

L'USAGE D'UN NUMERO D'HOMOLOGATION : ENTRE CONCURRENCE DELOYALE ET LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES

Cass. com. 9 octobre 2001, n°1707 FS-P, Bruyagri et Langoldt

Catherine PRIETO

Professeur à l'Université Aix-Marseille

Thème : Concurrence déloyale – libre circulation des marchandises - autorisation administrative de commercialisation (non) – emprunt d'un numéro d'homologation - faute (non) – autorité sur le civil de la chose jugée au pénal - jugement de relaxe – motifs nécessaires – refus d'homologation – mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative (MEERQ) – autorisation de mise sur le marché (AMM) – portée - parenté des insecticides – importation parallèle – directive 91/414/CEE du 15 juillet 1991 - produits phytopharmaceutiques.

L'autorité de la chose jugée au pénal s'étend aux motifs qui sont le soutien nécessaire de la relaxe. Est censurée la cour d'appel qui refuse de rechercher si un jugement de relaxe du chef d'absence d'homologation d'un produit L. mis en vente sur le marché français peut avoir une incidence sur le fond du litige d'une action en concurrence déloyale, alors que celle-ci repose sur l'usage d'un numéro d'homologation, attribué à un produit K., pour la commercialisation du produit L.

L'autorisation de mise sur le marché attribuée à un produit dans un Etat membre exportateur vaut dans l'Etat membre importateur, dès lors que celui-ci a déjà accordé une autorisation pour un produit de parenté établie. Est censurée la cour d'appel qui refuse de rechercher si le produit L. ne constituait pas une importation parallèle du produit K.

I. – Le lien entre la relaxe de l'importateur et l'action en concurrence déloyale contre les autres distributeurs.....	4
A. – L'autorité de la chose jugée au pénal est absolue	4
B. – L'absence d'examen relatif à l'incidence d'une MEERQ est censurée.....	5
II. – La portée d'une AMM donnée dans l'Etat membre exportateur en cas de parenté avec un produit bénéficiaire d'une AMM dans l'Etat importateur.....	7
A.- L'absence de discussion sur la parenté des produits est censurée	7
B.- La portée de l'AMM est susceptible d'écarter la déloyauté dans l'usage d'un numéro d'homologation	9

1. – Les antagonismes entre concurrence déloyale et exigences inhérentes au fonctionnement du marché intérieur sont anciens ⁽¹⁾. Ils soulèvent des difficultés toujours renouvelées dans le domaine de la distribution, au regard du principe de libre concurrence, dans les conflits entre distributeurs de réseaux et distributeurs parallèles. Dans ces litiges, la loyauté de la compétition ne semble pas toujours triompher ⁽²⁾. La présente affaire offre, quant à elle, une illustration de l'antagonisme entre concurrence déloyale et principe de libre circulation des marchandises à propos de tensions entre distributeurs indépendants. Cette fois-ci, la loyauté n'apparaît pas nécessairement malmenée, alors même que l'action en concurrence déloyale est paralysée pour cause d'importation parallèle.

2. – Cette affaire permet, en effet, de souligner un des nombreux aspects de l'importation parallèle. L'importation d'un produit parallèlement à un réseau de distribution est bien connue. Elle revêt un caractère encore plus aigü lorsque se greffe, sur le problème de la protection des réseaux de distribution, celui de la protection légitime de la propriété industrielle. La réalisation de l'objet spécifique de la marque est acquise dès la première mise en circulation et, partant, épuise le droit exclusif du titulaire : elle ouvre à nouveau la voie à la libre circulation intra-communautaire ⁽³⁾. Ainsi, en application des articles 28 et 30 CE, la protection de la concurrence déloyale ne peut plus être invoquée, après la première mise en circulation, pour s'opposer à ce qu'une entreprise fasse usage de son droit d'importer dans un Etat membre et d'y commercialiser sous une certaine marque des produits en provenance d'autres Etats membres où ils sont déjà légalement commercialisés⁽⁴⁾. La seule limite réside dans les exigences de protection du consommateur voulues par un Etat membre et admises, dès lors qu'elles aboutissent à une interdiction valant pour tous les opérateurs économiques ⁽⁵⁾. Mais la question de l'épuisement du droit est dépassée lorsque l'importateur parallèle commercialise sous une autre marque un produit identique ou similaire ⁽⁶⁾. C'est dans ce cadre que se place notre litige. Toutefois, les exigences de protection du consommateur demeurent. L'importateur parallèle doit s'y plier, à moins qu'il puisse faire valoir que le dispositif de protection en cause n'est autre qu'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, portant atteinte à la libre circulation des marchandises. Est ainsi posée la problématique au coeur de notre affaire qui a trait à la distribution d'un produit insecticide.

3. - En l'espèce, un insecticide avait été commercialisé en France, sous la marque "Karaté" par la société Sopra, filiale de la société de droit anglais Zeneca. Cet insecticide destiné à l'agriculture avait pour principe actif la lambdacyhalotrine et avait obtenu du ministère de l'agriculture une homologation sous le numéro 85 00 564. Il avait été commercialisé d'octobre 1986 à juillet 1994, date à laquelle le numéro avait été retiré par le ministère de l'agriculture à la demande de la société Sopra qui souhaitait mettre fin la distribution de ce produit. Les raisons de la société Sopra ne sont pas connues. Quelques mois plus tard, la société Sopra constate qu'un insecticide est commercialisé en France sous la marque Lambda-C et que sur

¹ CJCE, 13 juillet 1966, UNEF c/ Consten Gründig, aff. C-58/64, Rec. CJCE, p.429.

² CA Douai, 1er février 2001, D. 2001, cah. dr. aff., p.1378, C. Prieto : l'action en concurrence déloyale est neutralisée par des exigences excessives en matière de multimarquisme.

³ J. Schmidt-Slawesky et J.-L. Pierre, Droit de la propriété industrielle, Litec 1999, n°638 ; F.Polaud-Dulian, Droit de la propriété industrielle, Montchrestien, 1999, n°1305.

⁴ CJCE, 26 nov. 1996, aff. C-313/94, Graffione, Europe 1997, n°10.

⁵ *ibid.*

⁶ CJCE, 1er juillet 1999, aff. C-173/98, Sebago, <http://curia.eu.int/fr>

son étiquette figure le numéro d'homologation 85 00 564. L'emprunt du numéro d'homologation attribué à l'insecticide Karaté était-il un acte caractéristique de concurrence déloyale de la part du distributeur de l'insecticide Lambda-C ? C'était le point de vue de la société Sopra qui invoquait un risque de confusion dans l'esprit de sa clientèle. De son côté, les sociétés Bruyagri et Landgold entendaient faire valoir que le refus d'une homologation par l'administration française les avaient acculées à user d'un numéro d'homologation attribué initialement à Karaté.

4. – En réalité, le problème juridique se réduit à une question de fait sur le strict plan scientifique : l'insecticide Karaté et l'insecticide Lambda-C partagent-ils ou non les mêmes substances actives ? En restant sur cette seule considération, le litige était tranché. En effet, l'importateur parallèle d'un produit quasiment identique à un autre peut bénéficier sous certaines conditions de l'autorisation administrative de mise sur le marché de cet autre produit. C'est, en quelque sorte, l'importation parallèle du même produit sous un nom ou une marque différente.

5. - Les défendeurs à l'action en concurrence déloyale ont pourtant choisi une voie indirecte. Ils ont soulevé, in limine litis, une fin de non-recevoir pour invoquer l'autorité de la chose jugée au pénal. Ils entendaient ainsi se prévaloir d'un élément de preuve ayant force de présomption légale, parce qu'il figurait dans les motifs d'un jugement de relaxe. Mais les juges du fond ont écarté cette fin de non-recevoir et n'ont pas pris en considération la relaxe de l'importateur parallèle, la société Surcouf, qui était poursuivie par la DGCCRF pour mise en vente du produit Lambda-C sans homologation. Ceci nourrit un débat théorique que la Cour de cassation a tranché par une première censure de la Cour d'appel d'Amiens. Mais ce point ne permettait pas de rentrer dans le fond du débat. Certes, la relaxe de l'un éclaire le contexte de l'action en concurrence déloyale engagée contre d'autres. Le refus initial et injustifié, car constitutif d'une MEERQ, d'une homologation à l'importateur parallèle avait incité les distributeurs à emprunter le numéro d'homologation d'un autre insecticide. La Cour de cassation ne s'en est pas tenue là. Elle a voulu aussi trancher le fond du débat qui portait sur les règles d'autorisation de mise sur le marché destinées à assurer la libre circulation des produits phytosanitaires. La seconde censure de la Cour de cassation, pour manque de base légale, s'explique par une motivation qui, en étant superficielle sur la différenciation des deux insecticides, méconnaît la portée d'une AMM.

6. – Avant d'envisager la portée exacte de l'AMM, il convient de revenir sur l'incidence d'une MEERQ déclarée dans un jugement relatif à un litige voisin. Les juges du fond auraient dû examiner un lien possible entre la relaxe de l'importateur et le fondement de l'action en concurrence déloyale contre les autres distributeurs (I). Mais ils auraient dû surtout, s'agissant de produits phytosanitaires, examiner dans le détail les indications données par la Cour de justice des Communautés européennes pour étendre le bénéfice d'une AMM en cas de parenté entre produits (II).

I. – LE LIEN ENTRE LA RELAXE DE L'IMPORTATEUR ET L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE CONTRE LES AUTRES DISTRIBUTEURS

7. – Les juges du fond ont méconnu les règles relatives à l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. Elles sont plus souples que celles relatives à l'autorité de la chose jugée au civil sur le civil (A). C'est pourquoi ils avaient toute latitude pour rechercher l'incidence d'une MEERQ qui, ayant été constatée par le juge pénal, avait été le motif de la relaxe (B).

A. – L'autorité de la chose jugée au pénal est absolue

8. – L'acte juridictionnel produit des effets, parmi lesquels figure l'autorité de la chose jugée. Celle-ci attribue au jugement, en termes de preuve, une valeur de présomption de vérité. L'article 1351 du Code civil pose pour la mise en oeuvre de cette présomption des conditions strictes de triple identité de parties, de cause et d'objet. Si l'on s'en tenait à cette triple exigence, il va de soi que les juges du fond pouvaient à juste titre écarter la fin de non-recevoir des sociétés Bruyagri et Landgold. En effet, elles étaient défenderesses dans une action en concurrence déloyale, engagée par la société Zeneca pour commercialisation de l'insecticide Lambda-C sous le numéro d'homologation de l'insecticide Karaté qu'elle-même commercialisait. Quant au jugement du Tribunal correctionnel de Blois, invoqué au titre de la chose jugée, il avait pour objet des poursuites engagées par la DGCCRF contre les dirigeants de la société Surcouf, importatrice d'un insecticide Lambda-C dépourvu d'autorisation administrative. A l'évidence, les parties n'étaient pas les mêmes. L'objet différait : d'une part l'infraction pénale de tromperie au sens de l'article L.213-1 du Code de la consommation ; d'autre part, le délit civil de déloyauté sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La Cour d'appel d'Amiens énonce que "*l'action publique ainsi jugée ne repose pas sur les mêmes faits que l'action civile dont elle est elle-même saisie*". En réalité, les faits sont proches. C'est pourquoi la cause aurait pu être considérée comme identique, si l'on avait retenu une qualification permettant les deux fondements mentionnés plus haut : la commercialisation illicite de l'insecticide sous un numéro d'homologation qui ne lui était pas propre. Il n'en demeure pas moins que, pour le reste, l'identité était impossible. Le caractère relatif de la chose jugée dans le premier litige interdisait de tirer une preuve du jugement de relaxe pour le second litige.

9. – Cependant, en matière d'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, la jurisprudence a abandonné depuis fort longtemps la condition de la triple identité ⁽⁷⁾. L'expression du caractère relatif de la présomption de la chose jugée au civil sur le civil n'a plus lieu d'être s'agissant de la chose jugée au pénal. Selon la Cour de cassation, les décisions de justice pénale ont au civil l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous, en ce qui concerne l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé ⁽⁸⁾. Elle maintient fermement le principe de l'autorité absolue de la chose jugée au

⁷ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, Dalloz Action, Droit de la responsabilité et des contrats, 2000/2001, n°686.

⁸ Cass. com., 22 juillet 1952, D. 1952, 746 ; Cass. com., 11 juillet 1956 et 25 oct. 1955, JCP 1956, II, 9584, Esmein.

pénal sur le civil⁹). La justification tiendrait au fait que le juge criminel a l'initiative des preuves. Il serait alors contraire à l'ordre public que le juge civil, qui ne dispose que des preuves apportées par les parties, conteste la vérité établie au pénal¹⁰). La Cour de cassation étend même cette autorité absolue du dispositif aux motifs qui en sont le soutien nécessaire¹¹). Elle le rappelle dans la présente affaire par un attendu de principe : "*l'autorité de la chose jugée au pénal s'étend aux motifs qui en sont le soutien nécessaire du chef du dispositif prononçant la relaxe*". Le particularisme de l'autorité de la chose jugée au pénal ouvrait donc la voie à une discussion sur le motif de la relaxe des dirigeants de la société Surcouf.

B. – L'absence d'examen relatif à l'incidence d'une MEERO est censurée

10. – La relaxe des dirigeants de la société importatrice faisait suite à des poursuites pour mise en vente d'un insecticide sans homologation. Les contrôles administratifs de produits s'inscrivent dans la "nouvelle approche" en matière de contrôle de qualité qui a été promue parallèlement sur le plan communautaire et sur le plan national¹²). Ils complètent au titre de la prévention, dès lors qu'ils s'agit de contrôles a priori, l'obligation générale de sécurité qui incombent naturellement à tous les professionnels. La loi n°83-660 du 21 juillet 1983 a posé un principe général de responsabilité de première mise sur le marché, en introduisant un nouvel article 11-4 dans la loi du 1er août 1905, devenu par la suite l'article L.212-1 du Code de la consommation. Les produits doivent donc répondre, dès leur première mise sur le marché, à une obligation générale de conformité qui est précisée par les prescriptions en vigueur sur la sécurité et la santé des personnes, la loyauté des transactions commerciales et la protection des consommateurs. Il est important de relever, à ce stade, que l'article L.212-1 associe le contrôle de sécurité et la loyauté des transactions commerciales. La protection du consommateur est un enjeu de concurrence entre les professionnels. La fraude porte atteinte de la même manière à la loyauté des pratiques à l'égard des consommateurs, qu'à la loyauté de la concurrence entre professionnels. L'usage du numéro d'homologation d'un produit pour la commercialisation d'un autre produit illustre cette ambivalence.

11. – Cette obligation générale de conformité dès la première mise sur le marché est pénalement sanctionnée au titre de la fraude. En contrepoint du délit de falsification qui sanctionne l'atteinte à la substance même du produit, dans les termes de l'article L.213-3 du Code de la consommation, est introduit le délit de tromperie par l'article L.213-1. La tromperie peut porter sur la nature du produit, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition en principes utiles, la quantité, leur identité, l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation, mais aussi sur les contrôles effectués. On comprend ainsi que l'absence d'un contrôle sur la conformité d'un produit aux exigences de sécurité puisse constituer une fraude au sens du Code de la consommation. Les agents de la DGCCRF ont pour mission générale la recherche et la constatation des fraudes. Le parquet est saisi de leur constat effectué par procès-verbaux, sur la base desquels il peut ensuite engager des

⁹ Cass. civ.2, 25 mars 1998, Bull. civ. II, n°99 ; Cass. civ.3, 11 mai 2000, Bull. civ., III, n°108.

¹⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Les obligations, Précis Dalloz 1999, n°838.

¹¹ Cass. civ.1, 25 mars 1997, Bull.I, n°104, p.68.

¹² Pour un bilan, cf J. Mac Millan, Une politique européenne pour la promotion de la qualité, Rev. marché commun 1997, n°411, p.520.

poursuites. En l'espèce, le délit de tromperie avait été d'abord soulevé à l'encontre de l'importateur, la société Surcouf.

12. – En effet, le délit de tromperie vise "*quiconque, qu'il soit partie ou non au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant par quelque moyen que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers*". Sont donc globalement concernés le fabricant et ceux qui auront participé à la mise à disposition du produit. Il est certes évident que la culpabilité ne sera pas appréciée dans les mêmes termes, selon qu'il s'agit du producteur ou du distributeur. Toutefois, pour ce qui concerne la non-conformité par l'absence même de contrôle, la vérification du distributeur est aisée. De plus, la jurisprudence est particulièrement sévère à l'égard d'une catégorie de distributeurs : les importateurs. Les difficultés à mettre en cause les producteurs étrangers incitent les juges à la sévérité. Selon une jurisprudence déjà ancienne, les importateurs sont pénalement responsables de la conformité des produits, introduits sur le marché national, aux exigences posées par les pouvoirs publics⁽¹³⁾. La tromperie de l'importateur est expressément rattachée à l'obligation de vérifier la conformité des produits dès leur première mise sur le marché national⁽¹⁴⁾. L'absence de vérification antérieurement à cette mise sur le marché français suffit à caractériser la mauvaise foi de l'importateur⁽¹⁵⁾. L'importateur est reconnu coupable de tromperie dès lors qu'il a contribué à mettre en vente un produit non conforme aux qualités substantielles présentées sur l'étiquette⁽¹⁶⁾. Or, en l'espèce, l'agissement déloyal dénoncé portait sur le fait que le numéro d'homologation figurait sur l'étiquette et pouvait ainsi créer une confusion pour la clientèle.

13. – Dans la chaîne de distributeurs, le rôle de l'importateur est donc le plus exposé en termes d'obligation de conformité. La relaxe de l'importateur pour défaut de l'homologation d'un insecticide ne pouvait donc pas être ignorée par les juges appelés à se prononcer sur une action en concurrence déloyale contre les autres distributeurs de ce même insecticide. Par surcroît, il faut souligner ici que les deux actions portaient sur le même usage fautif du numéro d'homologation de cet insecticide. Or, le tribunal correctionnel a écarté l'incrimination en se fondant sur l'attitude de la DGCCRF à qui serait finalement imputable l'absence d'homologation. Celle-ci avait été sollicitée pour l'octroi d'une homologation à l'insecticide Lambda-C et avait refusé. Ce refus est qualifié par le tribunal correctionnel comme étant constitutif d'une mesure attentatoire à la libre circulation des marchandises. Il ne s'agirait que d'une entrave déguisée aux échanges communautaires, sous le prétexte d'exigences de sécurité en réalité superfétatoires. Cette qualification de MEERQ est assurément un motif nécessaire à la relaxe pour absence d'homologation.

14. – C'est pourquoi il convenait d'examiner le refus fautif de la DGCCRF au regard de l'utilisation du numéro d'homologation d'un autre produit. Il ne s'agissait pas de n'importe quel produit, mais d'un insecticide dont la composition reposait a priori sur le même principe actif. On subodore que le refus de l'administration était injustifié parce que l'autorisation de mise sur le marché était en définitive inutile. L'homologation du premier insecticide était susceptible de valoir pour le second insecticide. La relaxe de l'importateur pouvait ainsi avoir

¹³ Cass. crim., 11 juillet 1963, Bull. crim., p.539.

¹⁴ Cass. crim., 10 avril 1997, JCP ed.G, 1997, II, n°1008, J.H. Robert ; Cass. crim. 7 avril 1999, Contrats-concurrence-consommation 1999, n°186, obs. G. Raymond

¹⁵ Cass. crim., 17 janv. 1996, Bull.inf. cass., 1er mars 1996, n°509, p.17.

¹⁶ Cass. crim., 9 mars 1999, Contrats, concurrence consommation 1999, n°121, G. Raymond.

une incidence sur l'appréciation de la faute dans la concurrence déloyale émanant d'autres distributeurs. Ces éléments méritaient d'être discutés et vérifiés dans le détail. La Cour de cassation considère que les juges du fond, en s'abstenant de faire cette recherche, n'ont pas donné de base légale à l'arrêt. Mais le mérite de la Cour de cassation est d'être allée au-delà de cette censure. Elle a voulu démontrer en quoi les exigences de la DGCCRF pouvaient être superfétatoires. Il fallait pour cela qu'elle s'appuie sur la portée de l'autorisation de mise sur le marché.

II. – LA PORTEE D'UNE AMM DONNEE DANS L'ETAT MEMBRE EXPORTATEUR EN CAS DE PARENTE AVEC UN PRODUIT BENEFICIAIRE D'UNE AMM DANS L'ETAT IMPORTATEUR

15. – La Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir pris la mesure des exigences propres à la libre circulation des produits phytopharmaceutiques. Celles-ci sont posées par la directive 91/414/CEE du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché de ces produits. La Cour de justice en a donné une interprétation très précise en matière d'importation parallèle de produits semblables. Or, les juges du fond n'ont pas exercé leur pouvoir d'appréciation sur les possibles extensions d'AMM en cas de parenté de produits (A). Cette étape de l'analyse était cruciale. Si l'AMM d'un produit devait être étendue à un produit apparenté, disparaissait alors le caractère fautif de l'usage du numéro d'homologation attribué au premier produit autorisé (B).

A.- L'absence de discussion sur la parenté des produits est censurée

16. – Le principe de libre circulation des marchandises n'est pas sans dérogation possible. C'est là tout l'intérêt de l'article 30 CE qui mentionne notamment "*la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux*". De manière générale, la Cour de justice est assez favorable aux législations nationales qui, au nom de considérations de police sanitaire, imposent des contrôles sur les produits importés⁽¹⁷⁾. La prudence de la Cour l'amène à des distinctions délicates entre protection légitime et protectionnisme. C'est pourquoi il semble préférable d'agir sur le terrain de la prévention des atteintes à la libre circulation des marchandises. L'harmonisation des législations nationales, par la voie de directives ciblant des produits spécifiques, est l'instrument de prédilection de cette prévention des entraves.

17. – Ainsi, la directive 91/44/CEE du 15 juillet 1991 établit des règles uniformes régissant les conditions et les procédures d'octroi d'une AMM aux produits phytopharmaceutiques. Il est acquis que l'utilisation de produits pharmaceutiques est destinée à protéger les végétaux et à améliorer la production de l'agriculture. Mais cette utilisation est aussi susceptible de créer des risques pour l'homme, les animaux et l'environnement. L'objet de la directive est, d'une part, de concilier un niveau élevé de protection de la santé et de l'environnement et, d'autre

¹⁷ L. Dubouis et Cl. Blumann, Droit matériel de l'Union européenne, Domat Droit public, Montchrestien 2001, n°376 : CJCE, 11 juillet 2000, Toolex Alpha, aff. C-73/98 ; CJCE, 18 mai 1989, aff. 266/87, Royal Pharmacy Society of Great Britain ; CJCE, 14 décembre 2000, aff. 55/99, Commission c/ France.

part, d'éliminer les entraves aux échanges de produits phytopharmaceutiques au sein du marché intérieur. La méconnaissance de la directive équivaut à celle des articles 28 et 30 CE. C'est ce qui explique la censure de la Cour de cassation sous le visa de ces articles.

18. – Saisie d'une question préjudicielle sur l'interprétation à donner à cette directive, à propos d'un litige opposant British Agrochemicals Association au Ministry of Agriculture, la Cour de justice a été amenée à envisager précisément le cas de figure de la présente espèce. Il lui était demandé en substance les conditions dans lesquelles l'autorité compétente pouvait autoriser la mise sur le marché d'un produit phytopharmaceutique importé d'un Etat membre sur le territoire duquel sa mise sur le marché a déjà été autorisée et qu'elle considère identique à un produit auquel elle a déjà accordé une AMM. La Cour de justice répond qu'il n'y a plus lieu d'appliquer la procédure d'AMM dictée par la directive (¹⁸). Elle justifie son analyse en ces termes :

"31.

Dès lors, lorsque l'importation dans un État membre d'un produit phytopharmaceutique bénéficiant d'une AMM délivrée selon les dispositions de la directive dans un autre État membre constitue une importation parallèle par rapport à un produit phytopharmaceutique bénéficiant déjà d'une AMM dans l'État membre d'importation, les dispositions de la directive relatives à la procédure de délivrance d'une AMM n'ont pas vocation à s'appliquer.

32.

En effet, en présence de deux AMM délivrées conformément à la directive, les objectifs de protection de la santé humaine et animale ainsi que de l'environnement que poursuit celle-ci ne s'imposent pas de la même manière. Dans une telle situation, l'application des dispositions de la directive relatives à la procédure de délivrance d'une AMM irait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs et risquerait de se heurter, sans justification, au principe de libre circulation des marchandises énoncé à l'article 30 du traité.

33.

Il importe toutefois que l'autorité compétente vérifie, outre l'existence d'une origine commune, que les deux produits phytopharmaceutiques, sans être en tous points identiques, ont, à tout le moins, été fabriqués suivant la même formule et en utilisant la même substance active et ont en outre les mêmes effets compte tenu des différences qui peuvent exister au niveau des conditions agricoles, phytosanitaires et environnementales, notamment climatiques, intéressant l'utilisation du produit".

19. - Devant une interprétation aussi circonscrite, l'appréciation des faits par le juge est très étendue et lourde. La Cour de cassation reprend fidèlement la teneur des attendus précités. Sa censure pour manque de base légale accreditte l'idée que les juges du fond ont procédé par affirmation péremptoire lorsqu'ils ont déclaré que les caractéristiques des produits n'étaient pas identiques. Or, ils ne pouvaient se faire une opinion qu'après avoir interrogé la DGCCRF sur son travail d'investigation tel qu'il est décrit par la Cour de justice dans cet arrêt sur les produits phytosanitaires. Ce dernier renvoie même à une procédure précise de vérification posée dans un arrêt relatif à l'AMM des médicaments dans des circonstances analogues (¹⁹).

¹⁸ CJCE, 11 mars 1999, aff. C-100/96, Ministry of Agriculture c/ British Agrochemicals Association, <http://curia.eu.int/fr>

¹⁹ CJCE, 12 nov. 1996, aff. C-201/94, Smith & Nephew et Primecrown, Rec. p I-5819.

B.- La portée de l'AMM est susceptible d'écarter la déloyauté dans l'usage d'un numéro d'homologation

20. – Il faut considérer que le numéro d'homologation délivré par le Ministère de l'agriculture, après contrôle, est une autorisation de mise sur le marché au sens de la directive précitée. Au demeurant, un avis de la Commission de la sécurité des consommateurs relatif aux produits phytosanitaires présente l'homologation en tant que telle :

"21. L'ensemble des textes applicables aux produits phytopharmaceutiques est répertorié dans le guide précédemment cité de l'ANPP. Les principaux textes sont issus, en droit français, de la loi du 2 novembre 1943 modifiée relative à l'organisation du contrôle de produits antiparasitaires à usage agricole et des produits assimilés. Les textes les plus importants qui en découlent sont :

l'arrêté du 5 juillet 1985 relatif à la délivrance d'autorisation d'emploi de produits anti-parasitaires ;

le décret du 5 mai 1994 relatif aux contrôles des produits phytopharmaceutiques et son arrêté d'application du 6 septembre 1994.

22. Ces textes imposent de fait une « autorisation de mise sur le marché » qui est délivrée par le ministère de l'agriculture. Aucun produit phytosanitaire ne peut être commercialisé sans cette homologation." ⁽²⁰⁾

21. – Si l'on s'en tient à l'interprétation de la Cour de justice, une AMM peut être partagée par des produits apparentés sous de strictes conditions. Dès lors, il faut en conclure que l'usage d'un numéro d'homologation attribué à un autre produit n'est pas nécessairement fautif. Il suffit que soient réunies toutes les conditions posées par la Cour dans l'affaire *Ministry of Agriculture c/ British* précitée. Les noms attribués aux produits ne signifient pas qu'ils se distinguent de manière véritablement significative dans leurs composants. C'est ce que la Cour de justice désigne sous l'appellation d'importations parallèles. Dès lors, il n'est pas choquant que ces produits apparentés partagent un même numéro d'homologation.

22. – Au demeurant, ce partage ne sera pas fréquent si l'on respecte les conditions rigoureuses de la Cour de justice. C'est alors qu'il sera permis de s'interroger sur le risque de confusion dans l'esprit de la clientèle. Le simple usage d'un même numéro d'homologation ne semble pas, néanmoins, être déterminant pour identifier un produit, même si ce numéro figure sur l'étiquette. L'imitation d'un signe distinctif aux yeux de la clientèle ne paraît pas en cause. En revanche, une confusion de la clientèle sur la conformité du produit aux règles de sécurité peut créer un avantage injuste. De fait, tout exercice de l'activité commerciale de façon irrégulière peut être constitutif d'un avantage concurrentiel illicite ⁽²¹⁾. Il en va ainsi lorsque le commerçant ne respecte pas ses obligations fiscales et sociales ⁽²²⁾, lorsqu'il ouvre une grande surface en violation des règles relatives au permis de construire ⁽²³⁾, lorsqu'il commet des actes de fraude alimentaire ⁽²⁴⁾ ou, précisément, lorsqu'un marchand ambulant se soustrait à

²⁰ Avis de la Commission de la sécurité des consommateurs relatifs aux produits phytosanitaires, BOCCRF n°4 du 31 mars 2000, <http://www.finances.gouv.fr/dgccrf/boccrf>

²¹ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2000/2001, n°6027.

²² CA Paris, 16 janvier 1980, D. 1981, p.564, P. Godé.

²³ Cass. com., 28 nov. 1995, RJDA 1996, n°298.

²⁴ Cass. com., 5 mars 1991, *Contrats-Concurrence-Consommation* mai 1991, n°127.

tout contrôle en vendant des glaces sans autorisation ⁽²⁵⁾. L'absence de contrôle de sécurité est un acte déloyal à l'égard des concurrents.

23. - Un dernier point pouvait encore susciter l'attention. L'action en concurrence déloyale émane d'une entreprise qui a cessé la distribution de l'insecticide Karaté dont le numéro d'homologation a été emprunté. Il ne s'agit même pas d'une interruption, puisque la société Sopra a pris la peine de demander le retrait du numéro d'homologation qu'elle avait obtenu du ministère de l'agriculture. Néanmoins, l'action en concurrence déloyale a vocation à prévenir la réalisation d'un préjudice dans l'avenir ⁽²⁶⁾. Il est permis de supposer que l'entreprise veuille se réserver la reprise de la distribution de l'insecticide Karaté dans les meilleures conditions concurrentielles. Il appartient donc à la cour de renvoi de se prononcer sur la différenciation des produits en termes de principes actifs et, partant, de trancher le litige sur des considérations de fait purement scientifique.

²⁵ Cass. com., 19 nov. 1991, n°89-21.442.

²⁶ Ph. le Tourneau et L. cadiet, préc., n°6021.