre soit individuellement, soit collectivement²⁷⁷.

Ainsi, dans une affaire déjà ancienne²⁷⁸, la Commission avait exempté un contrat de distribution exclusif entre *Grosfillex*, un titulaire de produits ménagés en plastique et son distributeur exclusif en Suisse, *Fillistorf*. La Commission a appliqué au cas d'espèce une distinction qui est maintenant fréquemment utilisée par les juridictions européennes : vérifier d'abord si un accord a pour objet de fausser la concurrence, puis vérifier ensuite s'il a pour effet de fausser la concurrence.

Selon l'exposé des faits repris dans la décision de la Commission :

« La société « Fillistorf » assure la distribution des articles, qui lui sont vendus par « Grosfillex » franco Zürich dédouané, à des revendeurs, pour son propre compte, et n'est autorisée d'aucune manière à être le mandataire de « Grosfillex » (article VIII du contrat). La société « Fillistorf » ne peut exercer l'activité prévue dans le contrat que dans le territoire concédé (article VI du contrat); elle s'engage à ne fabriquer ni vendre aucun article susceptible de concurrencer les articles fabriqués par « Grosfillex » (article VI du contrat). En contrepartie, « Grosfillex » s'engage à n'effectuer sur le territoire suisse aucune vente d'articles des branches visées par le contrat par un autre canal que celui de « Fillistorf » et à prendre toutes dispositions pour faire cesser les ventes de ces articles faites par des tiers sur le territoire suisse et qui seraient portées à sa connaissance (article VI du contrat). En outre, « Grosfillex » doit transmettre à « Fillistorf » toutes commandes ou correspondances reçues directement de Suisse (article IV du contrat). »²⁷⁹

²⁷⁵ Richard WHISH, *Competition Law*, 3rd ed., Londres, ed. Butterworth-Heinemann, 1993, pp. 558-559.

²⁷⁶ A. THALMANN, préc., note 263, p. 125.

²⁷⁷ *Règlement 2790/1999 sur les restrictions verticales*, préc., note 266.

²⁷⁸ CE, *Décision de la Commission, du 11 mars 1964, relative à une demande d'attestation négative présentée conformément à l'article 2 du règlement n° 17 du Conseil (IV/A-00061 – Grosfillex-Fillistorf)*, [1964] J.O. L 64/233, p. 15.

²⁷⁹ *Id.*

La Commission a estimé que :

« Le contrat n'avait pas pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans le marché car il s'agissait pour une entreprise située dans le marché commun de confier à une entreprise établie à l'extérieur du marché commun, la concession exclusive de la vente de ses articles pour un territoire situé en dehors du marché commun. »²⁸⁰

La Commission constate toutefois que certaines dispositions de ce contrat interdisent à *Fillistorf* de vendre dans les pays du Marché commun les articles faisant l'objet du contrat et ceux susceptibles d'entrer en concurrence avec eux, qu'ils soient fabriqués à l'intérieur ou à l'extérieur du Marché commun, et qu'il y a lieu de se demander si le contrat n'a pas pour effet, par suite de ces dispositions, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun au sens de l'article 101, paragraphe 1, du Traité.

Cependant, même si les dispositions susmentionnées pouvaient s'appliquer, le cas échéant, la Commission considère qu'à cet égard, il convient de tenir compte des circonstances de la cause :

« [...] »

- les articles achetés par « Fillistorf », lui étant livrés en Suisse par « Grosfillex », devraient, lors d'une revente dans le marché commun, franchir une nouvelle frontière douanière. De ce fait, ils ne sont pas susceptibles d'entrer en concurrence avec les mêmes articles livrés directement sur le territoire du marché commun. Il n'en serait autrement que dans le cas de circonstances anormales dont la Commission n'a pas connaissance. En effet, rien ne permet de supposer que les prix de « Grosfillex » sur le marché suisse soient inférieurs à ceux pratiqués par « Grosfillex » à l'intérieur du marché commun, ce qui paraît être confirmé par le fait qu'il n'est pas interdit aux acheteurs suisses des produits sous contrat vendus par « Fillistorf » de revendre ceux-ci dans le marché commun;
- il existe sur le marché des articles en matière plastique des branches « ménages » et « hygiène », un nombre important de fabricants qui sont établis dans les États membres ou dans d'autres États et qui sont en mesure de se faire concurrence sur le territoire du marché commun; il en est de même au stade commercial. »²⁸¹

Dès lors, compte tenu des circonstances de la cause, la Commission exempte le contrat qui n'a pas non plus d'effet de restriction du jeu de la concurrence à l'intérieur du marché Commun.

280 *Id.*

281 *Id.*

Il est intéressant de noter que la solution donnée par la Commission est toute empreinte de pragmatisme et de sens des réalités²⁸², mais qu'elle aurait été bien différente si les importations avaient été impossibles en pratique, en présence de droits de douane moins élevés ou de prix plus bas en Suisse²⁸³.

Encore plus révélateur de la position des institutions européennes à l'égard des relations entre les contrats de distribution exclusive et les importations parallèles est l'arrêt rendu dans l'affaire *Tipp-Ex*²⁸⁴.

Tipp-Ex et ses distributeurs étaient liés par des contrats interdisant aux distributeurs et au titulaire de vendre les produits en question, que ce soit de façon active ou passive, sur les territoires des autres distributeurs qui correspondaient aux frontières des États membres.

Ainsi, l'article 20 du contrat conclu entre *Tipp-Ex* et ses distributeurs mentionnait, sous l'intitulé « Protection Territoriale » que :

« Le fournisseur ne livrera pas les produits faisant l'objet du contrat à des distributeurs indépendants dont il sait qu'ils ont l'intention de les revendre dans le territoire concédé. Il est tenu de vérifier avec toute la diligence requise s'il y a des raisons de craindre que le distributeur indépendant en question ne revende les produits dans le territoire concédé. »²⁸⁵

La Cour n'a pas manqué de préciser que²⁸⁶ :

« Selon une jurisprudence constante, la protection territoriale absolue stipulée en faveur du distributeur dans un accord de distribution exclusive et destinée à permettre le contrôle et l'entrave

²⁸² Selon Michel WAELBROECK, en principe, « seule la localisation de la restriction dans le marché Commun importe et non la résidence ou le domicile des auteurs de celle-ci ». Michel WAELBROECK, *Droit de la Communauté Économique Européenne*, vol.4 -Concurrence, Bruxelles, éd. ULB, 1972, n° 19, p.110.

²⁸³ On retrouve cette vision pragmatique dans un arrêt déjà ancien de la CJCE rendu à la même époque que l'arrêt *Grundig-Consten*, à savoir l'arrêt rendu dans l'affaire Société Technique – Union Minière : « Pour apprécier si un contrat assorti d'une clause « concédant un droit exclusif de vente » doit être considéré comme interdit en raison de son objet ou de son effet, il y a lieu de prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance de concédant et celle des concessionnaires sur le marché des produits concernés, le caractère isolé de l'accord litigieux ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou, au contraire, les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes produits par le moyen de réexportations et d'importations parallèles. » CJCE 30.06.1966, Société Technique Union Minière c/ Maschinenbau Ulm, aff.56/65, rec.1966, p. 360.

²⁸⁴ *Tipp-Ex c. Commission*, C-279/87, [1990] E.C.R. I-261.

²⁸⁵ *Id.*

²⁸⁶ *C.f. Consten et Grundig c. Commission*, préc., note 102.

des importations parallèles, aboutit au maintien artificiel de marchés nationaux distincts, contraire au Traité, de sorte qu'elle constitue une infraction à l'article 85, paragraphe 1, de ce dernier. »²⁸⁷

Il s'agit d'une référence claire au premier arrêt de principe (*Grundig et Consten*) que nous avons préalablement mentionné. La Cour précise ensuite qu'il n'est pas nécessaire que la violation des règles de concurrence ait été intentionnelle et qu'il suffit de constater que l'entreprise concernée ne pouvait ignorer que son comportement allait fausser la concurrence²⁸⁸.

Dans ce domaine, un dol spécial n'est pas nécessaire :

« Pour qu'une infraction aux règles de concurrence du Traité puisse être considérée comme ayant été commise de propos délibérés, il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait eu conscience d'enfreindre une interdiction édictée par ces règles; il suffit qu'elle n'ait pu ignorer que la conduite incriminée avait pour objet de restreindre la concurrence [...] »²⁸⁹

L'idée reste à l'évidence que la protection territoriale absolue, même si elle n'est pas accordée dans une intention avérée de nuire à l'intégration des marchés, est prohibée dans son principe. André THALMANN précise à juste titre que les clauses constitue des clauses noires « analysées en tant que telles, en dehors de leur contexte et de leurs effets réels sur la concurrence »²⁹⁰. Bien sûr, il en va différemment des clauses de protection territoriale « simples », laissant la porte ouverte aux ventes passives et, en conséquence, aux importations parallèles. Ces clauses ne seront pas interdites *de facto* et l'appréciation de leur éventuel effet anticoncurrentiel tiendra compte d'une analyse de leur contexte économique²⁹¹.

ii) *Les contrats de distribution sélective*

Les contrats de distribution sélective sont, en apparence, moins astreignants en termes de restrictions « avérées », mais leurs effets sur la libre concurrence et, par ricochet, sur les importations parallèles, n'en seront pas moindres : l'exclusivité est remplacée par une sélection des distributeurs et revendeurs sur la base de critères fixés unilatéralement par le titulaire.

²⁸⁷ *Tipp-Ex*, préc., note 284.

²⁸⁸ Les distributeurs avaient soulevé notamment que la restriction de la concurrence n'était pas intentionnelle car elle ne leur était pas réellement favorable. Comme le relève C. STOTHERS en commentant cet arrêt: *It is immaterial whether or not that business policy coincides with the distributors own interests*. C. STOTHERS, préc., note 38, p. 156.

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ A. THALMANN, préc., note 263, p. 128.

²⁹¹ CJCE 30.06.1966, *Société Technique Union Minière c/ Maschinenbau Ulm*, aff.56/65, rec.1966, p.360.

La thèse actuellement reconnue par la doctrine consiste à considérer qu'un réseau de distribution sélective échappe à l'article 101, paragraphe 1, du Traité si, et seulement si, « le choix d'une distribution sélective est justifié par rapport au produit, les critères de sélection des distributeurs sont qualitatifs, les critères de sélection ne sont pas appliqués de façon discriminatoire, les échanges entre distributeurs agréés sont possibles et, enfin, si le contexte économique ne fait pas apparaître des effets anticoncurrentiels particuliers »²⁹².

L'exemple typique qui a beaucoup défrayé les chroniques est celui d'un titulaire de parfums qui entend assurer la distribution de ses produits uniquement par un réseau de revendeurs réputés plus « chics » et mieux « contrôlés » que des supermarchés s'approvisionnant sur le marché parallèle.

Un cas typique de ce genre de situation est celui tranché par la Cour dans une affaire ayant opposé Christian Dior au revendeur néerlandais *Kruidvat*, filiale de la société *Evora*, affaire connue sous la dénomination *Parfums Christian Dior c. Evora*²⁹³. Dans cette affaire, il est à nouveau question de la *Directive sur le rapprochement des législations des États membres sur les marques* (dénommée ci-après la « **Directive** ») et de son article 7 concernant l'épuisement régional communautaire permettant explicitement les importations parallèles sur le territoire de l'Union européenne.

Le Hoge Raad der Nederlanden avait posé six questions préjudicielles relatives, notamment, à l'interprétation des articles 30 et 36 du Traité ainsi que des articles 5 et 7 de la Directive.

Ces questions avaient été posées dans le cadre d'un litige opposant *Parfums Christian Dior SA*, société de droit français établie à Paris (ci-après « **Dior France** »), et *Parfums Christian Dior BV*, société de droit néerlandais établie à Rotterdam (ci-après « **Dior Nederland** »), à *Evora BV*, société de droit néerlandais établie à Renswoude (ci-après « **Evora** »), au sujet de la publicité faite par cette dernière pour des produits Dior qu'elle avait mis en vente.

Les faits ayant amené le litige résultaient directement de la structure de commercialisation adoptée par Christian Dior : Dior France élabore et produit des parfums et autres produits

²⁹² A. THALMANN, préc., note 263, p.138 et aussi J.-F.BELLIS, préc., note 228, n° 104 et p.492.

²⁹³ *Parfums Christian Dior c. Evora*, préc., note 135.

cosmétiques qui se vendent à des prix relativement élevés et qui sont considérés comme faisant partie du marché des produits cosmétiques de luxe. Pour la vente de ses produits hors de la France, elle avait désigné des représentants exclusifs, dont Dior Nederland aux Pays-Bas.

Tout comme d'autres représentants exclusifs de Dior France en Europe, Dior Nederland a recours, pour la distribution des produits Dior aux Pays-Bas, à un système de distribution sélective, qui implique que les produits Dior ne sont vendus qu'à des revendeurs sélectionnés, lesquels sont liés par l'obligation de ne vendre qu'à des acheteurs finaux et de ne jamais rétrocéder à d'autres revendeurs, à moins qu'ils ne soient également sélectionnés pour la vente des produits Dior.

Il est permis de parler, dans le cas de Christian Dior, d'une « fusée à deux étages » puisque dans chaque pays la société mère désigne un « représentant exclusif » qui est la plupart du temps une filiale relevant de la législation de ce pays. Ce « représentant exclusif » crée un réseau de distribution sélective respectant les critères fixés par la société mère, seule titulaire des marques protégées.

Comme le rappelle la Cour :

« 4. [...] Dior France est l'unique titulaire des marques emblématiques Eau sauvage, Poison, Fahrenheit et Dune, notamment pour les parfums. Ces marques consistent en des représentations de l'emballage dans lequel les flacons contenant les parfums ainsi dénommés sont vendus. Dior France est en outre titulaire des droits d'auteur tant sur ses emballages que sur ses flacons, ainsi que sur les emballages et les flacons des produits vendus sous la dénomination Svelte.

5. Evora exploite sous le nom de sa filiale Kruidvat une importante chaîne de magasins d'articles de droguerie. Les magasins Kruidvat, bien que n'ayant pas été désignés en tant que distributeurs par Dior Nederland, vendent des produits Dior qu'Evora s'est procurés par l'intermédiaire d'importations parallèles. La licéité de la revente de ces produits n'est pas contestée dans le cadre du litige au principal. »²⁹⁴

Christian Dior n'a jamais contesté la légalité des importations parallèles sur la base du principe définitivement affirmé de l'épuisement régional communautaire. Il va dès lors agir sur une autre base, fréquemment utilisée par les parfumeurs, celle de l'atteinte à l'image de marque.

²⁹⁴ *Id.*, par. 4 et 5.

Lors d'une promotion durant la période de Noël 1993, *Kruidvat* a offert à la vente les produits Dior : Eau Sauvage, Poison, Fahrenheit, Dune et Svelte et a, à cette occasion, reproduit, dans ses dépliants publicitaires, les emballages et les flacons de certains d'entre eux. Selon l'arrêt de renvoi, la représentation des emballages et des flacons visait exclusivement, de manière directe et claire, le produit offert à la vente et avait été effectuée sous un mode usuel pour les revendeurs dans ce secteur commercial.

Considérant que cette publicité ne correspondait pas à l'image de luxe et de prestige des marques Dior, Dior France et Dior Nederland (dénommées collectivement ci-après « **Dior** ») Dior a assigné *Evora* en référé devant le *Rechtbank Haarlem* pour atteinte à ces marques afin qu'il soit ordonné à *Evora* de cesser et de s'abstenir de faire usage des marques emblématiques de Dior et de toute divulgation ou reproduction de ses produits dans des catalogues, brochures, annonces ou de toute autre façon. Dior a notamment fait valoir que l'emploi fait par *Evora* de ses marques était contraire aux dispositions de la Loi uniforme Benelux sur les marques de produits dans sa version en vigueur à cette époque et avait lieu d'une manière susceptible de porter préjudice à son image de luxe et de prestige. Dior a en outre soutenu que la publicité faite par *Evora* portait atteinte à ses droits d'auteur.

Pour ce faire, Christian Dior a invoqué le paragraphe 2, de l'article 7, de la *Directive sur le rapprochement des législations des États membre sur les marques* qui permet de s'opposer pour des « motifs légitimes » à l'importation parallèle fondée sur l'épuisement régional communautaire, notamment lorsque « l'état des produits a été modifié ou altéré ».

Dans ce contexte, le Hoge Raad (**la Cour Suprême de la Hollande**) a dès lors décidé de statuer et a posé à la Cour les questions suivantes²⁹⁵ :

« 2) Dans le cas de la revente de produits qui ont été mis en circulation dans la Communauté sous une marque par le titulaire de la marque ou avec son autorisation, est-il conforme à l'économie de la Directive précitée et plus particulièrement à ses articles 5 à 7 de tolérer que le revendeur ait également la faculté d'employer cette marque afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure?

3) Dans l'hypothèse où la deuxième question appelle une réponse affirmative, cette règle tolère-t-elle des exceptions?

²⁹⁵

La première question concerne un problème de répartition de compétences entre la Cour et la Cour de justice Benelux qui sort du cadre du présent essai.

4) Dans l'hypothèse où la troisième question appelle une réponse affirmative, une exception est-elle possible pour le cas où la fonction publicitaire de la marque est mise en danger en ce que, par la manière dont le revendeur emploie la marque dans l'annonce susvisée, il porte préjudice à l'image de luxe et de prestige de ladite marque?

5) Peut-il être question de « motifs légitimes » au sens de l'article 7, paragraphe 2, de la Directive lorsque la manière dont le revendeur fait de la publicité pour les produits modifie ou altère « l'état psychique » de ces produits – à savoir l'allure, l'image de prestige et la sensation de luxe qui émanent des produits par suite du mode de présentation et de publicité choisi par le titulaire de la marque au titre de l'exercice de ses droits à la marque?

6) Les dispositions des articles 30 et 36 du Traité CE s'opposent-elles à ce que le titulaire d'une marque (emblématique) ou le titulaire d'un droit d'auteur portant sur les flacons et emballages qu'il emploie pour ses produits, en excipant de ce droit à la marque ou de ce droit d'auteur, empêche un revendeur qui a la faculté de continuer à commercialiser ces produits de faire de la publicité pour ce produit sous un mode usuel aux détaillants de la branche concernée? En est-il également ainsi lorsque, par la façon dont le revendeur emploie la marque dans sa publicité, celui-ci porte préjudice à l'image de luxe et de prestige de cette marque ou lorsque la divulgation et la reproduction s'effectuent dans des conditions susceptibles de causer un préjudice au titulaire du droit d'auteur? »²⁹⁶

Quant à la seconde question, la Cour applique de manière stricte le principe essentiel de l'épuisement régional communautaire dont il a déjà été question auparavant. Quand les conditions de cet épuisement sont réunies, les importations parallèles doivent être tolérées au sein de l'Union européenne. Sans se prononcer à ce stade sur les effets anticoncurrentiels ou non des réseaux de distribution sélective, la Cour se réfère au postulat de la libre circulation des marchandises dont le principe de l'épuisement régional communautaire n'est qu'une des applications.

« Il y a lieu ensuite de constater que, si le droit conféré au titulaire d'une marque, conformément à l'article 5 de la Directive, d'interdire l'usage de sa marque pour des produits est épuisé dès lors que ceux-ci ont été mis dans le commerce par lui-même ou avec son consentement, il en va de même s'agissant du droit d'employer la marque afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure desdits produits. »²⁹⁷

En conséquence, le droit pour l'importateur parallèle de commercialiser les produits dont la marque est « épuisée » emporte le droit de faire la promotion et la publicité de tels produits.

« Il découle en effet de la jurisprudence de la Cour que l'article 7 de la Directive doit être interprété à la lumière des règles du Traité relatives à la libre circulation des marchandises, notamment de l'article 36 (voir arrêt du 11 juillet 1996, Bristol-Myers Squibb e.a., C-427/93, C-429/93 et C-436/93, Rec. p. I-3457, point 27), et que la règle d'épuisement vise à éviter qu'il soit permis aux titulaires de marques de cloisonner les marchés nationaux et de favoriser ainsi le

²⁹⁶ *Id.*, par. 14.

²⁹⁷ *Id.*, par. 36.

maintien des différences de prix pouvant exister entre les États membres (voir arrêt Bristol-Myers Squibb e.a., précité, point 46). Or, si le droit d'employer la marque afin d'annoncer la commercialisation ultérieure n'était pas épuisé de la même manière que le droit de revente, cette dernière serait rendue sensiblement plus difficile et l'objectif de la règle d'épuisement prévue à l'article 7 serait ainsi compromis. »²⁹⁸

La réponse à la question se situe donc dans la lignée de la jurisprudence des juridictions européennes : le vendeur parallèle autorisé à écouler sur le marché peut utiliser tous les moyens de promotion mis à sa disposition.

« Il s'ensuit qu'il convient de répondre à la deuxième question que les articles 5 et 7 de la Directive doivent être interprétés en ce sens que, lorsque des produits revêtus d'une marque ont été mis sur le marché communautaire par le titulaire de la marque ou avec son consentement, un revendeur a, outre la faculté de revendre ces produits, également celle d'employer la marque afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure desdits produits. »²⁹⁹

Les troisième, quatrième et cinquième questions visent divers moyens de droit utilisés par les parfumeurs pour faire obstacle aux importations parallèles : l'atteinte par la publicité à l'image de marque (ou « de luxe ») du parfum serait constitutif d'un « motif légitime » d'opposition du titulaire à toute importation parallèle. La Cour va dès lors leur faire un sort commun :

« Par ses troisième, quatrième et cinquième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction nationale demande en substance si la règle découlant de la réponse à la deuxième question autorise des exceptions, notamment

– lorsque la fonction publicitaire de la marque est mise en danger par le fait que, par la manière dont le revendeur emploie la marque dans l'annonce, il porte préjudice à l'image de luxe et de prestige de ladite marque, et

– lorsque la manière dont le revendeur fait de la publicité pour les produits modifie ou altère l'état « psychique » de ces produits, à savoir l'allure et l'image de prestige des produits ainsi que la sensation de luxe qui émane de ceux-ci en raison du mode de présentation et de publicité choisi par le titulaire de la marque au titre de l'exercice de ses droits de marque.

La Cour rappelle alors que suivant l'article 7, paragraphe 2, de la Directive, la règle de l'épuisement consacrée au paragraphe 1 n'est pas applicable lorsque des motifs légitimes justifient que le titulaire de la marque s'oppose à la commercialisation ultérieure des produits revêtus de celle-ci, notamment lorsque l'état des produits est modifié ou altéré après leur mise dans le commerce. La question cruciale sera évidemment de savoir quand existent ces motifs légitimes assimilables à une « modification » ou « altération » du produit.

²⁹⁸ *Id.*, par. 37.

²⁹⁹ *Id.*, par. 38.

Il y aura donc lieu d'examiner si les hypothèses visées par la juridiction nationale constituent des motifs légitimes au sens de l'article 7, paragraphe 2, de la Directive, permettant au titulaire de la marque de s'opposer à ce qu'un revendeur emploie sa marque afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure des produits revêtus de celle-ci.

« À cet égard, il convient d'abord de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, l'article 7 de la Directive régleme de manière complète la question de l'épuisement du droit de marque en ce qui concerne les produits mis dans le commerce dans la Communauté, et que l'emploi du terme «notamment» au paragraphe 2 démontre que l'hypothèse relative à la modification ou à l'altération de l'état des produits revêtus de la marque n'est donnée qu'à titre d'exemple de ce qui peut constituer des motifs légitimes (voir arrêt *Bristol-Myers Squibb e.a.*, précité, points 26 et 39). En outre, cette disposition vise à concilier les intérêts fondamentaux de la protection des droits de marque et ceux de la libre circulation des marchandises dans le marché commun (arrêt *Bristol-Myers Squibb* précité, point 40). »³⁰⁰

Le dernier considérant susmentionné de la décision *Christian Dior c. Evora* présente une importance essentielle : dans l'examen de la problématique des importations parallèles, il s'agit de vérifier une « conciliation » entre des intérêts opposés : celui de la protection légitime des droits de propriété intellectuelle face à celui de la libre circulation des marchandises et, partant, de la création d'un marché unique intégré. C'est jusqu'à ce jour le *leitmotiv* de la jurisprudence et ce, tant du Tribunal de première instance que de la Cour.

La Cour précise que :

« Il en résulte que, lorsqu'un revendeur fait usage d'une marque afin d'annoncer la commercialisation ultérieure de produits revêtus de la marque, il y a lieu de mettre en balance l'intérêt légitime du titulaire de la marque à être protégé contre les revendeurs employant sa marque à des fins de publicité d'une manière qui pourrait porter atteinte à la renommée de la marque et celui du revendeur à pouvoir revendre les produits en question en utilisant les modes de publicité qui sont usuels dans son secteur d'activité. »³⁰¹

Nous retrouvons ici une notion également essentielle : quel est « l'objet spécifique » du droit de propriété intellectuelle qui justifierait une certaine restriction au principe fondamental de la libre circulation des marchandises?

³⁰⁰ *Id.*, par. 39 à 42.

³⁰¹ *Id.*, par. 44.

La Cour, s'inspirant de la jurisprudence anglo-saxonne, effectue la « balance » des droits et intérêts en présence³⁰².

Elle rappelle que le revendeur ne doit pas agir d'une façon déloyale à l'égard des intérêts légitimes du titulaire de la marque, d'autant qu'il s'agit de produits de luxe et de prestige. Le revendeur doit donc s'efforcer d'éviter que sa publicité n'affecte la valeur de la marque en portant préjudice à l'allure et à l'image de prestige des produits en cause ainsi qu'à la sensation de luxe qui émane de ceux-ci³⁰³.

On devine déjà ici l'interprétation extrêmement extensive que donne la Cour à la notion d'« altération » des produits suivant l'article 7, paragraphe 2, de la Directive sur les marques.

« Cependant, il convient également de constater que le fait qu'un revendeur, qui commercialise habituellement des articles de même nature, mais pas nécessairement de même qualité, utilise pour des produits revêtus de la marque les modes de publicité qui sont usuels dans son secteur d'activité, même si ceux-ci ne correspondent pas à ceux utilisés par le titulaire lui-même ou par ses revendeurs agréés, ne constitue pas un motif légitime, au sens de l'article 7, paragraphe 2, de la Directive, justifiant que le titulaire puisse s'opposer à cette publicité, à moins qu'il ne soit établi que, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce, l'emploi de la marque dans la publicité du revendeur porte une atteinte sérieuse à la renommée de la marque.

Une telle atteinte sérieuse pourrait ainsi survenir du fait que le revendeur n'aurait pas, dans le dépliant publicitaire qu'il diffuse, pris soin de ne pas placer la marque dans un voisinage qui risquerait d'amoinrir gravement l'image que le titulaire a réussi à créer autour de sa marque. »³⁰⁴

La réponse aux trois questions sera dès lors typiquement dans la philosophie de l'appréciation de la balance des intérêts, par ailleurs chère à la Common Law.

« Au vu de ce qui précède, il y a lieu de répondre aux troisième, quatrième et cinquième questions que le titulaire d'une marque ne peut s'opposer, au titre de l'article 7, paragraphe 2, de la Directive, à ce qu'un revendeur, qui commercialise habituellement des articles de même nature,

³⁰² Dans ce même esprit, Antoine Braun précise: « Dès lors, dans la pesée des intérêts en présence, la Cour donnera la primauté à l'objectif de la réalisation de l'unité du marché, et ne reconnaîtra une protection justifiée du droit national que dans la mesure seulement où l'objet spécifique propre à chaque droit intellectuel le requiert. »; A.BRAUN, préc., note ., n° 306 et p.270; Geert Jan VAN DE KEMP, *Protection of Trade Marks : The New Regime – Beyond Origin?* E.I.P.R., Londres, Sweet and Maxwell, 1998, p. 367 : “ *the jurisprudence of the Courts (...) is based on a constant balancing of the interests of trade mark owners and the interests of those who must be able to benefit from the free movement of goods*”.

³⁰³ La même idée sera reprise par l'avocat général Stix – Hackl dans ses conclusions dans l'affaire Davidoff: « *the legitimate reasons which justify a trade mark proprietor in opposing further commercialisation of products bearing the trade mark include any actions of third parties which seriously affect the value, allure or image of the trade mark or the products which bear that mark.* » - Joined cases C – 474/99 Zino Davidoff v. A & G Imports [2001] ECR I – 62227, cité par C. STOTHERS, préc., note 38, p.101.

³⁰⁴ *Id.*, par. 46 et 47.

mais pas nécessairement de même qualité, que les produits revêtus de la marque, emploie, conformément aux modes qui sont usuels dans son secteur d'activité, la marque afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure de ces produits, à moins qu'il ne soit établi que, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce, l'utilisation de la marque à cette fin porte une atteinte sérieuse à la renommée de ladite marque. »³⁰⁵

La sixième question concernait un problème très spécifique lié au fait que les parfums se vendent classiquement en flacons : « Les articles 30 et 36 du Traité s'opposent-ils à ce que le titulaire d'un droit de marque ou le titulaire d'un droit d'auteur portant sur les flacons et emballages qu'il emploie pour ses produits, en excipant de ce droit de marque ou de ce droit d'auteur, empêche un revendeur de faire de la publicité pour la commercialisation ultérieure de ces produits sous un mode usuel aux détaillants de la branche concernée? » En outre : « en est-il également ainsi lorsque, par la manière dont le revendeur emploie la marque dans sa publicité, celui-ci porte préjudice à l'image de luxe et de prestige de cette marque ou lorsque la divulgation et la reproduction de cette dernière s'effectuent dans des conditions susceptibles de causer un préjudice au titulaire du droit d'auteur? »

À nouveau, pour ce point très spécifique, il s'agira de faire la balance entre les intérêts liés à l'intégration des marchés, par le biais de la libre circulation des marchandises, et ceux de la protection du droit de propriété intellectuelle, menacée dans son existence même.

La Cour fait une incursion dans le droit européen de la libre circulation des marchandises en précisant que l'interdiction, telle que celle reprise dans la sixième question, peut constituer une « mesure d'effet équivalent » à une restriction quantitative en principe interdite par l'article 30 du Traité. Il s'agit de produits que le revendeur s'est procuré par l'intermédiaire d'importations parallèles et qu'une interdiction de publicité rendrait la commercialisation et, par conséquent, l'accès au marché de ces produits, sensiblement plus difficiles. Ladite interdiction pourrait dès lors être considérée comme une « mesure d'effet équivalent » à une restriction quantitative.

S'agissant de la question relative au droit du titulaire d'une marque, la Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, l'article 36 du *Traité sur les entraves à la libre circulation des marchandises* et l'article 7 de la *Directive concernant les exceptions à l'épuisement régional communautaire* doivent être interprétés de manière identique (arrêt *Bristol-Myers Squibb e.a.*, précité, point 40).

³⁰⁵ *Id.*, par. 48.

« Par conséquent, et eu égard aux réponses données aux deuxième, troisième, quatrième et cinquième questions, il convient de répondre à cette partie de la sixième question que les articles 30 et 36 du Traité doivent être interprétés en ce sens que le titulaire d'une marque ne peut s'opposer à ce qu'un revendeur, qui commercialise habituellement des articles de même nature, mais pas nécessairement de même qualité, que les produits revêtus de la marque, emploie, conformément aux modes qui sont usuels dans son secteur d'activité, la marque afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure de ces produits, à moins qu'il ne soit établi que, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce, l'utilisation de la marque à cette fin porte une atteinte sérieuse à la renommée de ladite marque. »³⁰⁶

L'arrêt *Parfums Christian Dior c. Evora* a été fort critiqué. Certains ont parlé d'une perche tendue au lobby des parfumeurs, d'autre du « snobisme » comme nouvelle entrave légitime à la libre circulation des marchandises. Il n'en reste pas moins que la Cour a, une fois de plus, fait preuve de pragmatisme, dans son œuvre de soutien à l'intégration européenne.

L'accord de distribution sélective peut également être utilisé de manière plus « volontaire » pour contrôler les importations parallèles de produits « protégés ». Ainsi, un des critères de sélection peut être que le distributeur sélectif s'engage à ne pas exporter le produit, objet de l'accord. Dans le cas d'un autre arrêt célèbre de la Cour, rendu dans l'affaire *AEG Telefunken*³⁰⁷, afin d'assurer aux commerçants une marge bénéficiaire minimale, les critères de sélection des distributeurs et revendeurs ne se limitaient pas à ceux de leur compétences, connaissances techniques ou spécialisation, mais excluaient du réseau de distribution sélective les revendeurs qui se procuraient les téléviseurs par un réseau parallèle au prétexte qu'ils mettaient en danger la politique des prix mise en place par AEG Telefunken, ses distributeurs et les revendeurs.

Dans ce cas particulier, l'un des buts du réseau de distribution sélective était à l'évidence de « casser » les importations parallèles et ne se limitait pas à améliorer les performances des distributeurs et, partant, leur position concurrentielle, raison qui aurait été entièrement fondée au sens de l'article 101, paragraphe 3, du Traité.

« Les limitations inhérentes à un système de distribution sélective ne sont toutefois admises qu'à la condition qu'elles visent effectivement à une amélioration de la concurrence; s'il en était autrement, elles seraient dépourvues de toute justification, en ce que leur seul effet serait celui de réduire la concurrence par les prix. »³⁰⁸

³⁰⁶ *Id.*, par. 51 à 54.

³⁰⁷ *AEG Telefunken c. Commission*, C-107/82, [1983] E.C.R. I-3151.

³⁰⁸ *Id.*, par. 4, al. 2.

Ainsi, précise ensuite la Cour :

« Afin de garantir que les systèmes de distribution sélective s'inspirent uniquement de cette finalité et ne puissent pas être créés et utilisés en vue d'atteindre des objectifs non conformes au droit communautaire, la Cour a précisé dans son arrêt du 25 octobre 1977 (Metro/Commission, recueil p. 1875) que ces systèmes sont admissibles à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, et que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire. »³⁰⁹

Cette position très ferme de la Cour, suivant laquelle les contrats de distribution sélective ne peuvent avoir pour but de créer des entraves inadmissibles à la concurrence et, partant, d'affecter le commerce entre États membres en portant préjudice à la libre circulation des marchandises et en empêchant les importations parallèles, a été confirmée par la jurisprudence constante de la Cour.

La doctrine est totalement en phase sur ce point avec la jurisprudence estimant que : « les tentatives d'un titulaire visant à empêcher les importations parallèles au sein d'un réseau de distribution sélective sont illicites, car elles cloisonnent le marché commun »³¹⁰.

Un exemple intéressant est également donné dans l'affaire *Yves Saint-Laurent c. Javico*³¹¹, dans laquelle était en cause un contrat de distribution conclu entre le parfumeur, Yves Saint-Laurent, et *Javico*, comprenant des clauses prévoyant pour le distributeur, d'une part, une obligation d'exportation de produits cosmétiques de luxe vers un pays tiers et, d'autre part, une interdiction de réimportation et de commercialisation de ces produits vers l'Union européenne. L'affaire est intéressante dans la mesure où le distributeur concerné, bien qu'ayant son siège dans l'Union européenne, ne faisait pas partie du réseau de distribution sélective d'Yves Saint-Laurent, et s'était vu confier la distribution dans des marchés tiers.

De surcroît, le réseau de distribution sélective d'Yves Saint-Laurent bénéficiait d'une exemption individuelle de la part de la Commission.

³⁰⁹ *Id.*, par. 35.

³¹⁰ Valentine KORAH, *Selective Distribution*, [1994] 2 ELCR 101.

³¹¹ *Javico c. Yves Saint-Laurent*, C-306/96, [1998] E.C.R. I-1983.

La Cour d'appel de Versailles s'est inquiétée de la compatibilité des clauses des contrats Javico avec le droit européen

Yves Saint-Laurent a conclu avec *Javico*, dont le siège social est situé en Allemagne, deux contrats pour la distribution de ses produits, l'un concernant la Russie et l'Ukraine, et l'autre la Slovénie.

« Le contrat pour la distribution en Russie et en Ukraine prévoit :

1. Nos produits sont destinés à être vendus uniquement sur le territoire des Républiques de Russie et d'Ukraine.

En aucune circonstance ils ne pourront quitter le territoire des Républiques de Russie et d'Ukraine.

2. Votre société promet et garantit que la destination finale des produits sera sur le territoire des Républiques de Russie et d'Ukraine, et qu'elle ne vendra les produits qu'à des marchands situés sur le territoire des Républiques de Russie et d'Ukraine. En conséquence, votre société fournira les adresses des points de distribution des produits sur le territoire des Républiques de Russie et d'Ukraine, ainsi que le détail des produits par point de distribution.

[...]

6. Le contrat pour la distribution en Slovénie stipule :

Afin de protéger la haute qualité de la distribution des produits dans d'autres pays du monde, le distributeur accepte de ne pas vendre les produits hors du territoire ou à des revendeurs non agréés du territoire. »³¹²

Ces deux clauses, dont l'objet était d'empêcher toute réimportation parallèle vers l'Union européenne, ont apparemment été rapidement violées car, peu après la conclusion desdits contrats, Yves Saint-Laurent a constaté la présence au Royaume-Uni, en Belgique et aux Pays-Bas de produits vendus à *Javico* et qui devaient être distribués en Russie, en Ukraine et en Slovénie. Yves Saint-Laurent a dès lors résilié les contrats et a saisi le tribunal de commerce de Nanterre qui, par jugement du 21 octobre 1994, a déclaré fondée la résiliation des deux contrats et a fait droit à la demande d'Yves Saint-Laurent au paiement d'une indemnité contractuelle et de dommages et intérêts.

³¹² *Id.*, par. 5 et 6.

La Cour d'appel se posa la question de la compatibilité de certaines clauses avec le droit européen de la concurrence et posa à la Cour les questions suivantes :

« 1) Lorsque, par contrat, une entreprise (le fournisseur) située dans un État membre de l'Union européenne confie à une autre entreprise (le distributeur) située dans un autre État membre la distribution de ses produits dans un territoire situé hors de l'Union, l'article 101, paragraphe 1, du Traité doit-il être interprété comme interdisant, dans ledit contrat, les dispositions faisant défense au distributeur de procéder à toute vente dans un territoire autre que le territoire contractuel, donc à toute vente dans l'Union, tant par commercialisation directe que par réexpédition depuis le territoire contractuel? »³¹³

La première question portait ainsi sur la validité de la clause d'interdiction de réimportation en tant que telle.

« 2) Dans l'hypothèse où l'article 101, paragraphe 1, susmentionné, interdirait de telles dispositions contractuelles, doit-il être interprété comme insusceptible d'application lorsque le fournisseur distribue par ailleurs ses produits sur le territoire de l'Union par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective ayant fait l'objet d'une décision d'exemption en application du paragraphe 3 du même article? »³¹⁴

La deuxième question portait donc sur le point de savoir si une telle clause pouvait être admise en raison de l'existence d'un réseau de distribution sélective exempté par la Commission.

Sur la première question, la Cour rappelle d'abord :

« 11. En vertu d'une jurisprudence constante (voir, notamment, arrêts du 30 juin 1966, Société technique minière, 56/65, Rec. p. 337, et du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429), les accords entre opérateurs situés à des stades différents du processus économique peuvent tomber sous l'interdiction édictée par l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.

12. Pour déterminer si des accords tels que ceux conclus entre YSLP et Javico relèvent de l'interdiction mentionnée à cette disposition, il y a lieu d'examiner si l'interdiction de livrer qui en résulte a pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun et si elle est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres. »³¹⁵

La Cour est évidemment bien consciente que ce sont les importations parallèles qui sont visées par les clauses querellées. Elle précise donc qu'un accord qui impose au revendeur de ne pas revendre les produits contractuels en dehors du territoire contractuel a pour objet d'exclure les importations parallèles à l'intérieur de la Communauté et de restreindre ainsi la concurrence dans

³¹³ *Id.*, par. 9.

³¹⁴ *Id.*

³¹⁵ *Id.*, par. 11 et 12.

le marché commun.³¹⁶ De telles clauses, qui s'insèrent dans des contrats de distribution à l'intérieur de la Communauté, constituent donc, par leur nature même, une restriction de la concurrence.³¹⁷

« Or, pour être susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, une décision, un accord ou une pratique doivent, sur la base d'un ensemble d'éléments de fait et de droit, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'ils puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres. Il faut, en outre, que cette influence ne soit pas insignifiante (arrêt du 9 juillet 1969, *Völk*, 5/69, Rec. p. 295, point 5). »³¹⁸

La Cour a cependant bien relevé que les accords litigieux visent avant tout des territoires situés hors de l'Union européenne³¹⁹.

A priori, il apparaîtrait, au plan strictement juridique, qu'un accord, comportant l'engagement pris par le revendeur à l'égard du titulaire de destiner la commercialisation des produits contractuels à un marché situé à l'extérieur de la Communauté, ne saurait être considéré comme ayant pour objet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun et comme étant susceptible d'affecter, en tant que tel, le commerce entre les États membres.

Par la suite, la Cour va faire une distinction cruciale entre l'objet et l'effet de tels accords, distinction que nous avons déjà mentionnée lors de l'examen de la décision *Grosfillex* de la Commission ainsi que dans l'introduction de la présente section concernant le droit européen de la concurrence. Certes, à première vue, les stipulations litigieuses n'ont pas pour objet, par leur nature même, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun au sens de l'article 101, paragraphe 1, du Traité.

Cependant, l'appréciation des effets de ces accords implique la nécessité de prendre en considération les contextes économique et juridique dans lesquels ils s'insèrent³²⁰ et, notamment,

³¹⁶ Voir notamment l'arrêt du 8 février 1990, *Tipp-Ex/Commission*, C-279/87, point 22, Rec. p. I-261.

³¹⁷ *Id.*, par. 14.

³¹⁸ *Id.*, par. 16.

³¹⁹ À l'époque, la Slovénie n'était pas membre de l'Union européenne.

³²⁰ *C.f. Almelo*, C-393/92, [1994] E.C.R. I-1477, par. 37.

le fait qu'Yves Saint-Laurent ait établi à l'intérieur de la Communauté un système de distribution sélective bénéficiant d'une exemption de la part de la Commission.

La Cour considère qu'il importe d'effectuer une appréciation d'ordre économique consistant à déterminer : 1) si le marché communautaire des produits en cause est caractérisé par une structure oligopolistique laissant un faible degré de concurrence à l'intérieur du réseau communautaire de distribution de ces produits, et 2) s'il existe un différentiel de prix sensible entre les prix des produits contractuels pratiqués à l'intérieur de la Communauté et ceux pratiqués à l'extérieur de celle-ci. Un tel différentiel n'est toutefois pas de nature à altérer le jeu de la concurrence s'il est érodé par le niveau des droits de douane ainsi que par les coûts de transport et les autres coûts découlant de l'exportation du produit vers un pays tiers suivie de sa réimportation dans la Communauté.

Compte tenu de cette appréciation d'ordre économique, la Cour répond finalement comme suit à la première question : « l'essentiel n'est pas dans l'objet de la clause mais dans l'effet de celle-ci en raison des circonstances économiques. »

Dans ces conditions, il convient de répondre à la première question comme suit : « l'article 101, paragraphe 1, du Traité, interdit toute clause par laquelle un fournisseur, établi dans un État membre de la Communauté, défend à un distributeur, établi dans un autre État membre mais auquel il confie la distribution de ses produits dans un territoire situé hors de la Communauté, de procéder à toute vente dans un territoire autre que le territoire contractuel. Cette interdiction s'applique si celle-ci a pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur de la Communauté ou, tout au moins, si elle risque d'affecter les courants d'échange entre les États membres.

Tel peut être le cas lorsque le marché communautaire des produits en cause est caractérisé par une structure oligopolistique ou par un différentiel sensible entre les prix du produit contractuel pratiqués à l'intérieur de la Communauté et ceux pratiqués à l'extérieur de la Communauté et lorsque, compte tenu de la position occupée par le fournisseur des produits concernés et de l'ampleur de la production et des ventes dans les États membres, l'interdiction comporte un risque d'influence sensible sur les courants d'échange entre les États membres susceptible de nuire à la réalisation des objectifs du marché commun.

Ainsi, pour apprécier l'application de dispositions d'ordre juridique, la Cour va exécuter une véritable magistrature d'ordre économique³²¹.

Sur la seconde question, la Cour se contente de répondre :

« Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la seconde question que des clauses qui visent à empêcher un distributeur de vendre directement ainsi que de réexporter dans la Communauté des produits contractuels qu'il s'est engagé à vendre dans des pays tiers n'échappent pas à l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au motif que le fournisseur communautaire concerné distribue ses produits à l'intérieur de la Communauté par l'intermédiaire d'un système de distribution sélective qui fait l'objet d'une décision d'exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3, dudit Traité. »³²²

c) Les contrats de licence exclusive

La question des licences exclusives n'a pas manqué d'être soulevée devant les tribunaux dans le contexte du blocage des importations parallèles.

La décision de référence est l'arrêt *Nungesser*, lequel sera à ce point important qu'il inspirera les règlements européens ultérieurs sur les contrats de licence de droits intellectuels et de transfert de technologie³²³.

Comme chacun le sait, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut décider de l'exploiter lui même et, en ce sens, il dispose d'un monopole sur la fabrication et la première mise en circulation du produit qui en découle³²⁴.

Il peut aussi décider d'en céder les droits d'exploitation à un tiers en lui accordant une licence. L'octroi d'une licence n'est pas contraire en soi au droit de la concurrence, mais certaines dispositions d'un contrat de licence peuvent parfois l'être. Ce sera le cas du donneur de licence qui s'engage, par exemple, à ne pas faire concurrence au preneur de licence ou à ne pas conférer de licence à d'autres entreprises sur un territoire donné.

³²¹ Voir le commentaire de Valentine KORAH : « *In Javico, the economic context was important. Such a restraint might have an effect in the Common market when the market was oligopolistic or where there was a significant difference in price between products inside and outside the Common Market* ». Valentine KORAH, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Portland (USA), éd. Hart Publishing, 2006, p. 16.

³²² *Javico c. Yves Saint-Laurent*, préc., note 311, par. 33.

³²³ *Nungesser c. Commission*, C-258/78, [1982] E.C.R. I-2015.

³²⁴ Voir à ce propos la jurisprudence au sujet de l'objet spécifique du droit intellectuel dans la section C consacrée à la libre circulation des marchandises.

Bien entendu, il va de soi que les restrictions visant à créer une « protection territoriale absolue », ou à supprimer toute concurrence de la part d'importateurs parallèles, seront sévèrement sanctionnées.

Dans ce contexte, la Cour a considéré dans l'arrêt *Nungesser* que certaines clauses de l'accord entre les parties (effectivement, *NRA* et *Nungesser*) qui, en tant que telles n'accordaient pas de protection territoriale absolue, étaient admissibles sous l'angle du droit de la concurrence mais que, par contre, une licence qui accordait une protection territoriale absolue, y compris contre les importations parallèles, ne pouvait se voir octroyer une exemption sous l'angle de l'article 101, paragraphe 3, du Traité :

« Il convient de rappeler ensuite que, d'après la jurisprudence de la Cour (arrêt du 15.6.1976, EMI Records, affaire 51/75, recueil p. 811), un droit de propriété industrielle ou commerciale, en tant que statut légal, échappe aux éléments contractuels ou de concertation envisagés par l'article 101, paragraphe 1, du Traité, mais que son exercice peut tomber sous les prohibitions du Traité s'il apparaît comme étant l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente. »³²⁵

Après avoir ainsi rappelé la distinction fondamentale entre l'existence d'un droit de propriété intellectuelle et son exercice qui peut poser problème, la Cour précise que :

« Un tel exercice d'un droit de propriété industrielle ou commerciale prohibé par les dispositions du Traité, en particulier par l'article 101, paragraphe 1, se présente notamment, comme la Cour l'a souligné dans son arrêt du 20 juin 1978 (*Tepea*, affaire 28/77, recueil p. 1391), lorsque la combinaison d'un accord consistant en la concession du droit exclusif d'utiliser un droit de propriété industrielle ou commerciale dans un certain territoire et d'un accord reconnaissant au licencié la qualité de distributeur exclusif sur ce même territoire, a pour effet d'assurer au licencié une protection territoriale absolue en empêchant les importations parallèles. »³²⁶

Plus loin dans son arrêt, la Cour précise avec force qu'il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour³²⁷, la protection territoriale absolue en faveur d'un licencié, destinée à permettre le contrôle et l'entrave des importations parallèles aboutit au maintien artificiel de marchés nationaux distincts contrairement au prescrit du Traité.³²⁸ Comme exposé

³²⁵ *Id.*, par. 28.

³²⁶ *Id.*, par. 29.

³²⁷ *Grundig et Consten*, affaires 56 et 58/64, recueil 1966, p. 429.

³²⁸ *Id.*, par. 61.

ci-avant, toute clause de protection territoriale absolue est *per se* une clause noire, empêchant toute appréciation et/ou justification par un contexte économique prétendument particulier³²⁹.

Enfin, après ce énième rappel de la jurisprudence fondamentale consacrée par l'arrêt *Consten et Grundig* et en visant une éventuelle exemption d'accords instituant par ailleurs une protection territoriale absolue, la Cour précise avec fermeté :

« Il y a lieu de rappeler qu'aux termes de l'article 101, paragraphe 3, du Traité, une exemption de l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, peut être octroyée à tout accord entre entreprises qui contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique, sans pour autant imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs.

[...]

[...] la protection territoriale absolue accordée au licencié, telle que la décision attaquée l'a constatée, constituait cependant un motif suffisant pour justifier le refus d'octroyer une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3, du Traité. Par conséquent, il n'est plus nécessaire d'examiner les autres motifs que comporte la décision pour refuser l'octroi d'une telle exemption. »³³⁰

Il est intéressant de noter que l'arrêt *Nungesser* a revêtu une importance telle que la Commission s'en est largement inspirée pour la rédaction de ses premiers règlements relatifs à l'exemption par catégorie de certains accords de licences de brevets³³¹ et de savoir-faire³³². Ainsi est né, à la suite de cet arrêt, le concept de « clauses noires », c'est-à-dire ces clauses, entre autres, qui ne peuvent être exemptées car elles créent une protection territoriale absolue. Ce concept a été repris dans une série d'autres règlements, dont le *Règlement de la Commission sur les restrictions verticales*³³³.

³²⁹ Voir à ce propos : V. KHORA, préc., note 321, p. 31; C. STOTHERS, préc., note 38, pp. 176-177.

³³⁰ *Id.*, par. 76 à 78.

³³¹ CE, Règlement (CEE) n°2349/84 de la Commission du 23 juillet 1984 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité CEE à des catégories d'accords de licence de brevets, [1985] J.O. L 113/35.

³³² CE, Règlement (CEE) 556/89 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de licence de savoir-faire, [1989] J.O. L 61/01.

³³³ Règlement (UE) No 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

d) Règle constante : interdiction de la protection territoriale absolue

Dans tout le contentieux relatif aux relations entre le droit des ententes et les importations parallèles, revient continuellement la règle fondamentale suivant laquelle si une certaine protection territoriale peut être accordée, elle ne peut jamais déboucher sur une protection territoriale absolue, excluant définitivement toute importation parallèle.

Comme l'a justement précisé la Cour dans l'arrêt *Tipp-Ex*:

« Selon une jurisprudence constante (voir notamment l'arrêt du 13 juillet 1966, *Consten-Grundig/Commission*, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429), la protection territoriale absolue stipulée en faveur du distributeur dans un accord de distribution exclusive et destinée à permettre le contrôle et l'entrave des importations parallèles, aboutit au maintien artificiel de marchés nationaux distincts, contraire au Traité, de sorte qu'elle constitue une infraction à l'article 101, paragraphe 1er, de ce dernier. »³³⁴

e) Abus de position dominante et importations parallèles

L'article 102 du Traité³³⁵ condamne le fait pour certaines entreprises, en position dominante sur un marché déterminé, d'abuser de leur position en adoptant certains comportements de nature à fausser la concurrence et affecter le commerce entre États membres.

Inévitablement, ce type de comportement ne pourra manquer d'avoir un effet négatif sur les importations parallèles et ce, en les rendant difficiles elles-mêmes ou, dans certains cas, totalement impossibles.

³³⁴ *Tipp-Ex c. Commission*, préc., note 284.

³³⁵ Article 2 du TFUE. « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

La jurisprudence de la Cour tiendra cependant toujours à préciser que trois conditions devront être réunies : la position dominante sur un marché pertinent, l'exploitation abusive de cette position ainsi que la résultante de l'affectation du commerce entre États membres.

À noter que les cas les plus instructifs, concernant les restrictions à la concurrence par le biais de droits de propriété intellectuelle par des entreprises en position dominante, relèvent du droit d'auteur ou des droits dérivés de celui-ci.

Selon le professeur BELLIS, il y a abus dans ce cadre lorsque « l'entreprise en cause est amenée par le simple exercice de droits spéciaux ou exclusifs (...) à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus »³³⁶.

Le premier cas que nous examinerons dans ce contexte concerne un abus de position dominante dans le domaine de la télédiffusion, l'affaire *Magill*³³⁷. En l'espèce, il s'agit de produits très particuliers, à savoir des grilles de programmes.

Dans ce litige, la Cour a estimé que l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif.

Plusieurs sociétés de télédiffusion se prévalaient du droit d'auteur conféré par la législation nationale pour empêcher une autre entreprise de publier des informations (la chaîne, le jour, l'heure et le titre des émissions), assorties de commentaires et d'images, obtenues indépendamment desdites sociétés, sur une base hebdomadaire. L'abus en résultant était double.

En premier lieu, ce comportement faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, une grille hebdomadaire complète des programmes de télévision, que les sociétés intéressées n'offrent pas, et pour lequel existe une demande potentielle de la part des consommateurs, ce qui constitue un abus suivant l'article 102, deuxième alinéa, paragraphe b) du Traité. En deuxième lieu, le refus n'était justifié ni par l'activité de radiodiffusion télévisuelle, ni par celle d'édition de magazines de télévision. Enfin, les sociétés intéressées se réservent, par leur comportement, un marché

³³⁶ J.-F. BELLIS, préc., note 228, p.498.

³³⁷ *Radio Telefís c. Commission*, C-241/91 et C-242/91, [1995] E.C.R. I-0743 [Magill].

dérivé, celui des guides hebdomadaires de télévision, en excluant toute concurrence sur ce marché puisqu'elles déniaient l'accès à l'information brute, matière première indispensable pour créer un tel guide.

À première vue, on aurait pu penser que ce genre de cas ne concerne pas la problématique des importations parallèles, puisqu'il s'agit apparemment d'un conflit où sont impliqués les programmes de télévision nationale.

Pourtant, la Cour prend soin de préciser que pour que la condition d'affectation du commerce entre États membres, au sens dudit article 102 du Traité, soit remplie, il n'est pas nécessaire que le comportement incriminé ait effectivement affecté ce commerce de manière sensible. Il suffit d'établir que ce comportement est de nature à avoir un tel effet. Tel est le cas lorsqu'une entreprise exclut tout concurrent potentiel (en ce compris d'autres États membres) sur le marché géographique constitué par un État membre et une partie d'un autre État membre modifiant ainsi la structure de la concurrence sur ce marché en bloquant, ou tout au moins en entravant, le flux d'échanges potentiels entre lesdits États membres.

En l'espèce, les chaînes de télévision publiques *ITP*, *RTE* et *BBC*, fortes de leur droit d'auteur, pratiquaient une politique restrictive en ce qui concerne la diffusion de leur grille de programmes. Elles diffusaient gratuitement, sur demande, auprès de la presse quotidienne ou périodique, la grille des programmes de leurs émissions, accompagnée d'une licence, à titre gratuit, qui fixait les conditions dans lesquelles ces informations pouvaient être reproduites. Les programmes quotidiens ainsi que la veille des jours fériés, la grille des programmes de deux jours pouvaient ainsi être publiés dans la presse, sous réserve de certaines conditions relatives au format de cette publication. La publication des « points forts » de la semaine était aussi autorisée. *ITP*, *RTE* et *BBC* veillaient au strict respect des conditions énoncées dans la licence en engageant, le cas échéant, une action judiciaire contre les publications de « francs-tireurs » qui ne s'y conformaient pas.

Magill tenta de publier une grille hebdomadaire complète des programmes de télévision, mais s'est vue refuser l'octroi de la licence par les trois chaînes de télévision susmentionnées et s'est vue interdire, par injonction judiciaire, la publication desdites grilles de programmes.

Elle a alors déposé plainte auprès de la Commission, le 4 avril 1986, sur le fondement de l'article 3, du Règlement n° 17, du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 101 et 102 du Traité³³⁸, en vue de faire constater que les requérantes (*ITP*, *RTE* et *BBC*) et *BBC* abusaient de leur position dominante en refusant d'octroyer des licences pour la publication de leur grille de programmes hebdomadaires respective.

À la suite de cette procédure, la Commission a pris une décision constatant l'infraction à l'article 102 du Traité et a enjoint aux trois sociétés de mettre fin à l'infraction, notamment, « en fournissant aux tiers, sur demande et sur une base non discriminatoire, leur grille de programmes d'émissions hebdomadaires établie à l'avance et en permettant la reproduction de ces grilles de programmes par ces tierces parties ». Il était également indiqué que, si les trois sociétés choisissaient d'accorder des licences de reproduction, les éventuelles redevances devaient être d'un montant raisonnable.

Un premier recours, sans succès pour les trois chaînes de télévision, fut introduit devant le Tribunal de première instance. Ensuite, l'affaire parvint devant la Cour introduit par les mêmes personnes morales.

Pour l'essentiel, la Cour paraphrase l'argumentation du Tribunal de première instance :

« Le Tribunal a néanmoins jugé que, s'il est certain que l'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée [les grilles de programme] ne présentait pas, en soi, un caractère abusif, il en allait différemment lorsqu'il apparaît, au vu des circonstances propres à chaque cas d'espèce, que les conditions et modalités d'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée poursuivent, en réalité, un but manifestement contraire aux objectifs de l'article 86. Dans une telle hypothèse, poursuit le Tribunal, l'exercice du droit d'auteur ne répond plus à la fonction essentielle de ce droit, au sens de l'article 36 du Traité, qui est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86. Le Tribunal en conclut que, dans ce cas, la primauté qui s'attache au droit communautaire, notamment pour des principes aussi fondamentaux que ceux de la libre circulation des marchandises et de la libre concurrence, l'emporte sur une utilisation, non conforme à ces principes, d'une règle nationale édictée en matière de propriété intellectuelle (arrêt *ITP*, point 56). »³³⁹

À nouveau, sont exprimés ici les critères essentiels dégagés préalablement par la Cour lorsqu'il s'agit de déterminer les atteintes pouvant être portées par les droits de propriété intellectuelle à la

³³⁸ CE, *Règlement du conseil n°17 : premier règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité*, [1962] J.O. L 13/204 [règlement no 17].

³³⁹ *Magill*, préc., note 337, par. 28.

liberté des échanges : d'une part, la distinction entre l'existence du droit de propriété intellectuelle qui n'est pas remise en cause, et l'exercice de celui-ci qui peut être préjudiciable et, d'autre part, le dépassement de l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle.

« Il a ainsi jugé [le tribunal] qu' un comportement de ce type qui se caractérise par l'obstacle mis à la production et à la commercialisation d'un produit nouveau, pour lequel existe une demande potentielle de la part des consommateurs, sur le marché annexe des guides hebdomadaires de télévision, et par l'exclusion corrélative de toute concurrence dudit marché, dans le seul but de maintenir le monopole de chacune des requérantes allait manifestement au-delà de ce qui est indispensable à la réalisation de la fonction essentielle du droit d'auteur, telle qu'elle est admise en droit communautaire. »³⁴⁰

Il s'agissait là d'un point essentiel de la décision rendue par le Tribunal de première instance dans l'affaire *Magill* : « un refus de licence peut être considéré comme abusif quand l'entreprise qui a demandé la licence a l'intention d'offrir, sur le marché de la fourniture des données en cause, des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs »³⁴¹.

Considérant ce qui précède, le Tribunal de première instance a constaté que, bien que les grilles de programmes aient été couvertes par le droit d'auteur au moment des faits litigieux, tel qu'il est consacré par le droit national qui demeure compétent pour déterminer les modalités de cette protection, le comportement incriminé n'était pas susceptible de bénéficier de cette protection dans le cadre de la nécessaire conciliation qui doit s'opérer entre les droits de propriété intellectuelle et les principes fondamentaux du *Traité relatifs à la libre circulation des marchandises et à la libre concurrence*. En effet, ce comportement poursuivait des objectifs manifestement antinomiques avec ceux de l'article 102 du *Traité*³⁴².

L'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles³⁴³, donner lieu à un comportement abusif.

³⁴⁰ *Id.*, par. 30.

³⁴¹ J.F. BELLIS, préc., note 228, n° 131, p. 523.

³⁴² *Id.*, par. 60.

³⁴³ Voir S. DUSSOLIER, préc., note 16, p.51 : « les circonstances exceptionnelles qui permettent de qualifier d'abusif un refus de licence sont notamment : le fait que le refus porte sur un produit ou un service indispensable pour l'exercice d'une activité donnée sur un marché voisin, le fait que le refus est de nature à exclure toute concurrence effective sur ce marché voisin ; et lorsque l'objet de la licence porte sur un droit de propriété intellectuelle, le fait que le refus fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs ».

Le professeur VAN BUNNEN relève ainsi, en référence à l'arrêt *Magill*: «la jurisprudence relative au refus d'accorder une licence³⁴⁴ [...] d'un droit intellectuel exclusif à un tiers candidat à cette licence [...] ne constitue pas en soi-même un abus de position dominante [...],[mais] ajoute que cet exercice du droit exclusif peut dans des circonstances exceptionnelles donner lieu à un comportement abusif. »³⁴⁵

En l'espèce, le comportement abusif reprochable aux sociétés de diffusion est de se prévaloir du droit d'auteur, conféré par la législation nationale, pour empêcher *Magill* ou toute autre entreprise de publier des informations sur une base hebdomadaire.

Cette décision a été critiquée par certains auteurs, notamment par le professeur D.G. MCFETRIDGE, lequel prétend que la Cour n'aurait pas dû ordonner l'imposition d'une licence obligatoire puisque dans ce cas : « [le] refus d'accorder une licence d'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle ne réduit pas la concurrence sous le niveau qui aurait prévalu si l'innovation initiale (des programmations de télévision) n'avait pas été télévisée.³⁴⁶ »³⁴⁷

Du point de vue de la problématique des importations parallèles, en l'espèce une grille de programmes, il restait à déterminer si cet abus affectait le commerce entre États membres.

Or, le marché pertinent concernait deux marchés nationaux : ceux du Royaume-Uni et de l'Irlande :

« Le Tribunal a motivé cette conclusion par la répercussion du refus de la requérante d'autoriser les tiers à publier ses grilles sur la structure de la concurrence sur le territoire de l'Irlande et de l'Irlande du Nord. Elle aurait ainsi exclu toute concurrence potentielle sur le marché en cause, "ce qui a eu pour effet de maintenir le cloisonnement des marchés ... (d') Irlande et (d') Irlande du

³⁴⁴ *Volvo c. Weng*, [1988] R.J.C. 624 : La cause *Volvo c. Weng* représente un autre exemple du refus d'accorder une licence par un titulaire de droit de propriété intellectuelle. Volvo avait refusé d'accorder une licence à la société Weng pour l'utilisation de pièces d'automobile brevetées. Citée par C. MASSE, préc., note 17, p. 86

³⁴⁵ L. VAN BUNNEN Examen de jurisprudence 2001-2005 Droit d'auteur et droits voisins - Dessins et modèles, RCJB 2005, n° 35, p.177.

³⁴⁶ D.G. MCFETRIDGE, « Propriété intellectuelle, diffusion de la technologie et croissance dans l'économie canadienne », dans R.D. ANDERSON et N.T. GALLINI (dir.), *La politique de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir*, Calgary, University of Calgary Press, 1998, 109.

³⁴⁷ « Ce raisonnement repose sur l'idée que, sans la création initiale des horaires individuels de télévision, aucun horaire de télévision hebdomadaire n'aurait pu être développé. Suivre ce raisonnement à la lettre nous amènerait à conclure que le refus d'accorder une licence sur un droit de propriété intellectuelle ne pourra jamais constituer un acte anticoncurrentiel puisqu'aucune concurrence n'aurait existé avant le développement du produit faisant l'objet d'une protection de propriété intellectuelle. » C. MASSE, préc., note 17, p. 86.

Nord". Il a relevé que l'effet sensible de la politique incriminée sur les courants d'échange potentiels entre l'Irlande et le Royaume-Uni était attesté par l'existence d'une demande spécifique pour un magazine général de télévision. Il a ajouté que "le territoire géographique en cause, sur lequel un marché unique des services de télédiffusion est déjà réalisé, représente corrélativement un marché unique de l'information sur les programmes de télévision, compte tenu en particulier de la grande facilité des échanges du point de vue linguistique" (point 77).

[...]

La Cour rappelle ensuite que, pour que la condition d'affectation du commerce entre États membres soit remplie, il n'est pas nécessaire que le comportement incriminé ait effectivement affecté ce commerce de manière sensible. Il suffit d'établir que ce comportement est de nature à avoir un tel effet³⁴⁸.

« En l'espèce, le Tribunal a constaté que la requérante a exclu tout concurrent potentiel sur le marché géographique constitué par un État membre et une partie d'un autre État membre, à savoir l'Irlande et l'Irlande du Nord, et a donc modifié la structure de la concurrence sur ce marché, ce qui a affecté le flux d'échanges potentiels entre l'Irlande et le Royaume-Uni. Le Tribunal en a déduit à juste titre que la condition d'affectation du commerce entre États membres était remplie. »³⁴⁹

Pour le professeur VAN BUNNEN, les conditions d'un abus de position dominante étaient ainsi réunies dans le chef de l'entreprise titulaire du droit de propriété intellectuelle, car son refus « faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau réclamé par les consommateurs », « était dépourvu de justification objective » et enfin, « était de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé. »³⁵⁰

Un problème similaire d'abus de position dominante sur la base du droit d'auteur ayant entravé le flux des échanges s'est posé dans l'affaire *Lucazeau*³⁵¹. Ce sont cette fois des sociétés nationales de gestion de droit d'auteur qui étaient concernées, ayant abusé de leur puissance, pour entraver des flux d'échanges transfrontaliers.

L'affaire concernait une application cumulée de deux dispositions majeures du droit de la concurrence, c'est-à-dire à la fois celles sur les ententes et celles sur l'abus de position dominante.

³⁴⁸ Arrêts *Michelin/Commission*, préc., point 104, et du 23 avril 1991, *Hoefner et Elser*, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 32.

³⁴⁹ *Id.*, par. 60, 69 et 70.

³⁵⁰ L. VAN BUNNEN, préc., note 16, n° 35 et p.177; Sur le même sujet, Valentine KORAH, préc., note 321, p.128 – 139.

³⁵¹ *Lucazeau c. SACEM*, C-110/88, C-241/88 et C-242/88, [1989] E.C.R., I-2811.

« Dans ces conditions, il apparaît que les contrats de représentation réciproque entre sociétés de gestion visent un double but : d'une part, ils cherchent à soumettre l'ensemble des œuvres musicales protégées, quelle qu'en soit l'origine, à des conditions identiques pour les usagers établis dans un même État, conformément au principe retenu par la réglementation internationale; d'autre part, ils permettent aux sociétés de gestion de s'appuyer, pour la protection de leur répertoire dans un autre État, sur l'organisation mise en place par la société de gestion qui y exerce ses activités, sans être contraintes d'ajouter à cette organisation leurs propres réseaux de contrats avec les utilisateurs et leurs propres contrôles sur place.

Il résulte de ces considérations que les contrats de représentation réciproque en cause sont des contrats de prestation de services qui ne sont pas, en eux-mêmes, restrictifs de la concurrence de façon à relever de l'interdiction prévue par l'article 101, paragraphe 1, du Traité. Il pourrait en être autrement si ces contrats instituaient une exclusivité en ce sens que les sociétés de gestion se seraient engagées à ne pas donner l'accès direct à leur répertoire aux utilisateurs de musique enregistrée, établis à l'étranger; toutefois, il ressort du dossier que ce type de clauses d'exclusivité figurant jadis dans les contrats de représentation réciproque a été supprimé à la demande de la Commission. »³⁵²

Il pourrait en être autrement si ces contrats de prestation de services instituaient une exclusivité en ce sens que les sociétés de gestion se seraient engagées à ne pas donner l'accès direct à leur répertoire aux utilisateurs de musique enregistrée établis à l'étranger.³⁵³

Concernant plus particulièrement l'abus de position dominante, la Cour a estimé que :

« Une société nationale de gestion de droits d'auteur se trouvant en position dominante sur une partie substantielle du marché commun impose des conditions de transaction non équitables lorsque les redevances qu'elle applique aux discothèques sont sensiblement plus élevées que celles pratiquées dans les autres États membres, dans la mesure où la comparaison des niveaux des tarifs a été effectuée sur une base homogène. Il en serait autrement si la société de droits d'auteur en question était en mesure de justifier une telle différence en se fondant sur des divergences objectives et pertinentes entre la gestion des droits d'auteur dans l'État membre concerné et cette même gestion dans les autres États membres. »³⁵⁴

Selon les éminents spécialistes de la matière des droits d'auteur, les pratiques fustigées dans l'arrêt *Lucazeau* n'ont malheureusement rien d'exceptionnel. Me Emmanuel CORNU s'est ainsi penché sur les questions récurrentes relatives aux « *abus des sociétés de gestion collective relatifs aux rapports avec les utilisateurs des œuvres (exploitants de discothèques, organismes de radiodiffusion etc.)* »³⁵⁵ tandis que le professeur VAN BUNNEN a relevé « qu'un rapport d'enquête daté du 7 novembre 1991, émanant d'experts désignés par la Commission, a comparé les

³⁵² *Id.*, par. 13 et 14.

³⁵³ *Id.*, par. 14.

³⁵⁴ *Id.*, par. 33.

³⁵⁵ E. CORNU, « *L'exercice du droit d'auteur peut-il constituer un abus de position dominante et dans quelles circonstances ?* », Ing. - Cons., n° 1, Bruxelles, éd. Bruylant, 2003, p.28 et s..

redevances annuelles payées par une discothèque : les tarifs français s'ils étaient, à l'époque de l'enquête, proches de ceux pratiqués en Italie, étaient supérieurs de l'ordre du multiple, par rapport à tous les autres pays : quatre fois plus qu'en Espagne, huit fois plus qu'au Royaume Uni, quinze fois plus qu'en Allemagne. »³⁵⁶ Il va de soi que, dans un tel contexte, les abus de position dominante, mettant des entraves aux flux transfrontaliers, n'ont évidemment rien d'exceptionnel.

Parallèlement aux cas d'application d'abus de position dominante en matière de droit d'auteur, il est également intéressant de relever un cas d'abus de position dominante en matière de dessins et modèles. Celui-ci nous intéresse de manière plus directe puisqu'il s'agit clairement de faire obstacle à l'importation de produits industriels, à savoir des éléments de carrosserie d'un véhicule automobile, impliquant le constructeur automobile *Volvo*³⁵⁷.

Fidèle à sa jurisprudence antérieure, la Cour admet, en se référant à sa jurisprudence antérieure sur l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle et le droit pour son titulaire d'en garantir l'existence, que :

« [...] la faculté pour le titulaire d'un modèle protégé d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant le modèle protégé constitue la substance même de son droit exclusif. Il en résulte qu'une obligation imposée au titulaire du modèle protégé d'accorder à des tiers, même en contrepartie de redevances raisonnables, une licence pour la fourniture de produits incorporant le modèle aboutirait à priver le titulaire de la substance de son droit exclusif, et que le refus d'accorder une pareille licence ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante [au sens de l'article 102 du Traité] »³⁵⁸

Cependant, reprenant la distinction fondamentale qu'elle a établie entre la protection légitime de l'existence d'un droit et les suites négatives pour la libre concurrence que peut avoir l'exercice de celui-ci, la Cour estime que cet exercice pourrait poser problème dans l'hypothèse où une entreprise en position dominante en abuserait.

« Toutefois, l'exercice de ce droit exclusif par le titulaire d'un droit de modèle relatif à des éléments de carrosserie de voitures automobiles peut être interdit par l'article 102 s'il donne lieu, de la part d'une entreprise en position dominante, à certains comportements abusifs tels que le refus arbitraire de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants, la fixation des prix

³⁵⁶ L. VAN BUNNEN, préc., note 16, n° 32 et p.174.

³⁵⁷ *Volvo c. Veng*, C-238/87, [1988] E.C.R. I-6211.

³⁵⁸ *Id.*

des pièces de rechange à un niveau inéquitable ou la décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un certain modèle, alors que beaucoup de voitures de ce modèle circulent encore, à condition que ces comportements soient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. »³⁵⁹

En l'espèce, l'affectation du commerce des États membres n'a pas pu être établie « en fait » au vu des éléments du dossier mais, « en droit », la décision reste qu'une entreprise titulaire de droits de propriété intellectuelle ne peut abuser de sa position dominante pour adopter des comportements qui entravent le commerce entre États membres, notamment en empêchant des importations parallèles.

Les liens entre l'abus de position dominante et le blocage des importations parallèles furent également invoqués dans le secteur des équipements bureautiques et informatiques, plus particulièrement dans l'arrêt du Tribunal de première instance rendu dans l'affaire *Micro Leader Business*³⁶⁰.

« [...] si, en principe, l'exercice de droits d'auteur par leur titulaire, comme l'interdiction d'importer certains produits d'un territoire non communautaire vers un État membre de la Communauté, ne constitue pas en soi une violation de l'article 102 du Traité, un tel exercice peut toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif. [...] »³⁶¹

Dans cette affaire, l'interdiction des importations parallèles concernait des produits venant d'États tiers (Canada) à l'Union européenne. Dès lors, elle n'était pas en soi contraire aux dispositions des traités prévoyant la liberté des échanges et le maintien d'une libre concurrence.

« La société Micro Leader Business commercialise des produits bureautiques et informatiques en gros. Elle vend, notamment, plusieurs produits de marque Microsoft, fabriqués par la société Microsoft Corporation (ci-après « MC »), établie aux États-Unis d'Amérique. Jusqu'à l'interdiction d'exporter les copies des logiciels distribués au Canada, la requérante revendait, en particulier en France, les produits commercialisés par MC en langue française au Canada, identiques ou analogues aux produits commercialisés en France par la société Microsoft France (ci-après « MF »). »³⁶²

Dans un bulletin d'information du 27 septembre 1995 intitulé « Flash Microsoft News », Microsoft France (dénommée ci-après « MF ») a informé ses revendeurs en France qu'un certain

³⁵⁹ *Id.*

³⁶⁰ *Micro Leader Business c. Commission*, T-198/98, [1999] E.C.R. II-3989.

³⁶¹ *Id.*, par. 56.

³⁶² *Id.*, par. 1.

nombre de mesures avaient été prises pour renforcer l'interdiction de distribuer des produits canadiens en dehors du Canada. L'un des passages de ce bulletin d'information intitulé : «L'importation des produits canadiens en langue française», est dorénavant illégal indique :

« Depuis 18 mois, certains distributeurs via des importateurs proposaient sur le marché français des produits Microsoft canadiens en langue française. Ces produits perturbaient notre marché, car ils étaient commercialisés à des prix nettement inférieurs aux prix généralement constatés et pénalisaient les distributeurs qui utilisaient le réseau habituel Microsoft. Microsoft, face à ce problème de concurrence déloyale, et pour lutter contre cette importation illégale, a mis en place un certain nombre de mesures dont l'objectif est de renforcer l'interdiction de distribuer les produits canadiens en dehors du Canada [...]. »³⁶³

Micro Leader affirmait que, du fait de cette interdiction d'importer en France des produits de marque *MF* édités en langue française et commercialisés au Canada, elle aurait perdu, en octobre 1995, des commandes importantes de produits de marque.

Micro Leader déposa alors deux plaintes successives auprès de la Commission. L'une portant sur la violation du droit de la concurrence par une entente illégale entre *MF* et ses distributeurs et, l'autre, portant sur un abus de position dominante de la part de *MF*.

Ces deux plaintes furent rejetées par la Commission et un recours fut dès lors introduit par *Micro Leader* devant le Tribunal de première instance.

Micro Leader dénonça l'existence d'une pratique abusive, au sens de l'article 102 du Traité, consistant à interdire toute importation de produits édités en langue française sur le marché canadien afin de maintenir de hauts prix de revente sur le marché français.

Dans sa décision, la Commission avait rejeté les allégations de *Micro Leader* sur ce point. La Commission avait estimé qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir un quelconque abus en l'espèce.

La Commission disait notamment ce qui suit à *Micro Leader* :

« Vous prétendez aussi que le comportement de Microsoft pourrait être en violation de l'article 102 du Traité, en ce qu'il constituerait un abus de position dominante. Vous n'avez fourni que peu d'informations pour corroborer votre position selon laquelle Microsoft pourrait détenir une position dominante sur les marchés en cause; en outre, les produits Microsoft objets de votre

³⁶³ *Id.*, par. 2. al. 2.

plainte ne sont pas clairement définis. Votre envoi du 23 février 1998 contenait des extraits de presse se rapportant à la position prééminente de Microsoft sur le marché des logiciels, et en particulier à sa part de marché très importante sur le marché des systèmes d'exploitation pour micro-ordinateurs. De telles indications ne sont pas suffisantes pour établir l'existence d'une position dominante sur un marché en cause, au sens de l'article 102 du Traité. Il n'est pas à exclure qu'une enquête menée par la DG IV ne puisse établir que Microsoft détient une position dominante sur un ou plusieurs marchés des logiciels. Cependant, cette question n'a pas à trouver réponse dans cette affaire, étant donné que le comportement dont vous vous plaignez n'apparaît pas abusif, même si la position dominante de Microsoft sur le marché en cause était établie. Comme indiqué ci-dessus, les actions de Microsoft visant à empêcher l'importation de copies de ses logiciels pour lesquelles aucune licence d'utilisation n'a été accordée dans la Communauté et qui, par conséquent, bénéficient d'une protection juridique dans la Communauté, sont un exercice légitime de ses droits d'auteur. [...] »³⁶⁴

Affirmant ainsi le droit de *MF* de prendre les mesures nécessaires pour protéger l'existence de son droit d'auteur, la Commission ajoute que les circonstances précises de la cause ne révèlent pas de comportements abusifs³⁶⁵. En d'autres mots, il est reproché à *Micro Leader* de ne pas avoir prouvé que *MF* appliquait des prix moins élevés sur le marché canadien et des prix « excessifs » sur le marché européen.

³⁶⁴ *Id.*, par. 50, al. 2.

³⁶⁵ « [...] Comme indiqué également ci-dessus, cela ne correspond pas à une tentative d'influencer les prix de revente. De plus, aucun élément n'indique que Microsoft a refusé de vous approvisionner ou vous a vendu ses produits à des prix différents de ceux proposés à des clients comparables dans la Communauté. Pour que Microsoft soit coupable d'avoir imposé les prix de revente, il faudrait que soit établi qu'il cherchait à influencer les prix auxquels ses produits étaient revendus par ses distributeurs. Pour que Microsoft soit coupable d'avoir maintenu illicitement des prix à un niveau plus élevé sur le marché de l'EEE que sur le marché canadien, il faudrait qu'il soit prouvé que Microsoft, pour des transactions équivalentes, appliquait des prix plus bas sur le marché canadien que sur le marché européen, et que les prix européens étaient excessifs. Considérant qu'il n'y a aucune indication de telles pratiques ou d'éventuels autres abus, il ne semble pas nécessaire de poursuivre cet aspect de votre plainte. » *Id.*, par 50.

Cependant, lors de l'audience des plaidoiries, les représentants de la Commission, interpellés sur ce point par le Tribunal, de première instance ont déclaré candidement qu'«en l'absence d'indices illustrant une éventuelle pratique abusive, aucune mesure d'instruction particulière n'avait été adoptée pour déterminer s'il existait une différence effective entre les prix pratiqués par *MF* sur le marché canadien et ceux pratiqués sur le marché communautaire et pour en analyser les causes»³⁶⁶. Cette attitude va être fortement reprochée à la Commission par le Tribunal de première instance.

«[...] [Cependant,] les éléments de fait présentés par Micro leader constituent, à tout le moins, un indice que, pour des transactions équivalentes, Microsoft appliquait des prix plus faibles sur le marché canadien que sur le marché communautaire et que les prix communautaires étaient excessifs.

L'extrait du bulletin d'information de MF du 27 septembre 1995 indique, en effet, que les produits importés du Canada entraient en concurrence directe avec les produits commercialisés en France et que leurs prix de revente en France, malgré les frais découlant de leur importation d'un pays tiers à la Communauté, restaient sensiblement moins élevés. Les informations figurant dans ce bulletin d'information ne sauraient être considérées comme dénuées de toute valeur, puisqu'elles émanent d'une entreprise, MF (Microsoft France), appartenant au groupe titulaire des droits d'auteur sur les produits en cause. [...] »³⁶⁷

Le Tribunal de première instance reproche alors à la Commission, non sans vigueur, son laxisme, face à ces indices d'abus de la part de *MF* et rappelle la règle de principe à savoir : l'approbation de toutes mesures garantissant l'existence d'un droit de propriété intellectuelle en limitant l'exercice quand il met en jeu les principes fondamentaux de la libre concurrence et ce, même s'il ne s'agissait, en apparence, que d'empêcher les importations parallèles venant de pays tiers à l'Union.

« Or, il ressort de la jurisprudence que si, en principe, l'exercice de droits d'auteur par leur titulaire, comme l'interdiction d'importer certains produits d'un territoire non communautaire vers un État membre de la Communauté, ne constitue pas en lui-même une violation de l'article 102 du Traité, un tel exercice peut toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif (arrêt de la Cour du 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission, C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743, points 49 et 50). »³⁶⁸

La Cour fait référence à la notion de « circonstances exceptionnelles », indicatrices d'un abus de position dominante dont elle a déjà fait usage dans l'arrêt *Magill*. La Commission a ainsi été

³⁶⁶ *Id.*, par. 52.

³⁶⁷ *Id.*, par. 54 et 55. (nos soulignés)

³⁶⁸ *Id.*, par. 57.

mise en défaut de regarder si les circonstances exceptionnelles fondant un éventuel abus étaient rencontrées. Partant, elle a donc manqué, vu son rôle de gardienne des traités, à son obligation de vérifier réellement si, dans ce litige, de tels comportements abusifs existaient.

On peut donc conclure qu'en l'espèce, sous-jacente à l'interdiction des importations parallèles venant du Canada, la volonté de *MF* était, grâce à sa position dominante sur le marché en cause, de maintenir des prix inéquitables, pratique actuellement condamnée par l'article 102 du Traité.

Le professeur BELLIS, commentant cet arrêt, estime que l'exercice, par *MF*, de son droit de propriété intellectuelle était réellement abusif : «[...] l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle destiné à empêcher l'importation de logiciels en provenance d'un territoire non communautaire en vue de maintenir des prix excessifs sur le marché protégé. À cet égard, les écarts de prix entre le territoire protégé et le territoire dont les logiciels sont importés, constituent un indice de l'existence d'un abus »³⁶⁹.

f) Les importations parallèles et la concurrence déloyale

Il peut se concevoir qu'une interdiction d'importations parallèles puisse se justifier sur la base des exigences impératives liées au droit de la concurrence déloyale.

Selon le professeur THALMAN : «[...] de façon générale, l'article 36 du Traité ne mentionne pas la loyauté de la concurrence comme justification pour une « mesure d'effet équivalent » et celle-ci ne fait pas partie de la propriété industrielle et commerciale. En revanche, la jurisprudence Cassis de Dijon inclut la protection des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales dans les exigences impératives faisant échapper les mesures à l'application de l'article 34 »³⁷⁰.

³⁶⁹ J.-F. BELLIS, préc., note 228, no 131 et p.522 ; Dans ce contexte, Valentine KORAH considère que les juridictions européennes restent ainsi dans le droit fil de leur jurisprudence selon laquelle l'exercice des droits de propriété intellectuelle peut, dans certaines circonstances exceptionnelles, être constitutif d'un abus de position dominante. V. KORAH, préc., note 321, p.18.

³⁷⁰ A. THALMANN, préc., note 262, p.190-191.

La question de ces exigences impératives a notamment été abordée dans l'affaire *Dansk Supermarket c. Imerco*³⁷¹, où une importation parallèle ne pouvait plus être bloquée du fait de l'épuisement des droits découlant de la marque et du droit d'auteur et où le titulaire tenta d'invoquer les règles du pays d'importation tendant à garantir la loyauté des transactions commerciales.

Le groupement de quincailliers danois *Imerco* avait commandé, pour les cinquante ans de sa création, des assiettes à un fabricant anglais. Ces assiettes devaient être vendues au Danemark exclusivement pour les succursales d'*Imerco*. Il avait par ailleurs été convenu entre le titulaire anglais et *Imerco* que les assiettes de second choix pouvaient être vendues au Royaume-Uni, mais ne pouvaient être exportées.

Or, un importateur parallèle avait pu se procurer de telles assiettes et les écoulaient au Danemark.

Tout d'abord, la Cour estime que les droits découlant de la marque et du droit d'auteur sont épuisés car *Imerco* a donné son accord à la mise sur le marché des assiettes au Royaume-Uni.

À nouveau, la Cour refait référence aux divers principes que nous avons précédemment traités: la différence entre l'existence et l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle, la sauvegarde des droits justifiée par l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle :

«[...] aux termes de l'article 36, cette disposition ne fait pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale. Il ressort toutefois de cet article, notamment de sa deuxième phrase, autant que du contexte que, si le Traité n'affecte pas l'existence des droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'exercice de ces droits n'en peut pas moins, selon les circonstances, être limité par les interdictions du Traité. En tant qu'il apporte une exception à l'un des principes fondamentaux du marché commun, l'article 36 n'admet, en effet, des dérogations à la libre circulation des marchandises que dans la mesure où ces dérogations sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété. Or, le droit d'exclusivité garanti par la législation en matière de propriété industrielle et commerciale a épuisé ses effets lorsqu'un produit a été écoulé licitement sur le marché d'un autre État membre, par le titulaire même du droit ou avec son consentement.

[...] les articles 30 et 36 du Traité CEE sont à interpréter en ce sens que l'autorité judiciaire d'un État membre ne saurait interdire, en vertu d'un droit d'auteur ou d'un droit de marque, la commercialisation, sur le territoire de cet État, d'une marchandise couverte par un de ces droits

³⁷¹ *Dansk Supermarket c. Imerco*, C-58/80, [1981] E.C.R. I-181.

lorsque cette marchandise a été écoulee de manière licite, sur le territoire d'un autre État membre, par le titulaire de ces droits ou avec son consentement. »³⁷²

La Cour examine ensuite le deuxième argument d'*Imerco*, soit l'invocation du droit de la concurrence déloyale. Sa réponse est nuancée. D'une part, la Cour précise que la commercialisation des marchandises peut être interdite lorsque les conditions dans lesquelles elles étaient mises en vente constituaient une infraction aux usages commerciaux considérés comme loyaux dans l'État membre d'importation. D'autre part, elle reviendra sur le fait que l'importation parallèle elle-même ne peut être considérée comme un acte déloyal, et que seule la mise en vente, en raison de circonstances ou modalités particulières, peut être qualifiée de déloyale.

« [...] le droit communautaire n'a pas, en principe, pour effet d'empêcher l'application, dans un État membre, aux marchandises importées d'autres États membres, des règles de commercialisation en vigueur dans l'état d'importation. Il en résulte que la commercialisation de marchandises importées peut être interdite lorsque les conditions dans lesquelles leur mise en vente est réalisée constituent une infraction aux usages commerciaux considérés comme réguliers et loyaux dans l'État membre d'importation.

Il convient cependant de souligner, ainsi que la Cour l'a fait ressortir dans un autre contexte par son arrêt du 25 novembre 1971 (Beguelin, affaire 22/71, recueil 1971, p. 949), que le fait même de l'importation d'une marchandise, légalement commercialisée dans un autre État membre, ne saurait être considéré comme un acte commercial irrégulier ou déloyal, une telle qualification ne pouvant être attachée à la mise en vente qu'en raison de circonstances distinctes de l'importation proprement dite. »³⁷³

La question des relations entre les importations parallèles et la concurrence déloyale fut également invoquée dans l'arrêt *Allen & Hanburys c. Generics*³⁷⁴ mais la question de l'application du droit de la concurrence déloyale pour empêcher éventuellement les importations parallèles, ne fut finalement pas examinée *sensu stricto* par la Cour. En effet, celle-ci a estimé que par le seul fait que les mesures en question dans cette affaire n'étaient pas indistinctement applicables aux titulaires établis sur le territoire national et aux importateurs, elles constituaient

³⁷² *Id.*, par. 11 et 12.

³⁷³ *Id.*, par. 15 et 16; C.STOTHERS, préc., note 38., p.38-39.

³⁷⁴ *Allen & Hanburys c. Generics*, C-434/85, [1988] E.C.R. I-1245.

Dans le cas *Allen & Hanburys*, l'interdiction des importations parallèles ne pouvait dès lors être fondée sur les exigences impératives tenant à la défense des consommateurs ou à la loyauté des transactions commerciales alors qu'elle visait spécifiquement les produits importés : « 35. [...] Ce n'est que lorsqu'une législation nationale est indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés qu'elle ne relève pas des interdictions prévues par l'article 30 du Traité, lorsqu'elle est nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives tenant en particulier à la défense des consommateurs ou à la loyauté des transactions commerciales ».

en elles-même des « mesures d'effet équivalent » à des restrictions quantitatives, sans qu'il faille se pencher sur leur justification ou non aux yeux du droit de la concurrence déloyale.

Selon les professeurs Pierre VAN OMMESLAGHE et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE: «[...] ainsi se dégage progressivement une censure par la Cour des règles – légales ou jurisprudentielles – concernant la concurrence déloyale, régie par les mêmes principes que ceux développés à propos des droits de propriété industrielle et commerciale proprement dits [...]. Ce fondement consiste à assurer des transactions commerciales loyales et honnêtes et à assurer la protection des consommateurs. »³⁷⁵

E) L'actualité récente sur les importations parallèles et le droit de la concurrence

L'actualité récente en matière de relations entre les importations parallèles et le droit européen de la concurrence a été marquée principalement, d'une part, par l'évolution de la jurisprudence en matière d'importations parallèles de médicaments avec les décisions rendues dans les affaires GSK, la première concernant une entente et la deuxième un abus de position dominante, et, d'autre part, par deux arrêts rendus par la Cour, l'un relatif au domaine de l'audio-visuel (l'arrêt *Nintendo*³⁷⁶), l'autre au domaine de l'industrie automobile (l'arrêt *Peugeot*³⁷⁷).

3. La jurisprudence *GlaxoSmithKline* (« GSK »)

- L'affaire « espagnole »

Au mois de mars 1998, GSK a adopté de nouvelles conditions générales de vente (signées par soixante-quinze grossistes établis en Espagne) qui prévoyaient des prix différents pour certains médicaments selon que les grossistes les revendaient en Espagne ou les exportaient vers d'autres États membres de l'Union européenne. Ce système a été mis en place pour limiter le commerce parallèle de médicaments pratiqué en raison des différences de prix entre l'Espagne et les autres États membres, en particulier le Royaume-Uni, où les prix s'établissent à un niveau plus élevé en vue d'affecter le surplus ainsi obtenu à l'innovation.

³⁷⁵ P. VAN OMMESLAGHE et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, préc., note 101, p. 346, n° 124.

³⁷⁶ *Nintendo et Nintendo of Europe c. Commission*, T-13/03, [2009] E.C.R. II-00.

³⁷⁷ *Peugeot Nederland c. Commission*, T-450/05, [2009] E.C.R. II-00.

L'article 4 de ces conditions générales prévoyait deux niveaux de prix de vente : 1) un prix bas pour tous les produits assujettis aux règles de remboursement de l'Espagne, c'est-à-dire les produits revendus aux hôpitaux et pharmacies, et 2) un prix supérieur pour tous les produits qui sont non assujettis ou non revendus aux hôpitaux et pharmacies.

GSK a notifié ces nouvelles conditions de vente à la Commission afin d'obtenir une décision de validation au regard du droit communautaire des ententes (article 101, paragraphe 1, du Traité) ou, à défaut, une décision d'exemption (article 101, paragraphe 3, du Traité) au titre de la contribution au progrès technique. Le 8 mai 2001, la Commission décide que les conditions générales de vente constituent un accord restreignant la concurrence, et que *GSK* ne lui a pas prouvé que les conditions, pour bénéficier d'une exemption, sont réunies.³⁷⁸

La Commission a estimé que l'article 4 des conditions générales de vente de *GSK* a pour objet d'empêcher le commerce parallèle, car il a pour but de réduire les incitations qu'auraient les grossistes espagnols à pratiquer le commerce parallèle de médicaments délivrés sur ordonnance achetés aux prix bas fixés par le gouvernement espagnol.³⁷⁹

La Commission en déduit que l'article 4 des conditions générales de vente de *GSK* crée une politique de prix à deux niveaux, avec pour conséquence de rendre le commerce parallèle économiquement peu intéressant pour des grossistes. Il doit par ailleurs être considéré comme plus efficace qu'une interdiction d'exporter pure et simple, parce qu'il ne comporte, en principe, aucun coût de surveillance.

La conclusion est dès lors sans pardon. Dans la mesure où ledit article 4 rend le commerce parallèle plus cher et donc économiquement moins intéressant, la politique de *GSK* peut donc être assimilée à un système classique de double prix, rigoureusement interdit par le droit européen de la concurrence. Appliquant la jurisprudence antérieure du Tribunal de première instance et de la Cour, la Commission prend une position très tranchée, estimant que la politique de *GSK* a *per se* un objet anticoncurrentiel et qu'il est de mise d'appliquer, en l'espèce, la règle suivant laquelle les accords contenant des interdictions d'exporter, les systèmes de double prix

³⁷⁸ *Décision de la Commission du 8 mai 2001 relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE, JOCE*, 17 novembre 2001, L302, p.1.

³⁷⁹ *Id.*, point 116.

ou autres limitations du commerce parallèle sont des accords restreignant la concurrence « par leur objet et sans qu'il soit nécessaire d'apprécier leurs effets réels et qui ne peuvent, en principe, bénéficier d'aucune exemption en vertu de l'article 101, paragraphe 3, du Traité »³⁸⁰.

Posant cette affirmation sans équivoque à titre principal, la Commission effectue, à titre subsidiaire, une analyse des effets des conditions de vente dans leurs contextes juridique et économique. Preuves à l'appui, la Commission démontre que l'article 4 des conditions générales avait réellement des effets restrictifs sur la concurrence en limitant ou en excluant les possibilités de commerce parallèle.

Il serait fastidieux et superflu dans le cadre limité de notre essai de décrire en détail cette analyse approfondie d'ordre économique, mais il est intéressant de noter que la Commission rejette l'argument de *GSK* selon lequel il avait fallu tenir compte des différences entre les réglementations nationales, décidant que quand bien même la fixation des prix était également influencée par les réglementations nationales, la Commission avait toujours refusé de considérer des différences de réglementations nationales comme des éléments de nature à disculper les sociétés qui restreignent la concurrence.

Saisi du dossier *GSK*, le Tribunal de première instance, dans son arrêt du 27 septembre 2006, confirme la violation de la prohibition des ententes constatées par la Commission, mais invalide partiellement l'analyse de la Commission en constatant que celle-ci n'a pas effectué un examen adéquat de la demande d'exemption de *GSK*³⁸¹.

Pour le Tribunal de première instance, la Commission n'a pas démontré le caractère *de facto* anticoncurrentiel de l'article 4 des conditions générales de *GSK* (comme celle-ci le prétendait pourtant à titre principal) mais bien l'existence d'un effet restrictif de la concurrence. Selon le Tribunal de première instance, l'objectif assigné à l'article 101, paragraphe 1, du Traité, serait d'éviter que des entreprises, en restreignant la concurrence entre elles ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur final des produits en cause. Néanmoins, il sera reproché à la Commission par le Tribunal de première instance d'avoir présumé que les conditions générales

³⁸⁰ Référence peut être faite ici à la différence entre les notions d'objet et d'effet restrictifs de la concurrence, telles qu'exposées plus haut. Voir à ce sujet nos commentaires généraux sur le droit européen de la concurrence.

³⁸¹ *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, T-168/01, [2006] E.C.R. II-2969.

(et précisément leur article 4) restreignaient le jeu de la concurrence au détriment du consommateur final, sans avoir examiné leurs effets.³⁸²

GSK, la Commission et deux associations de grossistes de médicaments ont introduit un recours devant la Cour et lui ont demandé l'annulation partielle de l'arrêt du Tribunal de première instance.

L'arrêt de la Cour qui était fort attendu, notamment par les représentants de l'industrie pharmaceutique mais aussi par les associations de consommateurs, a été rendu le 6 octobre 2009.³⁸³

Sur conclusions conformes de l'avocat général, la Cour rappelle que l'objet et l'effet anticoncurrentiel d'un accord ne sont pas des conditions cumulatives, mais alternatives pour apprécier si un tel accord relève de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, du Traité. Selon la Cour, en vertu même de ce caractère alternatif, il convient tout d'abord d'examiner l'objet de l'accord et de ne procéder à l'appréciation des effets que si l'accord ne relève pas d'un degré suffisant de nocivité. Toutefois si l'objet anticoncurrentiel est établi, l'examen des effets de l'accord ne sera pas nécessaire. En d'autres termes, lorsqu'un accord a par essence un objet anticoncurrentiel, il n'est nul besoin d'apporter la preuve qu'en outre, il comporte des inconvénients pour les consommateurs finals.³⁸⁴ En subordonnant l'existence d'un objet anticoncurrentiel à la preuve que l'accord concerné comporterait des inconvénients pour le consommateur final, le Tribunal de première instance a commis, selon la Cour, une erreur de droit.

Il ne peut être nié que l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire « espagnole » a jeté un certain froid dans le milieu de l'industrie pharmaceutique.

³⁸² Ce n'est pas la première fois qu'apparaît chez les juridictions européennes le reproche adressé à la Commission européenne de ne pas avoir procédé à une analyse suffisante du contexte économique d'une situation. Il suffit de mentionner, à titre d'exemple, les arrêts *Adalat (Bayer)* et *Micro Leader* analysés ci-avant, dans lesquels un tel reproche était adressé.

³⁸³ *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, C-501/06, C-513/06, C-515/06 et C-519/06, [2009] E.C.R. I-00.

³⁸⁴ Arrêt CJCE *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, *préc.*, points 60 et 64.

Comme le relève Bertold BÄR-BOUYSSIÈRE : « tout autre producteur pharmaceutique devra réfléchir sérieusement avant de mettre sur pied un système du type GSK. Il y a de fortes chances qu'un tel système soit considéré comme anticoncurrentiel par objet. Vu que la Cour rejette automatiquement tout traitement préférentiel du secteur pharmaceutique, les chances de convaincre l'autorité nationale, ou le juge communautaire, que les conditions d'exemption sont réunies, semblent désormais plutôt faibles»³⁸⁵.

- L'affaire « grecque »³⁸⁶

Cette affaire, mettant également en cause la société *GSK*, concerne non pas les clauses contractuelles d'un accord censé avoir eu pour objet et/ou effet de restreindre la concurrence, mais l'abus de position dominante qu'aurait constitué un refus de vendre adressé par la puissante multinationale pharmaceutique *GSK* à des importateurs qui, semble-t-il, avaient commis à ses yeux la faute irréparable de s'être approvisionné sur le marché parallèle, en obtenant bien évidemment des prix nettement inférieurs, puis de réexporter parallèlement une partie de ces marchandises dans les autres États membres en profitant de ces prix avantageux. Toute la discussion est née du fait que *GSK* avait invoqué une prétendue pénurie des produits en question pour cesser d'approvisionner ces importateurs, tout en vendant ensuite directement aux hôpitaux et pharmacies grecques, sans passer par lesdits importateurs.

Ceci amena les importateurs grecs à s'approvisionner sur le marché parallèle en vue de satisfaire leur clientèle, mais également à porter plainte devant les juridictions grecques pour refus abusif de *GSK* de vendre les quantités commandées.

La Cour répond à la question préjudicielle³⁸⁷, posée par les juridictions grecques, en rappelant le principe qu'une pratique par laquelle une entreprise en position dominante vise à restreindre le commerce parallèle des produits qu'elle commercialise, constitue une exploitation abusive de

³⁸⁵ Bertold – BÄR – BOUYSSIÈRE « Arrêt « GlaxoSmithKline : les clauses contractuelles relatives au commerce parallèle des médicaments », JDE n° 166 , Bruxelles, éd. Larcier, 2/2010, p.46.

³⁸⁶ *GlaxoSmithKline AEVE*, C-468/06 à C-478/06, [2008] E.C.R. I-7139.

³⁸⁷ En cours de procédure, les juridictions grecques ont posé une série de questions préjudicielles à la Cour, dont l'une suscite l'intérêt, dès lors qu'elles demandent si l'on peut toujours considérer qu'il y a refus abusif au sens de l'article 102 du Traité lorsque, comme c'est le cas pour l'industrie pharmaceutique, celle-ci commercialisant ses produits sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, les livraisons pourraient se révéler excédentaires par rapport aux besoins réels du marché relevant d'un État membre déterminé.

cette position dominante, notamment lorsqu'une telle pratique a pour effet de freiner les importations parallèles, en neutralisant le niveau éventuellement plus favorable des prix pratiqués dans d'autres zones de vente de la Communauté. La Cour note sur ce point que les exportations parallèles de médicaments, d'un État où les prix de ceux-ci sont bas vers d'autres États dans lesquels les prix sont plus élevés, permettent aux acheteurs desdits médicaments de disposer d'une source alternative d'approvisionnement, ce qui procure des avantages conséquents au consommateur final. La libre concurrence vient ainsi en soutien à la libre circulation des marchandises.

Cependant, dans un marché aussi réglementé que celui des produits pharmaceutiques, un titulaire tel que *GSK* est-il en droit de préserver ses propres intérêts commerciaux lorsqu'il est confronté à des commandes de quantités anormales? Par exemple, si des grossistes commandent aux titulaires des médicaments dans des quantités hors de proportion avec celles vendues antérieurement par ces mêmes grossistes pour satisfaire les besoins d'autres marchés.

La Cour juge qu'une entreprise détenant une position dominante sur le marché pertinent des médicaments commet un abus de position dominante lorsque celle-ci empêche les exportations parallèles en refusant de satisfaire des commandes ayant un caractère normal passées par ces grossistes. *A contrario*, il n'y a pas d'abus de position dominante si les commandes sont « normales », ce qui est à évaluer par rapport aux relations commerciales antérieures³⁸⁸.

Les professeurs Lucette DEFALQUE et Paul NIHOUL posent la question épineuse de la discordance entre la sévérité de la Cour à l'égard des accords présumés avoir pour objet de restreindre la concurrence (affaire espagnole) et une plus grande compréhension aux comportements se situant à la limite de l'abus d'entreprises en position dominante. L'approche de la Cour dans l'affaire espagnole semble, selon eux, parfaitement orthodoxe mais est-elle conciliable avec l'arrêt rendu dans l'affaire grecque « permettant à une firme dominante de restreindre (raisonnablement) les approvisionnements lorsque ces derniers sont destinés au commerce parallèle? Dans le cadre de

388

Denis WAELBROECK, *Commerce Parallèle et produits pharmaceutiques – Premières leçons des deux arrêts « Glaxo »*, JDE n° 153, Bruxelles, éd. Larcier, 11/2008, p. 269; Selon lui, *la Cour admet ici – eu égard à la spécificité du secteur qu'en ce qui concerne les livraisons excédant les besoins du marché de l'État membre concerné, il peut être justifié de restreindre les livraisons*; voir aussi N. DE GROVE-VALDEYRON, préc., note 180, p. 351.

l'article 102 du Traité, faut-il considérer qu'une firme dominante est autorisée à poser des actes qui sont interdits, en principe, dans le cadre de l'article 101 du Traité? »³⁸⁹

En définitive, bien que dans le second arrêt *GSK* (affaire grecque), la Cour ait plus pris en compte les préoccupations de l'industrie pharmaceutique et suscité une controverse qui n'est pas encore éteinte, il n'en reste pas moins que, dans ces deux arrêts, elle reste en phase avec sa jurisprudence antérieure.

4. L'arrêt *Nintendo*

Par décision du 30 octobre 2002³⁹⁰, la Commission a infligé des amendes à *Nintendo* et à certains de ses distributeurs pour avoir participé à un ensemble d'accords et de pratiques concertés sur les marchés de consoles et de cartouches de jeux *Nintendo*. La décision concerne *Nintendo* et sept distributeurs exclusifs de produits de cette entreprise, à savoir : *John Menzies plc* (Royaume-Uni), *Concentra – Produtos para crianças S.A.* (Portugal), *Linea GIG. S.p.A.* (Italie), *Bergsala AB* (Suède), *Itochu Hellas*, la filiale grecque à 100 % de l'entreprise japonaise *Itochu Corporation*, *Nortec A.E.* (Grèce), et *CD-Contact Data GmbH* (Belgique et Luxembourg).

La Commission a recueilli des preuves qui établissent que *Nintendo* et ses distributeurs se sont entendus pour maintenir des écarts de prix artificiellement élevés dans l'Union européenne entre janvier 1991 et 1998. Conformément aux accords conclus, chaque distributeur était tenu d'empêcher le commerce parallèle au départ de son territoire. Sous la houlette de *Nintendo*, les entreprises ont collaboré étroitement pour identifier l'origine de tout commerce parallèle. Les opérateurs qui autorisaient les exportations parallèles ont été sanctionnés par la réduction de leur approvisionnement ou par un boycottage total de la part de *Nintendo*.

³⁸⁹ Lucette DEFALQUE et Paul NIHOUL, Chronique de jurisprudence européenne, JT n°401 - 25/2010 - 26/06/2010.

³⁹⁰ CE, *Décision 2003/675/CE de la Commission, du 30 octobre 2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE [ancien article 81 TCE] et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution et COMP/36.321 Omega — Nintendo)*, [2003] J.O. L 255/33.

À titre d'exemple, *John Menzies plc*, une des sociétés concernées par les pratiques anticoncurrentielles avait dit, dans une lettre obtenue à la suite d'une demande formelle de renseignements adressée à *Nintendo* :

«[...]» Je peux vous assurer que depuis janvier/février de cette année, THE (une filiale de John Menzies dénommée THE Games Ltd.) s'est beaucoup employée à mettre fin aux exportations parallèles à partir du Royaume-Uni vers le marché de l'Europe continentale. À cet égard, notre principale action a consisté soit à ne plus livrer du tout certains détaillants douteux soit à contrôler et/ou réduire véritablement les livraisons qui leur étaient faites afin de circonscrire les produits au marché britannique. [...]»³⁹¹

Il est à noter qu'auparavant, *John Menzies plc* avait elle-même fait l'objet d'un boycottage de la part de *Nintendo* afin de forcer l'entreprise à mieux collaborer à l'infraction. Or, comme nous l'avons souligné à différentes reprises, les restrictions au commerce parallèle constituent une infraction très grave à l'article 101 du Traité, comme l'ont confirmé les juridictions communautaires dès 1966 dans l'arrêt *Consten et Grundig* et ensuite dans les différents arrêts que nous avons invoqués précédemment.

En outre, comme l'a encore une fois répété la Cour dans l'affaire *GSK* dite « espagnole », il est des accords ou des pratiques concertées qui constituent des infractions graves au droit de la concurrence par le fait même que, *per se*, ils ont pour objet de restreindre la concurrence : il en est ainsi des restrictions voulues et avérées au commerce parallèle³⁹². Dans l'affaire *BMW Belgium*³⁹³, les concessionnaires avaient invoqué leur prétendue ignorance de l'objet anticoncurrentiel de l'accord et cette objection avait été balayée à juste titre par la Cour. Dans l'affaire *Nintendo*, les sociétés affiliées avaient invoqué leur état de subordination à l'égard du « géant » *Nintendo* et les pressions subies. En raison de la gravité des faits, cette objection fut rejetée par la Commission (et par après par le Tribunal de première instance). Comme le relève Bernard VAN DE WALLE DE GHELCKE, la Commission a précisé à bon escient « qu'une entreprise ne peut se prévaloir du fait qu'elle était économiquement dépendante de son fournisseur ni même

³⁹¹ *Id.*, par. 132.

³⁹² Ainsi, le professeur Marc FALLON écrit : « [...] qu'une des mesures de la gravité d'une restriction de la concurrence peut consister dans « l'obstruction du marché intérieur dans le cas de l'interdiction d'une importation parallèle empêchant le consommateur de bénéficier de la liberté de circulation, aggravée par la taille de l'entreprise et l'avertissement constitué par la netteté de la jurisprudence. » M. FALLON, préc., note 78, p.323 se référant à TPICE, aff. VolkswagenT-62/98, 6 juillet 2000, Rec.2000, p. II, 2707.

³⁹³ CJCE, 12 juillet 1979, *BMW Belgium c/ Commission* aff. 32/78, 36/78 à 82/78, Rec. 1979, p. 2435.

qu'elle avait été soumise à des pressions effectives, pour s'exonérer d'une infraction à l'article 81 (actuel 101). En effet, au lieu de participer au comportement anticoncurrentiel, elle aurait pu dénoncer auprès des autorités compétentes les pressions dont elle faisait l'objet et introduire une plainte auprès de la Commission en application de l'article 3, du Règlement n° 17. »³⁹⁴

En conséquence, la Commission a décidé que les comportements de ces entreprises, pendant la période de 1991 à 1997, ayant eu pour objet et pour effet de restreindre les exportations parallèles des produits, étaient contraires au droit communautaire et avait infligé une amende d'un montant total de 167,843 millions d'euros. *Nintendo*, l'instigateur et le meneur de l'infraction, s'est vu infliger une amende de 149,128 millions d'euros. *Itochu* et *CD-Contact Data* avaient quant à eux été sanctionnés par une amende respectivement de 4,5 millions et de 1 million d'euros.

Par leurs recours devant le Tribunal de première instance³⁹⁵, ces trois entreprises ont demandé soit l'annulation de la décision de la Commission, soit la réduction de leur amende.

Le Tribunal de première instance rappelle que le montant de base de l'amende peut être diminué lorsque l'entreprise a effectivement collaboré à la procédure. Dans la décision attaquée, la Commission a tenu compte de la coopération de John Menzies, ce qui a eu pour conséquence qu'elle a réduit le montant de l'amende de cette entreprise de 40 %. Le Tribunal de première instance décide qu'en application du principe d'égalité de traitement, *Nintendo* ayant fourni des documents pertinents au même stade de la procédure et sa coopération devant être considérée comme comparable, elle doit bénéficier à ce titre du même niveau de réduction de l'amende.

Par conséquent, le Tribunal a réduit l'amende infligée à *Nintendo* à 149 millions d'euros.

Concernant *CD-Contact Data*, distributeur exclusif pour la Belgique et le Luxembourg, le Tribunal de première instance considère que cette entreprise a joué un rôle passif dans l'infraction litigieuse, tout comme *Concentra*, le distributeur pour le Portugal. Pour ce dernier, la Commission ayant réduit la sanction pécuniaire de 50 %, le Tribunal de première instance, en

³⁹⁴ Bernard VAN DE WALLE DE GHELCKE, Chronique- Les règles de concurrence applicables aux entreprises, 1er janvier 2005 - 31 décembre 2005, JTDE n° 128 (2006), avril 2004, p. 98

³⁹⁵ *Nintendo et Nintendo of Europe c. Commission*, préc., note 376.

application du principe d'égalité de traitement, décide de réduire l'amende infligée à *CD-Contact Data* à 500 000 euros.

Quant à *Itochu Corporation*, établie au Japon, le Tribunal confirme la décision de la Commission lui infligeant une amende de 4,5 millions d'euros pour sa participation aux accords litigieux et pour son comportement anticoncurrentiel. Ainsi, il décide que cette entreprise n'a pas apporté les éléments suffisants pour renverser la présomption selon laquelle elle exerçait effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale grecque *Itochu Hellas*.

L'arrêt Peugeot

Dans un arrêt rendu le 9 juillet 2009³⁹⁶, le Tribunal de première instance réduit l'amende de *Peugeot* et de sa filiale néerlandaise, *Peugeot Nederland BV*, infligée en octobre 2005, pour avoir fait obstacle aux règles de la concurrence européenne. Au lieu des 49,5 millions d'euros exigés par la Commission, *Peugeot* devra s'acquitter d'une amende de 44,55 millions d'euros pour avoir entravé les exportations de voitures neuves à partir des Pays-Bas.

Pendant près de sept ans, de janvier 1997 à septembre 2003, *Peugeot* avait fixé des règles à ses concessionnaires basés aux Pays-Bas afin de restreindre les exportations vers d'autres pays européens. Conformément aux règles mises en place, ces concessionnaires bénéficiaient d'un bonus de performance uniquement sur les ventes de véhicules immatriculés aux Pays-Bas et non pour les véhicules qu'ils vendaient à l'exportation, exerçant ainsi des pressions directes sur les distributeurs ayant développé une activité trop importante à l'exportation.

Des mesures anticoncurrentielles et contraires aux règles européennes, avait conclu en octobre 2005 une enquête de la Commission, en infligeant à *Peugeot* et à sa filiale une amende de 49,50 millions d'euros. En décembre 2005, ces sociétés avaient ensuite saisi le Tribunal de première instance pour faire annuler la décision.

Le Tribunal de première instance conclut notamment que *Peugeot* avait exercé des pressions directes sur des concessionnaires néerlandais en menaçant de réduire les livraisons, notamment sur les modèles les plus exportés, ou en réduisant effectivement des livraisons. Il a relevé que, de

³⁹⁶ *Peugeot Nederland c. Commission*, préc., note 377.

ce fait, était manifestée la volonté de traiter délibérément les ventes à l'exportation d'une manière moins favorable que les ventes nationales, ce qui conduisait à un cloisonnement du marché en cause.

Sur le plan des principes du droit européen de la concurrence et de la problématique des importations parallèles, l'arrêt *Peugeot* permet de tirer notamment certains enseignements.

Des mesures adoptées ou imposées, de manière apparemment unilatérale par une entreprise dans le cadre d'une relation commerciale continue qu'elle entretient avec ses partenaires commerciaux, peuvent être considérées comme constitutives d'ententes au sens de l'article 101 du Traité. Le Tribunal de première instance se situe ici dans le droit fil de la jurisprudence constante des juridictions européennes (voir notamment la décision *Nintendo*).

Contrairement à ce que la Commission n'avait pu prouver dans l'affaire *Adalat (Bayer)* que nous avons également examinée, il apparaissait à suffisance des documents précis et concordants soumis aux autorités européennes que les pratiques et mesures restrictives de concurrence adoptées, de manière apparemment unilatérale par le commettant *Peugeot* dans le cadre de ses relations continues avec ses concessionnaires, avait reçu l'acquiescement au moins tacite de ces derniers.

Pour le Tribunal de première instance, il en a résulté que lesdites pratiques devaient être considérées comme révélant d'un accord, respectivement une pratique concertée, visant à casser le commerce parallèle et ce, même si, aucune clause écrite ne matérialisait cet accord.

Pour autant que de besoin, le Tribunal de première instance a totalement souscrit à l'analyse de la Commission quant au caractère très grave de l'infraction visant à casser le commerce parallèle, à l'instar de ce qu'affirmait déjà les décisions *GSK* (affaire espagnole) et *Nintendo*.

Comme déjà mentionné moult fois dans le présent essai, cette infraction porte atteinte à l'un des objectifs fondamentaux de l'Union européenne consistant à la création d'un marché libre et intégré. Selon le professeur Thierry FOUQUET, il était inadmissible « que des entreprises cherchent à s'opposer autant que possible aux exportations parallèles de leurs partenaires

commerciaux à travers un système de rémunération et de pression. »³⁹⁷. En vue de dénoncer de tels comportements, il n'est même pas nécessaire qu'une interdiction formelle d'exporter ait été exprimée.

Comme préalablement précisé, le Tribunal de première instance a réduit de 10 % l'amende fixée par la Commission, qui atteint désormais 44,55 millions d'euros. Elle a en effet jugé que la Commission n'avait pas accordé une attention suffisante à l'évolution des prix des voitures dans différents pays, un élément qui a une influence directe sur les exportations.

La Commission avait relevé une diminution des exportations des véhicules après 1997, puis une chute de 50 % après 1999. *Peugeot* avait pour sa part plaidé que cette baisse des exportations était liée à une évolution des prix dans différents pays, réduisant l'intérêt d'acheter un véhicule aux Pays-Bas.

VI. CONCLUSION : L'ATTITUDE DE L'UNION EUROPÉENNE FACE AUX IMPORTATIONS PARALLÈLES

Le primat de l'ouverture des marchés et de la liberté des échanges

La jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance de même que les décisions de la Commission confirment une volonté de favoriser l'intégration des marchés, et partant, l'unité européenne, que ce soit par le biais de la libre circulation des marchandises ou par le biais d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée. Dans ce cadre, des notions créées de toute pièce par la jurisprudence, telles que la différence entre l'existence et l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle ou, encore, la limitation de la protection à l'objet spécifique du droit intellectuel, ont servi à façonner un droit des importations parallèles favorable à leur expansion.

³⁹⁷

Thierry FOUQUET, *Les règles de concurrence applicables aux entreprises*, JDE n°-168, Bruxelles, éd. Bruylant, 4/2010, p. 111.

La protection des droits intellectuels uniquement justifiée dans les limites de la défense de la créativité et de la recherche

Ces limites ont permis de considérer qu'au-delà de cette défense, ce n'est plus l'existence du droit intellectuel qui est en jeu mais plutôt son exercice qui peut être sanctionné quand il porte atteinte de manière excessive aux exigences de l'unification européenne.

L'extension de la notion d'épuisement du droit intellectuel

Cette notion d'épuisement régional communautaire a évidemment joué un rôle fondamental dans le traitement favorable aux importations parallèles. On la retrouve ainsi en filigrane dans toute la jurisprudence relative au reconditionnement des produits pharmaceutiques. Comme il a été expliqué dans l'introduction du présent essai, il apparaît que le principe de l'épuisement régional résulte d'un compromis résultant de ce que de puissants groupes industriels s'opposaient (et s'opposent toujours) à l'application du principe de l'épuisement universel. Cependant, les mentalités évoluent et nous faisons référence à ce sujet à la note très ferme émise dans ce contexte par la FTA³⁹⁸.

Le caractère essentiel de la notion de « consentement » du titulaire du droit

La possibilité de s'opposer aux importations parallèles a été fortement réduite par l'extension de la notion de consentement. Finalement, ce n'est que lorsque le titulaire du droit intellectuel peut établir sans conteste que la première mise sur le marché européen a été faite sans son consentement qu'il pourra empêcher l'importation parallèle

Les restrictions contractuelles à la concurrence ne peuvent entraver la libre circulation des marchandises

Les barrières étatiques ne peuvent être remplacées par des barrières « privées » créées par le monde des affaires, que ce soit par le biais d'ententes ou par le jeu d'abus de position dominante.

³⁹⁸ FOREIGN TRADE ASSOCIATION, préc., note 44.

Enfin, si le commerce parallèle peut être perçu comme une menace par certains, ils ne doivent jamais perdre de vue que la jurisprudence en a limité l'exercice (notamment dans le domaine de la libre circulation des marchandises par le biais de la protection de la santé publique ou des droits de propriété intellectuelle et dans celui de la libre concurrence par l'interdiction des pratiques restrictives et des abus de position dominante). Toutefois, comme l'a rappelé la Cour dans son dernier arrêt *Boehringer*³⁹⁹, le principe est, et demeure, celui de la liberté des échanges. À cet égard, les entreprises pharmaceutiques ne peuvent donc ni profiter de barrières d'origine étatique, ni ériger des barrières artificielles en vue de cloisonner le marché intérieur.

Cependant, toutes les questions liées aux importations parallèles ne sont pas encore résolues et de nouveaux problèmes sont apparus, par exemple, à la suite de l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale qui n'ont pas de législation aussi élaborée en matière de santé publique ou de droits intellectuels⁴⁰⁰. La résolution de ces questions et de ces problèmes dans le futur nécessitera plus que jamais une coopération approfondie et permanente entre les institutions européennes, les autorités nationales et les opérateurs économiques ainsi qu'un surcroît de créativité juridique de la part des juridictions européennes.

Il ne peut être nié que cette coopération est, et sera, rendue possible par la grande « plasticité » du droit européen qui, sur ce point précis, peut aisément soutenir la comparaison avec le droit de la *Common Law*. Sur la base de quelques textes fondamentaux lapidaires issus de ses traités créateurs, l'Europe a pu progresser dans la voie de l'intégration grâce à la jurisprudence éclairée des juridictions européennes. Celles-ci, par le biais de solutions liant la créativité, le pragmatisme et le bon sens, ont permis d'éviter des conflits majeurs et réconcilier la liberté du commerce, base de l'unification européenne avec une protection minimale d'autres intérêts légitimes. Il est tout à fait certain que chaque État membre, agissant séparément et prisonnier de ses propres réglementations nationales, n'aurait jamais pu mener à bien une telle œuvre de conciliation, ni ne pourrait *a fortiori* la poursuivre dans le futur. Contrairement à ce que certaines sirènes protectionnistes voudraient nous faire croire, l'intégration « pragmatique » de l'Europe, gérée par

³⁹⁹ *Boehringer Ingelheim II*, préc., note 186.

⁴⁰⁰ À titre d'exemple, le Traité d'adhésion signé à Athènes le 16 avril 2003 par la République Tchèque, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, la Pologne, la Slovénie et la République Slovaque prévoit un mécanisme spécifique par lequel les importations parallèles des nouveaux États membres susmentionnés sont empêchées jusqu'à ce que le brevet ou le certificat de protection complémentaire du médicament concerné expire dans ces États membres.

les juridictions européennes, apparaît sans conteste comme très favorable aux opérateurs économiques.

TABLE DE LA LÉGISLATION

Traités internationaux

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, [1947] R.T. Can n°27.
Convention sur la délivrance de brevets européens, 5 octobre 1973, en ligne :
< <http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/1973/f/ma1.html> >.

Accord général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'accord instituant l'OMC, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay. Les textes juridiques*, Genève, OMC, 2003.

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'accord instituant l'OMC, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay. Les textes juridiques*, Genève, OMC, 2003.

OMC, Conférence ministérielle (Doha 2001), *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (adoptée le 14 novembre 2001)*, WT/MIN(01)/DEC/2 (20 novembre 2001), en ligne : < http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.pdf > Consulté le 19 mars 2010.

Législation européenne

Acte Unique Européen, 17 et 26 février 1986, [1987] J.O. L 169.

Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, 10 novembre 1997, [1997] J.O. C 340, en ligne : < <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html> >.

Traité instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957, en ligne : < <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11957E/tif/11957E.html> >.

Traité sur l'Union européenne, 7 février 1992, [1992] J.O. C 191/01, en ligne : < <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html> >.

Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, 13 décembre 2007, [2007] J.O. C 306/01.

Versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, [2008] J.O. C 115/01.

Rèlements

Règlement du Conseil n°17: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité, [1962] J.O. L 13/204

Règlement (CEE) n°2349/84 de la Commission du 23 juillet 1984 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité CEE à des catégories d'accords de licence de brevets, [1985] J.O. L 113/35.

Règlement (CEE) 556/89 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du Traité CEE à des catégories d'accords de licence de savoir-faire, [1989] J.O. L 61/01.

Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, [1994] J.O. L 11/01.

Règlement (CE) n° 240/96 de la Commission du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 [actuel 101, paragraphe 3] à des catégories d'accord de transfert de technologie, [1996] J.O. L 31/02.

Règlement (CE) n°2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité CEE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, [1999] J.O. L 336/21.

Règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 [actuel 101 paragraphe 3] du Traité TFUE à des catégories d'accords de recherche et de développement, [2000] J.O. L 304/07.

Règlement (CE) n°1216/1999 du Conseil du 10 juin 1999, modifiant le règlement n° 17, premier règlement d'application des articles 81 et 82 du Traité CEE, [2005] J.O. L 148/05.

Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. [2010] J.O. L 102/1.

Directives

Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, [1989] J.O. L 40/1.

Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, [1991] J.O. L 122/42.

Directive 91/414/CEE du Conseil du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, [1991] J.O. L 230/01.

Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, [1992] J.O. L 346/61.

Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, [1993] J.O. L 290/09.

Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, [1996] J.O. L 77/20.

Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, [2001] J.O. L 167/10.

Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, [2001] J.O. L 272/32.

Décisions de la Commission

Décision de la Commission, du 11 mars 1964, relative à une demande d'attestation négative présentée conformément à l'article 2 du règlement n° 17 du Conseil, [1964] J.O. L 64/233.

Décision 90/38/CEE de la Commission, du 13 décembre 1989, relative à une procédure au titre de l'article 85 du Traité CEE, [1990] J.O. L 21/71.

Décision 2003/675/CE de la Commission, du 30 octobre 2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, [2003] J.O. L 255/33.

Propositions et communications de la Commission

Proposition de règlement du conseil sur le brevet communautaire, CE COM(2000) 412 final, Bruxelles, 2000.

Communication de la Commission sur les importations parallèles de spécialités pharmaceutiques dont la mise sur le marché a déjà été autorisée, CE COM(2003) 839 final, Bruxelles, 2003.

Législation nationale

Belgique, Loi du 1er décembre 1970 portant approbation de la Convention Benelux en matière de dessins ou modèles, signée à Bruxelles le 25 octobre 1966, et de l'annexe (loi uniforme), M.B. du 29 décembre 1973, 15039.

Belgique, Loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, M.B. du 9 mars 1985, 2774.

France, Décret n° 2001-317 du 4 avril 2001 établissant une procédure simplifiée d'autorisation de mise sur le marché des produits phytosanitaires en provenance de l'Espace économique européen, J.O., 14 avril 2001, 5811.

TABLE DES JUGEMENTS

Tribunal de première instance des Communautés européennes

Micro Leader Business c. Commission, T-198/98, [1999] E.C.R. II-3989.

Bayer c. Commission, T-41/96, [2000] E.C.R. II-3383.

GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission, T-168/01, [2006] E.C.R. II-2969.

Nintendo et Nintendo of Europe c. Commission, T-13/03, [2009] E.C.R. II-00.

Peugeot Nederland c. Commission, T-450/05, [2009] E.C.R. II-00.

TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services*, aff. jointes T-374-94, T-375/94, T-384/94 T-388/94, Rec. 1998, p. II-3141.

TPICE 15 mars 2000, *Cimenteries CBR / Commission*, aff. jointes T-25/95 et autres, Rec. 2000, p. II-491, point 315.

TPICE 13 janvier 2004, *JCB Services c. Commission*, aff. T-67/01, Rec. 2004, p. II-49.

TPICE, 6 juillet 2000, *Volkswagen*, T-62/98, Rec. 2000, p. II-2707.

TPICE, 11 mars 1999, *Thyssen Stahl c. Commission*, aff. T-141/94, Rec. 1999, p. II-34.

Cour de justice des Communautés européennes

Commission c. Luxembourg et Belgique, [1962], E.C.R., p. I-813.

Établissements Consten et Grundig c. Commission, C-56 et C-58/64, [1966] E.C.R. I-429.

Deutsche Grammophon c. Metro, C-78/70, [1971] E.C.R. I-487.

Procureur du Roi c. Dassonville, C- 8/74 , [1974] E.C.R. I-837.

Centrafarm c. Sterling Drug, C-15/74, [1974] E.C.R. I-1147.

Suiker Unie c. Commission, C-40/48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, [1975] E.C.R. I-1663.

Emi records c. CBS Schallplatten, C-96/75, [1976] E.C.R. I-913.

Hoffmann La Roche c. Centrafarm, C-102/77, [1978] E.C.R. I-1139.

Rewe-Zentral c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, C-120/78, [1979] I-649.

Dansk Supermarket c. Imerco, C-58/80, [1981] E.C.R. I-181.

Merck c. Sephar, C-187/80, [1981] E.C.R. I-2603.

Nungesser c. Commission, C-258/78, [1982] E.C.R. I-2015.

Polydor c. Harlequin records, C-270/80, [1982] E.C.R. I-329.

AEG Telefunken c. Commission, C-107/82, [1983] E.C.R. I-3151.

A. Ahlström c. Commission, C-89, 104, 114, 116, 117 et 125-129/85, [1988] E.C.R. I-5193.

Allen & Hanburys c. Generics, C-434/85, [1988] E.C.R. I-1245.

Volvo c. Veng, C-238/87, [1988] E.C.R. I-6211.

Lucazeau c. SACEM, C-110/88, C-241/88 et C-242/88, [1989] E.C.R. I-2811.

Tipp-Ex c. Commission, C-279/87, [1990] E.C.R. I-261.

Generics (UK) and Harris Pharmaceutical c. Smith and Kline, C-191/90, [1992] E.C.R. I-5535.

Hünermund c. Landesapothekerkammer, C-292/92, [1993] E.C.R. I-06787.

Keck et Mithouard, C-267/91 et C-268/91, [1993] E.C.R. I-06097.

Almelo, C-393/92, [1994] E.C.R. I-1477.

Punto Casa c. Sindaco, C-69/93 et C-258/93, [1994], E.C.R. I-02355.

Radio Telefís c. Commission, C-241/91 et C-242/91, [1995] E.C.R. I-0743.

Bristol-Myers Squibb c. Paranova, C-427/93, C-429/93 et C-436/93, [1996] E.C.R. I-3457.

Merck c. Primecrown et Brown, C-267/95 et C 268/95, [1996] E.C.R. I-6285.

Parfums Christian Dior c. Evora, C-337/95, [1997] E.C.R. I-6013.

Javico c. Yves Saint-Laurent, C-306/96, [1998] E.C.R. I-1983.

Silhouette c. Harlauer, C-355/96, [1998] E.C.R. I-4799.

Pharmacia & Upjohn c. Paranova, C-379/97, [1999] E.C.R. I-6927.

Sebago c. G-B Unic, C-173/98, [1999] E.C.R. I-4103.

Zino Davidoff c. Levi-Strauss, C-414/99 et C-416/99, [2001] E.C.R. I-8691.

Merck Sharp & Dohme, C-443/99, [2002] E.C.R. I-3703.

Boehringer Ingelheim c. Swingward, C-143/00, [2002] E.C.R. I-3759.

Ferring, C-172/00, [2002] E.C.R. I-6891.

Pipping Augeniptik c. Hartlauer Handelsgesellschaft, C-44/01, [2003] E.C.R. I-3095.

Boehringer Ingelheim c. Swingward, C-348/04, [2007] E.C.R. I-3391.

Escalier et Bonnarel, C-260/06 et C-261/06, [2007] E.C.R. I-9717.

Wellcome Foundation c. Paranova, C-276/05, [2008] E.C.R. I-10479.

Generics (UK) Ltd and Harris Pharmaceuticals Ltd v Smith Kline & French Laboratories Ltd, C-468/06 à C-478/06, [2008] E.C.R. I-7139.

GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission, C-501/06, C-513/06, C-515/06 et C-519/06, [2009] E.C.R. I-00.

CJCE 30 juin 1966, *Société Technique Union Minière c. Maschinenbau Ulm*, aff. 56/65, rec. 1966, p. 360.

CJCE, 12 juillet 1979, *BMW Belgium c. Commission* aff. 32/78, 36/78 à 82/78, Rec. 1979, p. 2435.

CJCE, 5 mai 1982, *Gaston Schul Douane – Expéditeur Bv c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen* Aff. 15/81 [1982] E.C.R. 1409.

CJCE, 16 décembre 1999, *Rhône Poulenc Rorer* C-94/98, Rec. p. I-8789.

CJCE 6 avril 1995, *Radio Telefix Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Commission*, aff. C-241/91P et C-242/91P, Rec. 1995, p. I-7

Cour européenne des droits de l'Homme

Anheuser Busch Inc. c. Portugal, Requête n° 73049/01 C.E.D.H., 11 janvier 2007, J.C.P. 2007, p. 1409.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages cités

Monographies et ouvrages collectifs

BRAUN, A. et EVRARD, J.-J., *Droit des dessins et modèles Benelux*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1975.

BRAUN, A., *Précis des marques de produits et services*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1987.

BRODLEY, J. F., *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, N.Y.U.L., 1987, 62 Rev.

BUYDENS, M., *La protection de la quasi création*, Bruxelles, Bruylant, 1993.

COOPER DREYFUSS, R., *General Overview of the Intellectual Property System* in V. WEIL and SNAPER, J. W., *Owning Scientific and Technical Information – Value and Ethical Issues*, New Brunswick (N.J.), Rutgers University Press, 1989.

CORNISH, W.R., *Intellectual Propert: Patents, Copyrights, Trade-marks and Allied Rights*, 3rd ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1996.

DE BEYS, J. et KEPPELNE, J.-P., *Recueil des cours EUSL2703/EUSL2503 (Fondements juridiques de l'intégration européenne: le droit du marché unique)*, Bruxelles, 2008-2009.

DYRBERG, P., *For EEA Exhaustion to Apply, Who has to Prove the Marketing of the Trade Marked Goods in the EEA – the Trade Mark Owner or the Defendant ?*, 2 *E.I.P.R.* 81, 2004.

FALLON, M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 2002.

GORMLEY, L., *Prohibiting Restrictions on trade within the EEC*, Oxford, Elsevier/North Holland, 1985.

JOLIET, R., *La Circulation des produits brevetés*, in *Ingénieur Conseil*, Revue de droits intellectuels, Bruxelles, Bruylant, 1974.

KEELING, D., *Intellectual Property Rights in EU LAW: Volume I: Free Movement and Competition law*, ch.6, Oxford, OUP, 2003.

KEITH, A.L., et MC FETRIDGE, D.G., *Propriété intellectuelle et croissance endogène*, dans P. HOWITT, *La croissance fondée sur le savoir et son incidence sur les politiques microéconomiques*, Calgary, University of Calgary Press, 1996.

- KINGSTON, W., *Innovation, Creativity and Law*, Oxford, Westview Press, 1990.
- KORAH, V., *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Portland, Hart Publishing, 2006.
- KRÄMER, L., *EEC Consumer Law*, Bruxelles, Bruylant, 1986, n° 111.
- KRAUS, D., *Les importations parallèles de produits brevetés*, Zürich, Shultness Verlag, 2004.
- MACKAAY, E., *Legal Hybrids: Beyond Property and Monopoly?*, Columbia Law Review, 1994.
- MANSFIELD, E., *Intellectual Property, Technology and Economic Growth*, dans RUSHING, F.W. et GANZ BROWN, C. (dir.), *Intellectual Property Rights in Science, Technology, and Economic Performance*, Londres, Westview Press, 1990.
- MARENCO, G. and BANKS, K., *Intellectual Property and the Community Rules on Free Movement: Discriminations Unearthed*, European Law Review, 1990.
- MASSE, C., *Les limites qu'impose le droit de la concurrence aux contrats de licence de propriété intellectuelle: étude comparative du droit canadien, américain et européen*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998.
- MATTERA, A., *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Paris, Pedone, 1988.
- MOKYR, J., *The Lever of Riches – Technological Creativity and Economic Progress*, New York, Oxford University Press, 1990.
- MOYSE, P.-E., *La distribution électronique des biens à forte composante intellectuelle*, dans GAUTRAIS, V. (dir.), *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002.
- MOYSE, P.-E., *Le droit de distribution: analyse historique et comparative en droit d'auteur*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007.
- OLIVIER, P., *Free Movement of Goods in the European Community*, London, Sweet & Maxwell, 1996.
- POLLAUD-DULIAN, F., *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005.

POLLAUD-DULIAN, F., *Le droit de destination: Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1989.

REY, P., et WINTER, R.A., *Restrictions axées sur l'exclusivité et la propriété intellectuelle*, dans ANDERSON, R.D. et GALLINI (dir.), N.T., *La politique de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle dans l'économie du savoir*, Calgary, University of Calgary Press, 1998.

RÖTTINGER, M., *L'épuisement du droit d'auteur*, ville et éditeur, 157 *R.I.D.A.* 51, 1993.

SCHERER, F. M., *Antitrust, Efficiency and Progress*, dans FOX, E. M. and HALVERSON J.T., *Collaborations among Competitors*, Chicago, American Bar Association, 1991.

STOTHERS, C., *Parallel Trade in Europe – Intellectual property, Competition and Regulatory Law*, Portland, Hart Publishing, 2007.

STRAUSS, J. and MOUFANG, R., *Deposit and Release of Biological Material for the Purpose of Patent Procedure; Industrial and Tangible Property Issues*, Baden–Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

TEIJL, A. and HOLZHAUERA, A.W., *Property Rights, Property Rules and Liability Rules, Another View, Another Cathedral*, document présenté à la 7^e conférence annuelle de l'Association européenne de droit et d'économie (EALE), Rome, 3-5 septembre 1990.

THALMAN, A., *La protection des réseaux de distribution contre le commerce parallèle*, Genève, Droz, 2001.

TILLIERES, T., *Traité pratique des brevets d'invention*, Bruxelles, Vanderauwera, 1854.

VIVANT, M., *Entre droit d'auteur et copyright: l'Europe au carrefour des logiques*, 10 *C.P.I.* 41., 1992.

VAN BAEL, I., et BELLIS, J.-F., *Droit de la concurrence de la Communauté économique Européenne*, Bruxelles, CCH Ltd., 1994.

VAN BUNNEN, L., *Aspects actuels du droit des marques dans le marché commun*, Bruxelles, C.I.D.C., 1967.

VAVER, D., *Intellectual Property Law: Copyrith, Patents, Trade-Marks*, Ontario (Canada), Irwin Law, 1997.

VAVER, D., *Copyrith law*, Toronto, Irwin Law, 2000.

WAELEBROECK, M., *Droit de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, ULB, vol. 4, Concurrence, 1972.

WHISH, R., *Competition Law*, 3rd ed., Londres, Butterworth-Heinemann, 1993.

WHISH, R., *Competition law*, 5th ed., Oxford, OUP, 2005.

Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

BELLIS, J.-F., *Examen de jurisprudence (1993 à 2005)*, Droit européen de la concurrence, RCJB, 2007, n°69, Bruxelles, Bruylant.

CARLIN, F. M., *Vertical Restraints: Time for Change?*, London, Sweet & Maxwell, [1996] 5 ECLR.

CHEMTOB-CONCE, M.-C., note sous CJCE, 22 décembre 2008, The Wellcome Foundation, *De nouvelles précisions sur les conditions de reconditionnement des médicaments importés parallèlement: une jurisprudence favorable aux importateurs*, Gazette du Palais, 12 mars 2009, n°71, Paris, Lextenso.

CORNU E., *Boehringer II: tout savoir sur le reconditionnement ou le réétiquetage des produits pharmaceutiques dans le commerce intracommunautaire*, RDC n°07/2007, Bruxelles, Larcier.

CORNU, E., *L'exercice du droit d'auteur peut-il constituer un abus de position dominante et dans quelles circonstances ?*, Ing. Cons., 2003, n°1, Bruxelles, Bruylant.

DE GROVE-VALDEYRON, N., *Vers un marché unique des médicaments: acquis et nouvelles orientations communautaires*, Cahiers de droit européen 2009, Paris, Pédone, p. 346.

DEFALQUE, L., *Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises*, Cahiers de droit européen 1987, Paris, Pédone.

DEFALQUE, L. et NIHOUL, P., *Chronique de jurisprudence européenne*, JT n°401, - 25/2010 – 26/06/2010, Bruxelles, Larcier.

DUSSOLIER, S., *Les droits intellectuels (décembre 2006 - novembre 2007)*, JDE n°146-2/2008, Bruxelles, Larcier.

FOUQUET, T., *Chronique, Les règles de concurrence applicables aux entreprises*, JDE n°168-4/2010, 15/04/2010, Bruxelles, Larcier.

JAKOBSEN, P.S. and BROBERG, M., *The concept of agreement in Article 81 EC. On the manufacturers' right to prevent parallel trade within the European Community*, London, Sweet & Maxwell, [2002] ECLR.

KAESMACHER, D., *Notions de base et conventions internationales en matière de droits intellectuels*, dans *Les Droits intellectuels – Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2007.

KORAH, V., *Selective Distribution*, London, Sweet & Maxwell, [1994] 2 ECLR 101.

KORAH, V., *The exhaustion of patents by sale in a Member State where a monopoly profit could not be earned*, London, Sweet & Maxwell, [1997] 18 ECLR 265.

KOUTAKOS, P., *In search of a common vocabulary in free movement of goods: the example of repackaging pharmaceuticals*, London, Sweet & Maxwell, [2003] 28 ECLR.

LIDGARD, H. H., *Territorial Restrictions in Vertical Relations*, World Competition, Vol. 21, Bruxelles, Kluwer Law international, 1997, n°1.

PASSA, J., *Importations parallèles de médicaments et propriété industrielle*, Gazette du Palais, 9 décembre 2006, Paris, Lextenso, n°313.

RODRIGUES, S., *Chronique de jurisprudence communautaire - Marché intérieur*, Cahier de droit européen, Paris, Pédone, 2009, n°8.

SCHRÖTER, H., *Kommentierung des Artikels 85*, in “*Kommentar zum EWG Vertrag*”, chapter III, introductory remark, 3rd ed., Baden-Baden, Groeben H.V.D., 1983, n° 22.

STRÖMHOLM, S., *Le droit de mise en circulation dans le droit d'auteur – Étude de droit comparé*, 80 D.A. 279, 1967.

VAN BUNNEN, L., *Droit des brevets et des marques face aux importations parallèles*, dans *Rapport au colloque sur les droits intellectuels et importations parallèles tenu à Bruxelles le 27 février 1997*, Association pour l'étude du droit de la concurrence, Bruxelles, Larcier, 1997.

VAN BUNNEN, L., *Examen de Jurisprudence (2005 à 2009)*, Marques et Signes Distinctifs, RCJB, Bruxelles, Larcier, 2009.

VAN BUNNEN, L., *Examen de jurisprudence 2001-2005, Droit d'auteur et droits voisins - Dessins et modèles*, RCJB, Bruxelles, Bruylant, 2005, n°35.

VAN BUNNEN, L., *Examen de jurisprudence 2004 à 2008, Brevets d'invention*, RCJB, Bruxelles, Bruylant.

VAN BUNNEN, L., *Un débat passionné: la question de la licéité des importations parallèles venant de pays tiers*, R.C.J.B., Bruxelles, Bruylant, 1999, n°13.

VAN COUTER, Y., *Davidoff-Levi Strauss, Le coup de grâce pour les importations parallèles des articles de marque d'origine extra-européenne?*, in Ing. Cons. 2001, Bruxelles, Larcier.

VAN DE KEMP, G. J., *Protection of Trade Marks: The New Regime—Beyond Origin?*, E.I.P.R. 1998, London, Sweet & Maxwell.

VAN de WALLE de GHELCKE, B., chronique *Les règles de concurrence applicables aux entreprises*, 1^{er} janvier – 31 décembre 2003, JTDE n°108-4/2004, 15/04/2004, Bruxelles, Larcier.

VAN OMMESLAGHE, P. et VAN de WALLE de GHELCKE, B., *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de justice et les décisions de la Commission - février 1973 à décembre 1982*, [1984] 20 C.D.E 323, Paris, Pédone.

VILMART, C., *L'épuisement des droits de propriété intellectuelle; la jurisprudence française à la lumière des plus récentes décisions communautaires*, (2001) 194 *Revue internationale de la concurrence* 17.

WAELBROECK, D., *Commerce parallèle et produits pharmaceutiques – Premières leçons des deux arrêts « Glaxo »*, JDE n°153, 15/11/2008, Bruxelles, Larcier.

Ressources électroniques

CE, Commission, Communiqué, IP/09/1197, « Ententes: la Commission lance une consultation publique relative à la révision des règles de concurrence applicables au secteur de la distribution » (28 juillet 2009), en ligne: Site de la Commission < <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1197&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en> >.

DIRECTION DU VEGETAL ET DE L'ENVIRONNEMENT (DIVE), en ligne : < <http://www.dive.afssa.fr/> >.

FOREIGN TRADE ASSOCIATION, Opinion FTA n° 020920 : Les importations parallèles – Éventualité d'un épuisement International des droits conférés par la marque, en ligne : < www.fta-eu.org/fr/new/opinion/020920/parallelimport.pdf >.

GORMLEY, L., *Competition and Free Movement: Is the Internal Market the Same as a Common Market?*, http://www.competitionlaw.cn/upload//temp_09060910426989.pdf

Ouvrages consultés, mais non cités

Monographies et ouvrages collectifs

ANDERMAN, S. (dir.), *The interface between intellectual property rights and competition policy*, New York, Cambridge University Press, 2007.

AUBRY-CAILLAUD, F., *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Paris, Pédone, 1998.

BRAUN, A. et CORNU, E., *Précis des marques*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004.

DE BÛRCA, G., and GRAIG, P., *Eu Law Text, Cases, Materials*, 4th ed., Oxford, University Press, 2008.

HANSEN, H. (dir.), *Intellectual property law and policy*, Vol. 10, Portland, Hart Publishing, 2008.

HAYS, T., *Parallel Importation under European Union Law*, Toronto, Carswell, 2004.

KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, 8th ed., Portland, Hart Publishing, 2004, ch.11.

WILKOF, N., and BURKITT, D., *Trade Mark Licensing*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2005.

Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

BERGE, J.S., *Paradoxes et droit communautaire: Observations sur l'interaction des catégories juridiques à partir des données récentes tirées des droits intellectuels et du droit de la concurrence*, Clunet, 1999.

DEFALQUE, L. et VANDERSANDEN, G., *La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative*, JT 1984, Bruxelles, Larcier.

GORMLEY, L., *The Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, London, December 2009.

HEIDE, T., *Trademarks and Competition Law after Davidoff*, London, Sweet & Maxwell, [2003] EIPR.

KAESMACHER, D., *Les droits intellectuels et le droit communautaire*, JTE 1996, Bruxelles, Larcier.

NORDMANN-ZIMMERMANN, U., *Importations parallèles et droit des marques dans Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle: Actes du colloque de Lausanne*, Genève, Librairie Droz, 1996.

PUTTEMANS, A., *Le règlement d'exemption (n°CE/772/2004) applicable aux licences de technologie (brevet, savoir-faire, droit d'auteur sur logiciel, dessin ou modèle)*, dans *Aspects récents du droit de la concurrence*, U.B. 3 vol. 6, Bruxelles, Bruylant, 2005.

VAN RAEPENBUSCH, S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Liège, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2005.

WAELEBROECK, D., *Le régime des pratiques restrictives de concurrence et le règlement (CE) 1/2003 relatif à l'application des articles 81 et 82 du Traité CE (1)*, dans *Aspects récents du droit de la concurrence*, U.B. 3 vol. 6, Bruxelles, Bruylant, 2005.