



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. GIOVANNI PITRUZZELLA
présentées le 11 avril 2019¹

Affaire C-688/17

Bayer Pharma AG
contre
Richter Gedeon Vegyészeti Gyár Nyrt.,
Exeltis Magyarország Gyógyszerkereskedelmi Kft.

[demande de décision préjudicielle formée par la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale, Hongrie)]

« Renvoi préjudiciel – Propriété intellectuelle – Brevets – Directive 2004/48/CE – Notion de “dédommagement approprié” – Préjudice causé par des mesures provisoires demandées en vue de la protection d'un brevet annulé ultérieurement – Mise sur le marché de produits sans attendre l'annulation d'un brevet »

1. La demande de décision préjudicielle objet des présentes conclusions porte sur l'interprétation de l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48/CE².
2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Bayer Pharma AG (ci-après « Bayer ») à Richter Gedeon Vegyészeti Gyár Nyrt. (ci-après « Richter ») et Exeltis Magyarország Gyógyszerkereskedelmi Kft. (ci-après « Exeltis ») au sujet du préjudice subi par ces deux dernières sociétés en raison de l'adoption, à la demande de Bayer, par une juridiction nationale, de mesures d'injonction à leur égard, lesquelles ont été ultérieurement annulées.

¹ Langue originale : le français.

² Directive du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JO 2004, L 157, p. 45).

I. Le cadre juridique

A. L'accord ADPIC

3. L'article 50, paragraphe 7, de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après l'« accord ADPIC »), figurant à l'annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), signé à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE³ et conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dispose :

« Dans les cas où les mesures provisoires seront abrogées ou cesseront d'être applicables en raison de toute action ou omission du requérant, ou dans les cas où il sera constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner au requérant, à la demande du défendeur, d'accorder à ce dernier un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures. »

B. Le droit de l'Union

4. Le considérant 1 de la directive 2004/48 est libellé comme suit :

« La réalisation du marché intérieur implique l'élimination des restrictions à la libre circulation et des distorsions de concurrence, tout en créant un environnement favorable à l'innovation et à l'investissement. Dans ce contexte, la protection de la propriété intellectuelle est un élément essentiel pour le succès du marché intérieur. La protection de la propriété intellectuelle est importante non seulement pour la promotion de l'innovation et de la création mais également pour le développement de l'emploi et l'amélioration de la compétitivité. »

5. Le considérant 22 de la directive 2004/48 indique :

« Il est également indispensable de prévoir des mesures provisoires permettant de faire cesser immédiatement l'atteinte sans attendre une décision au fond, dans le respect des droits de la défense, en veillant à la proportionnalité des mesures provisoires en fonction des spécificités de chaque cas d'espèce, et en prévoyant les garanties nécessaires pour couvrir les frais et dommages occasionnés à la partie défenderesse par une demande injustifiée. Ces mesures sont notamment justifiées lorsque tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. »

6. L'article 3 de la directive 2004/48, intitulé « Obligation générale », dispose :

« 1. Les États membres prévoient les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle visés par la présente directive. Ces mesures, procédures et réparations doivent être loyales et équitables, ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses et ne doivent pas comporter de délais déraisonnables ni entraîner de retards injustifiés.

2. Les mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives et être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif. »

³ Décision du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO 1994, L 336, p. 1).

7. L'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48, intitulé « Mesures provisoires et conservatoires » et rédigé en des termes quasi identiques à l'article 50, paragraphe 7, de l'accord ADPIC, est libellé comme suit :

« Dans les cas où les mesures provisoires sont abrogées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou dans les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires sont habilitées à ordonner au demandeur, à la demande du défendeur, d'accorder à ce dernier un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures^[4]. »

C. Le droit hongrois

8. L'article 156, paragraphe 1, du code de procédure civil hongrois (1952. Evi III. Törvény, loi III de 1952), prévoit :

« Le juge peut, sur demande, ordonner par voie de mesure provisoire, qu'il soit fait droit à une demande ou à une demande reconventionnelle ou à une demande de mesures provisoires, si une telle mesure est nécessaire pour prévenir un préjudice imminent ou maintenir le statu quo du litige, ainsi que pour préserver un droit prépondérant du demandeur, et que le préjudice entraîné par la mesure ne dépasse pas le bénéfice attendu de ladite mesure. Le juge peut lier l'octroi de mesures provisoires à la fourniture de garanties. La plausibilité des faits qui fondent la demande doit être démontrée. »

9. L'article 104, paragraphes 13 et 14 de la találmányok szabadalmi oltalmáról szóló 1995. évi XXXIII. törvény (loi XXXIII de 1995 sur la protection des brevets, ci-après la « LPB ») dispose :

« 13. Le juge peut lier l'instruction préliminaire et – sous réserve des dispositions du paragraphe 5, sous c), et du paragraphe 6 – l'octroi de mesures provisoires à la production de garanties.

14. Si, dans les cas visés au paragraphe 5, sous c), et au paragraphe 6 et 13, l'exécution de la demande d'une partie ayant droit au versement du montant d'une garantie n'a pas été poursuivie dans les trois mois à compter de la date à laquelle la décision ou le jugement mettant fin aux effets d'une ordonnance d'instruction préliminaire ou de mesures provisoires (décision clôturant définitivement la procédure) sont devenus définitifs, le déposant peut demander au juge la restitution de la garantie. »

10. L'article 4, paragraphe 4, du code civil hongrois (1959. Evi IV. Törvény, loi IV de 1959), prévoit :

« Si la présente loi n'impose pas d'exigences plus strictes, il y a lieu d'agir dans les relations de droit civil comme il peut généralement être attendu de toute personne dans la situation donnée. Nul ne peut invoquer à son profit le comportement qui lui est imputable. Quiconque n'agit pas comme il peut généralement être attendu de toute personne ne peut invoquer le comportement de l'autre partie. »

⁴ Dans son renvoi préjudiciel, la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale, Hongrie) observe que la traduction hongroise correcte de l'expression « dédommagement approprié », contenue à l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 devrait être « megfelelő kártalanítás », alors que c'est l'expression « megfelelő kártérítés » qui figure dans la version en langue hongroise officielle de cette directive. La juridiction de renvoi indique, à cet égard, que, dans le langage juridique hongrois, on emploie le terme « kártalanítás » lorsqu'il est question de la réparation d'un préjudice causé par un comportement licite, et le terme « kártérítés » si le préjudice est causé par un comportement illicite. Richter et Exeltis font état, dans leurs observations écrites devant la Cour, d'une instance présentée au secrétariat général du Conseil de l'Union européenne par le ministère de la Justice hongrois afin de modifier la version en langue hongroise de l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48.

11. L'article 339, paragraphe 1, du code civil hongrois est libellé comme suit :

« Quiconque cause illégalement un dommage à autrui est tenu de le réparer. Est dispensé de cette obligation celui qui démontre qu'il a agi comme il peut généralement être attendu de toute personne dans la situation donnée. »

12. L'article 340, paragraphe 1, du code civil hongrois prévoit :

« La victime est tenue d'agir ainsi qu'il peut généralement être attendu de toute personne dans la situation donnée en vue d'éviter ou de réduire le préjudice. Il n'y a pas lieu d'indemniser une partie pour le préjudice qui est la conséquence du non-respect de cette obligation par la victime. »

II. La procédure principale et les questions préjudicielles

13. Le 8 août 2000, Bayer a déposé auprès du Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatal (Office national de la propriété intellectuelle, Hongrie, ci-après l'« Office ») une demande de brevet relative à un produit pharmaceutique contenant un principe actif contraceptif. L'Office a publié la demande de brevet le 28 octobre 2002. Conformément à l'article 18, paragraphes 1 et 2, de la LPB, la protection conférée par le brevet prend cours, à titre provisoire, avec la publication de la demande et ses effets remontent au jour de la demande. L'Office a délivré le brevet n° 227.207 pour l'invention en cause (ci-après le « brevet ») le 4 octobre 2010.

14. Richter, aux mois de novembre 2009 et d'août 2010, et Exeltis, au mois d'octobre 2010, ont commencé à commercialiser en Hongrie des produits qui, selon Bayer, contrevenaient son brevet (ci-après les « produits »).

15. Le 8 novembre 2010, Richter a présenté auprès de l'Office une demande de constatation de non-contrefaçon tendant à établir que ses produits ne contrevenaient pas au brevet de la partie requérante. Le 8 décembre 2010, Richter et Exeltis ont également déposé une demande d'annulation du brevet.

16. Le 9 novembre 2010, Bayer a demandé à la juridiction de renvoi l'adoption de mesures provisoires visant à interdire à Richter et à Exeltis la mise sur le marché des produits. Cette demande a été rejetée, la plausibilité de la contrefaçon n'ayant pas été démontrée. Le 11 août 2011, Bayer a également introduit devant la juridiction de renvoi des procédures de contrefaçon contre Richter et Exeltis. Ces procédures ont été suspendues jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise dans le cadre de la procédure d'annulation du brevet.

17. À la suite des nouvelles demandes présentées par Bayer, par ordonnances exécutoires du 11 juillet 2011, entrées en vigueur le 8 août 2011, la juridiction de renvoi a, par voie de mesures provisoires, interdit à Richter et Exeltis la mise sur le marché des produits et a assorti les mesures provisoires de l'obligation de constituer des garanties. Les sociétés enjointes se seraient acquittées volontairement de leurs obligations et auraient retiré les produits du marché.

18. Dans le cadre des recours introduits par Richter et Exeltis, la Fővárosi Ítéltábla (cour d'appel régionale de Budapest-Capitale, Hongrie) a, par ordonnances du 29 septembre 2011 et du 4 octobre 2011, annulé les ordonnances du 11 juillet 2011, pour vices de procédure, et a renvoyé l'affaire devant la juridiction de renvoi. Celle-ci a, par ordonnances du 23 janvier 2012 et du 30 janvier 2012, adoptées dans le cadre de la nouvelle procédure, rejeté les demandes de mesures provisoires de Bayer, en considérant que, compte tenu en particulier de l'état d'avancement de la procédure d'annulation et du retrait d'un brevet européen équivalent, on ne pouvait plus, du point de vue de l'intérêt public, considérer comme proportionné d'ordonner lesdites mesures. Ces ordonnances ont été confirmées par la Fővárosi Ítéltábla (cour d'appel régionale de Budapest-Capitale).

19. Les mesures provisoires ont donc été en vigueur, en ce qui concerne Richter, du 8 août 2011 au 4 octobre 2011 et, en ce qui concerne Exeltis, du 8 août 2011 au 29 septembre 2011.

20. Par décision du 13 septembre 2012, l'Office a annulé le brevet dans sa totalité. Après avoir annulé cette décision et avoir réformé une décision antérieure de l'Office, annulant partiellement le brevet, la juridiction de renvoi a, à son tour, annulé intégralement le brevet, par ordonnance du 9 septembre 2014. Cette ordonnance a été confirmée par la Fővárosi Ítéltábla (cour d'appel régionale de Budapest-Capitale) par ordonnance du 20 septembre 2016.

21. Respectivement par une demande reconventionnelle formée le 22 février 2012 et par une requête déposée le 6 juillet 2017 (qui ont été jointes dans le cadre de la procédure au principal), Richter et Exeltis ont toutes deux demandé la condamnation de Bayer à l'indemnisation du dommage causé par les mesures provisoires. Elles demandent le remboursement de la perte du chiffre d'affaires subie du fait des mesures provisoires, ainsi que les frais de promotion en relation avec la mise sur le marché des produits, et l'indemnisation du préjudice moral ainsi que les intérêts sur ces sommes. Ces demandes se fondent – à défaut, en droit hongrois, de règles matérielles se rapportant explicitement aux situations visées à l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 – sur un ensemble de règles procédurales, à savoir l'article 156, paragraphe 1, du code de procédure civile hongrois et l'article 104, paragraphes 13 et 14, de la LPB.

22. Bayer conclut au rejet desdites demandes. Elle fait valoir que Richter et Exeltis ont elles-mêmes causé le préjudice qu'elles ont subi et qu'elles n'ont donc pas droit, conformément aux règles hongroises de la responsabilité civile, à l'indemnisation de ce préjudice. Elles auraient, en effet, intentionnellement et illégalement introduit des produits de contrefaçon sur le marché bien avant que le brevet ne soit annulé. En tant que fabricantes de produits pharmaceutiques génériques, elles savaient que la partie requérante détenait un brevet et, dès lors, elles auraient dû, pour éviter la survenance du préjudice, attaquer préalablement le brevet, en attendant, avant d'entamer la mise sur le marché des produits, que à tout le moins le juge de première instance se prononce dans le cadre de la procédure d'annulation. Bayer estime que cette position est conforme à la jurisprudence hongroise et invoque à cet égard un arrêt de la juridiction de renvoi dans lequel celle-ci avait considéré la partie demandant réparation comme également responsable de la survenance du dommage et n'avait condamné la partie ayant demandé les mesures provisoires qu'au remboursement du préjudice intervenu dans la période allant de la publication de la décision d'annulation du brevet en première instance à l'annulation desdites mesures.

23. La juridiction de renvoi s'interroge, en premier lieu, sur la question de savoir si l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 se borne à garantir au défendeur un droit au dédommagement ou s'il définit également le contenu de ce droit, faisant échec à l'application des règles générales de droit civil des États membres en matière de responsabilité et de réparation du préjudice. En second lieu, elle se demande si l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 s'oppose à ce que, en application d'une disposition de droit civil d'un État membre, le juge national examine quel a été le rôle du défendeur dans la survenance du dommage et, notamment, s'il a agi « comme il peut généralement être attendu de toute personne dans la situation donnée ».

24. C'est dans ce contexte que, par décision du 9 novembre 2017, la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale) a prononcé le sursis à statuer dans la procédure pendante devant lui et a posé les questions judiciaires suivantes :

« 1) Faut-il interpréter l'expression "dédommagement approprié" de l'article 9, paragraphe 7, de la directive [2004/48] en ce sens que c'est aux États membres qu'il appartient de définir les règles de droit matériel relatives à la responsabilité des parties ainsi qu'à l'étendue et aux modalités du dédommagement sur la base desquelles le juge national peut ordonner au demandeur d'accorder un dédommagement au défendeur pour le dommage causé par des mesures qui ont été annulées

ultérieurement par le juge ou qui ont cessé ultérieurement d'être applicables à la suite d'une action ou d'une omission du demandeur ou alors que le juge a constaté ultérieurement qu'il n'y avait pas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle ou de menace d'une telle atteinte ?

- 2) S'il convient de donner une réponse affirmative à la première question, l'article 9, paragraphe 7, de la directive [2004/48] fait-il obstacle à une réglementation nationale en vertu de laquelle il convient d'appliquer, en ce qui concerne le dédommagement visé dans cette disposition, les règles nationales générales de droit civil relatives à la responsabilité et à l'indemnisation, alors que, conformément à ces règles, le juge ne peut condamner le demandeur à réparer le dommage causé par des mesures provisoires qui sont ultérieurement apparues infondées du fait de l'annulation du brevet, lorsque le dommage en question est survenu du fait que le défendeur n'a pas agi conformément à ce qui peut généralement être attendu de toute personne dans la situation donnée ou lorsque, pour la même raison, le défendeur est responsable de la survenance du dommage, pour autant que le demandeur, en demandant des mesures provisoires, ait agi conformément à ce qui peut généralement être attendu de toute personne dans la situation donnée ? »

III. La procédure devant la Cour

25. Bayer, Richter, Exeltis ainsi que la Commission européenne ont présenté des observations écrites devant la Cour conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne. Ces intéressés ont été entendus lors de l'audience qui s'est tenue le 9 janvier 2019.

IV. Analyse

A. Sur la première question préjudicielle

26. Par sa première question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande en substance à la Cour si l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 doit être interprété en ce sens qu'il ne garantit que le droit à dédommagement de la partie défenderesse, sans en déterminer de manière exhaustive le contenu, mais en laissant aux États membres le soin de définir les conditions et les modalités d'exercice de ce droit, ainsi que l'étendue du dédommagement.

27. Elle expose que les parties à la procédure au principal s'opposent sur ce point. Selon Richter et Exeltis, l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 contiendrait une règle d'indemnisation objective et les termes « dédommagement approprié » impliqueraient une responsabilité pour la totalité du montant du préjudice subi et des coûts exposés, sans qu'il soit question d'examiner les éléments qui pourraient relever en application des règles nationales en matière de responsabilité civile. Bayer, en revanche, interprète les termes « dédommagement approprié » comme l'expression d'une abstraction qui crée au profit des États membres un large cadre dans lequel il peut être statué sur la demande d'indemnisation du défendeur en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce.

28. L'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 vise à mettre en œuvre au niveau de l'Union européenne l'article 50, paragraphe 7, de l'accord ADPIC, qui lie tous les États membres ainsi que l'Union, pour les questions relevant de sa compétence. Selon une jurisprudence constante, les textes de l'Union doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, en particulier lorsque de tels textes visent précisément à mettre en œuvre un accord international conclu par l'Union⁵. Ainsi que la Cour l'a expressément affirmé dans l'arrêt du 25 janvier 2017, *Stowarzyszenie Oławska Telewizja Kablowa* (C-367/15, EU:C:2017:36, point 24), conformément aux considérants 5

⁵ Voir, en dernier lieu, arrêt du 19 décembre 2018, *Syed* (C-572/17, EU:C:2018:1033, point 20).

et 6, ainsi qu'à l'article 2, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/48, aux fins de l'interprétation des dispositions de celle-ci, doivent être prises en considération des obligations résultant, pour les États membres, des conventions internationales, dont, notamment, l'accord ADPIC, qui pourraient s'appliquer au litige au principal.

29. La notion de « dédommagement approprié », contenue à l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48, doit, dès lors, être interprétée en conformité avec l'article 50, paragraphe 7, de l'accord ADPIC. La compétence de la Cour pour interpréter à titre préjudiciel cet article et, en général, l'accord ADPIC a été affirmée, pour la première fois, dans l'arrêt du 14 décembre 2000, Dior e.a. (C-300/98 et C-392/98, EU:C:2000:688, points 32 à 40) et a été, depuis lors, confirmée par une jurisprudence constante⁶.

30. L'article 50 de l'accord ADPIC figure parmi les dispositions relatives aux « [m]oyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle », contenues dans la partie III de cet accord.

31. Aux termes de l'article 41, paragraphe 1, de l'accord ADPIC, ces dispositions poursuivent deux objectifs fondamentaux : d'une part, faire en sorte que des procédures efficaces afin de faire respecter les droits de propriété intellectuelle soient mises à la disposition des détenteurs de droits et, d'autre part, veiller à ce que ces procédures soient appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif. La recherche d'un équilibre entre ces deux objectifs constitue l'une des principales préoccupations des rédacteurs de l'accord ADPIC – ainsi que témoigné par le premier alinéa du préambule de cet accord⁷ – dont il convient de tenir compte dans l'interprétation des dispositions de celui-ci, notamment celles consacrées à l'« enforcement »⁸.

32. Ainsi que la Cour l'a affirmé dans l'arrêt du 15 novembre 2012, Bericap Záródástechnikai (C-180/11, EU:C:2012:717, points 68 et 69), il ressort des dispositions de l'article 41, paragraphes 1 et 2, de l'accord ADPIC, lues conjointement, que les États parties à cet accord feront en sorte que leur législation comporte « des procédures aux caractéristiques précises » destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, ce qui implique qu'ils sont tenus de légiférer « en introduisant, dans leur droit interne, des mesures relatives au respect des droits de propriété intellectuelle qui soient conformes aux éléments précisés dans lesdites dispositions ».

33. Les dispositions de la partie III de l'accord ADPIC ne visent cependant pas à harmoniser les règles d'« enforcement » des droits de propriété intellectuelle, compte tenu notamment des différences existantes dans ce domaine entre les législations nationales, mais se bornent à fixer des standards généraux qui doivent être transposés par les États parties à l'accord dans leurs droits nationaux respectifs, conformément à l'article 1^{er} de celui-ci⁹.

6 La Cour a précisé que « les dispositions de l'accord ADPIC font désormais partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union et, dans le cadre de cet ordre juridique, la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de cet accord », voir, notamment, arrêts du 11 septembre 2007, Merck Génériques — Produtos Farmacêuticos (C-431/05, EU:C:2007:496, point 31), et du 15 novembre 2012, Bericap Záródástechnikai (C-180/11, EU:C:2012:717, point 67).

7 Le premier alinéa du préambule de l'accord ADPIC est libellé comme suit : « Désireux de réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, et tenant compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime [...] »

8 Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Schieving-Nijstad e.a. (C-89/99, EU:C:2001:98, points 11 à 16).

9 Voir, en ce sens, UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge, 2005, p. 575 ; D., Gervais, *The TRIPS Agreement : Drafting History and Analysis*, Londres, 2012, p. 564 ; T., Dreier, *TRIPs and the Enforcement of Intellectual Property Rights* ; dans *IIC Studies*, « From GATT to TRIPs : The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights », Munich, 1996, p. 248, spéc. p. 276 ; X., Seuba, « Le contexte et les obligations générales concernant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle », dans *Le droit international de la propriété intellectuelle lié au commerce : l'accord sur les ADPIC, bilan et perspectives*, 2017, spéc. p. 325 et 331. Voir également le deuxième alinéa, sous c), du préambule de l'accord ADPIC, selon lequel l'élaboration de moyens efficaces et appropriés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce doit tenir compte des différences entre les systèmes juridiques nationaux.

34. Le paragraphe 1, troisième phrase, de cet article précise, que les États parties à l'accord ADPIC sont libres de déterminer « la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques ». Cette précision implique, d'une part, que l'accord ADPIC ne consacre aucune règle expresse concernant l'« effet direct » de ses dispositions et, d'autre part, qu'il reconnaît, de manière générale, aux États parties une certaine flexibilité dans la transposition de celles-ci dans les droits nationaux¹⁰, permettant, dans le respect des standards de protection édictés par l'accord, d'adapter cette transposition à la législation et aux pratiques de chaque ordre juridique.

35. Comme plusieurs dispositions de la partie III de l'accord ADPIC, l'article 50, paragraphe 7, de l'accord ADPIC ne définit pas une obligation dans ses moindres détails, mais indique plutôt un objectif à atteindre, laissant aux États parties à l'accord une grande latitude lors de la mise en œuvre en droit national¹¹. Ainsi, ceux-ci sont tenus d'« habiliter » les autorités judiciaires à ordonner au demandeur d'accorder un dédommagement au défendeur qui le demande, mais une telle habilitation ne doit pas nécessairement impliquer une obligation pour ces autorités de faire droit, dans toute circonstance et de manière automatique, à cette demande¹². De même, s'il incombe aux États parties à l'accord ADPIC de prévoir la mise en place de procédures d'indemnisation du défendeur dans les cas de figure énumérés à l'article 50, paragraphe 7, de cet accord, rien ne leur interdit d'utiliser le cadre normatif existant, tant en ce qui concerne la définition des règles matérielles qui régissent la responsabilité du demandeur, qu'en ce qui concerne les règles procédurales au travers desquelles peut être exercé le droit au dédommagement.

36. La terminologie employée dans le texte de l'article 50, paragraphe 7, de l'accord ADPIC atteste par ailleurs de la faveur des rédacteurs de l'accord ADPIC pour une approche casuistique. Ainsi, dans l'expression « dédommagement approprié », le choix de l'adjectif « approprié », qui dans le langage ordinaire signifie « adapté », « propre à », « proportionné à », prône pour une analyse au cas par cas. Le caractère « approprié » du dédommagement doit, dès lors, être apprécié par les autorités judiciaires « habilitées » à ordonner un tel dédommagement en considération de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce¹³. Dans cette appréciation elles devront également tenir compte de l'objectif visé par les dispositions de la partie de l'accord ADPIC consacrée à l'« enforcement », qui, conformément à l'article 41, paragraphe 1, de cet accord, est celui d'assurer la protection des intérêts des titulaires de ces droits, tout en évitant la création d'obstacles injustifiés au commerce légitime, ainsi que l'abus des procédures prédisposées aux fins d'un tel « enforcement ».

37. Les considérations qui précèdent ont permis de délimiter la portée de l'obligation qui incombe aux États parties à l'accord ADPIC conformément à l'article 50, paragraphe 7, de cet accord. Il convient, à ce stade, de se tourner vers l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48.

38. Comme la Cour l'a précisé dans l'arrêt du 16 juillet 2015, *Diageo Brands* (C-681/13, EU:C:2015:471, point 74), les voies de droit destinées à assurer la protection des droits de propriété intellectuelle prévues par la directive 2004/48 sont complétées par des actions en réparation qui leur sont étroitement liées. Ainsi, tandis que l'article 9, paragraphe 1, de cette directive prévoit des mesures provisoires destinées, en particulier, à prévenir toute atteinte imminente à un droit de propriété intellectuelle, le paragraphe 7 du même article prévoit, pour sa part, des mesures qui permettent au défendeur de demander un dédommagement dans le cas où il apparaît ultérieurement qu'il n'y a pas eu une telle atteinte ou menace d'atteinte. Ces mesures de dédommagement constituent, ainsi qu'il ressort du considérant 22 de ladite directive, des garanties que le législateur de

¹⁰ UNCTAD-ICTSD, op. cit., p. 17 et p.21. Voir également D., Gervais, op. cit., p. 175.

¹¹ UNCTAD-ICTSD, op. cit., p. 576.

¹² Voir D., Gervais, op. cit., p. 573 et 609, qui souligne que seul un refus systématique des autorités judiciaires d'utiliser leur pouvoir pourrait comporter une violation de l'article 50, paragraphe 7, de l'accord ADPIC.

¹³ En ce sens, voir D. Gervais, op. cit., p. 579, qui souligne que l'adjectif « adéquat », qui figurait dans la première version de l'article 50, paragraphe 7, de l'accord ADPIC, a été remplacé, au cours des travaux préparatoires, par l'adjectif « approprié », plus fréquemment utilisé dans le droit de la propriété intellectuelle.

l'Union a considérées nécessaires en contrepartie des mesures provisoires rapides et efficaces dont il a prévu l'existence. Une procédure, comme celle au principal, qui a pour objet la réparation du préjudice causé par une mesure provisoire ordonnée par les autorités judiciaires d'un État membre afin de prévenir la violation de l'exclusivité conférée par un brevet qui a été ultérieurement annulé par ces mêmes autorités judiciaires constitue le corollaire de l'action introduite par le titulaire dudit brevet afin d'obtenir une mesure d'effet immédiat à protection de ses droits et entre donc dans le champ d'application de la directive 2004/48, notamment de l'article 9, paragraphe 7, de cette directive¹⁴.

39. Cette disposition exige des États membres qu'ils mettent en place un mécanisme permettant au défendeur de demander par la voie judiciaire et d'obtenir un dédommagement approprié pour tout préjudice subi à cause de mesures provisoires dans les cas qui y sont visés.

40. En revanche, ni son libellé ni sa genèse n'autorisent à considérer qu'elle requiert également qu'ils optent pour un régime de responsabilité spécifique. Rien dans cette disposition n'indique qu'elle vise à un rapprochement complet des dispositions nationales relatives à la responsabilité du demandeur pour les dommages causés du fait de l'exécution de mesures provisoires.

41. Comme je l'ai déjà souligné plus haut, le libellé de l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 reprend presque mot à mot le texte de l'article 50, paragraphe 7, de l'accord ADPIC. Ce choix du législateur de l'Union constitue déjà, à mon sens, un indice clair de la volonté de ce dernier, d'une part, de ne pas pousser l'harmonisation des règles relatives au droit à l'indemnisation du défendeur au-delà de ce qui est requis par cet accord et, d'autre part, de laisser à ces États une large marge discrétionnaire quant à la mise en œuvre concrète du régime de responsabilité du demandeur¹⁵.

42. Sur un plan plus général, en adoptant la directive 2004/48, qui vise précisément, ainsi qu'il découle de son article 1^{er}, à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle par l'instauration, à cette fin, de différentes mesures, procédures et réparations au sein des États membres, l'Union a rempli l'obligation imposée par l'accord ADPIC d'assurer le respect des droits de propriété intellectuelle¹⁶. Si, cette directive vise, comme l'indique son considérant 10, à rapprocher les réglementations nationales afin d'assurer un niveau de protection élevé, équivalent et homogène de ces droits, elle ne procède cependant pas à une harmonisation totale en la matière, son but n'étant pas de régir tous les aspects liés aux droits de propriété intellectuelle, mais seulement ceux qui sont inhérents, d'une part, au respect de ces droits et, d'autre part, aux atteintes à ces derniers, « en imposant l'existence de voies de droit efficaces destinées à prévenir, à faire cesser ou à remédier à toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle existant »¹⁷. Elle consacre, par ailleurs, un standard minimal concernant le respect des droits de propriété intellectuelle et n'empêche pas les États membres de prévoir des mesures plus protectrices¹⁸.

43. Il est, certes, vrai que l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 ne contient aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer le sens et la portée des notions qu'il contient et que, dès lors, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, celles-ci devraient normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de cette disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause¹⁹.

14 Voir, en ce sens, arrêt du 16 juillet 2015, Diageo Brands (C-681/13, EU:C:2015:471, point 74).

15 Je note, à cet égard, que, au cours des travaux préparatoires de la directive 2004/84, le texte de l'article 9, paragraphe 7, de cette directive, initialement proposé par la Commission, a été amendé et l'expression « les autorités judiciaires *doivent être habilitées* » a été nuancée et remplacée par l'expression « les autorités judiciaires *sont habilitées* » (italique ajouté par mes soins).

16 Voir arrêt du 15 novembre 2012, Bericap Záródástechnikai (C-180/11, EU:C:2012:717, point 72).

17 Voir, arrêt du 15 novembre 2012, Bericap Záródástechnikai (C-180/11, EU:C:2012:717, point 75).

18 Voir arrêts du 9 juin 2016, Hansson (C-481/14, EU:C:2016:419, points 36 et 40), et du 25 janvier 2017, Stowarzyszenie Oławska Telewizja Kablowa (C-367/15, EU:C:2017:36, point 23).

19 Voir, à titre d'exemple, arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, point 37 ainsi que jurisprudence citée).

44. Cependant, ce constat n'autorise pas à donner à ces notions – ainsi qu'à ladite disposition dans son entièreté – une portée plus étendue que celle qui ressort de leur libellé et de la volonté du législateur de l'Union.

45. En particulier, la notion de « dédommagement approprié » ne saurait être interprétée en ce sens qu'elle désigne un régime spécifique de responsabilité du demandeur, alors que, comme je l'ai dit plus haut²⁰, cette expression, et notamment l'emploi de l'adjectif « approprié », se borne, en effet, à prescrire une appréciation d'adéquation de l'indemnisation due au défendeur aux dommages effectivement subis et aux circonstances de l'espèce, en conformité avec les principes énoncés au considérant 17 de la directive 2004/48, aux termes duquel « [l]es mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive devraient être déterminées dans chaque cas de manière à tenir dûment compte des caractéristiques spécifiques de ce cas, notamment des caractéristiques spécifiques de chaque droit de propriété intellectuelle ».

46. Il s'ensuit qu'il appartient, à mon sens, à chaque État membre de déterminer les règles matérielles régissant le droit à réparation du défendeur pour les dommages subis en raison de l'adoption de mesures provisoires dans les situations visées à l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48, à condition toutefois que ces règles permettent d'atteindre l'objectif poursuivi par cette disposition, à savoir l'instauration, dans chaque ordre juridique national, d'un régime et de voies de droit efficaces permettant au défendeur d'obtenir une indemnisation appropriée pour tout préjudice subi. En d'autres termes, une telle intégration par le droit national doit refléter l'esprit et la lettre de ladite disposition, qui veut qu'un dédommagement approprié à chaque cas d'espèce soit fixé, à la suite d'une appréciation adéquate et équitable dans le cadre du droit national de la responsabilité.

47. En outre, puisque l'objectif fondamental de la directive 2004/48 est d'amener les États membres à se doter de moyens efficaces de faire respecter les droits de propriété intellectuelle²¹, ces États doivent également veiller à ce que le régime qu'ils mettent en place afin de mettre en œuvre l'article 9, paragraphe 7, de cette directive ne décourage pas les titulaires de droits de propriété intellectuelle à demander l'adoption des mesures visées aux paragraphes 1 et 2 de cet article.

48. Sur la base de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient à mon sens de répondre à la première question préjudicielle posée par la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale) que l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 doit être interprété en ce sens qu'il appartient à chaque État membre de déterminer les règles de droit matériel régissant le droit à réparation du défendeur pour les dommages subis en raison de l'adoption de mesures provisoires dans les situations visées par cette disposition, étant entendu que ces règles doivent, d'une part, assurer la mise en place d'un régime et de voies de droit efficaces permettant au défendeur d'obtenir une indemnisation appropriée pour tout dommage subi et, d'autre part, ne pas décourager le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle à demander l'adoption des mesures visées à l'article 9, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/48.

B. Sur la seconde question préjudicielle

49. Par sa seconde question préjudicielle, posée pour le cas où il serait répondu par l'affirmative à la première question, la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale) demande à la Cour si l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 s'oppose à l'application des règles de droit civil d'un État membre en vertu desquelles le juge national ne peut pas condamner le demandeur à réparer le

²⁰ Voir point 36 supra.

²¹ Voir, notamment, le considérant 3 de la directive 2004/48.

dommage causé par des mesures provisoires qui sont ultérieurement apparues infondées lorsque le dommage est survenu du fait que le défendeur n'a pas agi conformément à ce qui « peut généralement être attendu de toute personne dans la situation donnée » ou lorsque, pour la même raison, le défendeur est responsable de la survenance dudit dommage.

50. En dépit de sa formulation très large, il ressort de la décision de renvoi que cette seconde question vise, en substance, à interroger la Cour sur la compatibilité avec l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 d'une interprétation des dispositions du code civil hongrois en matière de responsabilité, selon laquelle le demandeur n'est pas tenu de réparer les dommages causés par des mesures provisoires qui sont ultérieurement apparues injustifiées du fait de l'annulation du brevet à protection duquel elles ont été adoptées, lorsque les produits qui ont fait l'objet de ces mesures ont été mis sur le marché par le défendeur sans contestation préalable de la validité dudit brevet ou, dans le cas où une procédure d'annulation a été entamée, sans attendre que le brevet soit annulé et que cette annulation soit confirmée, à tout le moins, par un juge de première instance.

51. Il ressort de la réponse que je propose d'apporter à la première question préjudicielle qu'il appartient à chaque État membre de déterminer les règles de droit matériel régissant le droit à réparation du défendeur dans les situations visées à l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48, y incluses, donc, les règles relatives à l'établissement du lien de causalité entre les mesures adoptées et le préjudice invoqué.

52. Il ressort également des considérations développées lors de l'examen de la première question préjudicielle que, en fixant de telles règles, les États membres doivent respecter les dispositions de la directive 2004/48 et tenir compte des objectifs poursuivis par cette directive et par les procédures et réparations qu'elle instaure.

53. Or, une interprétation de cette disposition selon laquelle les États membres peuvent exclure, de manière systématique, tout droit à indemnisation du défendeur dans le cas où celui-ci est entré sur le marché en violation du brevet à protection duquel les mesures provisoires ont été adoptées²², sans en attendre au préalable l'annulation²³, serait à mon sens contraire tant au texte qu'aux objectifs de l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48.

54. En effet, premièrement, le libellé de l'article 9, paragraphe 7, de cette directive ne permet pas de considérer que, dans le cas où « il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu d'attente ou de menace d'atteinte d'un droit de propriété intellectuelle », comme c'est le cas lorsqu'un brevet a été invalidé après l'adoption des mesures provisoires, seuls peuvent être indemnisés les dommages intervenus entre cette constatation et l'abrogation ou la cessation desdites mesures. D'une part s'oppose à une telle interprétation l'emploi de l'adverbe « ultérieurement », qui implique que la constatation de l'absence des conditions justifiant l'adoption des mesures provisoires – y inclus la validité du titre de propriété intellectuelle en cause, à tout le moins lorsque l'annulation de celui-ci produit des effets rétroactifs – intervient nécessairement à un moment où ces mesures ont déjà produit, au moins en partie, leurs effets dommageables sur la base de la situation telle qu'elle apparaissait lorsqu'elles ont été adoptées. D'autre part, une lecture de l'article 9, paragraphe 7, de la

²² Je me réfère ici exclusivement à la situation où le défendeur entre sur le marché avec des produits contrevenant le brevet qui est annulé ultérieurement.

²³ Au début des années 2000, les juridictions britanniques et irlandaises ont élaboré un critère analogue à celui invoqué par Bayer dans la procédure au principal, afin d'apprécier l'opportunité d'octroyer des mesures provisoires au titulaire d'un brevet pharmaceutique contre le lancement de produits contrefaisants par un producteur de génériques. Le fait pour ce dernier de ne pas avoir communiqué au titulaire du brevet l'intention d'entrer sur le marché avec un produit contrefaisant, lui donnant la possibilité d'initier un contentieux préventif, ou de ne pas avoir au préalable entamé une procédure d'annulation du brevet ou une action en constatation de non-contrefaçon était considéré comme un élément faisant pencher la balance en faveur de l'octroi des mesures provisoires [ainsi nommé « clearing the way principle », énoncé pour la première fois dans l'arrêt *Smithkline Beecham plc v. Generics (UK) Ltd* (2001)].

directive 2004/48 selon laquelle une partie des dommages causés par des mesures provisoires s'étant révélées a posteriori injustifiées ne saurait, par principe, être indemnisée serait incompatible avec l'indication explicite contenue dans cette disposition, selon laquelle le droit à réparation porte sur « tout dommage causé par ces mesures ».

55. Deuxièmement, comme je l'ai déjà indiqué plus haut, les dispositions de la directive 2004/48, comme celles de l'accord ADPIC, opèrent un balancement entre deux objectifs, à savoir la protection des intérêts des titulaires des droits de propriété intellectuelle, d'une part, et la préservation du commerce légitime contre tout obstacle injustifié, d'autre part. Or, s'il était suffisant, pour le demandeur, afin de se soustraire à l'obligation d'indemniser les dommages causés par des mesures provisoires adoptées sur la base d'un titre de propriété intellectuelle qui a été annulé par la suite avec effet rétroactif, d'invoquer la validité dudit titre au moment où ces mesures ont été adoptées, aucun des deux objectifs susmentionnés ne serait servi, ni la protection de la propriété intellectuelle, puisque aucun titre valide, qui justifie l'attribution d'une exclusivité à son titulaire, n'a existé, ni la protection du commerce légitime, car aucune réparation ne serait prévue pour une entrave injustifiée.

56. Troisièmement, une lecture de l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48, selon laquelle, dans une situation telle que celle de la procédure au principal, seuls les dommages découlant de l'application de mesures provisoires exécutées après l'annulation rétroactive du titre de propriété intellectuelle par un juge de première instance sont susceptibles d'être indemnisés, d'une part, faciliterait une prise de risque par le demandeur indépendante d'une appréciation objective des chances de succès en cas de contestation de son titre et, d'autre part, serait susceptible d'encourager un recours abusif aux mesures provisoires.

57. Les considérations qui précèdent n'impliquent cependant pas que, dans une situation telle que celle de la procédure au principal, le comportement du défendeur – notamment le fait qu'il ait introduit sur le marché des produits de contrefaçon sans contester préalablement ou contextuellement le titre de propriété intellectuelle en cause – ne puisse pas être pris en considération par le juge national afin d'apprécier le caractère approprié du dédommagement auquel il a droit dans le cadre d'une action en réparation au sens de l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48.

58. L'entrée sur un marché couvert par un brevet, particulièrement dans le secteur pharmaceutique, comporte normalement une activité de préparation qui peut parfois durer des années, du fait notamment de la nécessité d'obtenir des autorisations de mise sur le marché. Pendant cette période, il est loisible à l'entreprise qui entend procéder à une telle entrée d'entamer une procédure d'annulation du brevet ou tout simplement d'avertir le titulaire du brevet de son intention afin que celui-ci puisse réagir et qu'un contentieux relatif à la validité du brevet soit instauré et, éventuellement, défini avant la mise sur le marché des produits génériques.

59. Si, pour les raisons que je viens d'exposer, le fait que le défendeur n'ait pas agi de la sorte, optant pour une entrée « risquée » sur le marché²⁴, ne constitue pas un facteur permettant en soi d'exclure son droit à un dédommagement approprié au sens de l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48, un tel comportement peut néanmoins être pris en considération par le juge national, avec d'autres circonstances pertinentes – telles que, par exemple, les caractéristiques du brevet et du marché – lors de la détermination de la réparation à accorder au défendeur, qui, conformément à l'article 3 de cette directive, doit être effective, loyale et équitable.

60. Sur la base de l'ensemble des considérations qui précèdent il convient à mon sens de répondre à la seconde question préjudicielle posée par la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale) que l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 ne s'oppose pas à l'application, dans le cadre d'une action en réparation intentée par le défendeur à l'encontre du demandeur de mesures provisoires

²⁴ Lui permettant, le cas échéant, d'avoir l'avantage d'être le premier à lancer un produit générique sur le marché.

visées aux paragraphes 1 et 2 de cet article, d'une règle de droit civil d'un État membre en vertu de laquelle il n'y a pas lieu d'indemniser une partie pour le préjudice qu'elle a subi en conséquence du non-respect de l'obligation qui lui incombait d'agir ainsi qu'il peut généralement être attendu de toute personne dans la situation donnée en vue d'éviter ou de réduire le préjudice. L'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 s'oppose cependant à une application de cette règle selon laquelle, dans des circonstances telles que celles de la procédure au principal, le demandeur n'est pas tenu de réparer les dommages causés par des mesures provisoires qui sont ultérieurement apparues infondées en raison de l'annulation du brevet à protection duquel elles ont été adoptées, lorsque les produits qui ont fait l'objet de ces mesures ont été mis sur le marché par le défendeur sans contestation préalable de la validité dudit brevet ou dans le cas où une procédure d'annulation a été entamée, sans attendre que le brevet soit annulé et que cette annulation soit confirmée, à tout le moins, par le juge de première instance.

V. Conclusion

61. À la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions posées par la Fővárosi Törvényszék (cour de Budapest-Capitale, Hongrie) :

- 1) L'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle doit être interprété en ce sens qu'il appartient à chaque État membre de déterminer les règles de droit matériel régissant le droit à réparation du défendeur pour les dommages subis en raison de l'adoption de mesures provisoires dans les situations visées par cette disposition, étant entendu que ces règles doivent, d'une part, assurer la mise en place d'un régime et de voies de droit efficaces permettant au défendeur d'obtenir une indemnisation appropriée pour tout dommage subi et, d'autre part, ne pas décourager le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle à demander l'adoption des mesures visées à l'article 9, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/48.
- 2) L'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 ne s'oppose pas à l'application, dans le cadre d'une action en réparation intentée par le défendeur à l'encontre du demandeur de mesures provisoires visées aux paragraphes 1 et 2 de cet article, d'une règle de droit civil d'un État membre en vertu de laquelle il n'y a pas lieu d'indemniser une partie pour le préjudice qu'elle a subi en conséquence du non-respect de l'obligation qui lui incombait d'agir ainsi qu'il peut généralement être attendu de toute personne dans la situation donnée en vue d'éviter ou de réduire le préjudice. L'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 s'oppose cependant à une application de cette règle selon laquelle le demandeur n'est pas tenu de réparer les dommages causés par des mesures provisoires qui sont ultérieurement apparues infondées en raison de l'annulation du brevet à protection duquel elles ont été adoptées, lorsque les produits qui ont fait l'objet de ces mesures ont été mis sur le marché par le défendeur sans contestation préalable de la validité dudit brevet ou dans le cas où une procédure d'annulation a été entamée, sans attendre que le brevet soit annulé et que cette annulation soit confirmée, à tout le moins, par un juge de première instance.