

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les responsabilités liées à l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle

Cruquenaire, Alexandre; Lecroart, Elodie

Published in:
Responsabilités et numérique

Publication date:
2018

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A & Lecroart, E 2018, Les responsabilités liées à l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle: panorama des principales dispositions régissant la matière. dans *Responsabilités et numérique*. Jeune barreau de Namur, Anthemis, Limal, pp. 151-180.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les responsabilités liées à l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle

Panorama des principales dispositions régissant la matière

Élodie LECROART

Avocat au barreau de Namur

Alexandre CRUQUENAIRE

Avocat au barreau de Namur

*Chargé de cours invité à l'Université de Namur (CRIDS)
et à l'Université catholique de Louvain*

Introduction

1. La (nécessaire) conciliation des principes du droit commun avec les règles propres à la matière de la propriété intellectuelle suscite toujours la réserve des spécialistes de la seconde, qui se retranchent souvent derrière la spécificité de la propriété intellectuelle qui justifierait un affranchissement vis-à-vis des premiers. Le sujet de la présente contribution n'échappe pas aux lois du genre, car les principes fondamentaux du droit de la responsabilité sont tantôt aménagés, tantôt malmenés, lorsqu'ils se meuvent dans la sphère de la propriété intellectuelle.

2. Du point de vue terminologique tout d'abord, on parlera en la matière d'action en contrefaçon, dans le cadre de laquelle le débat sur la responsabilité du contrefacteur sera posé. Au sens large, la contrefaçon est définie comme toute atteinte à un droit intellectuel¹, tandis que l'action en contrefaçon est celle qui vise à faire sanctionner cette atteinte. Nous ferons donc référence à l'action en contrefaçon dans les développements qui suivent afin d'évoquer les aspects de responsabilité liés à ladite action en contrefaçon.

L'instrument clé en matière de sanction de la contrefaçon est la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle². Récemment, la Commission européenne a

¹ Voy., en ce sens, not. D. KAESMACHER (dir.), *Les droits intellectuels*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 873; A. STROWEL, « La contrefaçon en droit d'auteur: conditions et preuve ou pas de contrefaçon sans plagiat », *A.M.*, 2006/3, p. 268.

² Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, L195 du 2 juin 2004.

publié une Communication visant à clarifier l'interprétation de certaines notions et à donner des indications sur la manière de mettre en œuvre les principes de la directive 2004/48/CE précitée³.

3. Sur la portée des éléments du droit commun de la responsabilité, nous renvoyons le lecteur aux contributions d'Elise Franco (responsabilité civile) et de Nathalie Colette-Basecqz (responsabilité pénale), et centrerons notre propos sur les spécificités liées à la matière de la propriété intellectuelle.

De même, compte tenu de l'objet de la présente, nous n'aborderons pas les questions de compétence, en dépit des nombreuses dispositions spéciales existant en matière de propriété intellectuelle. Tout au plus, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que le législateur, dans une perspective de spécialisation des magistrats, a regroupé les compétences, tant matérielles que territoriales⁴.

Section 1

La responsabilité civile

4. L'application des principes de la responsabilité civile en matière de propriété intellectuelle présente certaines particularités, principalement concernant les points suivants :

- les parties concernées (sous-section 1) ;
- l'appréciation de la faute (sous-section 2) ;
- l'évaluation du dommage (sous-section 3) ;
- les mesures conservatoires/provisoires (sous-section 4) ;
- les sanctions (sous-section 5).

Sous-section 1

Les parties concernées

5. Lorsque l'on aborde la responsabilité dans le domaine de la propriété intellectuelle, il convient tout d'abord de bien identifier le créancier de responsabilité et de vérifier sa qualité (A).

³ Orientations sur certains aspects de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, COM(2017) 708 final, 29 novembre 2017 (ci-après, « Communication 2017/708 »).

⁴ À ce propos, pour un exposé détaillé des principes, voy. A. PUTTEMANS, « Les questions de compétence, de connexité et de cumul des actions en matière de propriété intellectuelle », in *Sanctions et procédures en droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 101-145. Concernant les nouveautés faisant suite à la codification au sein du Code de droit économique, voy. B. VANBRABANT, « La propriété intellectuelle dans le Code de droit économique : quelques ambitions ; les moyens suivront (peut-être) », in *Le Code de droit économique : principales innovations*, coll. CUP, vol. 156, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 157-192.

L'identité du débiteur de responsabilité présente quelques caractéristiques également, que nous relèverons brièvement (B).

A. Le créancier de responsabilité

6. L'action en contrefaçon visant à sanctionner une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, elle est naturellement ouverte au titulaire du droit de propriété intellectuelle⁵. L'identification du titulaire du droit intellectuel relève de la législation établissant ce droit. Quelques particularités sont intéressantes à relever à cet égard.

Tout d'abord, certains droits de propriété intellectuelle sont soumis à une formalité préalable d'enregistrement, le titulaire du droit étant logiquement la partie qui a introduit la demande d'enregistrement concernée. Tel est notamment le cas en droit des marques⁶, en droit des dessins et modèles⁷, ou encore en droit des brevets⁸.

Dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, la logique est l'attribution du droit *ab initio* à la personne physique qui a créé l'œuvre⁹. Le droit naît du seul fait de la création, sans aucune exigence en termes de formalités¹⁰.

Le droit *sui generis* sur le contenu des bases de données naît, quant à lui, dans le chef du producteur de la base¹¹, c'est-à-dire celui qui assume le risque économique de la création de la base de données¹². La logique sous-jacente est ici la protection de l'investissement.

⁵ D'une manière générale, voy. l'article 4 de la directive 2004/48, qui énonce que « [l]es États membres reconnaissent qu'ont qualité pour demander l'application des mesures, procédures et réparations visées au présent chapitre :

a) les titulaires de droits de propriété intellectuelle, conformément aux dispositions de la législation applicable [...] ».

⁶ Art. 2.2 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle.

⁷ Art. 3.5 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle. Observons toutefois que, concernant les dessins et modèles communautaires, le législateur européen a mis en place un double système de protection, avec ou sans formalité d'enregistrement. Le dessin ou modèle communautaire non enregistré bénéficiant d'une protection plus limitée (art. 11 du règlement [CE] n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, qui énonce les modalités de divulgation requises pour faire naître le droit à la protection). Pour le dessin non enregistré, le droit naît dans le chef de celui qui divulgue le dessin ou modèle, tandis qu'il naît dans le chef de celui qui introduit le dépôt pour le dessin ou modèle enregistré (art. 15). Toutefois, ces principes d'attribution sont sous réserve des droits du créateur, qui est, lui, titulaire du droit au dessin ou modèle (art. 14).

⁸ Le demandeur du brevet en devient le titulaire, pour autant qu'il ait toutefois obtenu l'accord de l'inventeur qui seul a le droit d'introduire la demande de brevet (voy. art. XI.9 et XI.10 CDE).

⁹ Voy. spéc. l'article XI.170 du Code de droit économique en matière de droit d'auteur, qui énonce que « [l]e titulaire originaire du droit d'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre ».

¹⁰ Voy. ainsi la disposition de l'article XI.309 du Code de droit économique concernant le droit *sui generis*. Pour le droit d'auteur, voy. l'article 5.2 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

¹¹ Art. I.17, 2°, et XI.307 C.D.E.

¹² Sur l'interprétation de cette notion de producteur dans le cas d'une base de données réalisée par un prestataire externe, voy. Prés. Com. Mons (réf.), 30 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008/39, p. 1732, note A. CRUQUENAIRE (« La titularité du droit *sui generis* sur une base de données »).

7. L'action en contrefaçon est également ouverte aux personnes autorisées à utiliser le droit de propriété intellectuelle. On entend par là toute personne pouvant se prévaloir d'une autorisation d'usage du droit intellectuel¹³, et, en particulier, les licenciés¹⁴.

La question de l'exigence d'une inscription de la licence au registre se pose pour les droits de propriété intellectuelle faisant l'objet d'une formalité préalable de demande d'enregistrement auprès d'un office de propriété intellectuelle. À cet égard, la Cour de justice a indiqué que le licencié peut agir sur la base de l'atteinte à son droit d'utilisation, même si l'acte conférant ce droit d'utilisation n'avait pas fait l'objet d'une inscription au registre de l'office ayant enregistré le droit de propriété intellectuelle concerné¹⁵. Précisons que, dans le cas du licencié, le droit d'action est naturellement limité en considération de la portée de son droit d'usage et qu'il ne peut agir en réparation de l'atteinte au droit intellectuel qui irait au-delà¹⁶.

Le licencié ou cessionnaire du droit intellectuel peut bénéficier dans certains cas de mécanismes légaux de présomption, le dispensant de prouver la réalité de l'acquisition des droits dont il revendique la protection. Ainsi, en matière de droit d'auteur, l'article XI.170 du Code de droit économique (CDE) dispose qu'« est présumé auteur, sauf preuve contraire, quiconque apparaît comme tel sur l'œuvre, sur une reproduction de l'œuvre, ou en relation avec une communication au public de celle-ci, du fait de la mention de son nom ou d'un sigle permettant de l'identifier »¹⁷.

Par rapport aux créations liées aux technologies de l'information, le législateur a, en outre, tenu compte des processus collectifs de création afin de faciliter

¹³ Soulignons que, dans la pratique, les demandes de titres font parfois l'objet de transactions (ce qui est cédé ou licencié étant alors le futur droit intellectuel, sous réserve de bonne fin de la procédure d'enregistrement en cours). Le déposant dispose d'ailleurs de certaines prérogatives (limitées) afin de protéger par anticipation son futur droit intellectuel (voy., p. ex., l'article 2.14 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle, qui permet au déposant d'une marque Benelux d'introduire une opposition contre une demande ultérieure de marque susceptible d'empiéter sur son futur droit de marque).

¹⁴ Communication 2017/708, p. 27.

¹⁵ C.J.U.E., 22 juin 2016, C-419/15, pt 25 (en matière de dessins et modèles communautaires); C.J.U.E., 4 février 2016, C-163/15, pt 26 (en matière de marques communautaires). Approuvant cette solution d'une manière générale, compte tenu de la finalité de la formalité d'enregistrement des licences, voy. la note éclairante de B. VANBRABANT, « La publicité légale doit-elle profiter aux contrefacteurs ? (Hassan) Non », *Ing.-Cons.*, 2016/2, pp. 409-418.

¹⁶ La Cour de justice le confirme – même si d'une manière quelque peu implicite et à propos de l'interprétation des dispositions du règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires. Voy. C.J.U.E., 22 juin 2016, C-419/15, pt 31 (précisant que les dispositions interprétées ont pour but « [...] de donner au licencié des moyens procéduraux pour agir contre la contrefaçon et pour défendre ainsi lesdits droits qui lui ont été concédés » – nous soulignons).

¹⁷ Cela consacre l'utilité des mentions de type « © nom de l'exploitant - 2018 » qui sont apposées sur la plupart des œuvres de l'esprit. Sur la portée pratique de cette présomption, voy. A. CRUQUENAIRE, « Présomption de titularité et règles régissant les contrats conclus par l'auteur », *A.M.*, 2005, pp. 197-204.

l'exploitation des œuvres par l'employeur des salariés créateurs. Ainsi, en matière de logiciels et de bases de données, on présume la cession des droits patrimoniaux en faveur de l'employeur, sauf clause contraire dans le contrat de travail¹⁸. Ces dispositifs ne présentent toutefois pas tous les gages de sécurité juridique, compte tenu du champ incomplet et incertain de ces présomptions en faveur de l'employeur¹⁹.

8. Outre la difficulté inhérente au démembrement du droit intellectuel par l'octroi de licences, la position de cessionnaire du droit intellectuel peut être compliquée par le maintien de certains droits dans le giron du titulaire originaire. En droit d'auteur, la personne physique ayant créé l'œuvre est ainsi seule titulaire du droit moral qui est incessible²⁰. Un titulaire dérivé ne pourra donc se prévaloir que d'une atteinte aux droits patrimoniaux dont il est investi, l'exercice des droits moraux étant réservé à l'auteur²¹.

9. Les droits de propriété intellectuelle sont parfois exercés par l'intermédiaire de sociétés de gestion collective. La gestion collective est tantôt volontaire²², tantôt imposée par la loi pour des raisons pratiques²³. Dans ce cas, l'action en contrefaçon sera exercée par la société de gestion collective.

¹⁸ Art. XI.187 (bases de données) et XI.296 (programmes d'ordinateur) C.D.E.

¹⁹ Les droits moraux restent détenus par l'auteur salarié, et seules les œuvres créées dans le cadre des fonctions de l'employé ou sur instruction de l'employeur sont couvertes. En outre, la notion de programme d'ordinateur n'ayant pas été définie dans la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (version codifiée), certaines créations « périphériques » essentielles à l'exploitation d'un logiciel font l'objet de controverses ou ont été expressément écartées. Ainsi, la Cour de justice a décidé que les interfaces graphiques ne sont pas comprises dans la notion de programme d'ordinateur et sont, dès lors, protégées par le régime général du droit d'auteur au sein duquel il n'y a pas de présomption de cession de droits en faveur de l'employeur (C.J.U.E., 22 décembre 2010, C-393/09, pt 42).

²⁰ Art. XI.165, § 2, C.D.E.

²¹ Afin de tenter de contourner la difficulté, certaines sociétés de gestion collectives invoquaient un mandat général de gestion du droit moral pour compte de l'auteur, ce qui posait question au regard de l'interdiction d'une renonciation générale à l'exercice du droit moral (en ce sens, voy. E. DERCLAYE et A. CRUQUENAIRE, « Quelques considérations sur les modalités d'intervention en justice des sociétés de gestion collective, sur la portée de certaines exceptions au droit d'auteur et sur l'évaluation du préjudice résultant d'une atteinte au droit d'auteur », *A.M.*, 2001, pp. 378 et s.). Observons que les nouveaux statuts de la Sofam (version 2017) préservent explicitement le droit moral et limitent à un mandat spécial son éventuel exercice par la société.

²² L'affiliation auprès d'une société de gestion se faisant sous la forme d'un mandat de gestion ou d'une cession fiduciaire des droits. Sur la distinction entre les deux formes quant à leurs principaux effets, voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 46-47, n° 42.

²³ Ainsi, en matière de rémunération pour compenser l'usage des œuvres dans le cadre de l'enseignement et de la recherche scientifique, la perception des sommes revenant aux auteurs et leur répartition sont assurées par une société de gestion désignée par arrêté royal (art. XI.242 C.D.E.).

B. Le débiteur de responsabilité

10. Concernant l'identification du débiteur de responsabilité, on soulignera les nombreuses discussions liées au rôle et à la responsabilité des intermédiaires dans le cadre des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Le débat est très vif et controversé, et ce, depuis l'avènement de l'Internet. La raison est essentiellement pratique : alors que le contrefacteur est souvent difficile à identifier, volatil et insolvable, l'intermédiaire technique, par le biais duquel l'atteinte aux droits intellectuels est portée, a pignon sur rue et est techniquement en mesure de mettre fin à l'atteinte alléguée. Le risque est toutefois d'instituer les intermédiaires en censeurs du Web, ce que le législateur européen a bien perçu comme un risque majeur pour le développement commercial de l'Internet.

Les articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique²⁴ prévoient un régime d'exonération de responsabilité pour certaines activités d'intermédiaire de la société de l'information. Ce régime d'exonération doit toutefois être concilié avec la nécessaire protection des droits de propriété intellectuelle, ce qui impose de préserver la possibilité de solliciter des mesures de collaboration desdits intermédiaires dans le cadre des actions en contrefaçon contre les auteurs des atteintes concernées²⁵.

L'article 8 de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information prévoit que « [l]es États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin »²⁶.

²⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après, « directive sur le commerce électronique »), J.O.U.E., L178 du 17 juillet 2000.

²⁵ À ce propos, voy. le considérant 45 de la directive sur le commerce électronique, qui rappelle que « [l]es limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible ». Le lien entre exonération de responsabilité et autres mesures visant à mettre fin à une contrefaçon est rappelé par la Cour. Voy. not. C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, pt 77 (« [...] l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2000/31 précise que cet article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction nationale ou une autorité administrative, d'exiger d'un prestataire de services qu'il mette fin à une violation de droits d'auteur ou qu'il la prévienne »). Pour une analyse récente de la problématique, voy. B. MICHAX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la Directive e-commerce », in *Handhaving van intellectuele rechten in België/Respect des droits intellectuels en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 59-60.

²⁶ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O.U.E., L167 du 22 juin 2001. Voy. aussi le considérant 59 qui énonce que « [l]es services d'intermédiaires peuvent, en particulier dans un environnement numérique, être de plus en plus utilisés par des tiers pour porter

L'article 11 de la directive 2004/48/CE énonce que « [l]es États membres veillent à ce que, lorsqu'une décision judiciaire a été prise constatant une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires compétentes puissent rendre à l'encontre du contrevenant une injonction visant à interdire la poursuite de cette atteinte. Lorsque la législation nationale le prévoit, le non-respect d'une injonction est, le cas échéant, passible d'une astreinte, destinée à en assurer l'exécution. Les États membres veillent également à ce que les titulaires de droits puissent demander une injonction à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, sans préjudice de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE ».

La notion d'intermédiaire est donc envisagée à un double titre : d'une part, afin de consacrer la possibilité pour le titulaire de droits de propriété intellectuelle de postuler à des mesures visant à protéger ses droits, et, d'autre part, afin d'évaluer la possible application d'un régime d'exonération de responsabilité.

Dans le cadre de la présente contribution, nous aborderons le premier volet dans la section relative aux sanctions²⁷, ainsi que dans la section relative aux mesures provisoires et conservatoires²⁸. Le second volet déborde le champ de la présente contribution et est abordé dans la contribution d'Hervé Jacquemin à laquelle nous renvoyons le lecteur²⁹. À tout le moins, convient-il de rappeler ici que la notion d'intermédiaire reçoit une acception large centrée sur la nature des activités exercées³⁰ et que, sur la base des dispositions de la directive sur le commerce électronique, un régime d'exonération de responsabilité limitera dès lors le nombre des potentiels débiteurs de responsabilité.

atteinte à des droits. Dans de nombreux cas, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes. Par conséquent, sans préjudice de toute autre sanction ou voie de recours dont ils peuvent se prévaloir, les titulaires de droits doivent avoir la possibilité de demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre d'un intermédiaire qui transmet dans un réseau une contrefaçon commise par un tiers d'une œuvre protégée ou d'un autre objet protégé. Cette possibilité doit être prévue même lorsque les actions de l'intermédiaire font l'objet d'une exception au titre de l'article 5. Les conditions et modalités concernant une telle ordonnance sur requête devraient relever du droit interne des États membres ».

Voy. *infra*, sous-section 5 de la présente contribution.

Voy. *infra*, sous-section 4 de la présente contribution.

²⁹ Voy. dans cet ouvrage, H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires : état des lieux et perspectives », pp. 63-100.

³⁰ K. JANSSENS, « Targeting the middle man: het opleggen van maatregelen aan tussenpersonen in de strijd tegen namaak en piraterij », in *Handhaving van intellectuele rechten in België/Respect des droits intellectuels en Belgique*, op. cit., pp. 38-41 ; D. GOBERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet contre Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre les échanges illicites d'œuvres protégées sur Internet », R.D.T.I., 2012/1, pp. 39-42.

Sous-section 2

La faute

11. Comme Thierry Léonard l'a démontré de manière limpide dans sa thèse de doctorat, le régime de sanction de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle est caractérisé par une application particulière des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile.

Plus précisément, l'atteinte aux droits intellectuels est sanctionnée indépendamment de l'existence d'une violation d'une norme de comportement déterminée ou d'une violation de la norme générale de prudence, dans la mesure où l'atteinte aux droits intellectuels est en soi assimilée à une faute³¹. La faute est, en effet, considérée comme établie du seul fait de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle³², sans que la violation d'une norme de comportement ou d'un devoir général de prudence soit exigée³³.

En dépit des critiques, il n'en demeure pas moins que la doctrine et la jurisprudence largement dominantes³⁴ assimilent la violation des droits intellectuels à la faute ; cette dernière suffit, dès lors, comme fondement de la responsabilité civile de l'auteur de l'atteinte aux droits intellectuels³⁵.

12. En écho à ces réflexions, on observera poindre dans la jurisprudence récente plusieurs confirmations d'une forme d'exigence d'imputabilité personnelle des actes contrefaisants. Les dispositifs législatifs dédiés au commerce électronique ont, en effet, réveillé la discussion sur la responsabilité d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle. On songe spécialement au régime d'exonération de responsabilité porté par les articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique³⁶.

À l'occasion de plusieurs litiges relatifs à des atteintes aux droits de marques (renommées), la Cour de justice a décidé que l'atteinte au droit de marque requiert l'usage du signe protégé dans le cadre de la propre communication

commerciale du contrefacteur présumé. La simple circonstance qu'un prestataire permet techniquement à ses clients de faire usage de la marque d'autrui ne suffit pas à caractériser un usage par ce prestataire des marques concernées, en dépit du fait que le prestataire est rémunéré pour les services qu'il fournit à cette occasion³⁷. En dépit des critiques doctrinales émises³⁸, en raison notamment du peu de place laissé par cette jurisprudence à la fonction publicitaire de la marque, la solution s'est imposée. Par la suite, la Cour a, en effet, confirmé à plusieurs reprises sa position³⁹.

On observera avec intérêt que la jurisprudence de la Cour irrigue la matière des droits intellectuels au-delà des dispositions de la directive sur le commerce électronique. La réflexion sur la responsabilité des intermédiaires s'inscrit, en effet, dans le cadre du débat sur la portée des dispositions du droit des marques. C'est, par exemple, sur le terrain de l'usage de la marque que le débat a glissé dans le cadre de l'arrêt *Google* de la Cour de justice. De même, la Cour de justice a écarté l'existence d'un usage de marque par un prestataire de services de conditionnement de boissons qui avait apposé sur des cannettes, à la demande de son client, des signes contrefaisant la marque *Red Bull*⁴⁰. Dans ce dernier cas, et comme elle l'avait décidé par rapport au rôle de Google dans le cadre de services de référencement payants, la Cour juge que l'intermédiaire ne fait pas lui-même usage de la marque au sens de la directive sur le droit des marques⁴¹. En matière de droits d'auteur, la Cour de justice se montre moins accommodante avec un intermédiaire dont les activités consistent à mettre à disposition un appareil permettant de faciliter l'accès à des répertoires de partage non auto-

³¹ Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 425 et s.

³² En ce sens, voy. not. B. et L. VAN REEPINGHEN, « Les droits intellectuels renforcés : la contrefaçon en ligne de mire », *J.T.*, 2008, p. 156 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 521, n° 655.

³³ Pour une synthèse des bases de cette assimilation pour les principaux droits de propriété intellectuelle, voy. spéc. Th. LÉONARD, « Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile : réflexions suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle », in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, vol. 96, Liège, Anthemis, 2007, pp. 187-189, n° 32.

³⁴ Voy. toutefois Cass., 10 mars 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 283, note F. DE VISSCHER, citée par Th. LÉONARD, *ibid.*, p. 190, n° 33.

³⁵ Afin de tenter de réconcilier cette approche de sanction automatique de l'atteinte aux droits subjectifs avec les principes de la responsabilité civile, voy. les propositions de Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, op. cit.*, pp. 465 et s., spéc. n° 276.

³⁶ Directive 2000/31/CE, préc.

³⁷ C.J.U.E. (gde ch.), 23 mars 2010, *Google*, C-236/08, pts 56-57.

³⁸ D'une manière plus large, critiquant la vision trop extensive de la notion de services d'hébergement face aux activités sciemment orientées des plates-formes de l'Internet 2.0, voy. M. VIVANT, « Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscurité clarté d'un droit sans boussole apparente », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber amicorum Yves Pouillet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 319 et s., spéc. pp. 328-331 (soulignant que l'arrêt *eBay* – C.J.U.E. [gde ch.], 12 juillet 2011, C-324/09 – permet une interprétation moins accommodante pour les plates-formes telles que eBay, dans la mesure où la neutralité de l'intermédiaire n'est plus, dès lors qu'il y a assistance à l'optimisation ou la promotion des contenus).

³⁹ Voy. en particulier C.J.U.E., 22 septembre 2011, C-323/09, note S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité des intermédiaires : le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora* », *R.D.T.I.*, 2011/4, pp. 170-189.

⁴⁰ C.J.U.E., 15 décembre 2011, C-119/10, pt 30. Dans le même sens, à propos d'un producteur de vin générique fournissant le service d'embouteillage utilisé pour porter atteinte à une marque Benelux (les étiquettes définies par l'acheteur des vins comportant des signes similaires à la marque litigieuse), voy. Liège (7^e ch.), 19 avril 2012, 2010/RG/821, inédit, pp. 6-7 (jugant qu'il n'y avait pas usage de la marque par le producteur de vin compte tenu de son rôle de simple intermédiaire).

⁴¹ C.J.U.E., 15 décembre 2011, C-119/10, pts 28-29 (se référant à l'article 5 de la directive 89/104 du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, *J.O.U.E.*, L040 du 11 février 1989 – texte remplacé depuis par la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques [version codifiée], *J.O.U.E.*, L299 du 8 novembre 2008, qui sera elle-même remplacée par la directive [UE] 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques, *J.O.U.E.*, L336 du 23 décembre 2015).

risé de contenus protégés par le droit d'auteur, voyant dans cette pratique des actes dépassant le rôle d'un simple intermédiaire et considérant que la mise à disposition de tels appareils relève d'un exercice (non autorisé) du droit à la communication publique des œuvres dont l'accès est ainsi illégalement facilité⁴².

En outre, la Cour de justice a souligné que sa jurisprudence n'est nullement limitée aux seuls intermédiaires en ligne, mais couvre, d'une manière générale, tous les prestataires fournissant des services susceptibles d'être utilisés par un tiers pour porter atteinte à des droits intellectuels. Cela est confirmé, d'une part, par la jurisprudence précitée en matière d'usage de marque non imputable au prestataire intermédiaire dont les services sont utilisés afin de porter atteinte à un droit de marque⁴³. D'autre part, par rapport à la notion d'intermédiaire telle que visée dans l'article 11 de la directive 2004/48/CE⁴⁴, la Cour de justice a confirmé la nécessité d'adopter une interprétation large, non limitée au commerce électronique, couvrant en l'espèce un prestataire dont les services consistent à sous-louer des emplacements sur un marché, emplacements utilisés par des tiers pour vendre des marchandises contrefaisantes⁴⁵. La récente Communication 2017/708 de la Commission européenne sur la mise en œuvre de la directive 2004/48/CE confirme cette interprétation large de la notion d'intermédiaire⁴⁶.

Sous-section 3 Le dommage

13. Conformément au principe de l'équivalence du dommage et de la réparation, l'indemnisation du préjudice causé du fait de l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle devra être intégrale⁴⁷. Plus précisément, la victime de l'acte contrefaisant devra être replacée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'atteinte à ses droits n'avait pas été commise, sans qu'elle puisse en tirer un quelconque enrichissement⁴⁸.

⁴² C.J.U.E., 26 avril 2017, C-527/15 (*Filmpeker*). Pour une injonction contre l'intermédiaire (fournisseur d'accès) dans le cas du site de P2P *Pirate Bay*, voy. C.J.U.E., 14 juin 2017, C-610/15. Pour une analyse comparative de la question, voy. J. GINSBURG, « La Cour de justice de l'Union européenne crée un droit européen de la responsabilité dérivée en matière de contrefaçon du droit d'auteur », *A.M.*, 2017/1, pp. 7 et s., spéc. pp. 14-15, comparant les approches en droit des marques et droit d'auteur.

⁴³ C.J.U.E., 15 décembre 2011, C-119/10, pts 28-29.

⁴⁴ Disposition en vertu de laquelle le titulaire de droits peut postuler une mesure d'injonction à l'encontre d'un intermédiaire dont les services sont utilisés afin de porter atteinte aux droits intellectuels, lorsque cette injonction est de nature à faire cesser l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

⁴⁵ C.J.U.E., 7 juillet 2016, C-494/15.

⁴⁶ Communication 2017/708, préc., p. 19.

⁴⁷ En ce sens, voy. not. C. RONSE, « De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding », in *Sanctions et procédures en droits intellectuels*, op. cit., p. 234; M. BUYDENS, « La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle », in *Actualités en droits intellectuels : l'intérêt de la comparaison*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 408.

⁴⁸ À cet égard, voy. la jurisprudence constante de la Cour de cassation : 24 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 462; Cass., 29 mai 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 848; Cass., 13 avril 1995, *J.T.*, 1995, p. 649; Cass., 3 décembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1934; Cass., 18 décembre 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 987.

Il appartient au titulaire de l'action en contrefaçon de démontrer le préjudice qu'il a réellement subi du fait de l'atteinte à ses droits intellectuels. Une des difficultés en matière de propriété intellectuelle sera d'évaluer l'étendue du dommage réellement subi par la victime d'un acte contrefaisant.

Le dommage peut être tant matériel que moral. Traditionnellement, les bases de calcul prises en considération pour évaluer le dommage reposeront sur le manque à gagner, d'une part, et sur les pertes subies, d'autre part⁴⁹.

14. Le manque à gagner s'apparente aux bénéfices qui auraient pu être réalisés si la contrefaçon n'avait pas eu lieu, compte tenu des redevances que la victime aurait pu percevoir si l'autorisation d'exploiter ses droits de propriété intellectuelle lui avait été demandée. Pour évaluer le manque à gagner, il convient, dans un premier temps, de déterminer la masse contrefaisante, soit l'étendue de la contrefaçon. Il s'agit, ensuite, de déterminer, par rapport à cette masse, les gains réellement manqués par la victime de l'acte de contrefaçon⁵⁰.

La perte subie se réfère, quant à elle, à l'éventuelle atteinte à la position monopolistique conférée par le droit intellectuel à son titulaire, ainsi qu'à l'atteinte au droit moral ou encore à l'image de marque ou à la réputation du titulaire du droit. Pourront également être pris en considération dans l'évaluation du dommage les frais engendrés par la recherche et la poursuite des contrefacteurs, tels que les frais de conseils techniques⁵¹.

Certains auteurs considèrent que la perte d'une chance peut également avoir sa place dans le cadre de l'évaluation du dommage résultant d'un acte de contrefaçon⁵². La jurisprudence de la Cour de cassation semble toutefois opposée à cette théorie⁵³.

15. Conscient de la difficulté que peut représenter l'évaluation du dommage en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle⁵⁴, le législateur européen a prévu des modes de réparations alternatifs, tels que la réparation forfaitaire du dommage, la délivrance des biens contrefaisants, la cession du bénéfice réalisé ou encore la confiscation. Ces modes de réparations seront analysés à la sous-section 5 de la présente contribution.

⁴⁹ À ce propos, pour une analyse détaillée des notions de « manque à gagner » et de « perte subie », voy. M. BUYDENS, « La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle », op. cit., 2014, pp. 419-434.

⁵⁰ C. RONSE, « De andere herstelmaatregelen en in het bijzonder de schadevergoeding », op. cit., p. 237.

⁵¹ Voy. Bruxelles, 27 novembre 1991, *Ing.-Cons.*, 1992, p. 127 : « [Attendu] que les coûts et les dépenses résultant de la contrefaçon de marque, ainsi que les frais engendrés pour gagner ou préserver des débouchés de vente sont également des éléments du préjudice » (trad. libre : « dat de kosten en uitgaven die uit de merkinbreuk voortvloeiën, de kosten om de afzetmogelijkheden voor het merk te winnen of te vrijwaren ook elementen van de schade zijn »).

⁵² B. et L. VAN REEPINGHEN, « Les droits intellectuels renforcés : la contrefaçon en ligne de mire », *J.T.*, 2008, p. 158, pt 29.

⁵³ Voy. not. Cass., 19 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 324; Cass., 12 octobre 2005, R.G. n° C.05.002.F.

⁵⁴ Communication 2017/708, préc., pp. 4-5.

Sous-section 4

Mesures provisoires et conservatoires

16. Comme nous l'avons indiqué ci-avant, la preuve d'une atteinte à des droits de propriété intellectuelle constitue une condition nécessaire à toute action en contrefaçon et à la responsabilité du contrefacteur. Cette preuve peut toutefois s'avérer délicate, le risque de disparition des éléments matériels étant élevé. La mise en œuvre pratique des droits de propriété intellectuelle passe dès lors souvent par une phase préalable de collecte « forcée » de preuves de la contrefaçon.

17. Conformément aux dispositions des articles 6 et 7 de la directive 2004/48/CE, les titulaires de droits de propriété intellectuelle peuvent, en effet, solliciter des mesures de conservation des preuves de l'atteinte alléguée. L'article 7 prévoit ainsi qu'« [a]vant même l'engagement d'une action au fond, les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, sur requête d'une partie qui a présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles pour étayer ses allégations selon lesquelles il a été porté atteinte à son droit de propriété intellectuelle ou qu'une telle atteinte est imminente, ordonner des mesures provisoires rapides et efficaces pour conserver les éléments de preuve pertinents, au regard de l'atteinte alléguée, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée [...] ».

18. En droit belge, le titulaire de droits peut notamment initier une procédure en saisie-description, qui permet d'obtenir des mesures de description des éléments prétendument contrefaisants et, le cas échéant, des mesures de saisie⁵⁵. La procédure est mue sur la base d'une requête unilatérale, ce qui garantit l'effet de surprise de la mesure et permet d'éviter le risque de disparition des éléments de preuve, une fois le présumé contrefacteur avisé des griefs du titulaire de droits à son encontre.

L'instrument est d'une efficacité redoutable et est très utilisé par les praticiens.

L'effet pervers du mécanisme réside dans l'abus de son caractère unilatéral⁵⁶ afin de tenter d'obtenir des mesures mettant en difficulté la personne ou l'entreprise visée, ce qui peut alors la contraindre à accepter des conditions de transaction injustement défavorables au regard du cas d'espèce. Ce risque est particulièrement prégnant dans le domaine informatique, les mesures complémentaires de saisie pouvant aboutir à paralyser une entreprise, ce qui laisse alors peu de marge à la négociation, compte tenu des délais et incertitudes liés à l'exercice d'un recours en tierce opposition⁵⁷.

⁵⁵ Art. 1369bis/1 et s. C. jud. Pour un exposé détaillé des principes gouvernant cette procédure, voy. not. F. DE VISSCHER et P. BRUWIER, *La saisie-description et sa réforme – Chronique de jurisprudence 1997-2009*, coll. Les dossiers du J.T., n° 79, Bruxelles, Larcier, 2011.

⁵⁶ À son stade initial, à tout le moins.

⁵⁷ Pour une analyse globale des possibilités de saisie de matériel informatique, tant sur le plan civil que sur le plan pénal, voy. B. LOSDYCK, « Les saisies et perquisitions de matériel informatique: les "garde-fous" ».

Pour ces raisons, la jurisprudence se montre relativement prudente, en particulier par rapport aux mesures de saisie⁵⁸.

19. Ici encore, le rôle des intermédiaires est crucial, car ceux-ci détiennent souvent des informations utiles à l'établissement de la contrefaçon et/ou sont en mesure de la faire cesser dans l'attente d'une procédure en contrefaçon, afin de limiter le préjudice. La possibilité de solliciter la collaboration de l'intermédiaire dans le cadre des mesures conservatoires ou visant à rassembler les preuves de la contrefaçon est prévue dans la directive 2004/48/CE. En particulier, l'article 8 de la directive 2004/48/CE dispose pourtant que « [l]es États membres veillent à ce que, dans le cadre d'une action relative à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle et en réponse à une demande justifiée et proportionnée du requérant, les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner que des informations sur l'origine et les réseaux de distribution des marchandises ou des services qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle soient fournies par le contrevenant et/ou toute autre personne qui [...] c) a été trouvée en train de fournir, à l'échelle commerciale, des services utilisés dans des activités contrefaisantes [...] »⁵⁹. Ces mesures sont indépen-

entourant leur mise en œuvre », *R.D.T.I.*, 2013/3, pp. 21-49. Sur les risques de dérive en matière de saisie-description plus spécifiquement, voy. not. A. CRUQUENAIRE et J.-F. HENROTTE, « La saisie-description en matière informatique: appel à une plus grande pondération et à la juste mesure des magistrats », *R.D.T.I.*, 2010/1, pp. 13-18.

⁵⁸ La Cour de cassation se montre relativement stricte sur les conditions du recours à cette procédure exorbitante des principes fondamentaux de la procédure civile. Concernant la notion d'indices de contrefaçon, la Cour indique qu'on doit entendre « [...] par indices au sens de l'article 1369bis/1, § 3, du Code judiciaire, que le requérant doit présenter des éléments qui rendent plausible le fait qu'une atteinte au droit de propriété intellectuelle pourrait être commise. Les faits allégués doivent être de nature telle que, lors d'une appréciation à première vue, ceux-ci fassent naître en soi ou en combinaison, une présomption d'une atteinte ou d'une menace d'atteinte » (Cass. [1^{re} ch.], 26 novembre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 2781, n° 698). La Cour exclut, par ailleurs, la justification a posteriori des conditions de la saisie-description. Elle juge ainsi que « les indices d'atteinte au droit de propriété intellectuelle justifiant la mesure de description doivent être constatés au jour où le premier juge statue sur requête unilatérale et ne peuvent se déduire des éléments tirés de l'exécution même de cette mesure » (Cass., 25 novembre 2011, *R.D.T.I.*, 2012/2, pp. 59 et s., note A. CRUQUENAIRE et J.-F. HENROTTE, « Le contrôle du juge en matière de saisie-description »). Sur la jurisprudence des juges du fond, dans le même sens, voy. ainsi: Bruxelles, 31 mars 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 115; Mons, 26 avril 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1579; Bruxelles, 17 février 2009, *I.R.D.J.*, 2009, p. 181 (précisant toutefois que des éléments postérieurs pourraient être pris en compte, mais seulement en vue de mettre dans une perspective adéquate les éléments antérieurement allégués); Prés. Com. Anvers, 18 mai 2010, *I.R.D.J.*, 2010, p. 278. Voy. aussi: F. DE VISSCHER et P. BRUWIER, *La saisie-description et sa réforme – Chronique de jurisprudence 1997-2009*, op. cit., pp. 57-59, spéc. n° 70. Dans une perspective plus large, à propos de la saisie pénale de données informatiques, voy. Cass., 22 octobre 2013, *R.D.T.I.*, 2014/2, p. 61, note de P. MONVILLE et M. GIACOMETTI, « Les fournisseurs d'accès à Internet, nouveaux gendarmes de la Toile? ».

⁵⁹ Voy. également le considérant 21 de la directive 2004/48/CE qui énonce que « [d']autres mesures visant à assurer un niveau élevé de protection existent dans certains États membres et devraient être offertes dans tous les États membres. Il en est ainsi du droit d'information, qui permet d'obtenir des informations précises sur l'origine des marchandises ou des services contrefaisants, les circuits de distribution et l'identité des tiers impliqués dans l'atteinte ». La directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information vise explicitement la possibilité d'une telle injonction à l'égard d'un intermédiaire (art. 8, § 3: « Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur

dantes de la question de la responsabilité de l'intermédiaire concerné⁶⁰. Cela signifie que la question de l'application des régimes d'exonération de responsabilité n'est pas pertinente ici.

La mise en œuvre effective, en droit belge, de cette possibilité est toutefois sujette à discussion, compte tenu de la manière dont le législateur a choisi de transposer la directive, en ne visant pas expressément les cas de procédures détachées d'une action en contrefaçon⁶¹. À ce sujet, précisons encore que l'article XII.20 du Code de droit économique énonce que les prestataires intermédiaires de la société de l'information « [...] sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire ». Cette disposition fait toutefois l'objet d'une interprétation étroite qui la prive de l'essentiel de son utilité pratique⁶². La question de la collaboration des intermédiaires est devenue un enjeu majeur de la protection des droits de propriété intellectuelle, d'autant plus que les plates-formes de diffusion de contenus ont pris une place dominante dans l'usage et la diffusion des contenus protégés⁶³.

requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin ». Des mesures visant à faire cesser l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle peuvent aussi être postulées à l'égard d'un intermédiaire. Voy. ainsi l'article 9 de la directive 2004/48/CE ou encore l'article 8 de la directive 2001/29.

⁶⁰ C.J.U.E., 7 juillet 2016, C-494/15, pt 22 (« indépendamment de sa propre responsabilité éventuelle dans les faits litigieux »). Voy. aussi Communication 2017/708, p. 18.

⁶¹ Cette problématique déborde toutefois notre propos. À ce sujet, voy. V. VANOVERMEIRE, « Mededeling van persoonsgegevens in het kader van het recht op informatie van artikel 8 richtlijn 48/2004 », in *Handhaving van intellectuele rechten in België/Respect des droits intellectuels en Belgique*, op. cit., pp. 20-24. Exposant les moyens alternatifs offerts par le droit belge afin d'obtenir de telles mesures, voy. également K. JANSSENS, « Targeting the middle man: het opleggen van maatregelen aan tussenpersonen in de strijd tegen namaak en piraterij », in *Handhaving van intellectuele rechten in België/Respect des droits intellectuels en Belgique*, op. cit., pp. 45-47, spéc. nos 19 et 20.

⁶² En faveur d'une interprétation restrictive, voy. ainsi H. JACQUEMIN, « Qui peut obtenir les informations permettant de rechercher et poursuivre les auteurs d'infractions commises sur les réseaux? », *R.D.T.I.*, 2012/2, pp. 74-81. En jurisprudence, voy. spéc. Cass., 16 juin 2011, *R.D.T.I.*, 2012/2, p. 69, note H. JACQUEMIN préc., rejetant le pourvoi contre Liège, 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, 2010/1, p. 95, note J. FELD.

⁶³ Nous renvoyons à la contribution d'Hervé Jacquemin à cet égard. Observons toutefois que l'article 13 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique pose un jalon dans la direction d'une plus grande coopération en énonçant que « [l]es prestataires de services de la société de l'information qui stockent un grand nombre d'œuvres ou d'autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs et qui donnent accès à ces œuvres et autres objets prennent, en coopération avec les titulaires de droits, des mesures destinées à assurer le bon fonctionnement des accords conclus avec les titulaires de droits en ce qui concerne l'utilisation de leurs œuvres ou autres objets protégés ou destinées à empêcher la mise à disposition, par leurs services, d'œuvres ou d'autres objets protégés identifiés par les titulaires de droits en coopération avec les prestataires de services » (COM[2016] 593 final, 14 septembre 2016).

Sous-section 5

Les sanctions

20. Les sanctions applicables en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle ont été harmonisées lors de la réforme de 2007 et sont désormais, pour la plupart, énoncées dans le Code de droit économique. Ces sanctions visent principalement la cessation de l'atteinte, d'une part, et la réparation du préjudice subi, d'autre part. Des mesures complémentaires, telles que, notamment, le droit d'information ou la publication de la décision rendue, sont également prévues à des fins de dissuasion des comportements contrefaisants.

A. Mesure de cessation

21. La cessation de l'atteinte constitue, en règle générale, la première mesure que le titulaire du droit de propriété intellectuelle tentera d'obtenir dans le cadre d'une action en contrefaçon.

Comme énoncé ci-avant, la simple constatation par le juge de l'atteinte aux droits intellectuels du titulaire suffit pour que soit ordonnée la cessation à l'égard de l'auteur ou de l'intermédiaire de l'acte contrefaisant, à moins que la loi n'en dispose autrement. Il n'est nullement requis qu'une faute soit démontrée dans le chef de l'auteur de l'atteinte. Il est également admis que la bonne foi du contrevenant est indifférente⁶⁴.

22. Une distinction est habituellement opérée entre l'action en contrefaçon dite ordinaire, laquelle s'inscrit dans le cadre d'une procédure au fond, l'action classique en référé ou encore l'action en contrefaçon spécifique, dite « comme en référé ».

23. L'avantage de l'action en contrefaçon ordinaire diligentée selon la procédure classique, outre le fait qu'elle aboutit à un jugement rendu au fond, est que celle-ci permet à la fois d'obtenir la cessation de l'atteinte et, le cas échéant, des mesures de réparation du préjudice subi du fait de la contrefaçon. L'inconvénient majeur d'une telle action tient toutefois à sa lenteur, laquelle est souvent incompatible avec la nécessité pour le titulaire de droit intellectuel d'obtenir qu'il soit mis fin rapidement à l'atteinte dont il est victime.

24. Une manière de pallier cette lenteur consiste dès lors pour la personne habilitée à agir en contrefaçon à introduire, dans un premier temps, une action en référé classique visant à obtenir la cessation de l'atteinte et, dans un deuxième temps, à postuler l'indemnisation de son préjudice dans le cadre d'une action en réparation.

⁶⁴ Th. LÉONARD, « Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile: réflexions suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle », in *Droit des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, vol. 96, Liège, Anthemis, 2007, p. 182, n° 30; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 505, n° 629.

25. Avant la réforme de 2007, l'article 87 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins⁶⁵ prévoyait, en outre, une procédure particulière pour toute atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin par le truchement d'une action en cessation introduite au fond devant le président du tribunal de première instance siégeant « comme en référé ». Une action similaire était prévue par la loi du 31 août 1998 concernant les atteintes au droit *sui generis* des producteurs de bases de données⁶⁶.

26. Le bénéfice de cette action en contrefaçon spécifique a été élargi par la loi du 10 mai 2007 aux atteintes aux droits de propriété industrielle (en matière de brevets, de marques et de dessins et modèles). Avant l'entrée en vigueur du Code de droit économique, chaque loi relative à un droit de propriété intellectuelle contenait donc une disposition *ad hoc* relative à cette action en cessation diligentée selon les formes du référé. Par souci de cohérence et de simplification, le Code de droit économique a centralisé ces différentes actions à l'article XI.334, § 1^{er}, du Code de droit économique⁶⁷.

Ainsi, l'article XI.334, § 1^{er}, du Code de droit économique énonce :

« Lorsque le juge constate une atteinte à un brevet d'invention, à un certificat complémentaire de protection, à un droit d'obtenteur, à un droit d'auteur, à un droit voisin, au droit d'un producteur de bases de données ou au droit sur une topographie d'un produit semi-conducteur, il ordonne la cessation de celle-ci à tout auteur de l'atteinte.

Le juge peut également rendre une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit visé à l'alinéa 1^{er}. »

S'agissant d'une procédure juridictionnelle particulière au sens de l'article XVII.1^{er} du Code de droit économique, les conditions et formes de l'action en cessation en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sont régies par les dispositions des articles XVII.14 à XVII.20 du Code de droit économique⁶⁸.

L'avantage d'une telle action en cessation spécifique aux droits de propriété intellectuelle est qu'elle sera menée selon les formes du référé, bien que l'ur-

⁶⁵ Loi du 30 juin relative au droit d'auteur et aux droits voisins, M.B., 27 juillet 1994, p. 19297.

⁶⁶ Loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, M.B., 14 novembre 1998, p. 36914.

⁶⁷ Notons que l'article XI.334, § 1^{er}, du Code de droit économique s'applique également en matière de marques et dessins ou modèles Benelux par le truchement de l'article XI.163 du Code de droit économique, ainsi qu'aux marques et dessins ou modèles communautaires par le truchement de l'article 574, 1^{er} et 14^{er}, du Code judiciaire. À ce propos, voy. not. A. PUTTEMANS, « L'action en cessation "comme en référé" des atteintes à un droit de propriété intellectuelle », in *Actualités en droits intellectuels: l'intérêt de la comparaison*, op. cit., p. 379.

⁶⁸ Les articles XVII.14 à XVII.20 constituent la section 1 (« Action en cessation en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle ») du Chapitre 4 (« Dispositions particulières au livre XI ») du Titre I^{er} (« De l'action en cessation ») du Livre XVII (« Procédures juridictionnelles particulières ») du Code de droit économique.

gence ne soit pas à démontrer, tout en aboutissant à un jugement rendu au fond. En général, l'ordre de cessation sera assorti d'une astreinte afin d'en assurer l'efficacité.

Au même titre que pour l'action classique en référé, le juge ne pourra toutefois se prononcer sur les dommages et intérêts auxquels peut prétendre le titulaire des droits. Une action en réparation devra donc être introduite dans un second temps par la victime du contrefacteur.

Notons encore que l'action en cessation en matière d'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché et de concurrence déloyale visé par l'article VI.104 du Code de droit économique, autrefois exclue en matière de contrefaçon d'un droit intellectuel, est désormais cumulable avec l'action en cessation spécifique en matière de droits intellectuels⁶⁹.

B. Mesures complémentaires à l'ordre de cessation

1. Mesures correctives : rappel des circuits commerciaux, mise à l'écart définitive et destruction des biens contrefaisants

27. La directive 2004/48/CE appelle les États membres à mettre en place des mesures dites « correctives »⁷⁰ visant à la fois à dissuader le contrefacteur en le menaçant de le priver de tout profit lié à l'écoulement des marchandises contrefaisantes et à prévenir tout acte de récidive en lui ôtant les matériaux et instruments lui permettant de commettre la contrefaçon⁷¹.

Ces mesures ont été transposées en droit belge et figurent désormais à l'article XI.334, § 2, du Code de droit économique qui prévoit :

« § 2. Sans préjudice des éventuels dommages et intérêts dus à la partie lésée en raison de l'atteinte et sans dédommagement d'aucune sorte, le juge peut ordonner à la demande de la partie habilitée à agir en contrefaçon le rappel des circuits commerciaux, la mise à l'écart définitive des circuits commerciaux ou la destruction des biens contrefaisants ainsi que, dans les cas appropriés, des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication de ces biens.

Ces mesures sont mises en œuvre aux frais du contrevenant, à moins que des raisons particulières ne s'y opposent.

⁶⁹ Voy. art. 1369ter C. jud. Ce cumul n'est toutefois rendu possible qu'à des conditions très restrictives compte tenu de la théorie de « l'effet réflexe ». Cette problématique dépasse toutefois l'objet de notre propos, nous renvoyons le lecteur à la contribution de J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne: vers une théorie de l'effet réflexe » du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le « juste équilibre », in A. PUTTEMANS, Y. GENDREAU et J. DE WERRA (dir. scient.), *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 41-80.

⁷⁰ Art. 10 de la directive 2004/48.

⁷¹ B. REMICHE et V. CASSIERS, « 6.8 - L'action ordinaire en contrefaçon », in *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 582.

Lors de l'appréciation d'une demande visée à l'alinéa 1^{er}, il sera tenu compte de la proportionnalité entre la gravité de l'atteinte et les mesures correctives ordonnées, ainsi que des intérêts des tiers.»

Ces mesures, en ce qu'elles conduisent à neutraliser les objets issus de l'acte de contrefaçon ou les outils utilisés pour perpétrer cet acte, constituent un moyen radical de mettre un terme à l'atteinte au droit intellectuel et aux conséquences négatives engendrées par celle-ci⁷².

28. Contrairement à l'ordre de cessation, qu'il doit prononcer dès qu'il constate l'atteinte, les mesures correctives laissent au juge une marge d'appréciation, dès lors que la loi lui impose de tenir compte de la proportionnalité entre la mesure corrective qui serait prononcée et la gravité de l'atteinte, ainsi que l'intérêt des tiers⁷³. Plus particulièrement, lorsqu'il envisage une telle mesure, le juge doit tenir compte de l'intérêt des consommateurs et des particuliers agissant de bonne foi⁷⁴.

29. Il importe de préciser que ces mesures, en ce qu'elles contribuent uniquement à la cessation de l'atteinte et non pas à sa réparation, n'entravent en rien le droit pour la victime de l'acte contrefaisant d'obtenir des dommages et intérêts⁷⁵.

2. Injonction d'information

30. En vertu de l'article XI.334, § 3, du Code de droit économique, le juge peut également ordonner, sur demande de la partie habilitée à agir en contrefaçon, la divulgation par l'auteur de l'atteinte de « toutes les informations dont il dispose concernant l'origine et les réseaux de distribution des biens ou services contrefaisants »⁷⁶.

⁷² P. MAEYAERT et D. ARNAUT, «De vordering tot staking van een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht», in *Respect des droits intellectuels en Belgique – 10 ans depuis la transposition de la directive européenne 2004/48*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 117.

⁷³ Voy. également l'article XVII.16 du Code de droit économique qui dispose que, « [l]orsqu'il ordonne la cessation, le président peut ordonner les mesures prévues à l'article XI.334, §§ 2 à 4, ou par la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle, selon le droit concerné, pour autant qu'elles soient de nature à contribuer à la cessation de l'atteinte constatée ou de ses effets, et à l'exclusion des mesures de réparation du préjudice causé par cette atteinte ».

⁷⁴ Voy. le considérant 24 de la directive 2004/48 qui énonce que, « [s]elon les cas et si les circonstances le justifient, les mesures, procédures et réparations à prévoir devraient comprendre des mesures d'interdiction, visant à empêcher de nouvelles atteintes aux droits de propriété intellectuelle. En outre, il devrait exister des mesures correctives, le cas échéant aux frais du contrevenant, telles que le rappel, la mise à l'écart définitive des circuits commerciaux ou la destruction des marchandises contrefaisantes et, dans des cas appropriés, des matériaux et des instruments principalement utilisés pour la création ou la fabrication de ces marchandises. Ces mesures correctives devraient tenir compte des intérêts des tiers y compris, notamment, les consommateurs et les particuliers agissant de bonne foi ».

⁷⁵ P. MAEYAERT et D. ARNAUT, «De vordering tot staking van een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht», in *Respect des droits intellectuels en Belgique – 10 ans depuis la transposition de la directive européenne 2004/48*, op. cit., p. 117.

⁷⁶ Voy. art. XI.334, § 3, al. 1^{er}, C.D.E. qui énonce que, « [l]orsque, dans le cadre d'une procédure, le juge constate une atteinte, il peut ordonner, à la demande de la partie habilitée à agir en contrefaçon, à l'au-

De la même manière que pour les mesures correctives, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation et ne devra ordonner cette divulgation que s'il s'agit d'une mesure justifiée et proportionnée au regard des intérêts en présence⁷⁷.

31. La même injonction peut également être faite à toute personne qui, à l'échelle commerciale, détient des biens contrefaisants, utilise des services contrefaisants ou fournit des services utilisés dans des activités contrefaisantes⁷⁸.

32. L'objectif d'une telle mesure, énoncé par la directive 2004/48/CE⁷⁹, est de permettre d'obtenir des informations précises concernant l'origine des marchandises ou des services objets de la contrefaçon, les circuits de distribution utilisés par les auteurs de la contrefaçon et l'identité des tiers impliqués dans la contrefaçon.

Selon le cas d'espèce, le juge pourra ordonner que les informations suivantes soient fournies :

- les noms et adresses des producteurs, fabricants, distributeurs, fournisseurs et autres détenteurs antérieurs des marchandises ou des services, ainsi que des grossistes destinataires et des détaillants ;
- des renseignements sur les quantités produites, fabriquées, livrées, reçues ou commandées, ainsi que sur le prix obtenu pour les marchandises ou services en question⁸⁰.

33. En droit belge, le droit d'information visé par l'article XI.334, § 3, du Code de droit économique est interprété comme une mesure soumise à la constatation préalable par le juge de l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle⁸¹.

Ce droit d'information est, selon cette interprétation, à distinguer des mesures visant à collecter les éléments de preuve de l'atteinte à un droit de propriété

teur de l'atteinte de fournir à la partie qui introduit cette action toutes les informations dont il dispose concernant l'origine et les réseaux de distribution des biens ou services contrefaisants et de lui communiquer toutes les données s'y rapportant, pour autant qu'il s'agisse d'une mesure justifiée et proportionnée ».

⁷⁷ Doivent notamment être pris en compte, dans la balance des intérêts, les droits fondamentaux relatifs à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel ainsi qu'à la liberté d'entreprise ; Communication 2017/708, préc., pp. 12-13 et p. 15. Voy., à cet égard, C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, pts 58 et 59.

⁷⁸ Voy. art. XI.334, § 3, al. 2, C.D.E.

⁷⁹ Voy. considérant 21 de la directive 2004/48 : « D'autres mesures visant à assurer un niveau élevé de protection existent dans certains États membres et devraient être offertes dans tous les États membres. Il en est ainsi du droit d'information, qui permet d'obtenir des informations précises sur l'origine des marchandises ou des services contrefaisants, les circuits de distribution et l'identité des tiers impliqués dans l'atteinte. »

⁸⁰ Art. 8.2 de la directive 2004/48.

⁸¹ Voy. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n^{os} 51-2943/001 et 2944/001, p. 33, qui énonce qu'« [i]l faut donc déduire de cet objectif, des termes de l'article 8 de la directive et de l'économie générale de la directive que le juge doit préalablement constater l'atteinte au droit de propriété intellectuelle avant d'ordonner la fourniture des informations ».

intellectuelle, lesquelles sont régies par le droit classique de la preuve⁸² et par la saisie en matière de contrefaçon⁸³.

3. Publication de la décision

34. Une mesure complémentaire à laquelle peut également prétendre la personne autorisée à agir en contrefaçon est celle de la diffusion de la décision ordonnant la cessation de l'atteinte⁸⁴. Le juge peut ainsi ordonner tant l'affichage de la décision, partiel ou intégral, à l'établissement du contrevenant que sa diffusion par voie de presse ou par toute autre manière. Les frais d'une telle mesure devront être supportés par l'auteur de la contrefaçon.

La publication de la décision de cessation peut poursuivre un double objectif. D'une part, elle peut contribuer à faire cesser l'atteinte et viser à dissuader les éventuels futurs contrevenants⁸⁵, d'autre part, elle peut également participer à réparer le préjudice causé du fait de l'atteinte⁸⁶.

35. À nouveau, le juge dispose d'une marge d'appréciation lorsqu'il est saisi d'une demande de publication. Ainsi, dans un litige opposant les éditeurs belges de presse quotidienne, francophone et germanophone (Copiepresse) à la société Google relatif à la reproduction d'articles de journaux sur le site Google News, le juge des référés avait assorti l'ordre de cessation prononcé à l'encontre de Google à une mesure de publication. La société Google était ainsi tenue, sous peine d'astreinte, à publier l'ordonnance rendue par défaut le 5 septembre 2006 pendant une durée ininterrompue de cinq jours sur son site Google News. Sur opposition de Google, le Tribunal de première instance de Bruxelles⁸⁷

⁸² Voy. Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 34: « Le Code judiciaire contient actuellement des dispositions qui permettent aux titulaires de droits de récolter des informations permettant de démontrer l'existence d'une atteinte à leur droit de propriété intellectuelle. Il s'agit notamment des articles 19 (mesures préliminaires, avant dire droit, destinées notamment à instruire la demande), 871 (pouvoir du juge d'ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose), 877 (pouvoir du juge lorsqu'il existe des présomptions, graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou un tiers, d'un élément contenant la preuve d'un fait pertinent, d'ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme soit déposé au dossier de la procédure)»; B. REMICHE et V. CASSIERS, « 6.8 - L'action ordinaire en contrefaçon », in *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, *op. cit.*, p. 584.

⁸³ À ce propos, nous renvoyons le lecteur à la sous-section 4 de la présente contribution.

⁸⁴ Voy. art. XI.334, § 4, C.D.E. qui prévoit que « [l]e juge peut prescrire l'affichage de sa décision ou du résumé qu'il en rédige, pendant le délai qu'il détermine, aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur des établissements du contrevenant et ordonner la publication de son jugement ou du résumé par la voie de journaux ou de toute autre manière, le tout aux frais du contrevenant ».

⁸⁵ Voy. le considérant 27 de la directive 2004/48: « À titre de dissuasion complémentaire à l'égard de futurs contrevenants et pour contribuer à la prise de conscience du public au sens large, il est utile d'assurer la diffusion des décisions rendues dans les affaires d'atteinte à la propriété intellectuelle. »

⁸⁶ Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, 51-2943/001 et 2944/001, p. 35, qui stipule que « [l]a mesure de publication des décisions judiciaires peut avoir deux finalités. La première consiste à faire cesser l'atteinte au droit de propriété intellectuelle. La seconde est de contribuer à réparer le préjudice causé par cette atteinte ».

⁸⁷ Civ. Bruxelles (cess.), 13 février 2007, *Ing.-Cons.*, 2007/1, pp. 146 et s. (en particulier pp. 190-191). Ce jugement a été confirmé en appel, voy. Bruxelles, 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, 2011/3, pp. 35-57.

a confirmé l'ordre de cessation. Toutefois, concernant la demande reconventionnelle introduite par Copiepresse relative à la publication de la nouvelle décision, le tribunal a rappelé que « la mesure de publication dans le cadre de l'action en cessation doit réellement contribuer à la cessation et ne peut uniquement constituer une mesure de réparation ». Constatant que l'ordonnance rendue par défaut avait déjà fait l'objet d'une publication et compte tenu de la médiatisation dont l'affaire faisait l'objet, le tribunal a considéré qu'il n'était pas justifié d'ordonner à nouveau la publication de la nouvelle décision.

C. Réparation du dommage

36. En raison de l'importante valeur économique et commerciale attachée aux droits de propriété intellectuelle, la majorité des atteintes portées à ces droits auront pour effet de causer un préjudice, qu'il soit matériel ou moral, à leur titulaire.

Comme évoqué ci-avant, le titulaire de droits auxquels il a été porté atteinte pourra invoquer la réparation du préjudice subi soit concomitamment à la demande en cessation dans le cadre de l'action en contrefaçon ordinaire introduite au fond, soit successivement à une action en référé classique ou une action en cessation spécifique en matière de droits intellectuels.

Différents modes de réparation du dommage pourront être ordonnés par le juge en fonction des circonstances de l'espèce.

1. Dommages et intérêts

37. L'article XI.335, § 1^{er}, du Code de droit économique dispose que la partie victime d'un acte de contrefaçon a « droit à la réparation de tout préjudice qu'elle subit du fait de l'atteinte »⁸⁸.

Tel qu'énoncé ci-avant⁸⁹, le principe d'indemnisation de droit commun s'applique également en matière de contrefaçon dans la mesure où l'intégralité du dommage, mais uniquement ce dommage, devra être réparée par le contrefacteur⁹⁰.

38. Alors que l'article 13.1 de la directive 2004/48/CE conditionne l'octroi de dommages et intérêts à une notion de faute « qualifiée » dans le chef du

⁸⁸ Art. XI.335, § 1^{er}, C.D.E.: « Sans préjudice du paragraphe 3, la partie lésée a droit à la réparation de tout préjudice qu'elle subit du fait de l'atteinte à un droit visé à l'article XI.334, § 1^{er}, alinéa 1^{er}. »

⁸⁹ Voy. *supra*, sous-section 3 de la présente contribution.

⁹⁰ Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n^{os} 51-2943/001 et 2944/001, p. 28: « En ce qui concerne la réparation du dommage causé, il convient de se référer à la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle le juge doit veiller à réparer la totalité du dommage effectivement subi par la victime. » Voy. également C.J.U.E., 17 mars 2016, *Liffers*, C-99/15, pt 25: « Eu égard aux objectifs de la directive 2004/48, il convient d'interpréter l'article 13, paragraphe 1, premier alinéa, de celle-ci en ce sens qu'il établit le principe selon lequel le calcul du montant des dommages-intérêts à verser au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle doit viser à garantir à ce dernier la réparation intégrale du préjudice qu'il a "réellement subi" en y incluant également l'éventuel préjudice moral survenu. »

contrefacteur qui doit s'être livré à une atteinte aux droits de propriété intellectuelle « en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir », le législateur n'a pas transposé cette exigence en droit belge⁹¹. Ce constat découle du principe selon lequel la seule atteinte à un droit de propriété intellectuelle ouvre le droit à obtenir la réparation du préjudice subi, indépendamment de la qualification du comportement contrefaisant en acte fautif auquel il sera *de facto* assimilé.

39. L'évaluation des dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice subi pourra se faire, en vertu de l'article 13.1, alinéa 2, de la directive 2004/48/CE⁹², selon deux méthodes de calcul, la seconde intervenant le cas échéant en substitution de la première⁹³.

40. La première méthode consiste à déterminer le montant de l'indemnisation en se fondant sur toutes les circonstances de l'espèce. Il reviendra, dès lors, au juge d'apprécier au mieux l'étendue du préjudice subi en tenant compte de tous les « aspects appropriés » propres au cas d'espèce.

Parmi ces éléments appropriés, l'article 13.1, alinéa 2, a), de la directive 2004/48/CE énonce non seulement les conséquences économiques négatives subies par la victime de la contrefaçon, tel le manque à gagner, mais également les bénéfices injustement réalisés par l'auteur de l'acte et, le cas échéant, le préjudice moral causé au titulaire du droit lésé.

En droit belge, bien que l'article XI.335, § 1^{er}, du Code de droit économique ne procède pas à une énumération de ces différents éléments lorsqu'il prévoit que « la partie lésée a droit à la réparation de tout préjudice qu'elle subit du fait de l'atteinte à un droit visé à l'article XI.334, § 1^{er}, alinéa 1^{er} », il est admis que les mêmes facteurs peuvent être pris en compte par le juge pour évaluer le montant de la réparation du préjudice subi⁹⁴. La volonté du législateur belge a toutefois été de ne pas restreindre l'évaluation faite par le juge à une liste limi-

⁹¹ Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n^{os} 51-2943/001 et 2944/001, p. 30.

⁹² Art. 13.1, al. 2, de la directive 2004/48: « Lorsqu'elles fixent les dommages-intérêts, les autorités judiciaires: a) prennent en considération tous les aspects appropriés tels que les conséquences économiques négatives, notamment le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans des cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, comme le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte, ou b) à titre d'alternative, peuvent décider, dans des cas appropriés, de fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question. »

⁹³ C. RONSE, « De andere herstelmaatregelen in en het bijzonder de schadevergoeding », *op. cit.*, p. 236; M. BUYDENS, « La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle », in *Actualités en droits intellectuels: l'intérêt de la comparaison*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 411-412; voy. également Communication 2017/708, préc., pp. 4-5: de l'avis de la Commission, les autorités judiciaires devraient avoir la possibilité d'appliquer l'une ou l'autre de ces deux méthodes eu égard aux circonstances de l'espèce, sans considérer toutefois que la seconde méthode n'est applicable que lorsque la première méthode se révèle impossible.

⁹⁴ M. BUYDENS, « La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle », *op. cit.*, 2014, p. 418.

tative de circonstances propres à l'espèce pouvant s'avérer appropriées dans le cadre du calcul de l'indemnisation⁹⁵.

41. La seconde méthode proposée par l'article 13.1, alinéa 2, b), de la directive 2004/48/CE constitue une alternative à la première dans les situations où, compte tenu des circonstances du cas particulier, le montant du préjudice réellement subi est difficilement évaluable⁹⁶. Dans cette hypothèse, la directive propose de recourir à une évaluation forfaitaire du dommage en se fondant sur le montant des redevances ou des droits qui auraient été dus si l'autorisation d'utiliser le droit avait été sollicitée par le contrefacteur.

Cette alternative, fondée sur le principe de l'évaluation *ex aequo et bono*, a été transposée à l'article XI.335, § 2, alinéa 1^{er}, du Code de droit économique⁹⁷. À nouveau, le législateur belge n'a pas estimé nécessaire de reprendre dans le texte de la loi les critères d'évaluation suggérés par la directive, dans la mesure où d'autres éléments pourraient également s'avérer appropriés pour fixer le montant forfaitaire des dommages et intérêts.

Cette seconde méthode n'exclut pas davantage l'indemnisation du préjudice moral, comme ont eu l'occasion de l'énoncer les juridictions de l'Union européenne⁹⁸.

42. Quelle que soit la méthode choisie, l'objectif poursuivi par le législateur est de permettre un dédommagement qui soit fondé sur une base objective et qui tienne compte des frais encourus par le titulaire du droit, tels que les frais de recherche et d'identification⁹⁹.

À cet égard, tant la doctrine¹⁰⁰ que la jurisprudence s'opposent quant à la question de l'octroi de dommages et intérêts complémentaires au simple montant

⁹⁵ Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n^{os} 51-2943/001 et 2944/001, p. 30: « Il n'a pas été jugé utile de reprendre littéralement dans la loi le texte de la directive étant donné que d'autres éléments que ceux visés dans la directive pourraient s'avérer appropriés pour fixer un montant forfaitaire à titre de dommages et intérêts. »

⁹⁶ À titre d'exemple, cette méthode a été utilisée dans le cadre d'un litige où les experts des parties ne s'entendaient pas sur la manière d'évaluer les pertes subies, voy. T.P.I.U.E., 16 décembre 2010, *Systran*, T-19/07, pts 303-306.

⁹⁷ Art. XI.335, § 2, al. 1^{er}, C.D.E.: « Lorsque l'étendue du préjudice ne peut être déterminée d'aucune autre manière, le juge peut de manière raisonnable et équitable fixer un montant forfaitaire, à titre de dommages et intérêts. » Voy. également: Commentaire des articles, préc., p. 30.

⁹⁸ C.J.U.E., 17 mars 2016, *Liffers*, C-99/15, pts 15-27; T.P.I.U.E., 16 décembre 2010, *Systran*, T-19/07, pt 324.

⁹⁹ Voy. le considérant 26 de la directive 2004/48 qui énonce que « [...] [l]e but est non pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages-intérêts punitifs, mais de permettre un dédommagement fondé sur une base objective, tout en tenant compte des frais encourus par le titulaire du droit tels que les frais de recherche et d'identification ». Voy. également Communication 2017/708, préc., p. 4.

¹⁰⁰ Voy. M. BUYDENS, « La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle », *op. cit.*, pp. 413-417: l'auteur énonce que l'octroi de dommages et intérêts punitifs s'oppose à notre droit de la responsabilité qui est fondé sur le principe de l'équivalence du dommage et de la réparation en ce qu'il est contraire à la justice comme à la logique de recevoir au titre de compensation plus que ce qu'on a perdu.

de la redevance ou du droit qui aurait dû être payé si l'autorisation d'exploiter le droit avait été accordée.

En Belgique, la Cour de cassation a condamné le fait d'octroyer, en complément du montant de la redevance ou du droit qui aurait pu être réclamé, une somme forfaitaire en compensation des frais de recherches et de poursuites engagés par le titulaire, d'une part, et à des fins dissuasives, d'autre part. Dans un arrêt du 13 mai 2009, la Cour énonce que « [n]i la nécessité de pourvoir au financement de la lutte générale contre les atteintes à la propriété intellectuelle ni l'effet dissuasif attaché à l'imposition d'un forfait en plus des droits éludés ne justifient légalement la décision suivant laquelle ce montant forfaitaire ressortit à la perte effectivement subie par la défenderesse en raison de la faute commise par le demandeur »¹⁰¹. Cet arrêt a mis un terme à la pratique consistant, dans une logique punitive, à sanctionner le comportement nuisible de l'auteur de la contrefaçon en majorant les dommages et intérêts par rapport au montant du préjudice réellement subi.

La jurisprudence européenne semble, quant à elle, plus favorable à l'octroi de dommages et intérêts complémentaires à la stricte indemnisation du préjudice subi.

Ainsi, le Tribunal de l'Union européenne a admis que l'octroi d'un montant « complémentaire » au montant des redevances soit nécessaire pour réparer le préjudice subi et « tenir compte des autres éléments matériels que le seul octroi des redevances précitées ne saurait réparer »¹⁰².

Saisie sur question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à se prononcer sur la conformité d'une réglementation nationale selon laquelle le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle lésé peut choisir de réclamer soit la réparation du dommage qu'il a subi en tenant compte de tous les aspects appropriés du cas d'espèce, soit, sans qu'il doive démontrer le préjudice effectif subi, le paiement d'une somme correspondant au double ou, en cas d'atteinte fautive, au triple de la rémunération appropriée qui aurait été due au titre d'une autorisation d'utilisation de l'œuvre concernée.

Par un arrêt daté du 25 janvier 2017¹⁰³, la Cour a déclaré que l'article 13.1, alinéa 2, b), ne s'opposait pas à une telle réglementation nationale, quand bien même une indemnisation calculée sur la base du double de la redevance hypo-

En effet, la compensation n'est alors plus une compensation, mais un être hybride, où l'on ne distingue plus la compensation du rééquilibrage des patrimoines » (p. 417). Voy. également B. et L. VAN REEPINGHEN, « Les droits intellectuels renforcés: la contrefaçon en ligne de mire », *J.T.*, 2008, p. 157, pt 26: les auteurs posent la question de savoir si les actes de contrefaçon ne se trouveraient pas encouragés par la simple assimilation du contrefacteur à un licencié qui serait tenu de payer le prix de la licence.

¹⁰¹ Cass., 13 mai 2009, n° P.09.0121.F.

¹⁰² T.P.I.U.E., 16 décembre 2010, *Systran*, T-19/07, pt 320.

¹⁰³ C.J.U.E., 25 janvier 2017, *OTK*, C-367/15.

thétique ne serait pas exactement proportionnelle au préjudice réellement subi¹⁰⁴.

La Cour énonce à cet égard que, « contrairement à ce que paraît considérer la juridiction de renvoi, le fait que la directive 2004/48/CE ne comporte pas d'obligation, pour les États membres, de prévoir des dommages-intérêts dits "punitifs" ne saurait être interprété[é] comme une interdiction d'introduire une telle mesure »¹⁰⁵. La Cour interprète dès lors le considérant 26 de la directive 2004/48/CE comme n'imposant pas aux États membres une obligation de prévoir des dommages et intérêts punitifs dans leur législation nationale¹⁰⁶. Faisant le lien avec le même considérant, la Cour ajoute que « le simple versement, dans l'hypothèse d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, de la redevance hypothétique n'est pas à même de garantir une indemnisation de l'intégralité du préjudice réellement subi, étant donné que le paiement de cette redevance, à lui seul, n'assurerait ni le remboursement d'éventuels frais liés à la recherche et à l'identification de possibles actes de contrefaçon, évoqués au considérant 26 de la directive 2004/48, ni l'indemnisation d'un possible préjudice moral [...] ni encore le versement d'intérêts sur les montants dus »¹⁰⁷.

Dans sa Communication 2017/708, la Commission se base sur cette jurisprudence de la Cour de justice pour conclure que les autorités judiciaires compétentes disposent d'une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de déterminer les dommages et intérêts, et que ceux-ci peuvent, le cas échéant, être fixés à un montant supérieur à celui de la redevance ou du droit hypothétique, notamment en tenant compte d'autres éléments appropriés, tels que les coûts liés à la recherche et l'identification d'atteintes et l'indemnisation éventuelle du préjudice moral ou des intérêts sur les sommes dues¹⁰⁸.

En revanche, le Tribunal de l'Union européenne n'a pas admis de tenir compte d'un préjudice « futur » dans la mesure où les éléments matériels fournis pour justifier une telle compensation n'étaient pas assez probants¹⁰⁹.

2. Recouvrement des bénéfices

43. L'article XI.335, § 2, alinéa 3, du Code de droit économique dispose: « En cas de mauvaise foi, le juge peut, à titre de dommages et intérêts, ordonner la cession de tout ou partie du bénéfice réalisé à la suite de l'atteinte, ainsi qu'en reddition de compte[s] à cet égard. Seuls les frais directement liés aux activités

¹⁰⁴ Selon la Cour, il s'agit d'une caractéristique inhérente à toute indemnisation forfaitaire telle que celle prévue à l'article 13, § 1, alinéa 2, b), de la directive 2004/48/CE (pt 26 de l'arrêt).

¹⁰⁵ Pt 28 de l'arrêt.

¹⁰⁶ Nous soulignons.

¹⁰⁷ Pt 30 de l'arrêt.

¹⁰⁸ Voy. Communication 2017/708, préc., p. 6.

¹⁰⁹ T.P.I.U.E., 16 décembre 2010, *Systran*, T-19/07, pt 323.

de contrefaçon concernées sont portés en déduction pour déterminer le bénéfice à céder.»

La cession, totale ou partielle, du bénéfice réalisé constitue bien une mesure de réparation du préjudice subi à part entière et ne peut être cumulée avec l'octroi de dommages et intérêts¹¹⁰. Cette mesure est toutefois facultative dans le chef du juge qui peut opter pour un mode distinct de réparation.

Cette forme de réparation ne peut, en outre, être ordonnée qu'en cas de mauvaise foi démontrée dans le chef du contrefacteur.

3. Délivrance des biens contrefaisants

44. En vertu de l'article XI.335, § 2, alinéa 2, du Code de droit économique, le juge peut également, à titre de dommages et intérêts, ordonner la délivrance à la victime de l'atteinte des biens contrefaisants et, dans les cas appropriés, des matériaux et instruments ayant servi à la création ou à la fabrication de ces biens dont le contrefacteur est encore en possession¹¹¹.

Conformément au principe de la réparation intégrale du dommage, lequel exclut l'enrichissement du bénéficiaire de la réparation, le législateur a prévu que, si la valeur des biens, matériaux et instruments, dépasse l'étendue du dommage réellement subi, le juge est tenu de fixer la soulte à payer par le demandeur en contrefaçon.

4. Confiscation civile

45. Il a été énoncé ci-avant qu'en droit belge, les dommages punitifs ne sont pas admis¹¹². Ce principe ne vaut toutefois pas lorsqu'il est prouvé que le contrefacteur a agi de mauvaise foi¹¹³.

Ainsi, l'article XI.335, § 3, du Code de droit économique prévoit: «En cas de mauvaise foi, le juge peut prononcer au profit du demandeur la confiscation des biens contrefaisants, ainsi que, dans les cas appropriés, des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication de ces

¹¹⁰ Voy. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n°s 51-2943/001 et 2944/001, p. 30, qui énonce que «[l]e texte souligne que la cession du bénéfice réalisé est ordonnée à titre de réparation du préjudice subi, lequel doit être démontré conformément à l'article 1382 du Code civil. La cession du bénéfice réalisé n'est donc pas cumulée avec les dommages et intérêts visant à réparer le préjudice subi».

¹¹¹ Art. XI. 335, § 2, al. 2, C.D.E.: «Le juge peut, à titre de dommages et intérêts, ordonner la délivrance à la partie demanderesse des biens contrefaisants, ainsi que, dans les cas appropriés, des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication de ces biens, et qui sont encore en possession du défendeur. Si la valeur de ces biens, matériaux et instruments dépasse l'étendue du dommage réel, le juge fixe la soulte à payer par le demandeur.»

¹¹² Voy. *supra*, pt 42.

¹¹³ Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n°s 51-2943/001 et 2944/001, p. 28: «L'objectif n'est donc pas de prévoir des dommages et intérêts punitifs sous réserve de ce qui sera dit ci-dessous, en ce qui concerne la confiscation civile.»

biens, et qui sont encore en possession du défendeur. Si les biens, matériaux et instruments ne sont plus en possession du défendeur, le juge peut allouer une somme égale au prix reçu pour les biens, matériaux et instruments cédés. La confiscation ainsi prononcée absorbe, à concurrence de la valeur de la confiscation, les dommages et intérêts.»

Une telle mesure reste toutefois facultative pour le juge.

D. Frais de justice

46. En vertu de l'article 14 de la directive 2004/48/CE, «[l]es États membres veillent à ce que les frais de justice raisonnables et proportionnés et les autres frais exposés par la partie ayant obtenu gain de cause soient, en règle générale, supportés par la partie qui succombe, à moins que l'équité ne le permette pas».

47. Lors de la réforme de 2007, le législateur belge n'a pas jugé nécessaire de transposer cette disposition, estimant que les termes de l'article 1017 du Code judiciaire étaient conformes à la directive 2004/48/CE en ce que cet article énonce :

«Tout jugement définitif prononce, même d'office, la condamnation aux dépens contre la partie qui a succombé, à moins que des lois particulières n'en disposent autrement et sans préjudice de l'accord des parties que, le cas échéant, le jugement décrète. Toutefois, les frais inutiles, y compris l'indemnité de procédure visée à l'article 1022, sont mis à charge, même d'office, de la partie qui les a causés fautivement.»

Le législateur belge a néanmoins affirmé qu'une distinction devait être faite entre les frais de justice raisonnables et proportionnés qui couvrent les dépens et les autres frais qui visent les honoraires d'avocats et d'experts¹¹⁴.

À cet égard, il convient de faire référence à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la répétibilité des frais de conseil technique est conditionnée à l'existence d'une faute, qu'elle soit de nature contractuelle ou extracontractuelle¹¹⁵.

48. La loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat¹¹⁶ a toutefois introduit le système de l'indemnité de procédure qui consiste en une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie qui a obtenu gain de cause.

Depuis cette loi, les frais d'avocat sont considérés comme des frais de justice, et non plus comme «d'autres frais».

¹¹⁴ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n°s 51-2943/001 et 2944/001, p. 18.

¹¹⁵ Voy. Cass., 2 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1320 (en matière contractuelle), et Cass., 16 novembre 2006, *J.T.*, 2007, p. 14 (en matière extracontractuelle).

¹¹⁶ *M.B.*, 31 mai 2007, p. 29541.

49. Notons cependant que la loi du 21 avril 2007 a été remise en cause par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt rendu sur questions préjudicielles posées par la Cour d'appel d'Anvers¹¹⁷. Dans cet arrêt du 28 juillet 2016, la Cour de justice affirme tout d'abord qu'un système de remboursement des honoraires d'avocat basé sur un mécanisme forfaitaire peut être justifié, pour autant que ce système « vise à assurer le caractère raisonnable des frais à rembourser, compte tenu de facteurs tels que l'objet du litige, son montant ou le travail à mettre en œuvre pour la défense du droit concerné »¹¹⁸. Néanmoins, la Cour déclare ensuite qu'« [e]n revanche, l'exigence selon laquelle la partie qui succombe doit supporter les frais de justice "raisonnables" ne saurait justifier, aux fins de la mise en œuvre de l'article 14 de la directive 2004/48 dans un État membre, une réglementation imposant des tarifs forfaitaires largement inférieurs aux tarifs moyens effectivement appliqués aux services d'avocat dans cet État membre »¹¹⁹. La Cour énonce donc clairement l'incompatibilité du système belge avec l'article 14 de la directive 2004/48/CE.

De manière surprenante, la Cour d'appel d'Anvers, dans son arrêt du 8 mai 2017, n'a pas suivi l'avis de la Cour de justice considérant qu'elle ne pouvait juger *contra legem* et octroyer un forfait supérieur à celui prévu par la loi. Comme le rappelle toutefois l'auteur Diégo Noesen : « le principe d'interprétation conforme du droit national connaît certaines limites. Ainsi, l'obligation pour le juge national de se référer au droit de l'Union lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne est limitée par les principes généraux du droit, et elle ne peut servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national »¹²⁰.

50. Il revient donc, au vu de cette jurisprudence européenne, au législateur belge de revoir les tarifs forfaitaires octroyés à titre d'indemnité de procédure, et ce, afin de remédier à cette situation de violation du droit de l'Union¹²¹.

¹¹⁷ C.J.U.E., 28 juillet 2016, *United Video Properties c. Telenet*, C-57/15.

¹¹⁸ Pt 25 de l'arrêt.

¹¹⁹ Pt 26 de l'arrêt.

¹²⁰ D. NOESEN, « Répétibilité des honoraires d'avocat dans un litige relatif aux droits intellectuels : état de la question et pistes de réflexion », in *Respect des droits intellectuels en Belgique – 10 ans depuis la transposition de la directive européenne 2004/48*, op. cit., pp. 235-236.

¹²¹ Nous renvoyons à cet égard à la note de J.-B. Hubin relative à l'arrêt C.J.U.E., 28 juillet 2016, C-57/15 : J.-B. HUBIN, « La Cour de justice relance la saga de la répétibilité », *R.D.T.L.*, 2016/2-3, pp. 73-91. L'auteur plaide non pas pour une modification de l'article 1022 du Code judiciaire, mais bien pour une revalorisation des montants prévus par l'arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif des indemnités de procédure (*M.B.*, 9 novembre 2007, p. 56834). Notons qu'à la suite de l'arrêt de la Cour de justice du 28 juillet 2016, la Cour d'appel de Mons a décidé de surseoir à statuer sur la demande d'une partie à entendre condamner son adversaire au paiement d'une somme de 12 000 euros à titre provisionnel pour l'instance, et de réserver pour le surplus, ainsi que sur une demande identique pour le degré d'appel. La Cour a motivé sa position en indiquant attendre que les parties « s'expliquent sur les indemnités de procédure telles que fixées en Belgique et vérifient si, dans les litiges de propriété intellectuelle, elles permettent de couvrir une partie significative et appropriée des frais raisonnables encourus » (Mons [1^{re} ch.], 3 avril 2017, *Ing.-Cons.*, 2017/2, pp. 299-327 [not. p. 326]).

Section 2

La responsabilité pénale

51. Aux niveaux international et communautaire, plusieurs instruments lient les États dans la lutte contre les atteintes portées à la propriété intellectuelle¹²².

52. Loin d'oublier le volet pénal lors de la réforme de 2007, le législateur belge a promulgué la loi du 15 mai 2007 relative à la répression de la contrefaçon et de la piraterie des droits de propriété intellectuelle¹²³. Cette loi règle, pour l'essentiel, deux aspects distincts : les mesures douanières¹²⁴, d'une part, et les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, d'autre part.

53. En matière de douanes, des règles particulières existent afin de permettre une lutte plus efficace contre le trafic international de contrefaçons. Les limites de la présente ne permettent toutefois pas de nous y attarder¹²⁵.

54. Concernant les dispositions applicables aux actes de contrefaçon et de piraterie, à la suite de l'entrée en vigueur du Code de droit économique, celles-ci sont désormais énoncées aux articles XV.103 à XV.113 du Code de droit économique.

L'acte de contrefaçon et de piraterie se définit comme toute atteinte portée, dans la vie des affaires, aux droits du titulaire d'une marque de produit ou de service, d'un brevet d'invention, d'un certificat complémentaire de protection, d'un droit d'obtenteur, d'un dessin ou d'un modèle, pour autant que cette atteinte soit réalisée avec une intention méchante ou frauduleuse¹²⁶.

¹²² Voy. not. l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (annexe 1C à l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce approuvé par la loi du 23 décembre 1994, *M.B.*, 23 janvier 1997), ainsi que le règlement n° 608/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle et abrogeant le règlement n° 1383/2003 du Conseil, *J.O.U.E.*, L181 du 29 juin 2013.

¹²³ *M.B.*, 18 juillet 2007, p. 38734.

¹²⁴ Voy. art. 2 à 7 de la loi du 15 mai 2007.

¹²⁵ Nous renvoyons le lecteur à des contributions dédiées. Voy. spéc. O. VRINS, « La protection des droits intellectuels aux frontières », in *Actualités en droits intellectuels*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 297-370. Voy. également règlement n° 608/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle et abrogeant le règlement n° 1383/2003 du Conseil, *J.O.U.E.*, L181 du 29 juin 2013.

¹²⁶ Voy. art. XV.103, § 1^{er}, C.D.E. qui reprend le libellé de l'ancien article 8 de la loi du 15 mai 2007. Ne sont donc pas sanctionnées pénalement les infractions aux droits relatifs aux topographies de produits semi-conducteurs, aux noms commerciaux, aux indications géographiques et aux appellations d'origine. Voy. également, sur ce point, F. HOSTIER, « La répression de la contrefaçon et de la piraterie de droits de propriété intellectuelle. La loi du 15 mai 2007 : instrument à la pointe ou texte épineux ? », *J.T.*, 2008, p. 186, pt 27 : l'auteur fait remarquer que les atteintes aux indications géographiques et appellations d'origine pourront faire l'objet de poursuites par le biais de la réglementation en matière douanière lorsqu'elles présentent un lien d'extranéité avec le territoire communautaire alors qu'elles ne seront pas répréhensibles lorsqu'elles surviennent sur le territoire intracommunautaire.

Du point de vue matériel, toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle au sens du droit civil, pour autant qu'elle ait été commise « dans la vie des affaires »¹²⁷, sera constitutive d'un délit de contrefaçon.

55. L'élément moral de l'infraction de contrefaçon réside dans le caractère « méchant » ou « frauduleux » de l'atteinte. L'atteinte est méchante si elle est faite avec l'intention de nuire aux intérêts de l'ayant droit, elle est frauduleuse si elle vise à obtenir, pour soi-même ou pour un tiers, un avantage financier illicite¹²⁸.

56. Ces infractions sont passibles d'une sanction de niveau 6, telle que définie par l'article XV.70 du Code de droit économique, à savoir d'une amende pénale de 500 à 100 000 euros et d'un emprisonnement d'un an à cinq ans ou d'une de ces peines seulement.

57. Conformément à la lettre de l'article 53 du Code pénal, n'étant pas expressément visée, la tentative d'acte de contrefaçon ou de piraterie ne sera pas punissable.

Conclusion

Loin d'épuiser le sujet, notre contribution met en lumière à la fois les nécessités pratiques d'envisager d'une manière particulière les principes de la responsabilité dans le domaine de la propriété intellectuelle, mais aussi certaines difficultés ou résistances qui plaident pour une souplesse réciproque.

Le droit de la responsabilité constitue un point d'appui important pour la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle, mais nullement un carcan. Les évolutions doctrinales et jurisprudentielles montrent l'imagination des praticiens pour s'affranchir des limites qui pourraient constituer des obstacles à une protection efficace de la propriété intellectuelle. De notre point de vue, le droit de la responsabilité n'étouffe donc pas la propriété intellectuelle, mais questionne la légitimité de certains de ses aspects, ce qui contribue à l'enrichir.

¹²⁷ L'exposé des motifs de la loi du 15 mai 2007 précise à cet égard qu'« il n'est pas dans l'intention du législateur de sanctionner les atteintes aux droits de propriété intellectuelle portées par les particuliers agissant dans un but non lucratif, même si une partie non négligeable du commerce de marchandises de contrefaçon et de marchandises pirates concerne des achats non déceptifs, c'est-à-dire effectués par des consommateurs qui sont parfaitement au courant du caractère contrefaisant des produits qu'ils achètent », *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, 51-2852/001, p. 37.

¹²⁸ F. HOSTIER, « La répression pénale de la contrefaçon », in B. VANBRABANT (dir.), *Droits intellectuels: le contentieux (compétence, procédures, sanctions)*, coll. CUP, vol. 132, Liège, Anthemis, 2012, p. 174.