

Dans l'affaire 78-70

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par le « Hanseatisches Oberlandesgericht » de Hambourg et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

DEUTSCHE GRAMMOPHON GESELLSCHAFT MBH, Hambourg,

et

METRO-SB-GROSSMÄRKTE GMBH & Co. KG, représentée par la société Metro-SB-Großmärkte GmbH, Hambourg,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation des articles 5, alinéa 2, 85, paragraphe 1, et 86 du traité CEE,

LA COUR,

composée de: MM. R. Lecourt, président, A. M. Donner et A. Trabucchi, présidents de chambre, R. Monaco (rapporteur), J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore et H. Kutscher, juges,

avocat général: M. K. Roemer

greffier: M. A. Van Houtte

rend le présent

ARRÊT

Points de fait et de droit

I — Résumé des faits et de la procédure

Attendu que les faits se trouvant à la base du présent litige peuvent se résumer comme suit :

1. La société Deutsche Grammophon Gesellschaft (ci-après dénommée DG) est une filiale de la société Philips Gloeilampen-Fabrieken, Eindhoven (Pays-Bas), et de la société Siemens AG, Berlin et Munich. Elle produit principalement des

disques qu'elle distribue directement ou à travers ses filiales établies dans plusieurs États de la CEE et de l'AELE. Parmi ces filiales à 99,55 % figure notamment la société Polydor SA (ci-après dénommée Polydor), Paris, qui a des établissements à Paris et à Strasbourg.

En Allemagne les disques sont vendus directement par l'entremise de détaillants ainsi que par celle de deux librairies de gros. Les disques sont cédés par la DG à ces revendeurs au prix de 12,33 DM (plus TVA), et le prix final imposé pour la vente au consommateur est de 19 DM. Les disques ne sont livrés qu'à des revendeurs qui ont signé un engagement écrit („Revers“) de respecter l'accord en matière de prix.

Dans les autres pays de la CEE et dans l'AELE, la DG diffuse ses disques au moyen de contrats de licence qu'elle conclut avec ses propres filiales ou avec les filiales de la société NV Philips Phonografische Industrie de Baarn (Pays-Bas) (qui est une filiale de Philips Gloeilampen-Fabrieken et de Siemens AG). Dans leur paragraphe 1, ces contrats de licence déclarent notamment que la DG concède au preneur de licence le droit exclusif d'exploiter son enregistrement dans le territoire sous contrat par des procédés conformes aux usages du commerce.

C'est un contrat de ce genre que la DG a conclu avec la filiale Polydor de Paris.

2. La société Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG (ci-après dénommée Metro) avait, d'avril à fin octobre 1969, reçu des disques Polydor de la DG et, n'étant pas liée par un accord sur les prix, avait offert ces disques à ses clients au prix de 14,85 DM en mai 1969, et de 13,50 DM en août 1969 (plus TVA). En octobre 1969, la DG a constaté qu'elle n'était pas en possession de l'engagement écrit de respecter les prix imposés. Metro ayant refusé de signer un tel engagement, la DG rompit leurs relations d'affaires. Suite à cette circonstance, Metro s'est fait livrer des disques Polydor par la société Rosner & Co., de Hambourg, en les offrant à ses clients à 11,95 DM, plus

TVA, en janvier 1970, et à 12,95 DM, plus TVA, en février 1970.

Il s'agit, en l'espèce, de disques que la DG avait imprimés en Allemagne et livrés à sa filiale Polydor de Paris. Une partie de ces disques avait été cédée par Polydor à une entreprise relevant d'un pays tiers, laquelle en avait livré une partie à la société Rosner & Co. Celle-ci a, à son tour, revendu ces disques à la société Metro-SB-Großmärkte GmbH de Hambourg, associée responsable de Metro.

3. La DG a estimé que la vente de ses disques par ladite société constitue une infraction au paragraphe 85 de la loi allemande sur le droit d'auteur (ci-après dénommée URG) et, de ce fait, une violation de son droit à l'exclusivité de la mise en circulation en Allemagne. Elle a également estimé que son droit n'était pas « consommé » conformément au paragraphe 17, alinéa 2, de la loi susdite, les marchandises ayant été mises en circulation à l'étranger et non pas sur le territoire national. Le 20 mars 1970, elle a obtenu, en vertu du paragraphe 97 de la URG, une ordonnance en référé du « Landgericht » de Hambourg, interdisant à Metro-SB-Großmärkte de vendre ou de mettre en circulation de toute autre manière les disques de la DG portant la dénomination « Polydor » et repris au catalogue sous des numéros déterminés.

Le 7 avril 1970, la société Metro-SB-Großmärkte GmbH und Co. KG a invité le « Bundeskartellamt » à procéder à un contrôle du système de prix imposés appliqué par la DG, et lui a demandé d'annuler, comme constitutive d'abus, la clause de prix imposé, et d'interdire l'application d'une clause analogue. En même temps, Metro s'est adressée à la Commission des CE en vertu de l'article 3 du règlement 17/62, en lui demandant de constater la violation des articles 85 et 86 du traité et d'inviter DG, Polydor Nederland NV et Polydor France à y mettre fin.

En outre, l'opposition formée par Metro-SB-Großmärkte contre l'ordon-

nance en référé du Landgericht de Hambourg ayant été rejetée par décision du 22 mai 1970, Metro a interjeté appel auprès du « Hanseatisches Oberlandesgericht » qui, par ordonnance du 8 octobre 1970, a décidé de surseoir à statuer et, en vertu de l'article 177 du traité, a posé à la Cour de justice les questions suivantes :

- « a) Est-il contraire à l'article 5, alinéa 2, ou à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE d'interpréter les paragraphes 97 et 85 de la loi allemande du 9 septembre 1965 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (Bundesgesetzblatt-BGBL I, p. 1273) dans ce sens qu'un fabricant allemand de supports de son peut invoquer son droit de diffusion pour interdire la commercialisation en république fédérale d'Allemagne de supports de son qu'il a livrés lui-même à sa filiale française, société qui, tout en étant autonome juridiquement, est entièrement sous sa dépendance du point de vue commercial?
- b) Peut-on considérer que le fabricant de supports de son abuse de son droit de diffusion dans le cas où le prix de vente imposé des supports de son est supérieur au prix du produit originaire réimporté d'un autre État membre et lorsque les interprètes principaux sont liés au producteur des supports de son par des contrats d'exclusivité (article 86 du traité (CEE) ? »

4. L'ordonnance de renvoi a été enregistrée au greffe de la Cour le 7 décembre 1970.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour, les parties au principal, le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne et la Commission des CE ont déposé des observations écrites.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé de ne pas procéder à des mesures d'instruction préalable.

La société Deutsche Grammophon Gesellschaft GmbH, représentée par Mes D. Ohlgart et M. Wolter, la société Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, représentée par Mes H. J. Bartholatus et V. Der Osten, le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne, représenté par M. E. Bülow, et la Commission des Communautés européennes, représentée par son conseiller juridique M. E. Zimmermann, ont été entendus à l'audience du 31 mars 1971.

L'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 28 avril 1971.

II — Observations présentées en vertu de l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice

Attendu que les observations présentées en vertu de l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour peuvent se résumer comme suit :

A — Observations présentées par la Deutsche Grammophon GmbH

La Deutsche Grammophon soutient que la première question, telle qu'elle est formulée, ne relève pas de l'article 177 du traité, car elle implique l'interprétation du droit interne d'un État membre, et non du droit communautaire. A supposer en outre qu'elle puisse être comprise comme tendant à savoir si le paragraphe 85 de la URG se heurte aux articles 5, alinéa 2, et 85, paragraphe 1, du traité, ou si ces articles priment la URG, cette question serait également irrecevable. Dans le premier cas, en effet, elle aurait trait à la validité d'un acte de droit interne, et non de droit communautaire : dans le deuxième cas, elle porterait non seulement sur l'interprétation, mais aussi sur l'application du traité. Sous réserve de la possibilité que la première question puisse être « redressée » dans un sens conforme à l'article 177 du traité, elle devrait donc être ramenée à la question suivante :

« Est-il contraire aux articles 5, alinéa 2, et 85, paragraphe 1, du traité qu'un

fabricant de supports de son ayant, en vertu de la législation d'un État membre, le droit exclusif de les mettre en circulation, invoque ce droit pour interdire la commercialisation dans cet État, par un tiers, de produits qu'il aurait précédemment livrés, dans un autre État membre, à sa filiale, juridiquement autonome, mais entièrement dépendante sur le plan économique ? »

Ceci posé, la DG observe ce qui suit :

a) Quant à l'article 5, alinéa 2, du traité

L'article 5, alinéa 2, du traité n'a pas le caractère d'une disposition self-executing. Il s'agit d'une disposition prévoyant une obligation des États membres, dont le respect ne pourrait être assuré que grâce à la procédure de l'article 169 du traité. On ne saurait interpréter cet article comme réglant ou limitant la législation nationale en matière de protection de la propriété industrielle, sans risquer, par là même, d'aboutir à une insécurité juridique intolérable. À une telle interprétation s'oppose avant tout l'article 36 du traité, qui doit être considéré comme une « loi spéciale » par rapport à la règle générale susdite, et qui, précisément dans le domaine en question, formule une réserve en faveur d'une réglementation nationale particulière. Il faut d'autre part préciser que la protection juridique accordée au droit du fabricant de supports de son n'a pas été introduite après l'entrée en vigueur du traité, mais qu'elle existait déjà depuis 1910 (cf. expertise du professeur Philipp Möhring, produite en annexe).

b) Quant à l'article 85, paragraphe 1, du traité

La notion d'« accord entre entreprises » inscrite à cet article ne s'applique pas au cas d'espèce, car cette notion suppose l'existence entre les entreprises en cause d'une concurrence susceptible d'être limitée. Or, une telle concurrence ferait précisément défaut entre la DG et sa filiale Polydor, et l'on se trouverait plutôt en présence d'une répartition des tâches à l'intérieur d'un même ensemble économique. En outre, il ne faut pas per-

dre de vue que l'action de la DG contre Metro n'est pas basée sur le contrat de licence conclu avec Polydor, mais se fonde exclusivement sur les dispositions de la URG.

Dans le cas du droit d'auteur, en effet, ainsi que dans le cas des droits assimilés à ce droit, c'est la loi nationale elle-même qui crée des barrières.

De même, ferait en l'espèce défaut une « pratique concertée » au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, l'action de la DG contre Metro étant elle aussi basée uniquement sur la protection accordée par la URG. Elle ne se fonde pas sur l'action concertée d'au moins deux entreprises, mais sur un comportement unilatéral. Autrement dit, il ressort de ce qui précède que le respect du droit de mise en circulation en Allemagne n'est pas assuré, en l'espèce, par la présence d'un des types d'entente prévus à l'article 85, paragraphe 1, du traité.

c) Quant à l'article 86 du traité

L'article 86 du traité doit tout d'abord être interprété en relation avec les articles 36 et 222 du traité. L'article 36 prévoit des limitations à la libre circulation des marchandises dérogeant aux articles 30 à 34 du traité, pour autant qu'elles sont justifiées par des motifs tirés de la propriété industrielle ; et il ne fait pas de doute que le droit d'auteur relève du régime de la propriété industrielle au sens de cet article. Quant à l'article 222, il précise expressément que le traité n'affecte pas le droit de propriété dans les États membres ; et il est certain aussi que la propriété industrielle fait partie de ce droit.

Par ailleurs, il faut exclure que l'existence d'une position dominante puisse en l'espèce résulter des contrats d'exclusivité conclus avec les artistes ou interprètes. Tout d'abord, il y a lieu de rappeler à ce sujet le paragraphe 61 de la URG et le paragraphe 11 de la « Wahrnehmungsgesetz », qui interdisent la conclusion de « licences exclusives » entre l'auteur ou les sociétés d'auteurs et les fabricants de disques, ainsi que le paragraphe 78 de la URG, qui prévoit, dans ce domaine, une

« quasi-licence obligatoire ». De toute manière, abstraction faite de cette dernière disposition, si le fabricant de disques, en raison des contrats d'exclusivité, a le droit d'interdire à ses concurrents l'« introduction » dans le marché du même produit, il ne peut leur interdire l'enregistrement du même morceau musical dans une interprétation différente.

La place dont il bénéficierait sur le marché n'a donc rien de commun avec la notion de « position dominante ». Au surplus, en l'espèce les solistes ayant participé aux enregistrements ne sont pas, pour la plupart des disques, liés par des contrats d'exclusivité. Au cas où la Cour déciderait d'examiner cas par cas la situation de la DG à l'égard de chaque disque, il faudrait procéder à une vérification de fait sur ce point, ce qui, relevant de l'*application* et non pas de l'interprétation de l'article 86 du traité, serait interdit à la Cour.

Quant à la possibilité d'un « abus » de position dominante, cette possibilité est tout d'abord exclue lorsque le titulaire du droit s'appuie uniquement sur la loi, et que celle-ci lui accorde une protection territoriale absolue.

D'autre part, la DG ne saurait être tenue de veiller à l'application de prix identiques, aussi longtemps qu'il y a des législations nationales différentes en matière de taxation.

Par ailleurs, en l'espèce, le prix final des disques serait, en France, de très peu inférieur à celui appliqué en Allemagne, les écarts existants étant principalement liés à la réévaluation et à la dévaluation des monnaies. Il n'y aurait pas non plus de différences substantielles dans les États membres en ce qui concerne le prix final au consommateur (la DG indique, par des exemples chiffrés, en quoi résiderait l'intérêt d'une importation en Allemagne de disques achetés en France, notamment pour des intermédiaires).

Enfin, l'existence d'un abus de position dominante au sens de l'article 86 serait en l'espèce exclue du fait qu'il y a en Allemagne un système de prix imposés qui n'existe pas en France.

B — Observations de la société « Metro Großmärkte GmbH & Co. KG »

La société Metro, après avoir précisé que, selon le texte du paragraphe 17, alinéa 2, de la URG, ce serait l'accord donné par le titulaire du droit à la mise en circulation du produit protégé qui entraînerait l'épuisement du droit, et non pas le fait que cette mise en circulation aurait eu lieu sur le territoire national ou à l'étranger, observe ce qui suit :

a) Quant à l'article 5, alinéa 2, du traité

L'interprétation des paragraphes 85 et 17 de la URG, ayant pour effet d'empêcher la réimportation de disques mis dans le commerce avec l'accord de la DG, se heurte à l'article 5, alinéa 2, du traité, qui est obligatoire non seulement pour le législateur national, mais aussi pour les tribunaux internes. Par ailleurs, le législateur allemand, en adoptant la URG après la ratification du traité CEE, n'a pas entendu porter atteinte au principe de la liberté des marchés, puisqu'il a considéré que le fait que la mise en commerce ait eu lieu sur le territoire national ou à l'étranger reste sans influence sur l'épuisement du droit.

b) Quant à l'article 85 du traité

La clause du contrat de licence interdisant au partenaire français de vendre les disques en dehors du territoire du contrat, à savoir en France, n'est point indispensable à la sauvegarde du droit reconnu par la URG, et ne se justifie pas par la protection accordée au droit exclusif de distribution.

Une telle limitation ne peut avoir d'autre objet que d'empêcher l'épuisement du droit prévu par le paragraphe 17, alinéa 2, de la loi.

Abstraction faite du contrat de licence, il y aurait entre la DG et Polydor une pratique concertée tendant à ce que les disques exportés en France ne soient pas réimportés en Allemagne. Dans les deux cas, on viserait à assurer, en faveur de la DG, le respect de son système de distribution et de prix imposés, ainsi que le

maintien d'un niveau élevé des prix en Allemagne.

Tant la clause contractuelle ci-dessus mentionnée que cette pratique concertée contreviendraient à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE.

c) *Quant à l'article 86 du traité*

Peu d'entreprises ont une position vraiment dominante dans le domaine des supports de son. La DG en est précisément une, et elle utilise cette position pour empêcher, par le recours au paragraphe 85 de la URG, la réimportation de ses produits en Allemagne.

Le commerce entre les États membres s'en trouverait affecté, et la DG serait à même d'imposer dans les différents pays des prix de vente excessivement élevés. Le commerce n'aurait aucune possibilité de se soustraire à cette domination, parce que les interprètes les plus connus sont liés par des contrats d'exclusivité (cf. les précisions données en annexe, sur la « renommée » des artistes en question).

Dans ces conditions, l'exercice du droit de distribution constituerait un abus de position dominante, interdit par l'article 86 du traité CEE.

C — *Observations du gouvernement allemand*

Le gouvernement allemand précise, tout d'abord, qu'à son avis il n'est pas certain que la seule interprétation possible du paragraphe 17, alinéa 2, de la URG soit celle qui se fonde sur le principe de « territorialité », dont s'inspirerait le juge a quo. Il rappelle à ce sujet que la doctrine avance également une autre interprétation, selon laquelle le droit exclusif serait épuisé dès que les objets reproduits sont mis dans le commerce à l'étranger par le titulaire même du droit, ou par un tiers en vertu d'une licence valable également pour le territoire national.

Le gouvernement allemand observe en outre, en ce qui concerne la compétence de la Cour, que le fait que la procédure au principal soit une procédure en référé ne devrait pas s'opposer à la procédure

de l'article 177 du traité. Quant à la première question, telle qu'elle est formulée, elle ne serait pas recevable car, aux termes de son libellé, elle entraînerait la Cour dans un examen portant sur la loi nationale. C'est pourquoi cette question devrait être interprétée comme suit :

« Est-il contraire aux articles 5, alinéa 2, et 85, paragraphe 1, du traité CEE qu'un fabricant de supports de son, se fondant sur un droit analogue au droit d'auteur, interdise la revente de supports de son réimportés, qu'il avait précédemment livrés à sa filiale, juridiquement autonome, mais économiquement entièrement dépendante, dans un autre État membre ? »

a) *Quant à l'article 5, alinéa 2, du traité*

L'article 5, alinéa 2, du traité ne serait pas une disposition self-executing. Par ailleurs, le gouvernement allemand, en arrêtant le paragraphe 85 de la URG, n'aurait pas violé cette disposition. Ainsi qu'il ressort, notamment, des articles 36 et 222 du traité, les États membres seraient en effet restés compétents pour régler de manière autonome le régime de la propriété industrielle, et pourraient donc, dans le cadre de cette compétence, protéger juridiquement des situations qui auparavant n'étaient pas réglées ou qui l'étaient d'une manière différente.

b) *Quant à l'article 85, paragraphe 1, du traité*

Le gouvernement allemand se demande tout d'abord si un accord conclu entre une société mère et sa filiale — du point de vue économique entièrement dominée par la première — peut être qualifié d'« accord » au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Du moment que, en tout cas, la société mère peut donner à sa filiale des instructions obligatoires, l'application de l'article 85, paragraphe 1, serait exclue du seul fait qu'il n'y aurait pas de concurrence entre les deux sociétés. Même à supposer que les deux sociétés puissent conclure entre elles des accords au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, toutes les conditions

d'application de cet article devraient être vérifiées in concreto. De même, on devrait vérifier si l'exercice du droit exclusif à l'égard des réimportations en Allemagne repose réellement sur une « pratique concertée », c'est-à-dire sur une concordance d'action et de comportement qui ne soit pas accidentelle, mais voulue et consciente.

Le gouvernement allemand conclut que la situation décrite dans la première question ne se heurte pas à l'article 5, alinéa 2, du traité. Elle ne se heurterait pas non plus à l'article 85, paragraphe 1, du traité, pour autant que l'emprise économique exercée par la société mère sur sa filiale est telle qu'il n'y aurait pas de concurrence entre elles. Dans le cas contraire, tout dépendrait du contenu du contrat de licence et des autres circonstances caractérisant le cas d'espèce.

c) Quant à l'article 86 du traité

Le gouvernement allemand n'exclut pas la possibilité d'une position dominante dans le secteur en cause, mais il la considère comme exceptionnelle. Elle serait d'ailleurs liée à un ensemble de facteurs, tels que le contenu de chaque contrat d'exclusivité, le genre de musique — légère ou instrumentale — dont il s'agit, etc.

De même, la question de savoir si un fabricant de supports de sons « abuse » ou non d'une position dominante dépendrait de plusieurs circonstances. Les différences entre les prix de livraison dans les États membres ne sauraient à elles seules rapporter la preuve d'un tel abus : il y aurait lieu d'examiner si elles se justifient par des différences dans le coût de production, dans la charge fiscale, etc. Il faudrait en outre vérifier si le prix final est actuellement le même dans les États membres en cause.

Le gouvernement allemand conclut que les différences de prix et la conclusion de contrats d'exclusivité ne comportent pas, en elles-mêmes, un abus de position dominante au sens de l'article 86, paragraphe 1, du traité CEE, mais qu'il faut à cet effet vérifier l'existence d'autres circonstances concrètes.

D — Observations présentées par la Commission des CE

La Commission expose les raisons qui, à son avis, auraient amené la juridiction allemande à appliquer l'article 177 du traité, malgré le fait que la procédure au principal soit une procédure en référé. Après avoir remarqué que la première question pourrait être interprétée comme tendant à ce que la Cour se prononce sur le droit allemand, elle observe que la Cour est toutefois compétente pour en dégager les points essentiels aux fins de l'interprétation du traité.

Après avoir rappelé les dispositions des paragraphes 17, alinéa 2, et 85, alinéa 1, de la URG, la Commission relève qu'il n'y a pas d'opinion certaine et unanime sur la portée du paragraphe 17, alinéa 2. Il serait vain à cet effet de faire appel au principe de la « territorialité » qui, correctement interprété, impliquerait simplement que la protection juridique à accorder sur le territoire national doit être appréciée selon les règles du droit national, mais n'interdirait pas à un État de faire dépendre cette même protection de circonstances intervenues à l'étranger. Après avoir examiné l'état d'autres droits nationaux en la matière, la Commission fait remarquer que le principe de la territorialité donne au titulaire du droit la possibilité d'interdire les « importations parallèles », et que les conséquences découlant de son application en la matière sont donc la répartition et le cloisonnement des marchés. Ces conséquences seraient, dans le cas du droit d'auteur, d'autant plus évidentes (par rapport au droit de brevet ou de marque) que ce droit peut s'étendre à d'autres pays sans aucune formalité.

a) Quant à l'article 5, alinéa 2, du traité

L'interdiction d'importer ou de distribuer des produits importés serait notamment contraire aux principes énoncés aux lettres a) et f) de l'article 3 du traité, à savoir la libre circulation des marchandises et l'établissement d'un système assurant le respect de la libre concurrence à l'intérieur du marché commun.

Le traité n'entendrait pas interdire les limitations de la concurrence qui peuvent découler de l'existence du droit de la propriété industrielle ou de la propriété littéraire et artistique, mais il trace, à l'article 36, la limite entre l'existence de ces droits, reconnue par le traité, et l'exercice de ces droits qui serait contraire à un des buts fondamentaux du traité. Or, la possibilité qui serait accordée au titulaire du droit exclusif d'interdire dans un État la distribution d'objets protégés, mis régulièrement dans le commerce dans un autre État, comporterait un exercice dudit droit non conforme à ces objectifs, puisqu'elle aurait pour effet d'entraver la libre circulation des marchandises entre les États membres.

Il ne semble pas qu'une telle interdiction soit le fait d'une mesure législative, enfreignant directement les articles 30 et suivants du traité. Le paragraphe 85 de la URG ne réglerait pas directement la question et, de toute façon, il se bornerait à prévoir une simple faculté en faveur des titulaires du droit, en laissant à ceux-ci le soin de s'en prévaloir et d'obtenir l'exécution de leur volonté. Si, partant, il n'y a pas lieu d'appliquer les articles 30 et suivants du traité, en ce sens que la loi allemande ne comporterait pas une interdiction d'importer non couverte par l'article 36 du traité, il resterait que l'interprétation contestée se heurterait à l'obligation des États de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril les objectifs du traité.

Par là même, le problème du respect ou de la violation de l'article 5, alinéa 2, du traité serait posé. Après avoir souligné la portée et les objectifs de cet article, la Commission rappelle que l'obligation de le respecter incombe à toutes les autorités nationales, y compris les autorités judiciaires. Une interprétation du paragraphe 85 de la URG accordant au titulaire du droit d'auteur la faculté dont il est question, ne tiendrait pas compte en outre de ce que cette disposition est intervenue après l'entrée en vigueur du traité.

b) *Quant à l'article 85, paragraphe 1, du traité*

i) En ce qui concerne les *contrats de licence*, la Commission estime que, d'après leur libellé, ils demeurent dans les limites des droits dont la DG est titulaire et que les faits de l'espèce ne permettent pas de constater si des limitations de la concurrence ont été convenues ou font l'objet d'une pratique concertée.

Ces contrats ne seraient pas visés par l'article 85, paragraphe 1, du traité, du fait qu'ils sont conclus entre une société mère et ses filiales, dont le capital social est presque entièrement détenu par la société mère. L'article 85, paragraphe 1, pourrait entrer en ligne de compte, s'il était constaté que ces accords contiennent des clauses restreignant la concurrence, faisant nécessairement l'objet d'accords passés entre les filiales et leur clientèle — ce qui ne peut pas être déduit de façon certaine des contrats de licence.

ii) En ce qui concerne les *accords en matière de prix imposés* (« Revers »), la Commission attire l'attention sur une clause (la clause II, 2) qui, à son avis, équivaut à une interdiction d'importation susceptible d'affecter le commerce entre États membres et de restreindre la concurrence dans le marché commun.

Certes, dans le cas d'espèce, l'action intentée par la DG contre Metro ne serait pas basée sur une clause de ce genre, mais serait fondée directement sur le paragraphe 85 de la URG. Compte tenu de ce que la DG a fixé le niveau du prix final en Allemagne, qu'elle a pratiquement interdit à sa clientèle d'importer des disques DG dans cet État sans son autorisation et qu'elle-même s'est engagée à veiller au respect des prix imposés et à poursuivre immédiatement toute violation dont elle viendrait à avoir connaissance, il y aurait lieu de conclure qu'en l'espèce elle n'invoque le paragraphe 85 de la URG que pour exécuter un accord qui tombe sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

c) Quant à l'article 86 du traité

Après avoir exprimé son opinion quant à la notion de « position dominante », la Commission expose les critères en fonction desquels la juridiction de renvoi devra apprécier la position de la DG sur le marché allemand. Elle examine la position de cette société sur ledit marché et les particularités du marché des supports de son, et conclut que la DG occupe, conjointement avec une autre entreprise (la Phonogram Ton GmbH), une position dominante sur le marché des supports de son.

Quant au problème d'une exploitation « abusive » du marché, la Commission attire l'attention sur les dispositions de l'article 86, a) et d). Elle souligne, en ce qui concerne la lettre a), l'importance qu'aurait un écart marqué entre les prix (en l'espèce à la production), qui ne pourrait pas s'expliquer par des raisons objectives et, en ce qui concerne la lettre d), le désavantage infligé aux partenaires commerciaux du fait que le prix de vente beaucoup plus élevé pratiqué en Allemagne empêcherait les revendeurs allemands, notamment ceux qui sont établis à proximité de la frontière française, de vendre des disques de la DG en France. Enfin, l'exploitation abusive d'une position dominante serait en l'espèce de nature à affecter le commerce entre États membres.

Sur la base de ces observations, la Commission propose de répondre comme suit aux questions posées à la Cour :

1. Les dispositions légales d'un État membre, ou leur interprétation par les tribunaux, qui reconnaissent au titulaire d'un droit exclusif à un support de son la faculté d'interdire l'importation, ou la diffusion à l'intérieur du pays, de reproductions que le titulaire d'un droit de protection ou une entreprise dépendant de lui a mises en circulation dans un autre État membre mettent en péril la réalisation des buts du traité. Un tel droit n'est pas inhérent à la propriété industrielle et commerciale, garantie par l'article 36 du traité. Les décisions judiciaires qui favorisent la mise en œuvre

d'un tel droit sont contraires à l'obligation imposée aux États membres par l'article 5, alinéa 2, du traité.

2. L'article 85 du traité est applicable lorsqu'il s'agit d'interdire, en vertu d'un droit exclusif de reproduire et de commercialiser des supports de son, la réimportation d'un autre État membre de supports que le titulaire du droit, ou une entreprise dépendant de lui, ont mis en circulation dans un autre État membre, et lorsque le titulaire du droit a conclu avec des commerçants du pays d'importation des accords qui imposent à ces derniers l'obligation de ne distribuer les produits importés qu'avec son assentiment, et au prix imposé.

3. Le fabricant de supports de son, titulaire d'un droit voisin du droit d'auteur, n'occupe pas une position dominante au sens de l'article 86 du traité par le seul fait qu'il peut interdire à des tiers de fabriquer des reproductions et de les diffuser à l'intérieur d'un État membre.

Il y a position dominante lorsque le titulaire du droit possède dans une partie substantielle du marché commun, seul ou conjointement avec une entreprise appartenant au même groupe, une participation importante au marché et que les autres distributeurs de produits similaires occupent sur le marché une position sensiblement plus faible. Il peut être important, en matière de position dominante, que le producteur de supports de son se soit lié les principaux interprètes par des contrats d'exclusivité.

Il y a lieu de considérer qu'il y a exploitation abusive de cette position dominante lorsque le titulaire du droit applique dans l'État membre où il occupe cette position des prix sensiblement supérieurs à ceux qu'il demande dans d'autres États membres et que cette différence ne peut s'expliquer par des raisons objectives (frais de transport, fiscalité, etc.). Dans ces circonstances, l'interdiction de réimporter les produits originaires, provenant d'autres États membres, constitue également une pratique abusive.

Motifs

- ¹ Attendu que, par ordonnance du 8 octobre 1970, parvenue à la Cour le 7 décembre 1970, le Hanseatisches Oberlandesgericht de Hambourg a, en vertu de l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne, posé à la Cour des questions concernant l'interprétation des articles 5, alinéa 2, 85, paragraphe 1, et 86, du traité;

Sur la première question

- ² Attendu que, par la première question, il est demandé à la Cour de dire s'il est contraire à l'article 5, alinéa 2, ou à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE 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, laquelle, tout en étant autonome juridiquement, est entièrement sous sa dépendance du point de vue commercial;
- ³ attendu qu'aux termes de l'article 177 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;
- ⁴ attendu qu'il ressort des données retenues par le Hanseatisches Oberlandesgericht de Hambourg que la question posée se ramène 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;
que la Cour de justice est invitée à dégager notamment de l'article 5, alinéa 2, ou de l'article 85, paragraphe 1, du traité le contenu et la portée de la règle communautaire applicable;
- ⁵ attendu qu'aux termes de l'article 5, alinéa 2, du traité, « les États membres s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du traité »;

que cette disposition énonce une obligation générale des États membres, dont le contenu concret dépend, dans chaque cas particulier, des dispositions du traité ou des règles qui se dégagent de son système général;

- 6 attendu qu'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 »;
- que 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;
- 7 attendu toutefois que, 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;
- 8 attendu que les principes à considérer en l'occurrence sont ceux qui, pour la réalisation d'un marché unique entre les États membres, sont posés, d'une part à la deuxième partie du traité, consacrée aux fondements de la Communauté, au titre de la libre circulation des marchandises et, d'autre part, à l'article 3, f), du traité, qui prévoit l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun;
- 9 que, 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 »;
- 10 que c'est donc à la lumière de ces règles, et notamment des articles 36, 85 et 86, qu'il y a lieu d'apprécier dans quelle mesure l'exercice d'un droit national de protection, voisin du droit d'auteur, peut empêcher la commercialisation de produits en provenance d'un autre État membre;
- 11 attendu que, parmi les interdictions ou restrictions qu'il admet à la libre circulation des marchandises, l'article 36 se réfère à la propriété industrielle et commerciale;

que, à supposer qu'un droit voisin du droit d'auteur puisse être concerné par ces dispositions, il ressort cependant de cet article 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 peut cependant relever des interdictions édictées par le traité;

que, s'il permet des interdictions ou restrictions à la libre circulation des produits justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale, l'article 36 n'admet de dérogations à cette liberté que dans la mesure où elles sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété;

- 12 attendu que, 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;

que ce but ne pourrait être atteint si, en vertu des divers régimes juridiques des États membres, leurs ressortissants avaient la possibilité de cloisonner le marché et d'aboutir à des discriminations arbitraires ou à des restrictions déguisées dans le commerce entre les États membres;

- 13 que, dès lors, l'exercice, par un fabricant de supports de son, du droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés découlant de la législation d'un État membre, 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 du premier État membre, serait contraire aux règles qui prévoient la libre circulation des produits à l'intérieur du marché commun;

Sur la deuxième question

- 14 Attendu que, par la deuxième question, il est demandé à la Cour de dire si le fabricant de supports de son abuse de son droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés dans le cas où le prix de vente imposé est, sur le territoire national, supérieur au prix du produit originaire réimporté en provenance d'un autre État membre et lorsque les interprètes principaux ont été liés au producteur de supports de son par des contrats d'exclusivité;

que cette question, par l'emploi des termes « abuse de son droit », vise l'abus de position dominante, au sens de l'article 86 du traité;

- 15 attendu que cet article interdit, « dans la mesure où le commerce est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci »;

- 16 qu'il résulte de cette disposition que le fait par elle prohibé suppose l'existence d'une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci;
que le fabricant de supports de son, titulaire d'un droit voisin du droit d'auteur, ne possède pas, du seul fait qu'il exerce son droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés, une position dominante au sens de l'article 86 du traité;
- 17 que, cet article exigeant que la position par lui visée s'étende à une «partie substantielle» du marché commun, il faut en outre que le fabricant ait, seul ou conjointement avec d'autres entreprises relevant du même groupe, la possibilité de faire obstacle à une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération, compte tenu notamment de l'existence éventuelle de producteurs écoulant des produits similaires et de leur position sur le marché;
- 18 qu'au cas où les interprètes des enregistrements seraient liés au fabricant par des contrats d'exclusivité, il y a lieu de considérer, entre autres, la préférence qui leur est accordée sur le marché, la durée et la portée des engagements stipulés, ainsi que les possibilités dont les autres fabricants de supports de son disposent, pour obtenir des prestations comparables en matière d'interprétation;
- 19 attendu que, pour tomber sous l'article 86, la position dominante doit en outre faire l'objet d'une exploitation abusive;
que, si l'écart entre le prix imposé et le prix du produit réimporté d'un autre État membre ne suffit pas nécessairement à révéler un tel abus, il peut cependant, en raison de son importance, et en l'absence de justifications objectives, constituer un indice déterminant dudit abus;

Sur les dépens

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

par ces motifs,

vu les actes de procédure;

le juge rapporteur entendu en son rapport;

les parties au principal, le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne et la Commission des Communautés européennes entendus en leurs observations orales;

l'avocat général entendu en ses conclusions;
 vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment ses articles 3, 5, 36, 85, 86 et 177;
 vu le protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, notamment son article 20;
 vu le règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes,

LA COUR,

statuant sur la question à elle soumise par le Hanseatisches Oberlandesgericht de Hambourg, conformément à l'ordonnance rendue par cette juridiction le 8 octobre 1970, dit pour droit:

1. L'exercice, par un fabricant de supports de son, du droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés découlant de la législation d'un État membre, 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 du premier État membre, est contraire aux règles qui prévoient la libre circulation des produits à l'intérieur du marché commun.
2. a) Un fabricant de supports de son, titulaire d'un droit exclusif de distribution découlant d'une législation nationale, ne jouit pas d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité du seul fait qu'il exerce ce droit. Il en est autrement lorsque, vu les circonstances de l'espèce, il peut faire obstacle à une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération.
- b) Si l'écart entre le prix imposé et le prix du produit réimporté d'un autre État membre ne révèle pas nécessairement un abus de position dominante, il peut cependant, en raison de son importance, et en l'absence de justifications objectives, constituer un indice déterminant dudit abus.

	Lecourt	Donner	Trabucchi
Monaco	Mertens de Wilmars	Pescatore	Kutscher

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 8 juin 1971.

Le président
 R. Lecourt

Le greffier
 A. Van Houtte